



Coordenação  
Arno Dal Ri Júnior  
Cássio Eduardo Zen  
Lucas Carlos Lima  
Paulo Potiara de Alcântara Veloso

ANAIS  
*Congresso Internacional*  
**Jurisdição Internacional:  
Fragmentação e Obrigatoriedade**

Editora Fundação José Arthur Boiteux  
ISSN 1983-8638

Florianópolis, agosto de 2012

CONGRESSO INTERNACIONAL

# JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: FRAGMENTAÇÃO E OBRIGATORIEDADE

**20 e 21 de agosto de 2012**

Auditório do Centro de Ciências Jurídicas  
Campus da UFSC

## CONFERENCISTAS

**Manlio Frigo**

Professor Catedrático de Direito Internacional da  
Universidade de Milão

**Roberta Clerici**

Professora Catedrática de Direito Internacional Privado da  
Universidade de Milão

**Mara Valenti**

Professora de Direito Internacional Econômico da  
Universidade de Milão

**Alessandra Lang**

Professora de Direito da União Europeia da  
Universidade de Milão

**Jorge Fontoura**

Professor de Direito Internacional da Universidade Católica de Brasília  
Ex-Presidente do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul

**Arno Dal Ri Jr.**

Professor de Teoria e História do Direito Internacional da  
Universidade Federal de Santa Catarina

**Luiz Otávio Pimentel**

Professor de Direito do Comércio Internacional da  
Universidade Federal de Santa Catarina

**Marcelo Markus Teixeira**

Professor de Direito Civil da  
Universidade Comunitária da Região de Chapecó

[www.iusgentium.ufsc.br](http://www.iusgentium.ufsc.br)





## Sumário

---

APRESENTAÇÃO	p.04
ORGANIZAÇÃO	p.05
PROGRAMAÇÃO DO EVENTO	p.06
O DIÁLOGO ENTRE A CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE UNIÕES PESSOAIS NÃO TRADICIONAIS Roberta Clerici	p.09
A CORTE DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA COMO ÓRGÃO DE GARANTIA DO EQUILÍBRIO ENTRE AS INSTITUIÇÕES Alessandra Lang	p.26
ASSESSING THE SCOPE OF ‘NARROW-LOOKING’ DISPUTE SETTLEMENT CLAUSES OF INVESTMENT TREATIES Mara Valenti	p.36
O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA NO RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL Marcelo Markus Teixeira	p. 50
A PROTEÇÃO DO INVESTIDOR ESTRANGEIRO NO BRASIL: NORMATIZAÇÃO E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL Paulo Potiara de Alcântara Veloso	p.60
A INTERAÇÃO ENTRE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E DIREITO NACIONAL: O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA INTERPRETAÇÃO E NA APLICAÇÃO DAS LEIS. Aline Beltrame de Moura	p.69
JUSTIÇA TRANSICIONAL: SOLIDARIEDADE JURISDICIONAL E MATERIAL DENTRO DO ESPECTRO DAS EM OPERAÇÕES DE PAZ DAS NAÇÕES UNIDAS. Javier Rodrigo Maidana	p.86
RESPONSABILIZANDO ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: UM DEBATE SOBRE AUTONOMIA E FUNCIONALISMO Túlio di Giacomo Toledo	p.103



JOINT CRIMINAL ENTERPRISE: INSTRUMENTO APROPRIADO DE PERSECUÇÃO  
CRIMINAL OU A NOVA ROUPA DO REI?

Cássio Eduardo Zen p. 115

A CRIAÇÃO DA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM: DEBATES DOUTRINAIS  
SOBRE O PRIMEIRO ÓRGÃO JURISDICIONAL INTERNACIONAL PERMANENTE

Lucas Carlos Lima p. 129

A CORTE EUROPEIA E A QUESTÃO DO CRUCIFIXO: ALGUNS APONTAMENTOS  
SOBRE O CASO LAUTSI CONTRA ITÁLIA.

Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazi p. 143

INTEGRAÇÃO LATINOAMERICANA: ESTANCAMENTO DE PROPOSTAS?

David Fernando Santiago Villena del Carpio p. 154

A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O DO DIREITO  
INTERNACIONAL PENAL

Camila Dabrowski de Araújo Mendonça  
Luiza Zuanazzi França p. 165

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXTRADIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

Natasha Karenina de Souza Rego p. 179

O NÃO USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL E A CORTE INTERNACIONAL  
DE JUSTIÇA

Patrícia Fernanda Scalco p. 191

UMA ANÁLISE JURÍDICA DA RELAÇÃO DO BRASIL COM O INVESTIMENTO  
EXTRANGEIROS DIRETO

Ana Luiza Becker Salles p. 201

A PROBLEMÁTICA DOS SUJEITOS NO PENSAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL:  
DO VOLUNTARISMO DE TRIEPEL AO POSITIVISMO KELSENIANO

Guilherme Bedin p. 216

AS ILHAS FALKLAND/MALVINAS: UMA ABORDAGEM BILATERAL ENTRE A  
SOBERANIA TERRITORIAL E O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

Gustavo Carnesella p. 224

MEIO AMBIENTE E JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS: REALIDADES E PERSPECTIVAS

Mariana Clara de Andrade p. 238

O PROCESSO DE EXTRADIÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO



Giulia Manccini Pinheiro	p. 253
A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O CONFLITO DAS COREIAS Marina Demaria Venâncio	p. 268
INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E FLEXIBILIZAÇÃO DA SOBERANIA: TRAJETÓRIA E REFLEXOS ATRAVÉS DOS TEMPOS Simoni Ribeiro de Freitas	p. 286
DA INIMPUTABILIDADE DOS SOBERANOS À RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS CHEFES DE ESTADO Gabriela Vieira da Costa	p. 297
PROTEÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL BRASILEIRA E A SUSCITADA VIOLAÇÃO DO TRATADO INTERNACIONAL NO CASO CESARE BATTISTI. Cecilia Juliano Sandrini	p.308
A DISCRICIONARIEDADE ESTATAL PERANTE O DIREITO À NACIONALIDADE E AS SUAS IMPLICAÇÕES NOS CENÁRIOS NACIONAL E INTERNACIONAL Priscila Zilli Serraglio João Telmo de Oliveira Filho	p.320
AS CONSEQUÊNCIAS DA INTERGOVERNAMENTALIDADE PARA O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL Ademar Pozzatti Junior Gustavo Lima Caldeira de Andrada	p. 330



## Apresentação

---

Em novembro de 2009, realizávamos no Auditório do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina o primeiro evento que marcou uma série de iniciativas comuns entre um grupo de pesquisadores da Universidade de Milão e o Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq. Iniciativas estas que ultrapassaram os limites institucionais, tomando corpo em pesquisas e reflexões trazidas por pesquisadores renomados como os professores italianos Manlio Frigo e Roberta Clerici, que pela primeira vez eram recepcionados pelos umbrais desta instituição.

Naquela ocasião, após as ricas discussões que se estenderam para além dos dias do evento, criou-se um lugar comum de pensamento do direito internacional público e privado, intensamente estimulado pelos questionamentos e provocações que os professores do Velho Continente traziam à insípida realidade latino-americana e seu cada vez mais conturbado processo de integração.

Três anos depois, e sem jamais romper o vínculo de colaboração científica que atravessa o Atlântico e coliga Florianópolis a Milão, surge uma nova edição do evento no escopo de repensar conjuntamente um importante e atual fenômeno do direito internacional: a jurisdição internacional, sua fragmentação e obrigatoriedade.

É com grande satisfação que apresentamos o volume de mais um desses frutíferos encontros entre os pesquisadores da Universidade Estatal de Milão, na Itália, e os pesquisadores da Universidade Federal de Santa Catarina, sem desconsiderar as notáveis contribuições de nossos frequentes parceiros na academia brasileira.

No volume destes anais consta não somente as conferências traduzidas dos pesquisadores estrangeiros de renome internacional e dos professores palestrantes, como igualmente comunicações acadêmicas, trabalhos de pesquisa de estudantes de direito e relações internacionais de diversas partes do país e do mundo, sobretudo dos pesquisadores do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq - *Ius Gentium*.

Um Congresso dessa magnitude e reverberação não se faz de forma individual, cabendo aqui os necessários agradecimentos aos conferencistas, palestrantes, à equipe de organização, os parceiros institucionais, em especial o Programa de Pós Graduação em Direito da UFSC e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior que possibilitaram a realização do congresso e desta publicação.

Ilha de Santa Catarina, agosto de 2012.

Os Organizadores



## Organização

---

### Equipe Organizadora do Evento:

Arno Dal Ri Júnior (Coord.)  
Adele Speck Rendon Cespedes  
Aline Beltrame de Moura  
Ana Luiza Becker Salles  
Cássio Eduardo Zen  
Chiara Antonia Sofia Mafrica Biasi  
Fernanda Ruy e Silva  
Giulia Manccini Pinheiro  
Guilherme Bedin  
Guilherme Fajardo Bianque  
Gustavo Carnesella  
Javier Rodrigo Maidana  
Leonardo Moraes  
Lucas Carlos Lima  
Lucas Selézio de Souza  
Mariana Clara de Andrade  
Patrícia Fernanda Scalco  
Paulo Potiara de Alcântara Veloso  
Thayse Göedert Pauli

### Equipe de Tradução:

Arno Dal Ri Júnior  
Aline Beltrame de Moura  
Cássio Eduardo Zen  
Guilherme Bedin  
Lucas Carlos Lima

### Confecção dos Anais:

Arno Dal Ri Júnior  
Lucas Carlos Lima  
Paulo Potiara de Alcântara Veloso



## Programação do Evento

### 20 de agosto de 2012 - Segunda-feira

**10h15 - Mesa Redonda: "Jurisdições Internacionais na Cooperação Regional"**  
Moderador: Arno Dal Ri Jr. (UFSC)

*"Reconhecimento e execução das sentenças em tema de direitos da personalidade e reforma do Regulamento Bruxelas I"*

**Manlio Frigo**

*Professor de Direito Internacional na Universidade Estatal de Milão*

**Jorge Fontoura Nogueira**

*Professor Titular do Instituto Rio Branco, Itamaraty, árbitro e ex presidente do Tribunal de Revisão do Mercosul*

**14h00 - Mesa Redonda: "Jurisdições Internacionais e o Direito Internacional Privado"**  
Moderadora: Aline Beltrame de Moura (Universidade Estatal de Milão)

*"O diálogo entre a Corte Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia sobre uniões pessoais não tradicionais."*

**Roberta Clerici**

*Professora de Direito Internacional Privado na Universidade Estatal de Milão*

*"Litígios acerca da aplicação da TRIPS no âmbito do sistema de resoluções de controvérsias da OMC"*

**Luiz Otávio Pimentel**

*Professor de Direito do Comércio Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina*

### **16h00 - Intervalo**

**16h30 - Mesa Redonda: "Jurisdições Internacionais e Investimentos Internacionais"**  
Moderador: Paulo Potiara de Alcântara Veloso (UFSC)

*"Assessing the Scope of 'Narrow-Looking' Dispute Settlement Clauses of Investment Treaties"*

**Mara Valenti**

*Professora de Direito Internacional Econômico na Università degli Studi di Milano*

*"Polêmicas em torno do consentimento estatal nas arbitragens do ICSID"*

**Arno Dal Ri Júnior**

*Professor de Teoria e História do Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina*

### 21 de agosto de 2012 - Terça-feira

**10h00 - Mesa Redonda: "Arbitragens Privadas e Direito Internacional"**  
Moderador: José Isaac Pilati (UFSC)

*"A Corte de Justiça da União Europeia como órgão de garantia do equilíbrio entre as instituições"*

**Alessandra Lang**

*Professora de Direito da União Europeia na Universidade Estatal de Milão*

*"O princípio da ordem pública no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil"*

**Marcelo Markus Teixeira**

*Professor de Direito Privado na Universidade Regional de Chapecó*

**14h00 - Comunicações Acadêmicas**

Moderadores: Cássio Eduardo Zen (UFSC) e Lucas Carlos Lima (UFSC)





## Conferências e Comunicações

# O DIÁLOGO ENTRE A CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE AS UNIÕES PESSOAIS NÃO TRADICIONAIS<sup>1</sup>

Roberta Clerici<sup>2</sup>

Sumário: 1. Considerações introdutivas. - 2. O percurso da União Europeia na estrada da tutela dos direitos humanos. – 3. O diálogo à distância entre a Corte Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia. 4. As duas Cortes de frente às uniões pessoais não tradicionais.

### 1. Considerações Introdutivas

A multiplicação dos órgãos jurisdicionais internacionais constitui uma realidade bem conhecida e, no momento, amplamente examinada também no que se refere aos seus efeitos. Dependendo da convergência ou da divergência entre as diferentes Cortes na aplicação das normas internacionais foram individualizados casos de *cross fertilization* ou de *fragmentation of international law* que chamaram a atenção (e suscitaram qualquer preocupação) por parte da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas<sup>3</sup>.

É evidente que tais fenômenos podem ocorrer, sobretudo, quando envolvem dois ou mais órgãos jurisdicionais que são dotados de competência jurisdicional no mesmo setor do direito internacional, dado que cada um destes fatalmente decidirá segundo os princípios que inspiram o ordenamento em base ao qual cada um foi criado.

<sup>1</sup> Tradução da língua italiana de Aline Beltrame de Moura, doutoranda em Direito Internacional na *Università degli Studi di Milano*, Itália. Bolsista CAPES Doutorado Pleno no Exterior.

<sup>2</sup> Professora Ordinária de direito internacional privado na Universidade de Milão, Itália

<sup>3</sup> Para ulteriores referências: A. Slaughter, *Judicial Globalization*, in *Vanderbilt Journal Int. Law*, 1999-2000, p. 1103-1124; F.G. Jacobs, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice*, in *Texas Int. Law Journal*, 2003, p. 547-556; T. Treves, *Fragmentation of international law: the judicial perspective*, in *Comunicazioni e Studi*, XXIII, Milano, 2007, p. 821-875; Ch. Brown, *The Cross-Fertilization of Principles Relating to ProCEDHre and Remedies in the Jurisprudence of International Cortes and Tribunals*, in *Loyola L.A. Int. Comp. Law Review*, 2008, p. 219-245.

<sup>3</sup> VEER TAMB;EM *Final Report of the Study Group* de 13 de abril de 2006 e as *Conclusions* da Comissão de Direito Internacional de 2 de maio de 2006, in *ILC Commission Report for 2006 A/61/10*, par. 251, do qual tomou nota também a Assembleia Geral das Nações Unidas.



## 2. O percurso da União Europeia na estrada da tutela dos direitos humanos

Dentre os exemplos mais conhecidos e hoje largamente examinados desta “concorrência” de competências destaca-se aquele relativo à tutela dos direitos humanos na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia.

É desnecessário recordar que tais Cortes retiram o seu poder de dois ordenamentos internacionais regionais bem diferentes: um inspirado na proteção dos direitos humanos sancionados pela Convenção Europeia sobre a salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 (CEDH), o outro, de início, exclusivamente fundado na tutela de algumas importantes liberdades de conteúdo econômico, as quais derivavam dos três Tratados constitutivos das Comunidades Europeias, assinados em Paris em 1951 e em Roma em 1957.

E foi exatamente o Tribunal de Justiça das (então) Comunidades Europeias a introduzir, no final dos anos sessenta do século passado, no contexto de tais liberdades – e no total silêncio dos Tratados constitutivos –, um primeiro controle sobre a compatibilidade das normas comunitárias com alguns direitos do homem, retirados inicialmente das tradições constitucionais comuns dos Estados-membros e, alguns anos depois, da Convenção Europeia de 1950, qualificando ambas enquanto princípios gerais do direito comunitário<sup>4</sup>. Vale a pena lembrar que esta inusitada abertura do Tribunal foi impulsionada, na realidade, pela intenção de preservar o primado do direito comunitário em relação aos ordenamentos dos Estados-membros: tal primado teria sido neutralizado pelos controles realizados pelas Cortes Constitucionais alemã e italiana aos juízes comunitários com relação ao desrespeito dos direitos fundamentais<sup>5</sup>.

Não é possível aqui percorrer detalhadamente todas as fases da longa trajetória da União Europeia na tutela dos direitos humanos (hoje definidos de “natureza

---

<sup>4</sup> Tais princípios foram respectivamente invocados pelo Tribunal de Justiça inicialmente nos acórdãos de 12 de novembro de 1969, 29/69, *Stauder* e de 17 de dezembro de 1970, 11/70, *Internationales Handelsgesellschafts* e sucessivamente no acórdão de 14 de maio de 1974, 4/73, *Nold c. Commissione*. Todos os acórdãos do Tribunal estão disponíveis no site [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

<sup>5</sup> Ver sobre este ponto, de recente M. Jaeger, *I rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea nella prospettiva di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, a cura di L.S. Rossi, Napoli, 2011, p. 320 s.



constitucional” pelo Tribunal de Justiça), a qual ainda não alcançou seu objetivo final<sup>6</sup>. É suficiente recordar que a incessante atividade interpretativa do Tribunal de Justiça conduziu finalmente à introdução, dentro do Tratado de Maastricht de 1992, de uma específica norma – o art. 6 – em base ao qual a União respeita os direitos fundamentais tais como são garantidos tanto pela Convenção Europeia de 1950 quanto pelas tradições comuns dos Estados-membros próprio “enquanto princípios gerais do direito comunitário”.

Esta norma foi reproduzida no Tratado de Amsterdã de 1997 e no art. 6, par. 3 do Tratado de Lisboa de 2007 (em vigor desde 2009) que a ampliou em duas direções. Inicialmente, o novo texto do art. 6 contém no parágrafo 1 um reconhecimento expresso da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice em 7 de dezembro de 2000, atribuindo a esta (amplamente inspirada na CEDH) o mesmo valor jurídico dos Tratados. Em segundo lugar, o art. 6, par. 2 prevê a adesão da própria União Europeia à Convenção de Roma de 1950<sup>7</sup>.

As ligações entre o ordenamento jurídico comunitário e a CEDH, dessa forma, tornaram-se com o tempo sempre mais estreitas e são destinadas a tornarem-se cada vez mais entrelaçadas no futuro, através da citada adesão. Trata-se então de verificar de que maneira tais ligações resultam até o momento interpretadas na jurisprudência da Corte Europeia de Estrasburgo e na do Tribunal de Justiça de Luxemburgo. O tema é bastante amplo e serão considerados somente alguns aspectos, após delinear os traços fundamentais das relações entre as duas Cortes<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Para um eficaz panorama da evolução na matéria, incluído o célebre acórdão de 3 de setembro de 2008, C-402/05 P e C-415/P, *Kadi e a.*, faz-se um reenvio a G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Padova, 2010, pp. 129-144.

<sup>7</sup> Sobre a nova tutela dos direitos fundamentais introduzida pelo Tratado de Lisboa ver: L. Daniele, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 645 ss.; N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, *ibidem*, p. 653 ss.; A. Bultrini, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per la tutela dei diritti umani in Europa*, *ibidem*, p. 700 ss.; A. Gianelli, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDH secondo il Trattato di Lisbona*, *ibidem*, p. 768 ss.; J.P. Jacqué, *Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne*, in *Eur. Yearbook of Human Rights*, 2010, p. 123 ss.; F. Benoît-Rohmer, *Completing the transformation: values and fundamental rights in the Treaty of Lisbon*, *ivi*, 2010, p. 49 ss.; P. Mengozzi, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 242 ss.

<sup>8</sup> Além das contribuições citadas nas notas seguintes, cfr. *ex multis* L. Tomasi, *Il dialogo tra Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, a cura di M.C. Baruffi, Padova, 2008, p. 149 ss.; N.L. Arold, *The relationship between the ECtHR and the ECJ: the story of two sisters becoming more alike?*, in *Eur. Yearbook of Human Rights*, 2009, p. 189 ss.; G. Harpaz, *The European Court of Justice*



Desde quando a Carta de Direitos Fundamentais assumiu no ordenamento da União Europeia um papel de direito primário (ou seja, equiparada às normas dos Tratados), os princípios gerais do direito comunitário que incorporam a CEDH parecem ter assumido um papel subsidiário<sup>9</sup>.

De qualquer modo, por um lado, o art. 53 da Carta de Nice sanciona que a proteção dos direitos humanos prevista pela CEDH (assim como por outras Convenções internacionais ratificadas pelos Estados-membros) constitui um *standard* mínimo de tutela, abaixo do qual é vetado descer, mas acima do qual é, obviamente, permitido subir. Por outro lado, o art. 52, par. 3 prevê que quando a Carta contenha direitos correspondentes aqueles garantidos pela Convenção de Roma (hipótese bastante frequente) “o significado e o alcance” de tais direitos são iguais aqueles conferidos pela Convenção, salvo que o direito da União “conceda uma proteção mais intensa”.

Esta última disposição foi interpretada de várias maneiras. No sentido otimista, como no caso da proibição de levar em consideração as limitações ao gozo dos direitos humanos que tanto a CEDH quanto a Corte europeia individualizam em razão, por exemplo, de motivos de segurança nacional, de pública segurança ou de proteção da saúde, da moral ou dos direitos e das liberdades de outrem, salvo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade de ingerência de uma autoridade estatal no exercício de tais direitos (limitações previstas também pelo art. 52, par. 1 da Carta). Em sentido pessimista, como possível justificativa de uma tutela mínima por parte do sistema da União Europeia, concentrada nas limitações ao gozo dos direitos humanos que se tornam o *standard* máximo da tutela acordada<sup>10</sup>.

## **2. O diálogo à distância entre a Corte Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia**

Conscientes do sistema de proteção ofertado em Estrasburgo, era inequívoco que os cidadãos dos Estados-membros da União Europeia não hesitariam em apresentar recursos aos órgãos da CEDH a fim de fazer valer – ao final de um processo perante ao Tribunal de Justiça – eventuais violações dos seus direitos após a aplicação das normas

---

*and its relations with the European Court of Human Rights: the quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 105 ss.

<sup>9</sup> Neste sentido J.P. Jacqué, *Coexistence ou concurrence dans le domaine des droits de l’homme. Droit de l’Union européenne et Convention européenne des droits de l’homme*, in *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali* cit., p. 178 s.

<sup>10</sup> Ver também E. Cannizzaro, *L’incidenza della giurisprudenza della Corte europea sul contenuto della tutela dei diritti umani nell’Unione europea*, in *La cooperazione fra Corti in Europa* cit., p. 42.



de direito comunitário ou das normas adotadas pelos Estados ao dar atuação a este último.

Todavia, era igualmente inevitável que antes a Comissão Europeia dos Direitos do Homem (hoje não mais existente) e posteriormente a Corte Europeia se interrogassem sobre as suas competências em controlar o conteúdo dos atos ou das medidas emanadas ou previstas por uma Organização internacional “estranha”; assim, o conteúdo das medidas normativas adotadas pelos Estados, Partes contraentes tanto da Convenção Europeia quanto dos Tratados comunitários, eram de qualquer modo vinculados ao previsto e solicitado por tais Tratados.

Por outro lado, a Corte de Estrasburgo não podia certamente subtrair-se ao exercício de qualquer controle sobre o direito da União Europeia. Tal declínio teria ocasionado uma sensível e injustificável diminuição da esfera de proteção garantida pela CEDH aos indivíduos que lhes são destinatários, assim como uma espécie de impunidade aos ordenamentos de qualquer Organização internacional concernente à tutela dos direitos humanos<sup>11</sup>.

Dessa forma, consciente da sua incompetência em controlar diretamente os atos normativos relativos aos recursos individuais apresentados diretamente contra a União, uma vez que esta não é (ainda) Parte contraente da Convenção de Roma de 1950, a Corte Europeia limitou-se a exercitar não mais que um controle indireto sobre os atos normativos dos Estados-membros (todos Partes contraentes da CEDH) que dão atuação às normas comunitárias<sup>12</sup>.

O comportamento dos juízes de Estrasburgo sempre foi baseado em uma extrema prudência, na intenção de evitar interpretações divergentes com aquelas do Tribunal de Justiça; além disso, também manifestaram uma certa atenção ao contexto econômico, peculiar do sistema jurídico comunitário. Tal situação é demonstrada da ampla série de recursos individuais declarados inadmissíveis<sup>13</sup> e, sobretudo, pelo fato que a Corte jamais chegou a constatar uma violação dos direitos humanos contemplados pela CEDH, salvo no caso *Mattews contra Reino Unido*<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Assim J. .P. Jacqué, *Coexistence ou concurrence* cit., p. 176 s.

<sup>12</sup> Uma classificação das normas e dos atos que podem ser submetidos ao controle da Corte Europeia é fornecido por A. Bultrini, *I rapporti con la Corte di giustizia* cit., p. 28 s.

<sup>13</sup> Sobre esta prática, iniciada pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem (órgão hoje não mais existente) ver ainda: A. Bultrini, *op. cit.*, p. 25 s.

<sup>14</sup> Acórdão de 18 de fevereiro de 1999, recurso n. 24833/94, sobre o qual A. Bultrini, *La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 20 ss. Todos os acórdãos da Corte são disponíveis no site [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).





Contudo, uma análise minuciosa nos conduz ao entendimento de que se trata de uma exceção apenas aparente. Mesmo tratando o recurso sobre a falta de previsão no ordenamento do Reino Unido do direito de participação às eleições para o Parlamento Europeu dos nacionais ingleses residentes em Gibraltar, o juízo da Corte Europeia combatia não tanto as normas comunitárias, mas sim as declarações dos Estados-membros sobre a extensão de tais direitos aos residentes de determinados territórios. Enquanto tais, estes não eram nem ao menos judiciáveis pelo Tribunal de Justiça. De qualquer modo, uma vez declarada a violação do art. 3 do Protocolo n. 1, anexo à CEDH, pela Corte de Estrasburgo e tendo o Reino Unido modificado as próprias normas no sentido prescrito, o Tribunal de Justiça teve a oportunidade de verificar a conformidade de tal comportamento com as normas comunitárias<sup>15</sup>.

Tal orientação de geral “benevolência” da Corte Europeia é vislumbrada desde o acórdão no caso *Cantões contra França*<sup>16</sup>, no qual havia decidido pelo desprovimento de um recurso relativo a uma suposta violação do direito de conhecer preventivamente e com precisão os crimes e as suas sanções (art. 7 CEDH), logo após a condenação de um nacional francês pelo exercício abusivo da venda de produtos farmacêuticos, em base às normas francesas de atuação da Diretiva n. 65/65, 25 de janeiro de 1965, sobre a noção de medicamento.

Além disso, desde o mencionado acórdão a Corte de Estrasburgo efetua um amplo reconhecimento da pertinente jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>17</sup>.

Este comportamento cauteloso prossegue até hoje<sup>18</sup>, conforme demonstra a recente decisão *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlanse Kokkelvisserij U.A contra Países Baixos*<sup>19</sup>, na qual é negada a existência de uma suposta violação do direito de equo processo (art. 6, par. 1 da CEDH) dentro de um procedimento perante o Tribunal de Justiça, invocado pelo juiz holandês de reenvio prejudicial.

Nesta ocasião a Corte Europeia, confirmando a retidão das motivações já adotadas pelo Tribunal de Justiça na mesma controvérsia<sup>20</sup>, fez de modo a invocar (pela

---

<sup>15</sup> Acórdão de 12 de setembro de 2006, C-145/04: v. *ex multis* J. Shaw, *The Political Representation of Europe's Citizens: Developments*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, p.162 ss.

<sup>16</sup> Acórdão de 15 de novembro de 1996, recurso n. 17862/91.

<sup>17</sup> Assim os par. 13-17.

<sup>18</sup> Ver a este respeito J. Callewaert, *The European Convention on Human Rights and European Union Law: a Long Way to Harmony*, in *Eur. Human Rights Law Review*, 2009, p. 771 ss.

<sup>19</sup> Acórdão de 20 de junho de 2009, recurso n. 13645/05.

<sup>20</sup> Par. 153. A violação lamentada pela sociedade recorrente era relativa a ausência de acolhimento do pedido de reabertura do processo após a apresentação das conclusões do Advogado-geral. Ver a este respeito as considerações de A. Bultrini, *I rapporti con la Corte di giustizia* cit., p. 32 s.



enésima vez) os parâmetros por ela introduzidos no seu “*leading case*” *Bosphorus Airways contra Irlanda* de 2005, concernente a um sequestro judicial, promovido pelas autoridades irlandesas, de um avião que havia sido alugado para fins comerciais por uma sociedade turca, em base a uma medida de execução de um regulamento comunitário que contém sanções derivantes do embargo contra a ex-Federação Iugoslávia<sup>21</sup>.

Neste elaborado acórdão (em seguida a uma decisão do Tribunal de Justiça na mesma controvérsia)<sup>22</sup> os juízes de Estrasburgo não reconhecem que tal sequestro corresponda a uma violação do art. 1 do Protocolo n.1 à CEDH, concernente ao direito de respeito dos próprios bens. Enunciam, ao invés, o princípio da presunção de equivalência da tutela dos direitos fundamentais fornecida pela União Europeia com aquela prevista pelo sistema da CEDH, reservando-se o poder de exercitar o próprio controle somente no caso de “insuficiência manifesta” da proteção comunitária<sup>23</sup>.

Apesar de algumas críticas em razão da sua imprecisão<sup>24</sup>, a chamada doutrina *Bosphorus* é ainda constantemente utilizada pela Corte Europeia e, além do mais, é muito frequentemente corroborada por meio das várias menções à jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo<sup>25</sup>. Dessa forma, aos juízes de Estrasburgo vêm assegurada uma convergência interpretativa na tutela dos direitos humanos.

Por sua vez, também o Tribunal de Justiça da União Europeia mostra um comportamento de respeito em relação à jurisprudência da Corte Europeia dos direitos humanos. Tal conduta evidencia-se, principalmente, quando o Tribunal de Justiça deve resolver um potencial conflito entre um princípio proveniente do exercício de uma liberdade de conteúdo econômico do direito comunitário e um princípio ligado à proteção de um direito humano previsto pela CEDH. De fato, no acórdão *Schmidberger*<sup>26</sup>, relativo à ausência de proibição do governo austríaco de uma

<sup>21</sup> Acórdão de 30 de junho de 2005, recurso n. 45036/98. A bibliografia sobre este importante acórdão é infindável. Esta é mencionada em M. Jaeger, *I rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia* cit., p. 322 s., nota 8.

<sup>22</sup> Acórdão de 30 de julho de 1996, C-84/95, *Bosphorus*, sobre o qual E. Drewniak, *The Bosphorus Case: The Balancing of Property Rights in the European Community and the Public Interest in Ending the War in Bosnia*, in *Fordham Int. Law Journal*, 1997, p.1007 ss.

<sup>23</sup> Recordar-se que o critério da equivalência foi enunciado, mesmo que em termos bem mais sintéticos, pela Comissão Europeia dos direitos do homem na decisão de 9 de fevereiro de 1990, relativa ao caso *M&Co contro Germania*, recurso n. 13258/87.

<sup>24</sup> Por exemplo, ver A. Bultrini, *I rapporti con la Corte di giustizia* cit., p. 31.

<sup>25</sup> Ver as referências à jurisprudência sucessiva fornecidas por M. Jaeger, *I rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia* cit., p. 322 s., nota 8.

<sup>26</sup> Acórdão de 12 de junho de 2003, C-112/00. Cfr. A. Biondi, *Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights*, in *European*



manifestação que tinha bloqueado por trinta horas o tráfico de uma autoestrada, causando claros danos aos transportadores de cargas, o Tribunal de Luxemburgo, após ter colocado sob o mesmo nível a liberdade de circulação de mercadorias (art. 28 e 30 do então Tratado CE) e a liberdade de expressão e de reunião (art. 10 e 11 da CEDH), optou pela prevalência desta última sobre a primeira.

Todavia, em outras ocasiões o Tribunal de Justiça conserva-se uma certa autonomia de juízo quando seja necessário verificar os limites que – como foi analisado<sup>27</sup> – podem ser legitimamente aplicados à tutela de um direito fundamental. Este parece realmente avaliar, de acordo com seus próprios critérios, a subsistência de um interesse general típico da União Europeia a fim de permitir uma exceção ao gozo dos direitos humanos fundamentais.

Este comportamento é vislumbrado, por exemplo, no acórdão *Dansk Rørindustri A/S*,<sup>28</sup> em matéria de tutela da livre concorrência, no qual se discutia sobre a legitimidade de algumas sanções com eficácia retroativa impostas pela Comissão a um grupo de empresas, à luz do princípio da previsibilidade dos delitos e das relativas penas previsto pelo art. 7 da CEDH. Por meio de uma motivação bastante detalhada, o Tribunal de Justiça afirmou que em tais hipóteses é premente o respeito à previsibilidade “da atuação da política comunitária da concorrência”, introduzindo, assim, uma exceção ao sistema jurídico da União Europeia, a qual, obviamente, era desconhecida da jurisprudência da Corte de Estrasburgo, mesmo que algumas vezes invocada<sup>29</sup>.

A mesma orientação é vislumbrada também em outros acórdãos<sup>30</sup>.

---

*Human Rights Law Review*, 2004, p. 51 ss.; G. Facenna, *Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge v Austria: Freedom of Expression and Assembly vs Free Movement of Goods*, *ibidem*, p. 73 ss.; C. Vial, *Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux: à la recherche d'un équilibre*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 439 ss.

<sup>27</sup> *Supra*, par. 2.

<sup>28</sup> Acórdão de 28 de junho de 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02P, sobre o qual M. Simoncini, *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1951 ss.

<sup>29</sup> Ver respectivamente par. 227 e 215, no qual a Corte recorda, entre outros, o acórdão *Cantões c. França* (*supra*, nota 14). Para afastar-se de uma rigorosa aplicação do princípio da previsibilidade das penas, é afirmado que “desta jurisprudência da Corte Europeia deriva que o alcance da noção da previsibilidade depende, em grande parte, do conteúdo do texto do qual se trata, do setor interessado, assim como do número e da qualidade dos seus destinatários. A previsibilidade da lei não impede que o interessado seja levado a recorrer a um iluminado parecer legal a fim de avaliar, razoavelmente em base às circunstâncias, as consequências que podem resultar de um determinado ato. (par. 219)

<sup>30</sup> Cfr. Por exemplo, o acórdão de 26 de junho de 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, sobre os deveres de colaboração dos advogados com os poderes públicos em matéria de reciclagem, embora a proibição de tal colaboração constitua um corolário do direito a um justo *ex art. 6*



Portanto, o Tribunal de Justiça, mesmo mencionando constantemente a jurisprudência da Corte Europeia, não renuncia à atribuir um papel privilegiado aos específicos valores inerentes ao ordenamento da União Europeia em detrimento daqueles de natureza mais geral atinentes à CEDH. Um ulterior exemplo é observado no acórdão *Roquette Frères SA*,<sup>31</sup> no qual inicialmente foi invocado a jurisprudência da Corte de Estrasburgo sobre a aplicação do direito à inviolabilidade do domicílio (art. 8 da Convenção) também aos locais comerciais. Contudo, posteriormente foi relevada uma particular limitação a tal direito decorrente, outrossim, das normas *anti-trust* da União Europeia.

#### 4. As duas Cortes no tocante às uniões pessoais não tradicionais

Trata-se agora de verificar quais as características presentes no diálogo à distância entre as duas Cortes em um setor particular: o da tutela dos direitos humanos concernentes às uniões pessoais não tradicionais.

Com relação à CEDH, destacam-se, sobretudo, o art. 8, referente ao respeito à vida privada e familiar, o art. 12, atinente ao direito de casar-se, destinado, todavia, à “homens e mulheres” e o art. 14, relativo à proibição de discriminação.

No tocante ao direito da União Europeia, considerada a ausência de competências normativas gerais em matéria de família – exceção do campo do direito internacional privado e processual, ex-art. 65 TCE, atual art. 81 TFUE<sup>32</sup> – podem ter relevância as normas comunitárias em temas de livre circulação de pessoas (sejam estes cidadãos da União ou de Estados terceiros), de segurança social, relativos à proibição de discriminação sexual ou, ainda, ao Estatuto dos funcionários europeus.

Entretanto, conforme foi analisado, atualmente são destinados a assumir um papel cada vez mais importante o art. 7 da Carta dos direitos fundamentais, o qual

---

da CEDH. Para uma análise da jurisprudência da Corte sobre estes temas cfr. E. Cannizzaro, *L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea* cit. (*supra*, nota 8), p. 41 ss.

<sup>31</sup> Acórdão de 27 de junho de 2002, C-94/00, sobre o qual M. Megliani, *Ispezioni domiciliari e normativa comunitaria antitrust. Una prima riflessione*, in *Diritto commercio int.*, 2003, p. 101 ss.; E. Pagano, *Autorizzazione all'esecuzione di misure disposte dalla Commissione in danno di imprese e controllo del giudice nazionale*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 917 ss. In senso conforme la successiva sentenza del Tribunale, 26 ottobre 2010, T-23/09, *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP)*, *Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG)*.

<sup>32</sup> A incidência da proteção dos direitos humanos neste setor, relativo à chamada comunitarização do direito internacional privado, foi recentemente examinada por S. Bariatti, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *La protezione dei diritti fondamentali* cit. (*supra*, nota 3), p. 395 ss.



reproduz quase que literalmente o art. 8 da CEDH<sup>33</sup>, o art. 9 que prevê tanto o “direito de casar-se” quanto o “direito de constituir uma família”, assim como o art. 21, par. 1 que veta qualquer discriminação, inclusive a fundada em inclinações sexuais.

De modo geral, importante salientar que o Tribunal de Justiça, mesmo realizando constantes menções à jurisprudência da Corte Europeia dos direitos do homem, em comparação a esta, ampliou, em determinados casos, o âmbito do direito no respeito da vida familiar. Por exemplo, diferentemente da Corte de Estrasburgo, afirmou que tal direito compreende o do núcleo familiar continuar residindo no mesmo Estado<sup>34</sup>.

Nem mesmo a noção de família é igual na práxis jurisprudencial das duas Cortes: também sob tal perspectiva, o Tribunal de Luxemburgo revela-se mais sensível às exigências do indivíduo, expandindo tais noções até abarcá-las na “convivência” (requisito prescrito também pela Corte de Estrasburgo) com os familiares próximos<sup>35</sup>.

Contrariamente, a Corte Europeia mostrou neste setor a intenção de evitar – do ponto de vista geral – qualquer divergência interpretativa com o Tribunal de Luxemburgo. Esta intenção pode ser vislumbrada claramente no acórdão de 2006, *Mendizabal contra França*, referente a um caso de reagrupamento familiar, no qual esta afirma textualmente que o art. 8 da CEDH «*doit être interprété en l'espèce à la lumière du droit communautaire et en particulier des obligations imposées aux Etats membres quant aux droits d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires*», fazendo referência aos seus acórdãos *Matthews* e *Bosphorus Airways*<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> De fato, a norma mais recente diferencia-se somente pela referência ao respeito “das comunicações” antes que “da correspondência”, em razão do progresso tecnológico.

<sup>34</sup> Assim prevê o acórdão de 25 de julho de 2008, C-147/08, *Metock*, sobre o qual *ex multis* P. Morozzo della Rocca, *L'esercizio della libertà di circolazione non tollera ostacoli alla coesione familiare*, in *Il Corriere giur.*, 2008, p. 1375 ss.; S. Currie, *Accelerated justice or a step too far? Residence rights of non-EU family members and the Court's ruling in Metock*, in *European Law Review*, 2009, p. 310 ss. Nos par. 62 e 63 do acórdão o Tribunal afirma, dentre outros que, se os cidadãos da União não fossem autorizados a conduzir uma vida familiar normal no Estado-membro hóspede, seria configurado um sério obstáculo ao exercício das liberdades a estes garantidas pelo Tratado. Contrariamente, tal direito não foi reconhecido pela Corte Europeia dos direitos do homem no acórdão de 28 de maio de 1985, recursos n. 9214/80, 9473/81, 9474/81, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*. Neste sentido v. A. Adinolfi, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 23 s..

<sup>35</sup> Para qualquer referência ver ainda A. Adinolfi, *op. cit.*, p. 24 s. e a ampla contribuição de C. Ricci, *La “famiglia” nella giurisprudenza comunitaria*, in S. Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 91 ss., no sentido oposto v. G. Pastina, *La nozione di famiglia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e gli obblighi alimentari derivanti da unioni personali*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, a cura di G. Carella, Torino, 2009, p. 143 ss.

<sup>36</sup> Acórdão de 17 de janeiro de 2006, recursos n. 51431/99, par. 69. Sobre as decisões precedentes aqui citadas v. *supra*, par. 3.





Ocorre, todavia, salientar que no campo da proteção dos direitos humanos fundamentais, sobretudo dos familiares, as divergências interpretativas do Tribunal de Justiça, acima delineadas, não inspiram preocupação, já que evidentemente contribuem a elevar o nível de tutela dos direitos levados em consideração.

Por outro lado, este “passo à frente” do Tribunal de Justiça parece legitimado pelo art. 52, par. 3 da Carta de direitos fundamentais da União Europeia que consente – conforme foi verificado<sup>37</sup> – uma interpretação da CEDH mais favorável ao indivíduo em relação aquela fornecida pela Corte europeia.

Sempre com relação à Carta de Nice, os juízes de Luxemburgo, postos de frente às duas normas (como foi observado) quase idênticas do art. 8 da CEDH e do art. 7 da mesma Carta sobre o respeito da vida privada e familiar, têm realizado um minucioso exame das decisões da Corte Europeia dos direitos do homem na clara intenção de almejar conformarem-se com a obrigação de interpretação conforme da Convenção de Roma de 1950, estabelecida também (como foi recordado) pelo art. 52, par 3. Assim, no acórdão *McB*<sup>38</sup> o Tribunal de Justiça, ao final de seu exame<sup>39</sup>, confirmou a posição dos juízes de Estrasburgo sobre a compatibilidade com o direito ao respeito da vida familiar das normas irlandesas, as quais, diferentemente do quanto é previsto para a mãe, não atribuem automaticamente ao pai um direito de guarda do filho natural no momento do nascimento, mas demandam um acordo entre os genitores ou uma decisão judicial.

Da mesma forma, mas dessa vez com relação às uniões de fato, o Tribunal no recente acórdão *Comissão das Comunidades europeias contra Roodhuijzen*<sup>40</sup> advertiu a exigência de “reagrupar-se” à “definição feita pela própria Corte Europeia dos direitos do homem” no pronunciamento *Burden contra Reino Unido*<sup>41</sup>. No caso em comento, ao invés de um união registrada, tratava-se de um contrato de convivência, ambos previstos pelo direito holandês, mas que para este tipo de união pessoal (no caso, entre duas pessoas de sexo diferente) era excluída, de acordo com o Estatuto dos funcionários da

---

<sup>37</sup> *Supra*, par. 2.

<sup>38</sup> Acórdão de 5 de outubro de 2010, C-400/10 PPU, sobre o qual A. Martone, *Sottrazione "lecita" di minori e tutela del diritto al rispetto della vita familiare in Europa: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso McB*, in *Riv. cooperazione giur. int.*, 2012, p. 117 ss.

<sup>39</sup> Em particular, nos par. 54 e 56 a Corte analisa os pronunciamentos da Corte Europeia de 2 de setembro de 2003, *Guichard c. Francia*, ricorso n. 56838/00, 14 de setembro de 1999, *Balbontin c. Regno Unito*, ricorso n. 39067/97 e 3 dezembro 2009, *Zaunegger c. Germania*, recursos n. 22028/04, Cfr. Sobre o ponto também S. Bariatti, *Diritti fondamentali* cit., p. 402 s.

<sup>40</sup> Acórdão de 5 de outubro de 2009, T-58/08 P. Cfr. Sobretudo os par. 55 e 84.

<sup>41</sup> Acórdão de 29 de abril de 2008, recurso n. 13378/05.



União Europeia, a cobertura do parceiro não casado no tocante ao regimento de seguro de saúde. O Tribunal fez referência ao citado acórdão da Corte Europeia (relativo, ao invés, ao pedido de uma exoneração fiscal dos impostos de sucessão *mortis causa* para dois familiares conviventes) a fim de obter deste a rejeição da violação do princípio de discriminação.

Sobre o problema relativo ao reconhecimento das uniões não matrimoniais voltaremos a análise em breve. Importante, ao invés, salientar neste ponto a concordância entre as duas Cortes (que parecem inclusive amparar-se mutuamente) em um outro setor delicado do direito de família: o direito ao matrimônio dos casais formados por duas pessoas de sexo diferente em que uma delas tenha assim se tornado após uma intervenção cirúrgica.

É notório que o direito a mudança de sexo não é reconhecido em todos os ordenamentos estatais. Os juízes italianos depararam-se, por exemplo, com a necessidade de excluir, por contraste com os princípios inspiradores do seu ordenamento, a aplicação das leis nacionais estrangeiras que consentiam a determinados indivíduos a realização da retificação de sexo por estes requerida. Uma recente decisão, concernente a um nacional brasileiro, faz referência a um pronunciamento da Corte Constitucional que reconhece como fundamental o direito à própria identidade sexual<sup>42</sup>.

Sob os auspícios de Estrasburgo, a Corte Europeia desde 1986 tem declarado a legitimidade das normas inglesas que vetavam a retificação dos atos de estado civil e, por consequência, do matrimônio de tais indivíduos com pessoas do mesmo sexo por nascimento, mas que se tornaram do sexo oposto logo após uma intervenção cirúrgica<sup>43</sup>. A mesma Corte, todavia, reservou-se de afrontar o problema com um método dinâmico, no sentido de monitorar uma futura comunhão de posicionamento na maior parte dos ordenamentos dos Estados contraentes.

Portanto, nos dois acórdãos de 2002, *Goodwin contra Reino Unido* e *I. contra Reino Unido*<sup>44</sup>, é finalmente constatada uma “*démarche européenne commune*” em

---

<sup>42</sup> Tribunal de Prato, 16 de julho de 2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 145, com relação ao acórdão constitucional de 15 de abril de 2010 n. 138, *ivi*, 2010, p. 979. Ver também, sempre em aplicação do art. 3 da lei italiana de 14 de abril de 1982 n. 164, Tribunal de Milão, 17 de julho de 2000, *ivi*, 2001, p. 659.

<sup>43</sup> Acórdão de 17 de outubro de 1986, *Rees c. Regno Unito*, recurso n. 953281; 27 de outubro de 1990, *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 10843/84; 22 aprile 1997, *X., Y. e Z. c. Regno Unito*, recurso n. 21830/93 e 30 de julho de 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, recursos n. 22985/93 e n. 23390/94.

<sup>44</sup> Ambos acórdãos foram emitidos em 11 de julho de 2002, respectivamente sobre os recursos n. 28957/95 e n. 25680/94.



direção ao reconhecimento jurídico da mudança de sexo. Isto consentiu à Corte Europeia de declarar a violação pelo Reino Unido dos arts. 8, 12 e 14 da CEDH relativos ao direito da vida familiar, ao direito de casar-se e à proibição de discriminações<sup>45</sup>.

Nestes dois pronunciamentos é igualmente feita menção ao acórdão *P. Contra S. e Cornwall County Council* do Tribunal de Justiça de 1996<sup>46</sup> em que foi afirmado que uma discriminação fundada na mudança de sexo equivalia a uma discriminação baseada no sexo e como tal vetada pelo art. 5, par. 1 da Diretiva 76/207/CEE de 9 de fevereiro de 1976 relativa ao princípio de igualdade entre homens e mulheres em matéria de trabalho.

Pouco tempo depois foi o Tribunal de Luxemburgo a impulsionar a nova jurisprudência da Corte Europeia ao declarar, no acórdão *K.B.* de 2004<sup>47</sup>, a ilegitimidade, do ponto de vista do direito comunitário, das normas inglesas. Trata-se de um pronunciamento corajoso. Mesmo sendo fundado no princípio de paridade de retribuição entre homens e mulheres em matéria de trabalho (art. 141 do Tratado, atual art. 157 TFUE), em realidade, esta invade a esfera de competência reservada aos Estados-membros em relação aos requisitos necessários para contrair um matrimônio que, por sua vez, constitui o pressuposto indispensável a fim de obtenção da pensão por morte<sup>48</sup>.

De conteúdo menos audaz resulta o sucessivo acórdão *Richards*<sup>49</sup>, no qual o Tribunal de Justiça adapta, por assim dizer, ao contexto comunitário a ausência de reconhecimento da idade para pensão antecipada para as mulheres em relação aos homens, em razão das normas inglesas sobre mudança de sexo, já vetada pela Corte Europeia nas pronúncias *Goodwin e I.* O parâmetro de legitimidade é baseado, neste

---

<sup>45</sup> V. *supra*, par. 3.

<sup>46</sup> Acórdão de 30 de abril de 1996, C-13/94.

<sup>47</sup> Acórdão de 7 de janeiro de 2004, C-117/01. V. L. Tomasi, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 975 ss.; A. Quiñones Escámez, *Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, p. 507 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazione dei transessuali*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 989 ss.; C. Ricci, *La “famiglia” nella giurisprudenza comunitaria cit.*, p. 110 s.

<sup>48</sup> neste sentido, também L. Tomasi, *op. cit.*, p. 989 ss.

<sup>49</sup> Acórdão de 27 de abril de 2006, C-423/04, sobre o qual L. Panaiotti, *Il diritto antidiscriminatorio di genere al vaglio della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 765 ss.; O. Lynskey, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2006, p. 462 ss.



caso, na Diretiva de 19 de dezembro de 1978, n. 79/7/CEE, sobre a atuação gradual do princípio de paridade de tratamento em matéria de segurança social.

O diálogo entre as duas Cortes parece realizar uma certa uniformidade de resultados também no campo das uniões pessoais entre pessoas do mesmo sexo. Ambas orientaram-se, ao menos no início, a ter um comportamento cauteloso no reconhecimento de tais uniões, em razão da competência legislativa dos Estados e do despeito frente às diferentes concepções sobre o assunto. Em realidade, ainda é possível encontrar uma vasta gama de soluções normativas nos Estados europeus: desde aqueles que admitem o matrimônio de tais casais (por exemplo, Países Baixos, Espanha, Bélgica), aos que consentem somente a estipulação dos acordos de *partnership* registrados ou similares (Reino Unido, Alemanha) e, ainda, os que, como o ordenamento italiano, atualmente não toleram nenhum tipo de reconhecimento, apesar de a jurisprudência mostrar tímidos sinais de abertura<sup>50</sup>.

Em muitos casos o reconhecimento de tais casais depende da contemporânea previsão dos efeitos jurídicos mais ou menos similares aos que decorrem das uniões conjugais de casais heterossexuais. Assim, continuando a incisiva proteção há tempos concedida à condição jurídica dos filhos naturais de casais heterossexuais, a Comissão Europeia, em um primeiro momento, e a Corte Europeia, posteriormente, afirmaram a proteção destes últimos sob diferentes perspectivas em base ao art. 8 da CEDH<sup>51</sup>.

Diversamente, o Tribunal de Justiça, com a intenção de não introduzir novos ônus financeiros no confronto dos Estados-membros ou da União Europeia, excluiu, em outros acórdãos (salvo poucas exceções), a paridade das uniões não baseadas no casamento com aquelas unidas pelo matrimônio<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Para uma visão geral das várias normas dos Estados europeus, ver as amplas referências fornecidas por C. Ragni, *L'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sullo sviluppo del diritto dell'UE in materia di trattamento delle coppie omosessuali*, in *La protezione dei diritti fondamentali* cit. (*supra*, nota 3), p. 234 s.; G. Pastina, *La nozione di famiglia* cit. (*supra*, nota 33), p. 143 ss. Em relação ao ordenamento italiano, no qual não são previstas formas de convivência registrada nem para os casais heterossexuais, tanto o acórdão constitucional n. 138/2010 (*supra*, nota 41) quanto o recente pronunciamento da Corte de Cassação de 15 de março de 2012 n. 4184, apesar de não introduzir sinais autenticamente inovadores, preanuncia o direito dos casais homossexuais, parceiros em uma relação de fato estável, a obter do juiz, de tempos em tempos, um tratamento homogêneo ao dos casais cônjuges. Cfr. Para todos, F. Mosconi, C. Campiglio, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello "federale" e livello statale in Europa e negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 299 ss.; P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corriere giur.*, 2012, 861 ss.

<sup>51</sup> Cfr. G. Pastina, *op. cit.*, p. 149 ss.; C. Ragni, *op. cit.*, p. 241 s.

<sup>52</sup> Ver em referência aos notórios acórdãos *Reed*, *Arauxo-Dumay*, *Eyüp*, C. Ricci, *La "famiglia" nella giurisprudenza comunitaria* cit. (*supra*, nota 33), p. 100 s.



Como foi observado, no passado, uma cautela ainda maior era observada no comportamento das duas Cortes com relação ao reconhecimento dos efeitos jurídicos aos casais conviventes do mesmo sexo, em razão do constante posicionamento, por parte dos Estados, de uma competência exclusiva na matéria. Todavia, posteriormente, sob os auspícios de Estrasburgo, diversas vezes foi confirmado, no confronto dos Estados contraentes, a obrigação, em base ao art. 8 da CEDH, de evitar a discriminação baseada na orientação sexual, mesmo se às vezes tenha parecido, por exemplo, justificável a recusa da concessão ao parceiro do mesmo sexo dos benefícios desfrutados pelo cônjuge<sup>53</sup>.

Mais recentemente, todavia, a Corte Europeia nos acórdãos *Karner contra Áustria* e *E.B. contra França*<sup>54</sup>, reconheceu, respectivamente, ao parceiro do mesmo sexo o direito de suceder no contrato de locação da habitação comum após a morte do consorte e o direito de adotar um menor.

Com referência a este último pronunciamento, não se pode fazer menos que sinalizar que também a Corte Interamericana dos Direitos do Homem, em um acórdão de fevereiro de 2012<sup>55</sup>, asseverou ser contrário ao princípio de discriminação a revogação da guarda dos filhos legítimos, declarada pelos juízes chilenos no confronto de uma senhora que, logo após o divórcio do marido, tinha iniciado uma convivência com uma parceira do mesmo sexo. Além disso, a Corte Interamericana fez ampla referência tanto a jurisprudência de Estrasburgo quanto a Carta de Nice dos direitos fundamentais, demonstrando igualmente o desígnio de superar as resistências dos Estados neste setor.

Da mesma forma, tal objetivo é vislumbrado no célebre acórdão da Corte Europeia dos direitos do homem no caso *Schalk e Kopf contra Áustria*<sup>56</sup>. Apesar de excluir a possibilidade de fundamentar a tutela do direito de contrair matrimônio em favor dos casais homossexuais no art. 12 e nos arts. 8 e 14 da CEDH, a Corte,

---

<sup>53</sup> Sobre a práxis da Comissão Europeia e sobre o acórdão da Corte de 10 de maio de 2001, *Mata Estevez c. Spagna*, recurso n. 56501/00, cfr. C. Ragni, *L'influenza della giurisprudenza della Corte europea cit.*, p. 242 s. Na vastíssima literatura sobre o tema ver para todos N. Boschiero, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 50 ss.

<sup>54</sup> Acórdão de 24 de julho de 2003, recurso n. 40016/98 e 22 de janeiro de 2008, recurso n. 43546/02. Esta última decisão confirma a precedente decisão negativa de 26 de fevereiro de 2002, *Fretté c. Francia*, ricorso n. 36515. Ver a respeito G. Pastina, *La nozione di famiglia cit.*, p. 151 s. e sobre os primeiros acórdãos Ph. Frumer, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation: une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 663 ss.

<sup>55</sup> Acórdão de 24 de fevereiro de 2012, sobre o caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

<sup>56</sup> Acórdão de 24 de junho de 2010, recurso n. 30141/04.





mencionando igualmente o art. 9 da Carta de Nice, pela primeira vez (em linha de princípio), estende a previsão literal do art. 12, dedicado especificamente ao direito de contrair matrimônio entre homem e mulher, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>57</sup>. No tocante a estas uniões pessoais, foi ainda modificado a referência ao art. 8, deixando de ser compreendido como respeito da “vida privada” para passar a ser entendido como respeito da “vida familiar”. Todavia, a Corte, constatando que os ordenamentos dos Estados europeus que consentem um reconhecimento às convivências formadas por homossexuais não constituem ainda a maioria, acaba deixando aos Estados “indisciplinados” a escolha do “ritmo (temporal) para a adoção das reformas legislativas”.

Sob os auspícios de Luxemburgo, em um primeiro momento, o Tribunal de Justiça, animado pelo mesmo escopo já evidenciado no tocante ao tratamento das uniões heterossexuais, qual seja o de não agravar os balanços dos Estados ou da União<sup>58</sup>, também tinha negado o reconhecimento de específicos direitos às uniões pessoais homossexuais. Entretanto, recentemente o Tribunal abandonou este comportamento mais fechado.

Com efeito, no recente acórdão *Maruko*, à luz da Diretiva de 27 de novembro de 2000, 2000/78/CE, que estabelece um quadro geral para a paridade de tratamento em matéria de ocupação e de condições de trabalho, o Tribunal impôs ao juiz nacional a verificação, para fins de concessão da pensão por morte, se seria possível equiparar ao matrimônio uma “união solidária” do direito alemão, reservada aos parceiros do mesmo sexo<sup>59</sup>. Além disso, este acórdão restringe sensivelmente o alcance do vigésimo segundo “considerando” da citada Diretiva 2000/78, segundo o qual restam prejudicadas as legislações nacionais em matéria de estado civil e as prestações que desta derivam. A este respeito o Tribunal afirma peremptoriamente que “os Estados-membros, no exercício desta competência, devem respeitar o direito comunitário, em particular as disposições relativas ao princípio de não discriminação<sup>60</sup>.”

---

<sup>57</sup> Cfr. *ex multis* M. Cartabia, *I “nuovi” diritti*, in *Le confessioni religiose nel diritto dell’Unione europea*, a cura di L. De Gregorio, Bologna, 2012, p. 106 ss.

<sup>58</sup> Este comportamento transparecia dos acórdãos de 17 de fevereiro de 1998, C-249/96, *Grant* e 31 de maio de 2001, *P. D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, sobre quais ver C. Ragni, *op. cit.*, p. 239 ss.

<sup>59</sup> Acórdão de 1º de abril de 2008, C-267/06. Cfr. A este respeito C. Ragni, *op. cit.*, p. 247 ss.; F. Mosconi, C. Campiglio, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso* cit., p. 301 s.

<sup>60</sup> Assim os par. 58 e 59.



Este acórdão serviu de inspiração ao sucessivo pronunciamento do mesmo Tribunal no caso *Römer* que, em um caso análogo relativo a uma pensão complementar de velhice, chega as mesmas conclusões do predecessor<sup>61</sup>.

Merece, enfim, ser evidenciada uma particular decisão do Tribunal da função pública da União Europeia, tomada no caso *W.*<sup>62</sup>. Tratava-se, na espécie, de conceder um subsídio de família a um funcionário da União, duplo nacional belga e marroquino, relativo ao parceiro do mesmo sexo, enquanto membro de uma união registrada. Tal subsídio lhe havia sido negado, uma vez que o Anexo VII do Estatuto dos funcionários – apesar de há tempos ter sido emendado no sentido favorável às uniões pessoais não tradicionais<sup>63</sup> – não prevê tal benefício para o casal registrado que tenha acesso ao matrimônio civil no Estado de residência. Muito embora tal matrimônio seja previsto pela legislação belga, o Tribunal compartilhou o receio do funcionário em ser objeto, uma vez casado, de discriminações penais e perseguições no Marrocos, onde se dirigia anualmente para encontrar os seus familiares. Não ao acaso, este é o único pronunciamento que menciona a jurisprudência da Corte Europeia relativa à necessidade de uma tutela efetiva dos direitos humanos<sup>64</sup>.

À exceção deste último caso, parece que o Tribunal de Justiça tem conduzido mais um monólogo que um diálogo com a Corte Europeia neste específico setor das uniões pessoais não tradicionais tanto em razão da diversidade dos casos a este submetidos quanto da inclinação (já salientada) do Tribunal de Luxemburgo à uma autonomia de juízo<sup>65</sup>.

Mesmo que os resultados interpretativos sejam substancialmente conformes, resta verificar sobre quais linhas serão desenvolvidas as futuras relações entre as duas Cortes, uma vez concretizada a adesão da União Europeia à Convenção de Roma de 1950.

---

<sup>61</sup> Acórdão de 10 de maio de 2011, C-147/08, sobre o qual, com alguns pontos críticos, G. Di Federico, *Le discriminazioni in base all'età nella più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: da Mangoldt a Georgiev e oltre*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, spec. pp. 590, 593, 605.

<sup>62</sup> Acórdão de 14 de outubro de 2010, F-86/09; cfr. o comentário de P. Lagarde, in *Revue critique droit int. privé*, 2011, p. 381 ss. e F. Mosconi, C. Campiglio, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso* cit., p. 303 ss.

<sup>63</sup> Ver neste sentido P. Mengozzi, *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Famiglia e dir.*, 2004, p. 643 ss.

<sup>64</sup> Par. 43.

<sup>65</sup> *Supra*, par. 3.



## A CORTE DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA COMO GARANTE DO EQUILÍBRIO ENTRE AS INSTITUIÇÕES\*

Alessandra Lang<sup>66</sup>

A presença de uma Corte de justiça é um dos traços característicos da União Europeia e do modelo de integração do qual essa é expressão. O processo inicia com a Declaração de Robert Schuman, Ministro do Exterior francês, em 1950, constituindo a primeira formalização do projeto de integração europeia, a partir da iniciativa em comum da produção de carvão e aço sobre a responsabilidade de uma Alta Autoridade instituída com um acordo internacional. Ao se ler a declaração, nota-se que a exigência de um juiz era ligada aos poderes normativos dos quais teria disposto a Alta Autoridade: uma vez que a organização internacional que se delineava previa que a Alta Autoridade teria assumido o poder de adotar decisões vinculantes e imediatamente executivas nos Estados membros, então o princípio de legalidade impunha que fossem previstos meios adequados de recurso.

A Corte de justiça foi criada com o tratado institutivo da Comunidade europeia do carvão e do aço e a sua jurisdição foi em seguida estendida também à Comunidade econômica europeia e à Comunidade europeia de energia atômica, criada alguns anos depois. De 1953 a 2011, foram promovidas 17.507 demandas e prolatadas 9.008 sentenças e pareceres. Somente em 2011, 638 causas foram definidas. No momento de escrita dessas linhas, era inscrita a causa 343 de 2012.

A Corte exercitou as suas funções de maneira incisiva e com suas decisões modelou o ordenamento comunitário, dando-lhe uma forma que talvez nenhum de seus próprios pais fundadores, bastante visionários e enxergando à distância, teriam podido imaginar. O primado do direito comunitário sobre o direito nacional, o efeito direto, a responsabilidade do Estado pelos danos causados aos indivíduos, são todos alcances da jurisprudência da Corte.

---

\* A versão em italiano, “*La Corte di giustizia dell’Unione europea come garante dell’equilibrio tra le istituzioni*”, foi traduzida para a língua portuguesa por Lucas Carlos Lima, mestrando em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq.

<sup>66</sup> Alessandra Lang é professora de Direito da União Europeia na Faculdade de Ciências Políticas da *Università degli Studi di Milano* - Itália.



Qualificar a Corte de justiça com base em suas competências revela a sua natureza múltipla. É redutivo considerá-la um juiz internacional, somente porque resolve as disputas entre Estados, atividade contudo quantitativamente pouco significativa. É juiz administrativo quando examina os pedidos de anulação dos atos apresentados por entes privados. É juiz supremo quando assegura a interpretação uniforme do direito da União para todos os juízes dos Estados membros, ou quando funciona como juiz de apelação do Tribunal. É juiz constitucional quando resolve os conflitos entre Estados e instituições e entre instituições. Entre as suas diversas funções, a Corte compreende também aquela de garante do equilíbrio entre as instituições. Os tratados institutivos não previam nada a respeito, mas a Corte colocou-se neste importante papel usando os poderes a ela atribuídos e contando com a cumplicidade de outras instituições.

O que significa ser o garante do equilíbrio entre as instituições? A União Europeia se funda sobre o princípio de atribuição. Os poderes que competem às instituições foram a elas conferidos pelos Estados, nos tratados institutivos. A distribuição do poder entre instituições não segue um critério que se remete aos princípios de separação dos poderes, ou a princípios de perfeita paridade entre os mesmos. Ao contrário, o equilíbrio entre as instituições é aquele e somente aquele que resulta dos tratados. Os tratados estabelecem quais são os tipos de atos que as instituições podem adotar, para quais fins e em quais âmbitos e, sobretudo, segundo determinado procedimento. Os procedimentos são diversos e se caracterizam pelo diferente peso que é reservado às três instituições políticas da União: o Conselho, no qual se sentam os Estados, o Parlamento europeu, eleito de um sufrágio universal direto, e a Comissão, composta de 27 membros que agem a título individual no interesse da União. Se na versão original dos tratados, o procedimento mais comum era aquele que previa a proposta pela Comissão e a decisão pelo Conselho, os sucessivos tratados de revisão que modificaram as Comunidades e instituído a União introduziram novos procedimentos, pouco a pouco assinalando um papel maior ao Parlamento Europeu. Hoje o Parlamento europeu divide com o Conselho o poder normativo, quando um ato deve ser adotado segundo o procedimento legislativo ordinário. Do mesmo modo, no que se refere à conclusão de acordos internacionais o Parlamento europeu progressivamente conquistou um maior envolvimento. Apesar disso, nos tratados existem diversos procedimentos e a escolha de seguir um ou outro depende da interpretação do tratado. Nos diversos procedimentos as instituições possuem poderes



diferentes e não pasma que toda vez que se pretende adotar um ato de certa relevância, entre as instituições se combata uma luta mais ou menos excitada e subterrânea, cada uma para obter a aplicação do procedimento que a concede o maior poder. A Corte de justiça nem sempre permanece estranha. Ao contrário, pode intervir, mas somente *ex post*, para verificar se a escolha do procedimento seguido para a doção de um específico ato foi conduzido corretamente. O instrumento é a ação de anulação. O recurso é proposto por uma instituição para a anulação de um ato por violação do tratado ou por violação das formas substanciais. São estes os dois vícios que mais frequentemente são invocados neste gênero de contencioso. Nem toda ação de anulação promovida por uma instituição é motivada por uma violação do equilíbrio institucional. Frequentemente outros motivos estão na base do recurso, como o respeito a direitos fundamentais, o respeito ao princípio de legalidade, a correta individualização dos limites entre direito da União e competência dos Estados. É porém inegável que entre os muitos recursos de anulação promovidos pelas instituições, um certo número seja entendido como salvaguarda das prerrogativas da instituições recorrente. Não por nada a Corte entende que as prerrogativas que os tratados preveem às instituições no âmbito dos procedimentos para a adoção dos atos sejam de natureza constitucional. O equilíbrio entre as instituições que o tratado estabelece deve ser salvaguardado e a própria Corte faz-se dele garante.

Para compreender as razões e o alcance de tal função, é necessário realizar uma viagem no tempo e percorrer as etapas principais que conduziram à definição do papel da Corte.

Como já recordado, na versão originária dos tratados, o poder de decisão competia ao Conselho, via de regra sobre proposta da Comissão, e o Parlamento era consultado quando os próprios tratados o previam. Era pacífico que o parecer do Parlamento não era vinculante. Mas podia o Conselho aprovar um ato antes que o Parlamento se pronunciasse? E se o tivesse adotado, quais efeitos tomaria o ato? A resposta foi dada pela Corte de justiça no caso *Roquette Frères*, nome da recorrente que tinha impugnado um regulamento relativo à fixação de produção de isoglucose. Entre os vários motivos que embasaram seu recurso, a recorrente aduzia que o ato teria sido adotado em violação do procedimento de consulta, previsto no tratado, propriamente porque o Conselho limitava-se a pedir ao Parlamento que emanasse seu parecer, mas não havia considerado recebê-lo antes de se pronunciar em via definitiva. A Corte de justiça, na sentença prolatada em 29 de outubro de 1980, afirma que a consulta é o





instrumento que consente ao Parlamento a participação no processo legislativo comunitário e, por este motivo, “constitui um elemento essencial do equilíbrio institucional desejado pelo tratado”. Por consequência, a regra de consulta ao Parlamento é uma formalidade essencial, cuja violação comporta a ilegitimidade e a anulabilidade do ato que o Conselho tenha adotado.

Enxergar reconhecido o seu papel levou o Parlamento a tentar a via de recurso à Corte para obter um efetivo envolvimento no processo legislativo.

Em 1983, o Parlamento apresentou uma ação por omissão nos confrontos do Conselho, por não haver elaborado uma política comum em matéria de transportes. A ação por omissão permite à Corte de avaliar a legitimidade de uma omissão das instituições. O Conselho denunciava o uso instrumental do recurso, porque no seu dizer o Parlamento buscava acrescentar a sua influência no processo decisional, buscando levar ao plano técnico jurídico uma exigência política. A Corte repele o argumento do Conselho e acolhe o recurso. O tratado, afirma a Corte, impõe que o setor dos transportes fosse regulado por normas emanadas pelas instituições, pelo Conselho, por proposta da Comissão e prévio parecer do Parlamento. É verdade que o objeto das normas não era predeterminado senão com referência aos princípios gerais e que a instituição que não se podia determinar o conteúdo era o Conselho, não o Parlamento. Em substância, um recurso análogo, e com análogas possibilidades de sucesso, teria podido ser proposto por um Estado membro ou mesmo pela Comissão. O caso, porém, interessa propriamente porque foi promovido pelo Parlamento, para defender as suas ainda limitadas prerrogativas, e porque pela primeira vez a Corte aceita ser aliada do Parlamento.

Alguns anos depois, em 1987, o Parlamento tentou obter a anulação de um ato do Conselho. A tentativa num primeiro momento foi à falência, porque o tratado não atribuía ao Parlamento a legitimação ativa para apresentar recursos de anulação. Na versão originária do tratado, em verdade, a qualidade de recorrer competia somente ao Conselho e à Comissão (ao lado dos Estados e das pessoas físicas e jurídicas). Para sustentar que a carta do tratado deveria ser superada, o Parlamento aduzia diversos argumentos, rejeitados, porém, pela Corte. De particular interesse é o argumento segundo o qual o Parlamento, se não pudesse apresentar uma ação de anulação, não poderia defender as prerrogativas que o tratado lhe atribui. A Corte rechaça também este argumento, sustentando que o fato do tratado conferir ao Parlamento prerrogativas não comporta completamente que lhe seja reconhecida uma legitimação para apresentar um



recurso de anulação, no momento que outro recorrente – a Comissão, os Estados membros, até mesmo as pessoas físicas e jurídicas – bem poderia agir para obter a anulação do ato que tivesse lesado as prerrogativas do Parlamento. A debilidade de tal raciocínio é revelada um pouco depois, quando o Parlamento impugna um regulamento que o Conselho tinha adotado seguindo um procedimento de consulta, e não segundo o procedimento de cooperação que teria assegurado ao Parlamento prerrogativas mais amplas. A Comissão anuiu com a escolha do Conselho, e certo que não teria desejado ativar-se para assegurar a tutela de prerrogativas que não considerava violadas. A Corte supera expressamente a sua anterior tomada de posição e admite que o equilíbrio institucional que o tratado estabelece, isto é os poderes respectivos das instituições, deve ser garantido pela própria Corte. O tratado apresentava porém uma lacuna, porque não contemplava um remédio eficaz no caso de violação das prerrogativas do Parlamento. O interesse fundamental à manutenção e a respeito do equilíbrio institucional entende que a lacuna deve ser preenchida em via interpretativa e que o Parlamento consinta em propor uma ação de anulação, embora com o único fim de lamentar a violação de sua prerrogativa.

O equilíbrio institucional e o papel de garante que a Corte assinala portam-na, portanto, a superar a letra do tratado e a criar um remédio para o Parlamento. Tal solução será acolhida pelo tratado de Maastricht de 1992, que modifica a disposição sobre a “ação” de anulação para introduzir a legitimação do Parlamento, limitadamente à salvaguarda das suas prerrogativas. Somente com o tratado de Nice, em vigor a partir de 2003, o Parlamento foi equipado ao Conselho e a Comissão e pode então apresentar recursos de anulação fundados sobre outros vícios.

O equilíbrio institucional não diz respeito somente às relações entre Parlamento e Conselho, mas também entre Comissão e Conselho e entre Parlamento e Comissão. Como já recordado, o tratado encarrega a toda instituição o seu papel e os seus poderes, que as outras instituições devem respeitar, sobre o controle da Corte de justiça. Os tratados foram modificados várias vezes no curso do tempo. Por esta via, os Estados atribuíram às instituições novas competências. Eles não somente determinaram de quais setores as instituições devem ocupar-se e para quais fins, mas definiram o procedimento que deve ser seguido para a adoção dos atos. Em outros termos, definiram o equilíbrio institucional. Como veremos, os procedimentos decisórios são tudo menos que uniformes.



De sua criação em 1993 à entrada em vigor do tratado de Lisboa, no final de 2009, a União era composta de três pilares, cada um assinalado de um diverso equilíbrio institucional. Com certa aproximação, o equilíbrio institucional poderia ser assim sinteticamente descrito: no primeiro pilar, coincidente com a Comunidade europeia, à Comissão competia o poder de formular propostas e o Conselho não podia deliberar na ausência de uma proposta da Comissão. O Parlamento europeu era por vezes consultado, enquanto que em certos casos, nos quais encontrava aplicação o procedimento de codecisão, era equiparado ao Conselho e tinha poder decisório. À Comissão competia de regra a competência para executar os atos de dimensão geral, adotados pelo Conselho ou pelo Conselho e Parlamento, compreendido o poder de modificação das partes não essenciais, salvo se o Conselho decidisse reservar a si próprio o poder executivo.

No segundo pilar, dedicado à Política externa e de segurança comum, o poder decisório competia ao Conselho, que não tinha necessidade de uma prévia proposta da Comissão, e o Parlamento era excluído do procedimento decisório. A atuação das decisões do Conselho (mas não a sua modificação) competia à Presidência do Conselho, e a Comissão era somente associada.

No terceiro pilar, dedicado à Cooperação judiciária em matéria penal e de polícia, o poder decisório competia ao Conselho, sob proposta da Comissão ou dos Estados membros, e o Parlamento devia ser consultado antes da adoção dos atos mais importantes. A atuação das decisões competia aos Estados membros.

Naturalmente, a diferença entre pilares não se resolvia somente no procedimento decisório. Ao contrário, também outros elementos diferenciavam os pilares: o fato que o controle jurisdicional sobre os atos fosse pleno no primeiro pilar, limitado no terceiro e excluído no segundo; o fato que existia somente no primeiro pilar uma garantia jurisdicional de respeito às obrigações que os Estados membros derivavam de tratados; o fato que o primado e o efeito direto encontrassem aplicação somente em relação ao pilar comunitário.

Porque o ordenamento da União era assim complexo e fragmentado? A resposta está na vontade dos Estados que delinearam as características essenciais do ordenamento dos tratados institutivos. As revisões que se sucederam no curso do tempo responderam ao auspício de Schuman de construir a União europeia por etapas sucessivas. Do carvão e do aço, como recordado, passou-se ao mercado comum, com as suas quatro liberdades e as políticas conexas. A cooperação realizada através as



instituições comunitárias dava bons resultados e sempre novos eram os setores nos quais podia ser experimentada: a tutela do ambiente, a política industrial, a imigração, a política externa. Todavia, ao lado do desejo de estender as competências da União, os Estados desejavam conservar a própria soberania e evitar serem obrigados a executar políticas que poderia ameaçar seus interesses. Daí a invenção de novos equilíbrios entre as instituições, a quem eram confiadas novas competências, mas conservando na máxima medida possível aos Estados o direito de veto. Tudo isto podia ser assegurado limitando o papel do Parlamento e da Corte de justiça, e concentrando os poderes decisórios e executivos ao Conselho. O equilíbrio realizado não é estático, mas vem continuamente modificado, toda vez que os Estados procedem à revisão dos tratados. O terceiro pilar oferece um claro exemplo: criado pelo tratado de Maastricht, foi progressivamente desmembrado com o tratado de Amsterdã e por fim eliminado com o tratado de Lisboa. Do ponto de vista do equilíbrio entre as instituições, isto indica que as regras especiais inicialmente previstas tornam-se aplicáveis a um número reduzido de matérias e depois definitivamente superadas.

Estando assim as coisas, sobretudo antes da entrada em vigor do tratado de Lisboa, fundar a competência e adotar um ato sobre o primeiro, sobre o segundo ou sobre o terceiro pilar não era completamente indiferente quanto ao equilíbrio institucional. A prática mostra efetivamente um certo número de casos nos quais uma instituição volta-se à Corte de justiça para obter a anulação de um ato que deveria ter sido adotado segundo um procedimento diverso que teria melhor salvaguardado suas prerrogativas.

Quais tipos de contrastes alcançam a Corte? Vale a pena tentar uma breve síntese. O Parlamento age contra o Conselho quando entende que deveria ter seguido o procedimento de codecisão, e não aquele de consulta, como com efeito sucede. Ou então quando, no âmbito do procedimento de consulta, o Conselho modifica de maneira radical a proposta sobre a qual o próprio Parlamento tinha expressado seu próprio parecer. O Parlamento age, ao contrário, contra a Comissão quando entende que esta tenha abusado do poder de dar atuação aos atos da União, por exemplo ampliando o âmbito de aplicação de um ato, resultado que teria podido ser alcançado somente através de uma modificação do ato que teria porém solicitado a intervenção do Conselho e do Parlamento. A Comissão age contra o Conselho quando entende que o ato emanado com base no segundo ou ao terceiro pilar deveria ter sido adotado segundo o



procedimento do primeiro pilar. Ou então quando entende que o Conselho tenha a si reservado ilegitimamente o poder de execução.

Não é um caso se não se encontram exemplos de controvérsias nas quais a Comissão age contra o Parlamento, ou então contra o Conselho, além do contencioso em matéria de orçamento, que opõe o Conselho ao Parlamento mas que pode ser negligenciado nesta sede. O Parlamento não possui poder normativo autônomo e se a Comissão entende que o ato adotado ofende as suas prerrogativas, age contra o autor do ato, que é o Conselho, ou então são o Conselho e o Parlamento conjuntamente. O Conselho, ao contrário, não possui necessidade de voltar-se à Corte para salvaguardar as suas prerrogativas. Se o ato proposto não o satisfaz, é livre de não aprová-lo; se deseja reservar-se o poder executivo, pode fazê-lo. Se o poder executivo é delegado à Comissão, o procedimento que essa deve seguir, que toma o misterioso nome de “Comitêlogia” [comitatologia], é consignado em modo tal que se o Conselho entende que a Comissão abusou da delegação, pode impedir a adoção do ato delegado e revogá-lo.

Como a Corte afronta e resolve estes casos? A escolha do procedimento a ser seguido, ela afirma, é subtraída da livre escolha das instituições. Não basta que uma instituição queira ser envolvida intensamente na adoção de um ato, para que o procedimento seja mudado. Nem mesmo existe uma presunção a favor do máximo envolvimento possível do Parlamento, que eventualmente corrige as acusações de déficit democrático frequentemente dirigidas à União europeia. Ao contrário, a escolha do procedimento depende da base jurídica colocada como fundamento do ato, isto é pela norma do tratado que atribui às instituições o poder de adotar um ato particular para realizar um certo objetivo. A base jurídica vem determinada segundo critérios objetivos, suscetíveis de controle jurisdicional. Estes critérios dizem respeito ao escopo e ao objeto do ato. Um exemplo pode ajudar uma melhor compreensão do raciocínio da Corte.

Uma decisão que impõe aos Estados a previsão como crime e sancionar certas formas de poluição diz respeito a aproximação das legislações penais, e portanto a Cooperação judiciária em matéria penal (isto é, terceiro pilar), ou então a tutela do ambiente, matéria do primeiro pilar? O questionamento não é abstrato. A Comissão, compreendendo a segunda interpretação, apresentou ao Conselho uma proposta de diretiva para disciplinar a questão. O Conselho, porém, não a aprovava e, entendendo que a matéria fosse reconduzível ao setor de cooperação judiciária em matéria penal, adotou a decisão-quadro relativa à proteção do ambiente através do direito penal,





segundo o procedimento próprio do terceiro pilar. A Comissão impugnava a decisão pedindo-lhe a anulação, sustentando que erroneamente foi adotada com base no terceiro pilar. A Corte dá razão à Comissão. A Corte afirma que o objetivo do ato é aquele de reforçar a tutela do ambiente sancionando condutas prejudiciais. O objeto do ato consiste na individuação da conduta prejudicial ao ambiental, e diz respeito portanto à política ambiental. A obrigação dos Estados de prever normas penais para sancionar os crimes ambientais não é outra coisa senão o instrumento escolhido no caso em espécie para tutelar o ambiente.

O tratado de Lisboa interveio de modo decisivo nos procedimentos decisórios e sobre o equilíbrio entre as instituições. Em primeiro lugar, como já foi recordado, porque os procedimentos especiais do terceiro pilar aparecem e encontram aplicações ordinárias, embora ao preço de vincular somente 24 Estados membros, no momento que três (Dinamarca, Irlanda e Reino Unido) preferem dele permanecer afastados; procedimentos especiais permanecem somente no antigo segundo pilar, a Política externa e de segurança comum. Em segundo lugar, porque o procedimento decisório no qual o Parlamento e Conselho partilham o poder normativo, ora denominado procedimento legislativo ordinário, é estendido também a setores nos quais o primeiro não era previsto. Em terceiro lugar porque o Parlamento adquiriu um maior poder no âmbito da conclusão dos acordos internacionais.

É interessante notar que as questões mais numerosas que são hoje pendentes diante da Corte dizem respeito propriamente aos acordos internacionais negociados e concluídos pela União. O acordo internacional não é impugnável enquanto tal, mas o é o ato de conclusão. O equilíbrio entre as instituições no que diz respeito à conclusão dos acordos da União foi redefinido pelo novo tratado. Antes da entrada em vigor do tratado de Lisboa, a negociação e a conclusão dos acordos do segundo e do terceiro pilar eram reguladas por uma espécie de procedimento, gerenciada internamente pelo Conselho. Ao contrário, para os acordos reconduzíveis a matérias compreendidas no primeiro pilar, a conclusão pedia a aprovação do Parlamento europeu somente quando o acordo revestia-se de uma particular importância política ou financeira, ou então quando poderia modificar um ato adotado com procedimento de codecisão. Ao contrário, as novas normas introduzidas pelo tratado de Lisboa preveem um único procedimento de negociação e conclusão dos acordos, mesmo que com variantes conforme o objeto do tratado. O parlamento deve agora ser sempre consultado, salvo se o acordo diz respeito à política externa e de segurança comum, e dar a sua aprovação ao acordo quando diz



respeito a matérias que, no plano interno, são reguladas pelo procedimento legislativo, também se nenhum ato foi ainda adotado. Voltado à salvaguarda das novas prerrogativas que o Tratado de Lisboa lhe atribuiu, o Parlamento propôs dois recursos contra o Conselho: impugnou a decisão de conclusão de um acordo sobre a concessão de possibilidade de pesca nas águas da União, na zona econômica exclusiva ao longo da Guiana francesa a favor de pescadores de bandeira Venezuelana, contestando a escolha do Conselho de não pedir sua aprovação; e a decisão a qual o Conselho concluiu um acordo com as ilhas Mauritius sobre transferência de piratas presos por navios envolvidos na missão Atalanta na Somália, porque entendeu que não se trata a um acordo de Política externa, mas também relativo a aspectos de cooperação policial e judiciária em matéria penal e por este motivo, deveria ter sido concluído somente com prévia aprovação do próprio Parlamento.

Em conclusão, a simplificação dos procedimentos que inegavelmente o tratado de Lisboa realizou, não eliminou os conflitos entre instituições. Ao contrário, se pode pensar que o Parlamento e a Comissão recorrerão à Corte para medir as novidades e redefinir os respectivos equilíbrios. Tudo leva a crer que a Corte continuará a realizar o seu papel de garante do equilíbrio entre as instituições da União.



## **AVALIANDO O ALCANCE DAS CLAUSULAS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS “DE APARÊNCIA LIMITADA” EM TRATADOS DE INVESTIMENTOS\***

Mara Valenti<sup>67</sup>

### I.

#### **1. Arbitragem baseada em tratado e disposições de resolução de disputas em tratados de investimento**

Tratados de investimento, especialmente Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs), conferem certas vantagens para investidores de uma Parte contratante na outra Parte contratante. Tais vantagens dizem respeito ao tratamento que o investidor estrangeiro deve ter pelo Estado receptor contratante. Liberdade de transferência de dinheiro, rápida, adequada e efetiva compensação na sequência de um ato de expropriação, tratamento não discriminatório, justo e equânime estão entre as obrigações mais comuns visadas. Um indivíduo ou corporação qualificado como um investidor numa Parte contratante e fazendo investimento em outra Parte contratante faz assim jus aos benefícios do TBI relevante, o seja, ser tratado em conformidade com suas normas substantivas.

Mais importante, tais tratados quase que invariavelmente contem dispositivos a respeito da resolução de disputas entre o fornecedor estrangeiro e o Estado receptor contratante. De acordo com tais disposições, o investidor estrangeiro frequentemente tem o direito de apresentar uma demanda contra o Estado receptor ao alegar a violação do tratado afetando negativamente seu investimento. Contrastando com normas subjetivas, que são formalmente exigíveis da outra Parte contratante, os dispositivos de resolução de disputas (RD) conferem um direito de ação diretamente ao investidor estrangeiro, da mesma maneira que ocorre em dispositivos comparáveis de tratados de direitos humanos, conferindo a vítima o direito de recorrer a uma corte ou tribunal internacional.

Os procedimentos arbitrais iniciados a pedido do investidor sob argumento de um consentimento adiantado do Estado demandado contido num tratado de

---

<sup>67</sup> Mara Valenti é professora de Direito Internacional Econômico da *Università degli Studi di Milano* - Itália.



investimento é tipicamente referido como ‘baseado em tratado’, arbitragem, ou arbitragem ‘sem acordo’. (Jan Paulsson, 1995). Este tipo de mecanismo de RD teve importante papel na superação dos defeitos da proteção diplomática, que era a arena típica para resolução de tais disputas. Tribunais arbitrais estabelecidos em conformidade com cláusulas de tratados são hoje lugar comum na comunidade internacional de investimentos. Mesmo a Convenção de Washington (1965), que estabeleceu o Centro Internacional para a Resolução de Disputas de Investimento (ICSID) basicamente para resolver disputas na base de cláusulas compromissórias contidas em acordo concluído diretamente entre o investidor e o Estado, é referencia atual para tratar de disputas baseadas em tratados.

Dispositivos de RD em TBIs podem ser escritos de diferentes modos. Particularmente, eles podem ou não conter uma oferta vinculante de arbitragem dos Estados contratantes a potenciais investidores. Quando eles contém, o acordo arbitral será concluído mediante aceite pelo investidor supostamente lesado. Espera-se que este aceite esta oferta ao iniciar o procedimento arbitral previsto no tratado.

O espantoso número de diferentes formulações milita contra as tentativas de generalização. Para ilustrar as características comuns de dispositivos de RD em TBIs podemos observar o TBI entre o Brasil e os Países Baixos, que, apesar de não estarem em força como outros TBIs, é escrito em termos bastante típicos:

Art. 9 determina da seguinte maneira:

1) Para os fins de resolução de disputas a respeito de investimentos entre uma parte Contratante e um investidor de outra Parte Contratante, **consultas** ocorrerão entre as partes envolvidas.

2) Se tais consultas não resultam numa solução em 3 meses, **o investidor pode** submeter a disputa, a sua escolha, para resolução por conciliação ou arbitragem para:

- a) a corte competente da Parte Contratante em cujo território o investimento foi realizado; ou
- b) o Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (ICSID) previsto na Convenção para a Resolução de Disputas de Investimentos. Disputas entre Estados e Nacionais de outros Estados, aberta



para assinatura em Washington, em 18 de Março de 1965, tão logo a República Federativa do Brasil se torne parte a esta Convenção. Enquanto isto, a disputa pode ser submetida à Instituição Adicional para Administração de Conciliação, Arbitragem e Procedimentos de Averiguação Factual.; ou

c) um tribunal ad hoc que, salvo acordado pelas partes na disputa, deverá ser estabelecido sob as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas em Direito Comercial Internacional (UNCITRAL).

3) Uma disputa não deverá ser submetida a arbitragem ou conciliação internacionais de acordo com este Artigo se o investidor envolvido já a submeteu a corte competente da Parte Contratante, no território onde foi realizado o investimento e a corte realizou um julgamento final sobre a disputa.

4) Toda Parte Contratante consente, assim, na submissão de uma disputa de investimento para conciliação ou arbitragem internacionais.

(para. 1) De um modo geral, Disposições de RD requerem que o investidor estrangeiro e o Estado receptor tentem resolver a disputa amigavelmente. Tal condição é normalmente sujeita a certos tempos de limite variando entre três a doze meses: se não se alcança um acordo neste período, o investidor pode continuar com o procedimento.

(para. 2) Comumente, diferentes opções são disponíveis ao investidor: ele pode optar por reclamar sobre a suposta violação do tratado aplicável perante tribunais domésticos ou perante um tribunal arbitral internacional.

Referimento da disputa para cortes domésticas não é normalmente uma pré-condição a ser satisfeita antes de levar a reivindicação perante o tribunal arbitral internacional. Em outras palavras, TBIs normalmente não exigem a exaustão prévia dos remédios locais. Estados continuam como também previsto no Art.26. da Convenção do ICSID. Cláusulas deste tipo, no entanto, são raras nos TBIs recentes.

(para. 3) As opções deixadas a disposição do investidor estrangeiro são com frequência mutuamente excludentes: um vez que decidiu onde trazer sua disputa com o Estado receptor, o investidor não pode recorrer a outro cenário. Cláusulas desta categoria são chamadas ‘bifurcação na estrada’ e visam evitar multiplicidade de procedimentos a respeito da mesma causa de agir. Assim, ao submeter sua disputa sobre





uma suposta violação de um TBI aplicável a cortes domésticas, o investidor perde seu direito a recorrer a um tribunal arbitral para resolver a mesma questão e vice versa.

(para. 4) A cláusula contém o consentimento previo à arbitragem de ambos os Estados contratantes. Esta "oferta" para submeter à arbitragem internacional é concedida a investidores potenciais e tem de ser "aceita" por um investidor coberto para que o acordo de arbitragem seja vinculante.

No que diz respeito ao alcance do consentimento a arbitragem conferido através de um dispositivo de um TBI, as cláusulas convencionais variam. Eles podem cobrir uma ampla gama de disputas: virtualmente 'todas as disputas envolvendo investimentos'<sup>68</sup> ou somente aquelas vindas de supostas violações do mesmo tratado. Em tais casos, o consentimento dos Estados contratantes para a arbitragem pode ser dado em respeito qualquer previsão substancial do TBI, ou ser mais limitada a algumas questões específicas, normalmente aquelas que lidam com expropriações ou o pagamento de compensações seguintes a um ato de expropriação. Tais cláusulas foram definidas como 'cláusulas jurisdicionais de aparência limitada' (Luke Peterson, 2009).

No passado, a União Soviética adotava a prática de inserir cláusulas estritas de RD em seus TBIs. Tal abordagem é inteiramente compreensível quando se considera que 'a economia Socialista era fundada sob uma expropriação da propriedade tanto estrangeira quanto nacional.' (Zachary Douglas, 2009).

Atualmente, apesar de estados como a Federação Russa, outros países da antiga União Soviética e a China mudaram sua atitude a este respeito e começaram a inserir cláusulas mais largas de RD em seus TBIs, tribunais arbitrais ainda podem ser chamados a decidir sob sua própria jurisdição com base em cláusulas de 'aparência limitada' ainda em força.

## 2. Cláusulas limitadas de resolução de disputas na prática dos tratados

---

<sup>68</sup> Considera-se que tais disposições servem para permitir a tribunais para escutar disputas a respeito de acordos de investimento concluídos diretamente entre o investidor e o Estado receptor, tão chamadas demandas contratuais. TBIs dos EUA normalmente especificam que: 'Para o propósito deste Tratado, uma disputa de investimentos entre uma Parte e um nacional de outra Parte contratante surgindo ou relacionado de uma autorização de investimento, um acordo de investimento ou uma suposta quebra de qualquer direito conferido, criado ou reconhecido por este Tratado a respeito de um investimento coberto.'



Generalizar não é uma tarefa fácil quando lidando com dispositivos de tratados, mesmo do mesmo país, pois sua elaboração é sempre resultado de um compromisso entre dois Estados diferentes. No entanto, observando os TBIs concluídos inicialmente pela União Soviética e subsequentemente pela Federação Russa mais recentemente, podemos observar uma espécie de evolução. TBIs concluídos em 1989, principalmente com países da Europa ocidental, limitando o consentimento a arbitragem pelos Estados contratantes a disputas ou relacionadas a quantidade ou modo de compensação devido no caso de expropriação<sup>69</sup> ou, de modo mais amplo, relacionada a certas questões sob o tratado.<sup>70</sup>

TBIs estipulados pela Federação Russa durante os anos 90 mostram que a tendência mudou. Primeiro, eles contém disposições mais amplas de RD, não limitadas a questões surgidas de atos de expropriação ou de uma suposta violação de obrigação conferindo transferências monetárias. As novas cláusulas cobrem todas as ‘disputas entre um investidor de uma Parte Contratante e a outra Parte Contratante.’ (Art. 8(1) Hungria – Rússia, 1995). Algumas vezes, eles adicionam ‘...incluindo disputas sob o tamanho e condições de e procedimentos para o pagamento de compensação.’ (Art. X(1) Líbano – Rússia, 1997; Art. 9(1) Ucrânia – Rússia, 1998). A especificação dá ênfase ao fato que a disposição RD não é mais limitada às questões de longa data, mas possui um escopo maior.

Ainda, o artigo sobre a resolução de disputas entre um investidor e o outro Estado contratante, que nos TBIs da antiga União Soviética eram colocados após daquele a respeito de disputas entre os Estados contratantes eles mesmos (de modo que isto foi a opção do TBI entre Brasil e Chile (1994, nunca em vigor), cujo art. VII sobre a resolução de disputas entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor é colocado após o artigo sobre a resolução de disputas entre os Estados contratantes eles mesmos) é agora normalmente colocado antes daquele artigo. A nova sequência de dispositivos de RD nos TBI reflete, em nossa opinião, a mudança de atitude da Rússia a adjudicação internacional.

---

<sup>69</sup> Ver, ex., Art. 10, do acordo TBI Bélgica e Luxemburgo – URSS (1989) Belgium and Luxembourg – USSR BIT (1989) que se aplica a “Toda divergência [...] relativa ao montante ou modo de pagamento das indenizações em virtude do artigo 5. [expropriação]”.

<sup>70</sup> Ver, ex., Art. 8 do TBI Reino Unido - URSS (1989) que se aplica a disputas ‘tratando da quantidade ou pagamento de compensação sob o Artigos 4 [Compensação por Perdas] ou 5 [Expropriação] deste Acordo. Ou sobre qualquer outra material consequência de um ato de expropriação, conforme o artigo 5 deste Acordo, ou tratando das consequências de não implementação ou da implementação incorreta do artigo 6 [Repatriação de Investimentos e Retornos] deste acordo.’



A prática de tratados na antiga União Soviética também influenciou Estados da Europa Oriental, que com frequência incluíam dispositivos de redação similar em seus TBIs. Estados da Europa Oriental também parecem ter mudado sua atitude em um ponto: seus TBIs recentes contêm dispositivos de RD que cobrem virtualmente qualquer disputa entre os investidores e o Estado receptor contratante.

Passando a TBIs chineses, provavelmente a melhor maneira para generalizar é não seguir uma ordem cronológica mas uma geográfica. Como afirmamos, a China adotou a mesma aproximação da antiga União Soviética, ao limitar seu consentimento a arbitragem em certas disputas sob o tratado, principalmente a respeito da ‘quantidade de compensação por expropriação’ (Art. 9(3) China- Camboja, 1996; Art. 8(3) China – Peru, 1994). Ao concluir acordos TBIs com países do terceiro mundo, especialmente Estados Africanos, no entanto, a China toma uma posição diferente. Contrário a abordagem geral, tais tratados normalmente contem o consentimento adiantado dos Estados pela arbitragem para qualquer disputa que possa surgir entre um investidor e outro Estado contratante (Art. 8 China – Uganda; assinado em 2004 ainda não em força). A racionalidade por detrás desta solução pode estar na consciência chinesa que, em suas relações com aqueles Estados, é provável que tenha o papel de país de investimento/exportador, assim o objetivo prioritário de fornecer o máximo de vantagens para seus investidores no exterior.

### **3. Jurisprudência inconsistente sobre o escopo das cláusulas limitadas de resolução de disputas**

A disponibilidade de procedimentos arbitrais é um importante mecanismo nas mãos de investidores estrangeiros sofrendo danos por causa de alegada violação do TBI aplicável pelo país receptor. Como nos notamos, tais mecanismos de RD permitem a superação de algumas dificuldades da proteção diplomática. Como consequência, investidores estrangeiros não gostam de cláusulas de RD cujo escopo é limitado a somente algumas questões no tratado.

Investidores cujo país de nacionalidade concluiu como Estado receptor um TBI contendo uma cláusula de RD de aparência limitada iniciaram não obstante arbitragem contra o Estado receptor, reclamando da violação de uma disposição do TBI não incluída entre aquelas mencionadas pela cláusula de RD.



Os Estados demandados naqueles procedimentos rejeitaram a jurisdição do tribunal com base que a disputa dizia respeito a assuntos outros não arbitráveis sob aquele TBI.

Tribunais arbitrais estabelecidos na base de uma cláusula de RD de aparência restrita devem então decidir a respeito de sua própria jurisdição neste fundamento.

Os argumentos trazidos pelos pleiteantes e os Estados demandados para dar suporte a suas respectivas posições podem ser resumidos da seguinte maneira.

Os Estados demandados basearam sua objeção à jurisdição num significado literal da cláusula de RD em questão segundo a qual, por seus próprios termos, não poderia incluir outros assuntos além dos expressamente mencionados. Eles também contavam com considerações políticas sobre o caráter arbitral da justiça internacional, argumentando que a legitimidade das condutas dos Estados sob o direito internacional só pode ser esmiuçada em procedimentos judiciais com base e no limite de seu consentimento expreso para tal.

O contra argumento adiantado pelos demandantes era baseado num clamor por interpretação extensiva da cláusula RD em questão, permitindo que cobrisse outras matérias além daquelas explicitamente mencionadas. Tal posição era justificada especialmente com a referência a argumentos teleológicos. Ainda, os demandantes invocavam a cláusula NMF do TBI aplicável para contar com a cláusula mais ampla de RD de um outro TBI concluído pelo Estado demandado.

A questão foi então apresentada aos tribunais principalmente como uma de interpretação de tratados. Os Tribunais arbitrais que tiveram que se pronunciar sobre tal ponto seguiram basicamente tal abordagem em seu arrazoado. Interessante, no entanto, que alguns tribunais fizeram referência a considerações de política colocadas pelos demandados sobre o caráter arbitral dos procedimentos.

Apesar das cláusulas de RD em questão terem sido escritas da mesma maneira, diferentes tribunais arbitrais chegaram a conclusões diferentes. Tal saída pode ser considerada normal num sistema – a arbitragem baseada em tratado – onde cada tribunal é uma espécie de “mundo a parte”. No entanto, inconsistência na jurisprudência poderia minar a legitimidade de todo o sistema jurídico. Esta é a razão porque, ao nosso ver, a questão merece considerações.



### 3. Casos relevantes

Podemos distinguir a jurisprudência relevante no assunto dependendo de se a cláusula RD limita a jurisdição do tribunal arbitral a disputas tratando somente da quantidade ou modo de compensação, ou as disputas sobre certos outros assuntos sob o tratado. Focaremos aqui em alguns casos da primeira categoria, que são ao nosso ver emblemáticos.

O caso *Berschader v. Rússia*<sup>71</sup> dizia respeito a trabalhos de construção ligados a edifícios da Suprema Corte em Moscou. Após vencer a licitação, Berschader International B.V. – companhia de nacionalidade belga – assinou contrato para a construção de novas edificações da corte e da reconstrução dos prédios existentes da Suprema Corte. Vários problemas surgiram entre as partes mediante a execução destes serviços. Os acionistas da companhia, ambos nacionais belgas, reclamaram sobre a suposta violação de disposições do TBI aplicável. Aparte do artigo sobre expropriação (Art. 5), invocaram as obrigações de fornecer tratamento NMF (Art. 2), tratamento justo e equânime (TJE) (Art. 4(1)) e proteção e seguranças totais (Art. 4(2)).

A cláusula RD do TBI (Art. 10 – ver nr. 3), no entanto, foi uma cláusula de aparência restrita típica, fazendo referência somente a disputas sobre a quantidade ou modo de pagamento de compensação devida seguindo um ato de expropriação conforme o Artigo 5 do tratado.

Segundo o demandado, uma leitura literal do Artigo 10 sugeriria que somente disputas a respeito da quantidade ou modo de compensação por um ato de expropriação poderia ser submetida a arbitragem. A questão sob a própria legitimidade de uma expropriação sob o TBI foi, pelo contrário, decidida ‘por uma corte de arbitragem russa’ (*Berschader*, para. 62). Na opinião do demandado, ainda, tal solução estava consistente com a prática duradoura de tratados da União Soviética (*Berschader*, para. 63), a qual se esperava que a Federação Russa seguisse.

Os demandantes, pelo contrário, defendiam uma interpretação extensiva do Artigo 10 do TBI, Segundo o qual todas as matérias conectadas com um ato de expropriação para o propósito do Artigo 5 deveriam ser consideradas arbitráveis. Os demandantes argumentavam que tal construção do Artigo 10 era justificada com base no

---

<sup>71</sup> Vladimir Berschader e Moise Berschader v. A Federação Russa, Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo. Caso No. 080/2004, 21 de Abril de 2006.





princípio de efetividade: ‘uma interpretação contrária tornaria o Artigo 10 sem sentido, uma vez que o Estado receptor só precisaria afirmar que não teria ocorrido expropriação para evitar a arbitragem totalmente.’ (*Berschader*, para. 83).

Na medida em que outras supostas quebras do TBI estariam envolvidas, os demandantes invocaram a disposição NMF para contra com uma cláusula mais ampla de RD contida em outros TBIs concluídos pelo demandado. (*Berschader*, paras. 85 et seq.).

O tribunal interpretou o Artigo 10 em conformidade com a regra geral em interpretação de tratados. Observando os ‘termos reais’ dos dispositivos questionados, o tribunal observou que seu ‘sentido ordinário’ era ‘um tanto claro’: disputas diferentes daquelas relacionadas a quantidade ou modo de compensação a ser pagos segundo o Artigo 5 não eram incluídas e assim, não poderiam ser ‘sujeitas a arbitragem sob o Tratado.’ (*Berschader*, paras. 151 e seg.).

Ainda que o Tribunal declarou-se satisfeito com o sentido ordinário da disposição em discussão, também levou em consideração os **argumentos de política** adiantados pelo Demandado para adicionar suporte a sua leitura restritiva da cláusula. (*Berschader*, para. 154). Após uma breve incursão a prática de tratados da União Soviética, o tribunal reconheceu que ‘as palavras restritivas do Artigo 10 surgiram da *intenção deliberada* das Partes Contratantes para limitar o escopo de arbitragem sob o Tratado.’ (*Berschader*, para. 155). O tribunal reconheceu que tal intenção era perfeitamente compatível com o ‘princípio de soberania estatal’ e que assim considerava-se como um fator decisivo para sua decisão de não considerar cobertos pela cláusula de arbitragem da TBI as matérias a si apresentadas.

O tribunal então dirigiu-se a contenção dos demandantes que a cláusula NMF do TBI aplicável tornaria possível o recurso a ‘um dispositivo de arbitragem mais amplo de um TBI diferente concluído pelo demandado.’ Finalmente chegou a conclusão de que a cláusula NMF não cobria a cláusula RD do TBI. (*Berschader*, para. 207 e seg.).

O tribunal concluiu que, uma vez que sua jurisdição poderia ser baseada ‘somente na cláusula de arbitragem contida no artigo 10 do Tratado’, ele não detinha jurisdição para conhecer a queixa a si trazida (*Berschader*, para. 208).



Uma conclusão diferente ocorreu no caso *Tza Yap Shum v. Peru*.<sup>72</sup> A TBI entre o Peru, o Estado demandado e a China, o Estado de nacionalidade do demandante/investidor, continha uma cláusula RD Segundo a qual disputas ‘envolvendo a quantidade de compensação por expropriação’ poderia ser submetida a arbitragem do ICSID.

Segundo o Demandado, o escopo de tal cláusula era claramente limitado a um particular tipo de disputas sobre a quantidade de compensação a ser paga seguindo um ato de expropriação. Na visão do demandado, uma vez que o demandante não reclamou sobre tal matéria, o tribunal não teria jurisdição para conhecer a disputa. (*Tza Yap Shum*, paras. 129 ss.).

O demandante obviamente tomou uma posição diferente no alcance da cláusula RD do TBI aplicável. Ele desafiou a interpretação “restritiva” adiantada pelo Demandado e propos uma interpretação extensiva baseada no propósito amplo do tratado (*Tza Yap Shum*, paras. 139 ss).

O tribunal recorreu principalmente a argumentos interpretativos: em sua opinião, a frase ‘envolvendo a quantidade de compensação por expropriação’, contida na cláusula RD em questão, poderia ter outros significados. Uma interpretação restrita, como proposta pelo Demandado, limitaria tal significado a determinação do valor do investimento para se decidir a quantidade de compensação devida no caso de expropriação. De acordo com tal interpretação, qualquer outra questão estaria fora do escopo de jurisdição do tribunal e deveria ser resolvida por outros meios. Uma interpretação extensiva do tipo proposto pelo demandante incluiria, ao contrário, outras matérias relacionadas a suposta expropriação, como em acordo com o escopo da disposição (*Tza Yap Shum*, para. 150).

O tribunal decidiu em favor do demandante pelas seguintes razões. Primeiro, ele argumentou que o significado literal do termo ‘envolvendo’ não poderia ser considerado como limitando o escopo do dispositivo, uma vez que isto não significaria exclusivamente (*Tza Yap Shum*, para. 151). Segundo, ele fez referência ao contexto da disposição questionada e examinou o Artigo 4 do TBI tratando de expropriação. O tribunal reconheceu que aquele artigo poderia dar causa a disputas diversas daquelas relacionadas a quantidade de compensação e extraiu que a cláusula RD deveria cobrir

---

<sup>72</sup> *Tza Yap Shum v. Republica do Peru*, ICSID No. 07/6, Decisão em Jurisdição e Competência Junho 19, 2009.



também tais disputas. (*Tza Yap Shum*, para. 152). Terceiro, ele considerou que conferir aos investidores estrangeiros o direito de submeter todas as suas disputas a arbitragem do ICSID estaria em conformidade com o propósito do tratado (*Tza Yap Shum*, para. 153). Para dar apoio a tal interpretação, o tribunal também fez referência a meios suplementares como permitidos no Artigo 32 do VCLT (*Tza Yap Shum*, paras. 162-172).

O tribunal, ainda, destacou a necessidade de distanciar-se de ‘argumentos de política pública’ e focar-se na interpretação das cláusulas RD (*Tza Yap Shum*, para. 177).

Confirma-se assim a interpretação extensiva da cláusula RD em questão e afirmando que tinha jurisdição para conhecer a questão. (*Tza Yap Shum*, para. 188).

No caso *Austrian Airlines v. Eslováquia*,<sup>73</sup> os argumentos trazidos pelas partes em disputa são os comuns. A construção do tribunal a respeito da cláusula estrita de RD do TBI aplicável era consistente com o laudo *Berschader*. Segundo o tribunal, em seu significado ordinário, o escopo do Artigo 8 do TBI entre Áustria, o estado de nacionalidade do demandante, e a Eslováquia, o Estado demandado era claramente limitado a disputas sobre questões explicitamente mencionadas e não poderia ser estendido para outras questões (*Austrian Airlines*, para. 96). Tal significado foi confirmado pelo contexto da disposição questionada; em particular, pelo contexto do artigo tratando de expropriações. Ele conferia, no para.4, que a legitimidade de uma expropriação poderia ser questionada pelo investidor estrangeiro perante as autoridades competentes do Estado receptor, enquanto, no para. 5, as disputas sobre a quantidade ou condições de pagamento de compensação poderiam ser trazidas tanto perante cortes locais quanto tribunais arbitrais (*Austrian Airlines*, para. 97). O Tribunal também examinou o propósito e objeto do tratado, como exigido pela regra geral de interpretação de tratados e concluiu que a interpretação acima não poderia ser considerada contrária a tal objetivo e propósito. (*Austrian Airlines*, para. 103). Finalmente, ele concluiu que sua interpretação era confirmada pelos trabalhos preparatórios do TBI aplicável (*Austrian Airlines*, paras. 105-107).

Baseado nos métodos de interpretação de tratados, o tribunal concluiu que não teria jurisdição para conhecer a demanda.

---

<sup>73</sup> *Austrian Airlines v. Slovak Republic*, Final Award, UNCITRAL, October 20, 2009.



O Tribunal voltou-se então para decidir a questão de se teria base jurisdicional com base na cláusula NMF do TBI aplicável, como adiantado pelo demandante. Neste assunto, o tribunal deu devido peso a vontade ‘manifesta e específica’ dos Estados contratantes para restringir arbitragem a ‘certos tipos de disputas sob o tratado’. Ele concluiu então que tal intenção ‘específica’ deveria prevalecer sob a cláusula da NMF para o efeito que não poderia ser utilizada para expandir o escopo limitado da cláusula RD em questão (*Austrian Airlines*, para. 135).

Em nossa opinião, as razões e conclusões adotadas pelo tribunal *Berschader* são convincentes. Em particular, o tribunal arbitral não considerou somente o significado ordinário da cláusula RD em questão, a qual em sua visão não incluía todas as matérias chamadas a sua atenção. Também deu peso a considerações de política trazidas pelo Demandado. Para tal propósito, observou a prática da Rússia em tratados para considerar sua intenção específica a respeito de arbitragem internacional.

Também concordamos com a decisão atingida pelo tribunal da *Austrian Airlines*. Apesar do considerável espaço dedicado a avaliação da cláusula NMF, ele corretamente rejeitou a disposição que as intenções manifestadas pelos Estados contratantes para limitar o escopo da RD poderiam ser considerados sem sentido tanto por uma interpretação extensiva ou ao contar-se com a cláusula NMF.

O tribunal de *Tza Yap Shum* não só ignorou as considerações de política que, em nossa visão, teriam corretamente dado apoio a uma leitura literal da disposição questionada, mas também adotou uma interpretação enganosa. Dizer que, pelos seus próprios termos a cláusula cobria disputas além daquelas explicitamente mencionadas é uma leitura exagerada do texto. Concluir do artigo do TBI sobre expropriação que todas as disputas vindas de seu descumprimento seriam cobertas pelas cláusulas RD não é bem fundado. Finalmente, fazer referência simplesmente ao propósito do TBI para justificar uma interpretação teleológica pura é simplesmente em desacordo com a regra geral em interpretação de tratados.

#### **4. A abordagem correta para avaliar a extensão do consentimento dos estados para arbitragem nos bits**

Esta breve pesquisa da construção de Tribunais a respeito de cláusulas estritas de RD revela, como já notado na doutrina, que ‘ainda há inconsistência’ na



jurisprudência neste ponto.<sup>74</sup> As decisões emitidas até então adotam diferentes soluções para a mesma questão: deve a jurisdição de um tribunal arbitral estabelecido com base em cláusula de aparência restrita cobrir questões diferentes daqueles explicitamente mencionadas na cláusula em si?

Como vimos, os tribunais acima mencionados chegaram a diferentes interpretações de cláusulas de tratados praticamente idênticas. Tanto interpretações extensivas quanto restritivas foram justificadas com referências aos mesmos cânones de interpretação de tratados. Ainda, algumas vezes os tribunais arbitrais que adotaram uma interpretação restritiva da cláusula DS declararam não obstante que ainda tinham jurisdição a respeito do assunto material da disputa apresentada com base na cláusula NMF do TBI aplicável.<sup>75</sup> Tal resultado pareceria confirmar que os tribunais consideraram a questão meramente como uma interpretativa e não como material de princípio.

Em nossa opinião, pelo contrário, a determinação da jurisdição de um tribunal arbitral estabelecido com base em cláusulas de tratado não é uma questão somente de interpretação. Ela diz respeito também a considerações de política que o tribunal deve avaliar. A decisão de submeter a uma corte ou tribunal internacional permanece, neste estágio do direito internacional, uma prerrogativa importante dos Estados. Sob o direito internacional, os Estados são livres para decidir se concordam ou não em submeter-se a jurisdição internacional. Sua liberdade neste aspecto deve ser considerada como cobrindo a extensão do consentimento dado. Em outras palavras, assim como Estados podem sacralizar seu consentimento a arbitragem internacional em cláusula de tratado, podem também qualificar tal consentimento pelo mesmo mecanismo.

Isto também é verdade em outros campos do direito internacional, como por exemplo aqueles para proteção dos direitos humanos. É emblemático a este respeito que Estados podem normalmente impor reservas a cláusulas de aceite de competência em tratados de direitos humanos tanto excluindo sua aplicação totalmente ou limitando seu escopo para questões específicas.

A questão acima deve ser respondida negativamente

---

<sup>74</sup> A.Reinisch, ‘How Narrow are Narrow Dispute Settlement Clauses?’, in *The Global Community, Yearbook of International Law Jurisprudence* (2010) Vol. II, p. 846.

<sup>75</sup> *RosInvestCo UK Ltd. v. Federação Russa*, Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo. Decisão sobre Jurisdição, Outubro 2007, para. 131.



Pode-se imaginar se a natureza híbrida do direito internacional do investimento poderia justificar uma abordagem diferente da questão. Ao concluir tratados de investimentos, Estados se comprometem a limitar sua soberania para promover o fluxo de investimentos estrangeiros. Na realidade, o direito de investimentos internacionais sempre foi considerado como sendo basicamente orientado ao investidor e as disposições substantivas dos TBIs foram normalmente interpretadas na jurisprudência arbitral como em favor do investidor/demandante.

No entanto, as disposições de jurisdição – apesar de característica distintiva de TBIs modernos – são diferentes de regras substantivas de tratados de investimento. Elas servem ao propósito das cláusulas compromissórias contidas em acordos concluídos diretamente entre partes disputantes.

Esta é a razão pela qual acreditamos que cláusulas de tratado contendo uma oferta restrita de arbitragem não podem ser avaliadas com interpretação extensiva, mas devem ser interpretados literalmente. Isto significa que seu escopo não pode ser expandido para cobrir questões diferentes daquelas explicitamente mencionadas. Pela mesma razão, uma vez que foi estabelecido que a cláusula RD não confere jurisdição para o tribunal internacional conhecer certas questões, tal conclusão não pode ser contornada com o recurso a cláusula NMF do TBI aplicável para invocar uma cláusula mais ampla de RD contida em outro TBI do qual o Estado demandado também é parte. Como tentamos demonstrar, esta conclusão é fortemente amparada por considerações gerais sobre o caráter arbitral inerente da função jurisdicional em nível internacional





## O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA NO RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL

Marcelo Markus Teixeira<sup>76</sup>

### RESUMO

O presente ensaio tem como escopo traçar as linhas gerais da aplicação do princípio da ordem pública no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. Far-se-á, primeiramente, uma breve explanação de conceitos propedêuticos da temática, culminando com a interpretação jurisprudencial brasileira acerca do princípio da ordem pública.

### 1. Introdução

Primeiramente, a ideia de ordem pública em direito internacional privado é comumente compreendida em sua variante mais clássica, a da alternativa para a resolução do conflito de normas. Nessa conjuntura, atuaria como um freio, ou uma defesa que o Estado tem de, em último caso, rejeitar a aplicação do direito estrangeiro através do método conflitual clássico. Para tanto, este deve contrariar as convicções jurídicas, sociais e de justiça de um determinado país. Denota-se, portanto, que essa hipotética aplicação traria como consequência ao Estado ad quem o suporte de uma carga insuportável.

Na vasta e imprecisa delimitação deste princípio resta-nos claro que, além de tentar cumprir sua tarefa jurídica o princípio traz consigo, de forma muito presente, elementos que possuem uma identificação política maior do que jurídica.<sup>77</sup> Destarte, percebe-se seu conteúdo vasto e indeterminável, o que faz com que aos magistrados ocupados de analisá-la permaneça sempre um campo de certa discricionariedade. Assertiva da importância do princípio da ordem pública é a sua consideração pela maioria dos doutrinadores de direito internacional privado de princípio mais importante da disciplina.

---

<sup>76</sup> Doutor e Mestre em Direito Internacional Privado pela Universität zu Köln, Alemanha. Mestre em Direito e Política da União Europeia pela Università degli Studi di Padova, Itália. Professor de Teoria Geral do Direito Civil da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ.

<sup>77</sup> Vide KURZYNSKI-SINGER, Eugenia/DAVYDENKO, Dmitry. ”Materiellrechtlicher ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von schiedsgerichtlichen Urteilen in der Russischen Föderation – Eine Rechtsprechungsanalyse, SchiedsVZ (Zeitschrift für Schiedsverfahren-German Arbitration Journal), Munique, 2010, Heft 4, p. 204.



Além disso, a ordem pública pode desdobrar-se no direito internacional privado em outras variações. Primeiramente, existe a divisão clássica entre o conceito de ordem pública no clássico direito internacional privado, que, como consequência, têm a não-aplicação do direito estrangeiro (*Kollisionsrecht*, direito internacional privado) e no direito processual civil internacional (*internationales Zivilverfahrensrecht*), quando a decisão estrangeira tem o seu reconhecimento/homologação denegado pelo Estado ad quem.

Outra importante característica da análise de uma potencial ofensa à ordem pública é a obrigatoriedade de seu exame *ex officio* pelos magistrados. Em outras palavras, mesmo no campo da arbitragem privada internacional - onde a presença da autonomia da vontade das partes possui posição de grande destaque<sup>78</sup> - é sempre necessária uma submissão da sentença arbitral estrangeira por esse, em certa medida, discricionário exame estatal.

Como supracitado, o princípio da ordem pública limita a autonomia das partes. Possui, além disso, cristalina relação com as ideias fundamentais de justiça e moral de determinada sociedade. Representa nada mais do que a mentalidade e a sensibilidade de uma determinada sociedade em um determinado período histórico. Está alinhado, sobretudo, aos princípios de direito constitucional e de direitos fundamentais.<sup>79</sup> Parte importante de sua atuação concentra-se na denegação do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras fundamentadas em discriminação religiosa e racial. Em âmbito global, no que concerne ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, esse princípio está previsto em praticamente todos os ordenamentos jurídicos nacionais, bem como nos tratados e convenções internacionais que regulam a arbitragem internacional.<sup>80</sup>

A subjetividade na sua interpretação possui relação direta com a indeterminação do seu conceito que, combinada à ausência de um determinado conteúdo escrito (tradicional característica dos sistemas jurídicos de origem europeia-continental), dificulta ainda mais a tarefa do magistrado brasileiro.

---

<sup>78</sup> Vide DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro, 2005, p. 385; FERNANDES, Micaela Barros Barcelos, *Laudos Arbitrais Estrangeiros – Reconhecimento e Execução*, Curitiba, 2008, p. 227.

<sup>79</sup> FERNANDES, Micaela Barros Barcelos, *Ob. Cit.*, p. 227.

<sup>80</sup> Vide ROTH, Günter H.. *Der Vorbehalt des Ordre Public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen*. Bielefeld, 1967, p. 136.



## 2. Ordem pública nacional, internacional e transnacional

Prosseguindo nesses iniciais esclarecimentos é importante também frisar que a reserva de ordem pública apresenta, no que concerne à extensão de sua análise, duas diversas categorias: a ordem pública nacional e a internacional.<sup>81</sup> No que diz respeito a seus conteúdos não existem diferenciações. O ponto central fica na intensidade da averiguação, onde a análise da ordem pública sob o prisma internacional sofre um exame mais brando.<sup>82</sup> Porém, ainda uma terceira categoria/abrangência do princípio da ordem pública deve ser mencionada. Trata-se da ordem pública transnacional. Esta noção, diferentemente das duas expostas anteriormente (ordem pública nacional e internacional) possui como conteúdo de seu exame princípios de direito comuns à todos os ordenamentos jurídicos.<sup>83</sup> Como resultado de semelhante processo haveria uma “desnacionalização” do conceito de ordem pública com o conseqüente surgimento de uma ordem pública transnacional.<sup>84</sup> Poder-se-ia então falar de uma unidade de conteúdo de ordem pública, sobretudo em ordenamentos jurídicos de mesma origem.<sup>85</sup> De fato, as regras do comércio internacional foram desenvolvidas através dos tempos, principalmente, de forma consuetudinária e desvinculadas a limitações estatais específicas. Sendo assim, o campo da arbitragem comercial internacional é terreno mais do que propício para o desenvolvimento da ordem pública transnacional. Nas palavras de Ricardo Ramalho Almeida: “A arbitragem comercial internacional, por sua autonomia em relação a quaisquer ordenamentos jurídicos determinados, é um fórum privilegiado para a recepção e aplicação prática desses princípios que transcendem nacionalidades e idiosincrasias legislativas”.<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> A diferenciação entre ordem pública nacional e ordem pública internacional foi desenvolvida pela prática jurisprudencial belga e francesa. Possui a ideia de uma ordem pública interna mais rígida e de uma ordem pública internacional mais tolerante. Essa dicotomia foi especialmente importante no direito francês, pois na França todas as normas de aplicação imediata são caracterizadas como de ordem pública. Vide para tanto HAAS, Ulrich. *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche*, Berlim, 1991, p. 220 ss.

<sup>82</sup> Apesar da denominação do conceito “ordem pública internacional” é praticamente uníssona a compreensão na literatura internacional-privatista mundial de que, mesmo quando o magistrado analisa a sentença arbitral estrangeira na perspectiva da ordem pública internacional ele não realiza nada além do que o exame do conteúdo de ordem pública do seu próprio país.

<sup>83</sup> HORN, Norbert. *Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, SchiedsVZ, Heft 5, 2008, p. 210 s

<sup>84</sup> HAAS, Ulrich. *Ob. Cit.*, p. 222.

<sup>85</sup> Vide DOLINGER, Jacob. *Evolução da ordem pública em Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, 1979, p. 246.

<sup>86</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro, 2005, p. 207.



### **3. Ordem pública material e ordem pública processual**

No Brasil, assim como na maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, existe a divisão do conteúdo de ordem pública em dois prismas: material e processual. É caracterizada uma ofensa à ordem pública material quando o conteúdo da sentença arbitral estrangeira ofende as normas que regulam precipuamente aspectos econômicos e estatais fundamentais.<sup>87</sup> Exemplos são regras de direito antitruste, normas de câmbio e de importação.<sup>88</sup> Já uma ofensa à ordem pública na perspectiva processual acontece, basicamente, quando não são observados os requisitos mínimos para a garantia de um processo justo.<sup>89</sup>

### **4. O uso do princípio da ordem pública no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras pelos tribunais brasileiros**

Pode, pelo menos em um primeiro momento, não ficar clara a importância do uso deste princípio pelos Estados. Mas, principalmente no campo da arbitragem internacional comercial, ele possui uma evidente importância para a determinação do sucesso das relações comerciais e econômicas de um determinado Estado com os demais parceiros. Desde considerável tempo, a arbitragem comercial internacional foi o método de solução de controvérsias escolhido para a resolução de conflitos comerciais entre os membros do comércio privado internacional.<sup>90</sup> Em outros termos, nas privadas lides do comércio internacional o método arbitral é desde muito tempo a regra, restando à jurisdição estatal neste âmbito o papel secundário. Nas palavras de Nicklisch<sup>91</sup>:

---

<sup>87</sup> Vide STEIN, Friedrich/JONAS, Martin. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Arts. 916-1068, Band 9, Tübingen, 2002, p. Rn. 137 ss.; MARX, Ludger. *Der verfahrensrechtliche ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland*. Frankfurt am Main, 1994, p. 13.

<sup>88</sup> MARX, Ob. Cit., p. 14.

<sup>89</sup> ROTH, Günter H., Ob. Cit., p. 84 ss.; Von HEYMANN, Ekkehardt. *Der ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Bielefeld, 1969, p. 189; NAGEL, Heinrich/ GOTTWALD, Peter. *Internationales Zivilprozessrecht*, Colônia, 2007, p. 822 e MARX, Ob. Cit., p. 14.

<sup>90</sup> Para uma interessante análise empírica da representatividade da jurisdição estatal e privada nas lides do comércio internacional, vide: HOFFMANN, Hermann. *Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung?*, *SchiedsVZ (Zeitschrift für Schiedsverfahren-German Arbitration Journal)*, Munique, 2010, Heft 2, p. 96 ss..

<sup>91</sup> NICKLISCH, Fritz. *Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Bauverträgen*. *Recht der Internationalen Wirtschaft* (RIW) 37, Frankfurt am Main: Deutscher Fachverlag, 1991, p. 89.



No contexto da globalização possui a arbitragem comercial internacional o Status de ferramenta jurídica do comércio internacional. Desta maneira acredita-se que 90% dos contratos internacionais do comércio contêm uma cláusula arbitral. Em relação, por exemplo, aos contratos internacionais para a construção de complexos industriais o índice de contratos com cláusulas arbitrais atinge o montante de 100%.<sup>92</sup>

De acordo com as assertivas apresentadas até aqui fica evidente que, quanto mais um tribunal de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras faz uma utilização deliberada e constante deste recurso para, por exemplo, rechaçar a internalização de decisões estrangeiras por sua mera divergência frente dispositivos do direito interno, mais essa mesma ordem jurídica refletiria sua intolerância e dissonância com princípios amadurecidos no restante da comunidade jurídica internacional. Logicamente estaria dita harmonia mais viva em Estados de tradições jurídicas, históricas, sociais, culturais etc. semelhantes.

Outro fator importante nesta conjectura é o fato de que a circulação das sentenças arbitrais estrangeiras entre os Estados, ou seja, a sua aceitação/reconhecimento/homologação, influencia diretamente não só na imagem de determinado Estado perante o mundo do comércio internacional, mas também na prática, pois é fato mais do que incontroverso que a rigidez na legislação comercial internacional de um determinado Estado, assim como a dificuldade de circulação de decisões estrangeiras neste âmbito, desencoraja substantivamente as relações comerciais entre parceiros estrangeiros.

## 5. Análise jurisprudencial

Para construir-se uma visão geral do modo como os tribunais brasileiros (Brasil) aplicam/aplicaram o princípio da ordem pública no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, foram analisadas quase que a totalidade das sentenças estrangeiras examinadas pelo Supremo Tribunal Federal (até o surgimento da Emenda Constitucional 45/2004), e, posteriormente, pelo Superior Tribunal de Justiça. Para uma

---

<sup>92</sup> “Im Kontext der Globalisierung hat die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit den Status des juristischen Werkzeugs des internationalen Handels. Es wird geschätzt, dass 90% der internationalen Handelsverträge eine Schiedsklausel beinhalten. Bei internationalen Verträgen für den Bau von Industrienlagen zum Beispiel erreicht die Zahl der Verträge mit Schiedsklausel 100%”. (Tradução do autor do original em língua alemã).



separação didática dividiu-se o exame das sentenças estrangeiras julgadas antes e depois do advento da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/96).<sup>93</sup>

### 5.1. A prática antes da Lei 9.307/96

Depois da análise do uso do princípio da ordem pública no que concerne ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras pelos tribunais brasileiros ficou constatado que, tanto antes do advento da lei brasileira de arbitragem como depois, a determinação do conteúdo do princípio da ordem pública representa tarefa das mais espinhosas, tanto no Brasil como mundialmente. É também imprescindível salientar que o princípio da ordem pública é eminentemente um princípio de exceção, ou seja, sua utilização se justificaria somente em casos extremos. Infelizmente o princípio da ordem pública foi invocado como causa de denegação de homologação pelos tribunais brasileiros de modo muito constante antes do advento da lei brasileira de arbitragem.

Sobretudo a exigência de uma prévia homologação através de um tribunal estatal no país de origem (o que é uma prática ultrapassada no campo da arbitragem comercial internacional no mundo, conhecido também como sistema da dupla homologação<sup>94</sup>) era indiscriminadamente invocada como motivo de óbice à internalização das sentenças arbitrais alienígena. Assim, a mera incompatibilidade de uma decisão estrangeira com a legislação brasileira era motivo mais do que suficiente para ensejar uma decisão denegatória. O malfadado sistema do duplo reconhecimento (a exigência de uma prévia homologação da sentença arbitral por um tribunal estatal no país de origem) foi somente um exemplo de como o uso do princípio da ordem pública pelos tribunais brasileiros foi equivocado.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal procedeu com relação ao uso do princípio da ordem pública, antes do advento da lei brasileira de arbitragem, de maneira confusa e desarmônica, o que acaba acarretando em insegurança jurídica tanto no universo jurídico nacional como internacional. Para tanto foram oferecidas pelos magistrados as mais diversas fundamentações denegatórias, variando completamente de ministro para ministro. Em determinados momentos, o Supremo Tribunal Federal

---

<sup>93</sup> Para um acesso à análise detalhada das sentenças arbitrais estrangeiras sobre o tema, vide: TEIXEIRA, Marcelo Markus. **Anerkennung ausländischer Schiedssprüche in Brasilien – Analyse der rechtlichen Grundlagen und der Rechtsprechung**. Hamburg: Dr. Kovac, 2012.

<sup>94</sup> Também conhecido como sistema do duplo reconhecimento ou sistema do duplo Exequatur.





utilizou a ordem pública como motivação, outras vezes, como norma expressa. Em outras palavras, um uso completamente equivocado do princípio da ordem pública, que na realidade nada mais é do que a última alternativa disponível ao Estado ad quem de evitar a internacionalização de decisões estrangeiras, melhor dizendo, com aplicação justificável somente em casos extremos.

## 5.2. A prática depois da Lei 9.307/96

Depois do advento da lei brasileira de arbitragem, no tocante a aplicação do princípio da ordem pública como motivo de denegação de sentenças arbitrais estrangeiras, foi constatado o seguinte: Após a entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem (1996) e, especialmente depois da alteração da competência para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça (2004) foi percebido de maneira constante que, as partes que sofriam a sucumbência no processo arbitral no exterior, buscavam de maneira contínua e insistente a caracterização de uma ofensa à ordem pública em sede de reconhecimento. Obviamente que influenciada pelos mandantes brasileiros que os representaram, pois, conhecendo a até então conservadora tradição do nosso Supremo Tribunal Federal, seria referida estratégia mais do que justificável.

Entretanto, após a edição da Lei 9.307/96 (lei brasileira de arbitragem) e, de maneira ainda mais incisiva, a partir do início do exercício das atividades de análise dos pedidos de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça, começou a existir por parte dos tribunais brasileiros de reconhecimento um exame cada vez mais cuidadoso e ponderado na interpretação do princípio. Além disso, foram rechaçadas de maneira reiterada várias tentativas de uma caracterização da incidência de ofensa à ordem pública nos casos concretos.

Desta maneira foi possível constatar que o Brasil, principalmente depois do advento da lei brasileira de arbitragem, está cada vez mais em harmonia com os princípios da moderna arbitragem comercial internacional.

## 6. Considerações finais



O princípio de ofensa à ordem pública possui sua origem no Digesto de Justiniano, onde já naquele diploma vigorava a regra *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*.<sup>95</sup> Significava que o direito público não podia ser alterado por disposições privadas. Contudo, mesmo antes, tem-se notícia do uso do princípio na Índia e no Egito, apesar da ausência de uma regulação expressa do mesmo.<sup>96</sup>

Com o fim da Idade Média e a expansão do Estado nacional desenvolve-se ainda mais sobre a ordem pública uma ideia de princípio negativo, princípio que tinha como escopo o afastamento da lei estrangeira e a denegação do reconhecimento de sentenças estrangeiras, por exemplo.<sup>97</sup> Tal comportamento se justificava, sobretudo, pela consolidação dos Estados nacionais e a consequente “intolerância” e “desconfiança” dos mesmos a elementos estrangeiros. Felizmente devido a uma cada vez maior relação de interdependência dos Estados converte-se o princípio de ordem pública cada vez mais para uma ideia de excepcionalidade de seu uso, fundada na tolerância entre os diversos ordenamentos jurídicos estatais e do acolhimento da premissa de que a simples divergência de regras jurídicas estatais sobre determinado tema jamais deve, por si só, justificar sua aplicação.

Assim, a arbitragem comercial internacional, como método de solução de controvérsias comerciais desvinculado diretamente a ordenamentos jurídicos nacionais, é campo mais que propício para a criação de um conceito de ordem pública desnacionalizado, baseado na praxe do comércio internacional.<sup>98</sup>

O Brasil, através de sua práxis jurisprudencial no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, demorou demasiadamente para desenvolver uma concepção e uma interpretação adequada do princípio da ordem pública.

Várias razões foram atribuídas para tanto, tais como a antiga e enraizada desconfiança brasileira com o instituto da arbitragem comercial internacional; a tardia ratificação do principal diploma que regula o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no mundo (Convenção de Nova Iorque de 10.06.1958 sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras), entre outros fatores. Fato é que, como dito anteriormente, só após a entrada em vigor da lei brasileira de

---

<sup>95</sup> Von HEYMANN, Ekkehardt. Ob. Cit., p. 21.

<sup>96</sup> Von HEYMANN, Ekkehardt. Ob. Cit., p. 21.

<sup>97</sup> Vide ALMEIDA, Ob. Cit., p. 339.

<sup>98</sup> Vide ALMEIDA, Ob. Cit., p. 339.



arbitragem em 1996 (Lei 9.307/96) é que se inicia por parte dos nossos tribunais de homologação um processo interpretativo condizente com a contemporânea essência do princípio da ordem pública, a da excepcionalidade.

### Referências bibliográficas

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Evolução da ordem pública em Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: 1979.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos Arbitrais Estrangeiros – Reconhecimento e Execução**. Curitiba: Juruá, 2008.

HAAS, Ulrich. **Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche**. Berlin: 1991.

Von HEYMANN, Ekkehardt. **Der ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit**. Bielefeld: 1969.

HOFFMANN, Hermann. **Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung?**. SchiedsVZ, Heft 2, Munique: C.H. Beck, 2010.

HORN, Norbert. **“Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit”**. SchiedsVZ, Heft 5. Munique: C.H. Beck, 2008.

KURZYNSKI-SINGER, Eugenia/DAVYDENKO, Dmitry. **”Materiellrechtlicher ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von schiedsgerichtlichen Urteilen in der Russischen Föderation – Eine Rechtsprechungsanalyse”**. SchiedsVZ, Heft 4, Munique: C.H. Beck, 2010.

MARX, Ludger. **Der verfahrensrechtliche ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1994.

NAGEL, Heinrich/ GOTTWALD, Peter. **Internationales Zivilprozessrecht**. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2007.

NICKLISCH, Fritz. **“Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Bauverträgen, Recht der Internationalen Wirtschaft”** (RIW) 37, Frankfurt am Main: Deutscher Fachverlag, 1991.

ROTH, Günter H.. **Der Vorbehalt des Ordre Public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen**. Bielefeld: 1967.



TEIXEIRA, Marcelo Markus. **Anerkennung ausländischer Schiedssprüche in Brasilien – Analyse der rechtlichen Grundlagen und der Rechtsprechung.**  
Hamburg: Dr. Kovac, 2012.



## A PROTEÇÃO DO INVESTIDOR ESTRANGEIRO NO BRASIL: NORMATIZAÇÃO E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

*Paulo Potiara de Alcântara Veloso<sup>99</sup>*

### RESUMO

Buscando desmistificar alguns aspectos sobre os fatores de atração de Investimentos Estrangeiros Diretos, o presente artigo revisita os principais diplomas normativos do Estado brasileiro, buscando vislumbrar a extensão da proteção aos investidores estrangeiros existente no Brasil. No mesmo sentido, procede à análise da jurisprudência de alguns casos das cortes superiores brasileiras sobre o assunto. Indica que, apesar da ausência de normatização nacional sobre o assunto e do silêncio brasileiro dentro das regulamentações nacionais sobre o assunto, a jurisprudência, em conjunto com uma interpretação moderna da Lei de Arbitragem nacional, o grau de proteção aos investidores internacionais dentro do Brasil é relevante e pode ser um indicativo honesto a respeito da alta receptividade nacional de IEDs.

**Palavras-Chave:** Direito Internacional Econômico; Investimentos Internacionais; Arbitragem Estado-Investidor

### ABSTRACT

Seeking to clarify some aspects about the factors of attraction of Foreign Direct Investment, this article revisits the main normative acts of the Brazilian state, seeking to discern the extent of protection to foreign investors in Brazil. Likewise, shall examine the juridical decisions of Superior Courts in Brazil on the subject. Finally, indicates that - despite the absence of national regulation on the subject, the decisions of national Courts together with a modern interpretation of the Arbitration Act -, the degree of protection to foreign investors in Brazil is relevant and may be a honest indicative about its high amount of FDI reception.

**Keywords:** Economic International Law; Foreign Direct Investments; State-Investor Arbitration.

### Introdução

Ao se falar em investimentos estrangeiros e as políticas de recepção de capitais promovidas pelos Estados, parece necessário observá-las sob três prismas principais: a regulamentação interna e internacional que se aplica sob o evento como medida de liberação ou desregulamentação local; a disponibilidade de meios de

---

<sup>99</sup> Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do grupo de pesquisa UFSC-CNPq *Ius Commune*. Professor de Direito na Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – CESUSC. E-mail: paulopoti@gmail.com



resolução de conflitos, disponíveis aos investidores estrangeiros face ao Estado brasileiro; as condições políticas, econômicas e sociais apresentadas pelos Estados recipientes.

Parece não haver, porém, um centro de análise que permita efetivamente traçar parâmetros comparativos, ou modelos eficazes de comparação entre políticas estatais de atração e proteção de investimentos estrangeiros. Não há um modelo ideal que estabeleça critérios definitivos de análise pois o sucesso em atrair investimentos centra-se em um critério subjetivo - que em suma, reflete a confiabilidade do Estado receptor aos olhos dos investidores estrangeiros -, que se concretiza em um dado fático, qual seja, o montante de investimentos efetivamente recepcionados.

A partir desta perspectiva, parece ser correto afirmar que o Brasil, um dos maiores receptores de IEDs do mundo, com montante de US\$ 66,7 bilhões no ano de 2011 (e cerca de US\$ 23 bilhões no período de janeiro a maio de 2012<sup>100</sup>), conta efetivamente com a confiança dos investidores estrangeiros. A questão que permanece é: qual a profundidade da relação deste fato com os elementos jurídicos, políticos, econômicos e sociais apresentados pelo Estado brasileiro e sua normatização?

Nesse sentido, verifica-se que a regulamentação brasileira em investimentos estrangeiros se dá em três níveis normativos distintos, que serão observados pomenorizadamente.

## **1 regulamentação nacional**

Primeiramente, pode-se observar a existência de legislação infraconstitucional bastante específica: a lei 4.131/1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e a remessa de valores para o exterior e; a lei 11.371/2006, que dispõe sobre operações de câmbio e registro de capitais estrangeiros.

A lei 4.131/62, alterada pela lei 4.390/64 está bastante desconectada da prática atual da economia global. No entanto, a análise de seu conteúdo não comporta muitas surpresas, pois, via de regra, estabelece apenas critérios para o registro de investimentos estrangeiros no Brasil e de remessa de lucros e dividendos para o exterior. Não há

---

<sup>100</sup> BRASIL. Banco Central do Brasil. Relatório de Inflação: Junho de 2012. Disponível em < <http://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2012/06/ri201206c5p.pdf> >





efetivamente uma regulamentação que estabeleça critérios de validade para o ingresso de investimentos ou que vise claramente limitar a remessa de lucros para o exterior. Apesar de prever, em seu artigo 28<sup>101</sup>, a possibilidade de restrições à remessa de rendimentos oriundos dos capitais estrangeiros, em caso de desequilíbrio ou eminência de desequilíbrio da balança de pagamentos, a lei 4.131 deixa a imposição das restrições a cargo de uma entidade administrativa – o Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), extinto em 1965 -, hoje absorvida pelo Banco Central do Brasil.

Não há, portanto, indícios na legislação brasileira, de empecilhos à atividade dos investidores estrangeiros em território nacional, além das exceções constitucionais expressas, como aquelas presentes, por exemplo, no artigo 222<sup>102</sup> ou artigo 177, V<sup>103</sup>, dentre outros.

Observa-se também a existência de regulamentação Constitucional, que em alguns de seus artigos visa a normatização dos investimentos estrangeiros no país, além do que, regula os princípios fundamentais da ordem econômica nacional e do acesso à justiça, que indiretamente refletem na política brasileira de atração e proteção de investimentos internacionais. Destaque-se o artigo 172<sup>104</sup>, que prevê o incentivo ao investimento internacional e o artigo 173<sup>105</sup>, que versa sobre a condição da intervenção estatal na exploração direta da economia, que, se ocorrer, deverá respeitar todos os limites e privilégios extensíveis às empresas privadas.

---

<sup>101</sup> Art. 28. Sempre que ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamento ou houver sérias razões para prever a eminência de tal situação, poderá o Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito impor restrições, por prazo limitado à importação e às remessas de rendimentos dos capitais estrangeiros e para êste fim outorgar ao Banco do Brasil monopólio total ou parcial das operações de câmbio.

<sup>102</sup> Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

<sup>103</sup> Art. 177. Constituem monopólio da União:

(...)

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

<sup>104</sup> Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

<sup>105</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(...)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.



Outro nível de regulamentação nacional pode ser observado no contexto da normatização administrativa, que se encontra sob a responsabilidade do Banco Central do Brasil e, de forma mais tênue, da Secretaria da Receita Federal. Os assuntos relacionados à investimentos estrangeiros são regulamentados, em sua quase totalidade, por portarias e regulamentos desses dois organismos governamentais, sendo que, às vezes, essa normatização administrativa chega a contrariar os níveis legislativos anteriores, principalmente quando se refere à disposições previstas na arcaica lei 4.131/62.

Em relação à normatização internacional vigente no Brasil, não há muito o que se falar. Apesar da pressão internacional exercida sobre os Estados em desenvolvimento, para que integrem a sistemática internacional de proteção de investimentos e investidores internacionais, principalmente por meio da ratificação dos *bilateral investments treaties* (BITs) e da Convenção de Washington referente ao *International Centre for Settlement of Investments Disputes* (ICSID), o Brasil é absolutamente silente a respeito desses instrumentos internacionais, pois não possui nenhum BIT vigente em seu ordenamento jurídico e não está vinculado à jurisdição do ICSID. Além disso, não ratificou os instrumentos regionais de proteção ao investidor no Mercosul, como os protocolos de Colônia e de Buenos Aires. Parece não haver, portanto, mecanismos internacionais que assegurem proteção aos investidores internacionais face à eventuais posicionamentos prejudiciais adotados pelo Estado brasileiro. Porém, quando forem abordados os aspectos jurisdicionais de proteção, alguns insights poderão surgir.

Assim, são raras, portanto, a presença de restrições normativas à presença de investimentos estrangeiros direitos no ordenamento jurídico nacional. O que se pode verificar é a existência de previsão constitucional expressa visando a atração de IEDs, acompanhada de regulamentação liberalizante, pautada em práticas de técnica econômica, instrumentalizada pelas normatizações administrativas do Banco Central e da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Os critérios normativos constituem-se assim, amplamente favoráveis aos IEDs, não opondo limites concretos à entrada desses investimentos em território nacional.



## 2 aspectos de proteção jurisdicional dos investidores estrangeiros

As demandas envolvendo investimentos estrangeiros e o Estado brasileiro em um primeiro momento, parecem constituir um vácuo de análise. Por não haver regulamentação internacional válida que vincule o Estado a procedimentos internacionais de resolução de conflitos, como a Convenção de Washington, não há como se analisar objetivamente a postura brasileira em âmbito internacional, o que poderia levar-se a concluir que o único remédio jurídico para solução de controvérsias entre o investidor e o Estado seria o sistema judiciário nacional. Porém, algumas interessantes análises podem ser feitas a partir da regulamentação infraconstitucional e, principalmente, a partir do posicionamento jurisprudencial das cortes superiores brasileiras.

Nesse sentido, o ordenamento nacional conta com a vigência da lei 9.307/1996, denominada Lei de Arbitragem, que estabelece os critérios de validade de procedimentos arbitrais dentro do ordenamento jurídico pátrio. Esta legislação prevê o reconhecimento de procedimentos arbitragens nacionais ou internacionais que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis<sup>106</sup>, estipulando a plena validade de cláusulas compromissórias nos contratos<sup>107</sup>, estabelecendo também que os laudos arbitrais têm, no Brasil, efeitos de sentença judicial e constituem-se em título executivo<sup>108</sup>.

Outros institutos corroboram esse estatuto da arbitragem dentro do ordenamento nacional, como o artigo 267, VII do Código de Processo Civil<sup>109</sup>, que estabelece a extinção do processo judicial, sem julgamento de mérito, quando da existência de cláusula compromissória.

---

<sup>106</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>107</sup> Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

<sup>108</sup> Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

<sup>109</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

VII - pela convenção de arbitragem

O anteprojeto de Código de Processo Civil, em discussão no parlamento brasileiro, também prevê esse reconhecimento da convenção de arbitragem, no artigo 467, inciso VII.



Além disso, verifica-se a existência de vínculos internacionais brasileiros a partir do contexto da lei nacional de arbitragem. O Brasil ratificou alguns instrumentos internacionais, que garantem o reconhecimento de laudos arbitrais internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo: Convenções Interamericanas do Panamá sobre Arbitragem Comercial Arbitral, de 1975 (promulgada pelo Decreto nº 1.902, de 1996) e de Montevideo, sobre Validade Extraterritorial de Julgamentos e Laudos Arbitrais, de 1979 (Decreto nº 2.411, de 1997), além da Convenção de Nova Iorque ou Convenção das Nações Unidas sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, de 1958 (Decreto 4.311 de 2002).

A partir da aceitação plena da arbitragem dentro do ordenamento jurídico brasileiro, resta saber se, dentro das pessoas capazes de contrair (art. 1º da Lei de Arbitragem), está incluído o Estado brasileiro. A lei de arbitragem parece indicar que sim, já que trata do assunto de maneira generalizante, não fazendo distinção alguma entre empresas privadas ou empresas públicas. Além disso, como já salientado, a Constituição indica claramente que as empresas públicas e as de economia mista estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas (artigo 173), estando, portanto, a elas equiparadas. Previsões semelhantes encontram-se também em leis ordinárias, como a lei 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público Privadas) e na lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas).

Porém, a possibilidade ou não da participação do Estado Brasileiro em procedimentos arbitrais é esclarecida a partir de uma análise da jurisprudência das cortes superiores nacionais, principalmente a análise do caso Companhia Estadual de Energia Elétrica *versus* AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia e Outros.

Este caso, uma ação ordinária condenatória por descumprimento de contrato entre uma empresa de economia mista, a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), e uma subsidiária controlada pela multinacional da Empresa Americana AES, a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda<sup>110</sup>, guarda importantes indicativos do posicionamento das cortes nacionais acerca da participação do Estado dentro de arbitragens internacionais.

---

<sup>110</sup> Integra a holding Companhia Brasileira de Energia, formada pela AES Corp., que detém 50,01% do capital votante, e pelo BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), com 49,99% do capital votante Fonte: <http://www.aesbrasil.com.br/ogrupos/Paginas/aesnobrasil.aspx>.



No presente *case*, a Empresa de Economia Mista<sup>111</sup>(CEEE), recorreu à prestação jurisdicional do Estado brasileiro, visando discutir eventual descumprimento de contrato por parte da empresa AES Uruguaiana. Esta última, no entanto, requereu ao juízo estatal a extinção da ação sem julgamento do mérito, com base no contrato de fornecimento de energia firmado pelas duas empresas, que possuía cláusula compromissória expressa, indicando a arbitragem como meio adequado<sup>112</sup> para se dirimir os casos omissos ou duvidosos acerca de execução do contrato. Apesar de posicionamento contrário do juízo *a quo* e também do juízo recursal do estado do Rio Grande do Sul, a decisão da Corte Superior (STJ), em recurso constitucional (Resp 612.439/RS<sup>113</sup>) foi favorável a existência de cláusula compromissória em contratos que envolvam, de um lado, empresas mistas ou públicas e de outro, empresas privadas (investidores estrangeiros).

Esse posicionamento adotado pelo órgão Superior indica claramente a possibilidade de participação de empresas públicas em processos arbitrais internacionais, que envolvam investidores estrangeiro. Nesse sentido, conforme as palavras do Ministro relator:

[...] pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem.

Note-se, portanto, a existência de entendimento jurisprudencial que autoriza a participação do Estado Brasileiro, por meio de suas empresas públicas ou mistas, em

---

<sup>111</sup> O grupo CEEE é constituída pela empresa privada CEEE-par, que controla, juntamente com a Empresa Pública Eletrobrás, outras duas companhias operacionais do grupo: a Companhia Estadual de Geração e Transmissão de Energia Elétrica (CEEE – GT) e; a Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica (CEEE-D). Fonte: <http://www.ceee.com.br/pportal/ceee/Component/Controller.aspx?CC=12430>.

<sup>112</sup> Há discussão acerca da clareza da redação da referida cláusula, o que ensejou dúvidas acerca da obrigatoriedade da Arbitragem dentro do contrato entre a CEEE e a AES Uruguaiana. Neste sentido, observar o voto da Desembargadora Teresinha de Oliveira Silva, no Agravo de Instrumento 70004535662 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, disponível em <[www.tjrs.gov.br](http://www.tjrs.gov.br)>. Vide também: TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem em Contratos Públicos**: o posicionamento do STJ no caso CEEE-RS vs. AES, disponível em <<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/32.pdf>>

<sup>113</sup> BRASIL. Recurso Especial. Resp nº 612.439. AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., vs Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE. Ministro Relator João Otávio de Noronha, publicado em 14 de setembro de 2006. No mesmo sentido, ver também: BRASIL. Recurso Especial. Resp nº 606.345. AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., vs Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE. Ministro Relator João Otávio de Noronha, publicado em 08 de junho de 2007.



procedimentos arbitrais, dada a total eficácia das cláusulas compromissórias presentes em contratos que eventualmente faça parte. Isso apenas corrobora as disposições normativas presentes no ordenamento nacional, como visto anteriormente.

Assim, pode-se concluir que, no Brasil, apesar da inexistência de disposições específicas acerca da regulamentação de investimentos estrangeiros diretos, parece ser possível identificar um elevado nível de segurança para o investidor estrangeiro, pois as leis nacionais, principalmente depois das reformas constitucionais da década de 1990, estabelecem proteções jurídicas efetivas para os IEDs e seus investidores, que podem optar por procedimentos arbitrais variados para a solução de litígios que eventualmente surjam da execução do contrato. Além disso, o Estado não poderá se furtar de cumprir suas obrigações previstas em cláusulas compromissórias, pois os entendimentos jurisprudenciais tendem a seguir aquilo que foi estabelecido pelo STJ no julgamento do Resp 612.439 – RS. Esses fatores, aliados à estabilidade dos dados macroeconômicos brasileiros, parecem ser um excelente indicativo do sucesso desse Estado na atração de IEDs e podem constituir importantes dados de comparação entre suas políticas e a de outros Estados da região.

### Referências bibliográficas

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Relatório de Inflação**: Junho de 2012. Disponível em < <http://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2012/06/ri201206c5p.pdf>>.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa** (1988). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>.

BRASIL. Presidência da República. **Lei das Sociedades Anônimas**. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm)>.

BRASIL. Presidência da República. **Lei de Arbitragem**. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)>.

BRASIL. Presidência da República. **Lei de regulamentação do Capital Estrangeiro**. Lei 4.131, de 03 de setembro de 1962. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4131.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm)>.





BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. Resp nº 612.439.** AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., vs Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE. Ministro Relator João Otávio de Noronha, publicado em 14 de setembro de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. Resp nº 606.345.** AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., vs Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE. Ministro Relator João Otávio de Noronha, publicado em 08 de junho de 2007.

PUCCI, Adriana Noemi. Arbitration in Brazil: Foreign Direct Investment and the New Brazilian approach to Arbitration. **Dispute Resolution Journal** (2005) 60. Disponível em < <http://vlex.com/vid/brazil-investment-brazilian-approach-62278854>>.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem em Contratos Públicos:** o posicionamento do STJ no caso CEEE-RS vs. AES, disponível em < <http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/32.pdf>>.

WEI, Dan. Bilateral Investments Treaties: na empirical analysis of the practices of Brazil and China. **European Journal of Law Economics** (2012) 33:663-690. DOI 10.1007/s10657-010-9157-z



## A INTERAÇÃO ENTRE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E DIREITO NACIONAL: O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA INTERPRETAÇÃO E NA APLICAÇÃO DAS LEIS

*Aline Beltrame de Moura*<sup>114</sup>

### Resumo

A articulação entre direito da União Europeia e direito nacional tem por base os princípios da autonomia, do primado e do efeito direto do ordenamento jurídico europeu, cujo instrumento de contato direto entre os dois planos jurisdicionais é o reenvio prejudicial. O Tribunal de Justiça da União Europeia foi responsável pelo desenvolvimento de diversas teorias que regulam a interação entre estas duas esferas jurídicas, fazendo com que o juiz nacional assumisse, cada vez mais, um papel de relevância na aplicação e na efetividade do direito da União. A colaboração judiciária é a linha que orienta a relação entre os juízes de Luxemburgo e aqueles nacionais no cumprimento das respectivas funções jurisdicionais.

**Palavras-chave:** Tribunal de Justiça da União Europeia; Tribunais nacionais; colaboração judiciária; jurisprudência.

### Introdução

A natureza e o tipo de interconexão existente entre direito da União Europeia e direito nacional se mostra peculiar respeito à tradicional relação entre este e o direito internacional. Diferentemente das organizações internacionais clássicas, o processo de integração regional europeu é dotado de um aparato judiciário ímpar, composto por um corpo de juízes competentes à interpretar o direito da União e que dispõe de específicos instrumentos jurídicos, tais como o reenvio prejudicial que permite aos juízes nacionais estabelecer um contato direto com o Tribunal de Justiça da União Europeia (adiante, TJUE).

Conforme será analisado no presente artigo, a ordem jurídica subjacente à União Europeia se faz parte integrante da realidade política e social do continente. Os tratados da União se encontram na origem de milhares de decisões que

---

<sup>114</sup> Doutoranda em Direito Internacional na *Università degli Studi di Milano* (UNIMI), Itália. Bolsista CAPES Doutorado Pleno no Exterior. Mestre em Direito nas Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), bacharel em Direito pela mesma instituição. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas de Direito Internacional CNPQ/UFSC.



influenciam decisivamente a realidade dos Estados-membros e a vida dos seus cidadãos. Neste contexto, compreender a relação entre direito da União e direito nacional torna-se essencial a fim de verificar que ordem jurídica é esta em que grande parte dos países europeus estão inseridos hodiernamente.

A interação entre estes dois planos jurídicos não é disciplinada pelos Tratados constitutivos nem somente pelas teorias desenvolvidas pelos ordenamentos nacionais, como normalmente ocorre na aplicação do direito internacional, mas principalmente graças à atuação do TJUE que, desde a sua origem, vem construindo as bases para um processo de integração profundo e respaldado na legalidade.

Os princípios da autonomia, do primado e do efeito direto, como será observado, foram consagrados pela jurisprudência comunitária e norteiam a interação entre os dois planos jurídicos, fazendo com que o juiz nacional assuma um importante papel enquanto promotor das normas comunitárias mesmo que em presença de uma norma nacional conflitante. O TJUE, por sua vez, apresenta-se como garantidor da legalidade, interpretação e aplicação uniforme do direito da União, sendo a instituição jurisdicional por excelência deste processo de integração regional.

## **1. O Tribunal de Justiça da União Europeia enquanto instituição jurisdicional máxima do ordenamento jurídico europeu**

No âmbito supranacional, o Tribunal de Justiça da União Europeia é a jurisdição suprema e única para todas as questões decorrentes do direito da União, garantindo o respeito ao direito da União na interpretação e aplicação dos Tratados. A sua função é preeminente, pois, em se tratando de uma União de Estados, se as normas comunitárias estivessem sob o controle dos tribunais nacionais, as mesmas seriam interpretadas e aplicadas diferentemente em cada Estado-membro e a aplicação uniforme do direito da União no território europeu seria posta em risco.

Dada a sua função essencial no processo de integração regional, o Tribunal se fez presente desde a constituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, mediante o Tratado de Paris de 1952, começando a operar seis anos mais tarde. Por muito tempo o Tribunal teve uma proeminente atuação no cenário europeu, dando ensejo a um efetivo alargamento das competência comunitárias em momentos que se



vislumbrava uma significativa inércia normativas das outras instituições<sup>115</sup>. Muitos dos posicionamentos tomados pelo TJUE acabaram sendo posteriormente incorporados ao direito primário e secundário da União, isto é, aos tratados constitutivos, assim como aos regulamentos e as diretivas, atuando ativamente no desenvolvimento da legislação da União.<sup>116</sup>

Ao longo do tempo, o antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias acabou recebendo nova nomenclatura e sofrendo algumas alterações com relação à organização da jurisdição comunitária e da racionalização das suas competências. As mais recentes e importantes reformas ocorrem com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa de 2009. Atualmente, a denominação do Tribunal, de acordo com o art. 19 do novo TUE, deixa de ser Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) e passa a ser Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o qual compreende em sua estrutura o Tribunal de Justiça (antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em sentido estrito, criado em 1952), o Tribunal Geral (antigo Tribunal de Primeiro Grau, criado em 1988) e os Tribunais Especializados, muito embora até o momento ter sido instituído somente um tribunal especializado, qual seja o Tribunal da Função Pública Europeia (criado em 2004).<sup>117</sup>

Observada a sua estrutura judiciária, o Tribunal de Justiça, portanto, é assistido pelo Tribunal Geral, competente para conhecer em primeira instância de determinados recursos, excetuando os atribuídos a um tribunal especializado e os que o Estatuto reservar ao Tribunal de Justiça. Seus membros são escolhidos dentre pessoas que ofereçam todas as garantias de independência e que possuam a capacidade requerida

---

<sup>115</sup> Pode-se citar o engessamento do Conselho face às decisões que exigem a unanimidade e a resistência de alguns setores da sociedade e dos próprios Estados-membros em relação a determinadas medidas comunitárias.

<sup>116</sup> A Diretiva 2004/38 sobre o direito dos cidadãos da União e dos seus familiares de circular e residirem livremente no território dos Estados-membros e a Diretiva 2006/23 relativa aos serviços no mercado interno são ambas frutos de copiosa jurisprudência do TJUE. Ver: CONDINANZI, Massimo. Corte di Giustizia e Trattati di Lisbona: innovazioni strutturali ed organizzativi. In: BILANCIA, Paola; D'AMICO, Marilisa (a cura di). *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 211; BERARDIS, Guido. La direttiva generale in materia di servizi. In: BESTAGNO, F; RADICATI DI BROZOLO, L. *Il mercato unico dei servizi*. Milano, 2007, p. 27 ss. A solução adotada pelo TJUE de que o Parlamento Europeu poderia impugnar os atos do Conselho a fim de proteger suas prerrogativas (Caso *Cernobyl*, C-70/88 de 22 de maio de 1990), foi inserida no Tratado de Maastricht e, posteriormente, com o de Nice, passou a ser considerado recorrente privilegiado. O acórdão *Barber* de 17 de maio de 1990, C-262/88 é a origem do Protocolo Barber sobre o art. 141 do TCE introduzido pelo Tratado de Maastricht ou, ainda, o acórdão *Lancry* de 9 de agosto de 1994, C-363/93, que impulsionou a modificação do art. 299 do TCE pelo Tratado de Amsterdã.

<sup>117</sup> Desde que foram criadas, as três jurisdições proferiram cerca de 15 mil acórdãos. Dados disponíveis em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/)>. Acessado em 15.05.2012.



para o exercício de funções jurisdicionais.

Dessa forma, o TJUE desempenha o papel de garantidor da legalidade do ordenamento comunitário, monitorando também o exercício correto das funções desempenhadas pelas outras instituições a fim de que estas não exorbitem os limites previstos pelos Tratados. Nesse sentido, o equilíbrio institucional é a pedra angular das relações entre as instituições, do qual o Tribunal de Justiça assegura o respeito.<sup>118</sup>

No tocante à reformulação da denominação das instâncias judiciárias comunitárias que pode parecer, em um primeiro momento, apenas uma alteração do aspecto formal, observa-se, em realidade, que esta apresenta um importante aspecto identificativo, uma vez que é através da sua denominação que a instituição judiciária é percebida pelos sujeitos que invocam a justiça.<sup>119</sup> Além do mais, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, ocorreu a abolição da estrutura em pilares e o reconhecimento da força jurídica da Carta de direitos fundamentais, implicando a extensão da competência do TJUE a quase todas as políticas da União.<sup>120</sup>

Com sede em Luxemburgo, atualmente o Tribunal de Justiça é composto por 27 juízes – um para cada Estado-Membro – e oito advogados-gerais que são nomeados, de comum acordo por todos os governos, para um exercício de seis anos, renováveis. Interessante observar que o advogado-geral é uma espécie de *amicus curie*,<sup>121</sup> buscando sempre preservar a correta aplicação do direito da União Europeia, apresentando publicamente e com imparcialidade pareceres sobre os processos submetidos ao Tribunal. Este, por sua vez, pode acolher ou não as conclusões do advogado-geral, mas estas são, independentemente, publicadas em apêndice ao acórdão emanado e servem como meio de interpretação e complementação da decisão judicial.

O funcionamento do Tribunal encontra seu embasamento no Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, um instrumento contemporâneo a estipulação do Tratado de Paris e que possui, do ponto de vista das fontes do direito, o mesmo nível jurídico daquele, em virtude do disposto no art. 51 do novo TUE que estabelece que os

---

<sup>118</sup> FRIGO, Manlio; LANG, Alessandra; VALENTI, Mara. *Diritto della Comunità internazionale e dell'Unione europea: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 247.

<sup>119</sup> CONDINANZI, Massimo. Corte di Giustizia e Trattati di Lisbona: innovazioni strutturali ed organizzativi. In: BILANCIA, Paola; D'AMICO, Marilisa (a cura di). *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 212.

<sup>120</sup> DOLLAT, Patrick. *La Citoyenneté Européenne: théorie et status*. Bruxelles: Bruylant, 2008, p. 86.

<sup>121</sup> BRAVO. Luigi Ferrari. In: BRAVO. Luigi Ferrari e MILANESI. Enzo Moavero. *Lezioni di Diritto Comunitario*. II Edizione. Napoli: Editoriale Scientifica, 1997. p. 104.



protocolos anexos aos tratados são parte integrante destes.<sup>122</sup>

## 2. O sistema de tutela jurisdicional do TJUE

No tocante ao sistema de tutela jurisdicional do TJUE, salienta-se que o mesmo articula-se sobre dois planos procedimentais distintos, mas funcionalmente conectados. O primeiro diz respeito ao controle direto do Tribunal de Justiça e/ou do Tribunal Geral, ativado pelas instituições, pelos Estados-membros ou mesmo por pessoas físicas ou jurídicas, exaurindo-se com a pronúncia do juiz comunitário. O segundo é aquele do procedimento prejudicial, fundado sobre a cooperação entre juiz nacional e juiz comunitário, por meio do reenvio prejudicial do primeiro ao segundo, que implica o controle indireto do Tribunal de Justiça, com a pronúncia do juiz nacional decidindo a causa.<sup>123</sup>

Dessa forma, o controle jurisdicional direto diz respeito aos casos de competência exclusiva do magistrado da União como, por exemplo, através da interposição de um recurso de anulação, de carência, de responsabilidade extracontratual, exceção de invalidade, impugnação do acórdão do Tribunal Geral, dentre outras. Nesse sentido, a ação por descumprimento destaca-se por permitir que a Comissão ou qualquer Estado-membro intente este tipo de ação se considerar que um Estado-Membro não tenha cumprido qualquer das obrigações que lhe foram incumbidas por força do direito da União. O Tribunal, assim, segundo o art. 260 TFUE, deve investigar as alegações apresentadas, emitir um parecer e, no caso de o país ser considerado em falta, este deve tomar medidas corretivas de imediato sob pena de imposição de multa.

Por sua vez, o controle jurisdicional indireto refere-se ao chamado reenvio prejudicial que pode ser de interpretação ou de validade das normas comunitárias. Nesse caso, o órgão jurisdicional de um dos Estados-membros tem a faculdade – e em sendo de última instância é obrigado – de solicitar ao Tribunal de Justiça um pronunciamento

---

<sup>122</sup> Ressalta-se que a teor da Declaração n. 38, anexa ao Ato Final do Tratado de Lisboa, o número de advogados-gerais pode ser alterado após a entrada em vigor deste, aumentando de oito para onze. À Polónia seria concedido um advogado-geral permanente, a semelhança dos já atribuídos aos ditos grandes Estados, isto é, França, Alemanha, Itália, Reino Unido e Espanha, situação esta que explicita a ligação entre a nacionalidade do advogado-geral e o Estado do qual o mesmo provém, prejudicando a ideia de *independência* de suas atividades jurisdicionais.

<sup>123</sup> TESAURO. Giuseppe. *Diritto Comunitario*. Padova: CEDAM, 1995, p. 141.





acerca da interpretação ou da legalidade de uma norma supranacional que seja imprescindível para a resolução de controvérsia da qual o Estado esteja investido.<sup>124</sup> O Tribunal pronuncia-se, dessa forma, sobre a questão que lhe é apresentada emitindo a chamada decisão a título prejudicial.

Como salientado, o magistrado nacional de última instância é obrigado a efetuar o reenvio prejudicial, contudo, caso este venha a subtrair-se do cumprimento deste dever, infere-se que

*Secondo i comuni principi relativi alla responsabilità dello Stato per il comportamento dei suoi organi, l'omissione viene imputata allo Stato del giudice e contro quest'ultimo potrà essere promosso il giudizio per infrazione. Il caso tuttavia non si è mai verificato, anche se la Commissione in talune occasioni ne ha adombrato la possibilità.*<sup>125</sup>

Dentre suas funções, dispostas no art. 263 do TFUE, pode-se destacar o controle de legitimidade que o TJUE exerce sobre os atos legislativos adotados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu, destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros, assim como os atos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, que não sejam recomendações ou pareceres.<sup>126</sup> O Tribunal também é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos tratados comunitários ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-membro, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho ou pela Comissão. É também competente para conhecer dos recursos interpostos pelo Tribunal de Contas, pelo Banco Central Europeu e pelo Comitê das Regiões com o objetivo de salvaguardar as respectivas prerrogativas ou, ainda, de responsabilidade extracontratual interposto por indivíduos.

Em face do grande número de processos que são submetidos ao Tribunal de Justiça<sup>127</sup> e com a finalidade de proporcionar aos cidadãos uma proteção jurídica mais

<sup>124</sup> TESAURO, Giuseppe. 1995. p. 188-201.

<sup>125</sup> BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*. 6 ed., Padova: CEDAM, 2001, p. 177.

<sup>126</sup> MENGOLZI, Paolo. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia: il Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*. 15 ed. Padova: CEDAM, 1997. p. 56.

<sup>127</sup> Em 2011, segundo Relatório Anual 2011 do TJUE, deram entrada no Tribunal de Justiça 688 novos processos, encerraram-se 638 e ainda encontram-se pendentes 848 processos. No tocante ao contencioso submetido às três jurisdições do TJUE, deu-se início a 1569 processos e a conclusão de 1518 processos. In: *CVRJA: Tribunal de Justiça da União Europeia. Relatório Anual 2011*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 5 e 97.



eficaz, o Tribunal Geral ocupa-se da maior parte das ações intentadas por particulares, empresas e algumas organizações contra atos das instituições europeias, bem como de processos relacionados com o direito da concorrência, cujas decisões podem, no prazo de dois meses, ser objeto de recurso perante o Tribunal de Justiça, limitado às questões de direito. Por sua vez, o Tribunal da Função Pública Europeia pronuncia-se sobre os litígios entre as instituições da UE e o seu pessoal, isto é, seus funcionários, sendo que as decisões proferidas por este Tribunal especializado podem, no prazo de dois meses, ser objeto de recurso, limitado às questões de direito, para o Tribunal Geral.

### **3. Os princípios da autonomia, do primado e do efeito direto enquanto garantias judiciais da integração europeia**

A arquitetura judicial criada no âmbito da União Europeia que prevê o princípio da autonomia, do primado e do efeito direto do direito da União foi essencial para garantir a aplicação da lei do processo de integração sobre as leis nacionais, especialmente em casos de conflitos ou lacunas em ambas legislações. Tal estrutura permite e encoraja uma atuação conjunta entre o TJUE e os tribunais nacionais, os quais trabalham em uma verdadeira cooperação jurisdicional em duplo nível.

Dessa forma, a articulação das relações entre direito comunitário e direito nacional e, por consequência, o diálogo entre o TJUE e as cortes nacionais, são regidos por três pilares fundamentais: o princípio da autonomia, do primado e do efeito direto.

O princípio da autonomia do direito comunitário resulta da interpretação do TJUE e é a linha condutora da interação jurisdicional entre este e as cortes nacionais. As regras do direito da União, mesmo integradas na ordem jurídica nacional, mantêm a sua marca congênita, isto é, preservam suas propriedades, garantindo a sua eficácia própria e diversa daquela do direito interno.<sup>128</sup> A autonomia da ordem jurídica da União, assim, adquire um significado fundamental ao ser a única garantia de que o direito da União Europeia não será desvirtuado pela interação com o direito nacional e de que poderá ser

---

<sup>128</sup> Por exemplo, o conceito de trabalhador é determinante para individualizar alguns dos titulares ao direito à liberdade de circulação. Ocorre que o conceito comunitário de “trabalhador” pode não corresponder inteiramente aos conceitos utilizados e conhecidos na ordem jurídica de um ou outro Estado-Membro. Assim, o princípio da autonomia ao impor que os conceitos jurídicos da União devem ser interpretados à luz das exigências do direito e dos objetivos da União Europeia, soluciona qualquer possível conflito de interpretação.



aplicado uniformemente em todos os Estados-membros.<sup>129</sup> Dessa forma, o juiz nacional ou aplicar uma norma da União deve interpretá-la segundo os critérios definidos pelo próprio ordenamento supranacional, atendo-se aos conceitos e definições por este previsto.

O primado do direito da União sobre a ordem jurídica estatal, por sua vez, constitui exigência para a própria existência do ordenamento supranacional. Trata-se de princípio relativo à superioridade hierárquica do direito da União originário ou derivado sobre qualquer norma nacional, seja ela anterior ou posterior, de natureza constitucional ou infraconstitucional. Por tal razão, os poderes públicos nacionais não podem produzir legislação incompatível com as disposições adotadas em nível supranacional nem as instâncias jurisdicionais prolatar decisões contrárias ao ordenamento jurídico da União. Em caso de dúvida sobre a aplicação do princípio, os juízes nacionais podem, se necessário, recorrer à decisão prejudicial a fim de fazer respeitar o princípio do primado.<sup>130</sup>

Deste modo, se uma regra nacional for contrária a uma disposição europeia, as autoridades dos Estados-membros devem aplicar a normativa europeia. Salienta-se, porém, que o direito nacional não deve ser anulado nem alterado, mas a sua força vinculativa é suspensa. Assim, uma proteção uniforme dos cidadãos em todo o território da União é garantida, através do direito europeu, na medida em que este passa a prevalecer sobre o direito nacional, em base ao princípio do primado.

Interessante observar que igualmente o primado é oriundo da construção jurisprudencial do TJUE, o qual conferiu ao direito da União a superioridade hierárquica necessária para ser respeitado pelos sujeitos comunitários, estando incluído no conceito de poder normativo.<sup>131</sup> De fato, desde o acórdão Costa/ENEL<sup>132</sup> de 1964 e

---

<sup>129</sup> BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010, p. 113.

<sup>130</sup> Acórdão do TJUE, *Factortame*, C- 213/89 de 19 de Junho de 1990, no qual foi declarado que um órgão jurisdicional nacional, no âmbito de uma questão prejudicial sobre a validade de uma norma nacional, deve suspender de imediato a aplicação da referida norma, na pendência da solução preconizada pelo TJUE, bem como da sentença que o órgão jurisdicional proferir sobre a questão quanto ao mérito.

<sup>131</sup> STELZER, Joana. *União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 157.

<sup>132</sup> Acórdão do TJUE, de 15 de julho de 1964, causa C-6/64, *Costa c. ENEL*. Tratava-se de um reenvio prejudicial em que o juiz nacional questionava o TJUE sobre a compatibilidade com o direito comunitário da normativa italiana relativa à nacionalização da energia elétrica. Em particular, o caso dizia respeito à contestação de uma fatura de energia elétrica. O Tribunal declara, assim, que o direito proveniente das instituições europeias se integra nos sistemas jurídicos dos Estados-membros, sendo



ao longo de uma jurisprudência perfeitamente coerente, o Tribunal de Justiça não tem cessado de afirmar e desenvolver o princípio do primado essencial, absoluto e incondicional do direito comunitário por força de sua natureza específica, tanto para o direito primário quanto para o direito derivado, quer para o direito diretamente aplicável quer para as normas desprovidas desta qualidade no conjunto do direito comunitário sem considerar sua posição.<sup>133</sup>

Cabe ressaltar aqui, que o entendimento exposto pelo Tribunal neste acórdão filia-se à ideia de que, ao criarem as Comunidades, os Estados-membros consentiram em lhes transferir partes de suas competências, restringindo parte de sua soberania. Tal fato resulta em uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, contra a qual não poderia prevalecer nenhum ato unilateral ulterior, incompatível com a noção de Comunidades.<sup>134</sup> Esta tese liga-se estreitamente com o argumento da autonomia e também da aplicabilidade direta do direito da União e está presente na jurisprudência do TJUE<sup>135</sup>.

Uma tentativa de codificação deste princípio pode ser vislumbrada no Projeto de Tratado que visava adotar uma Constituição para a Europa em 2004, o qual previa expressamente no art. I-6 que o direito primário e derivado da União prevaleceria sobre o direito dos Estados-membros. Porém, tal disposição não foi recuperada pelo Tratado de Lisboa, apesar de a Declaração n. 17, anexa a este, recordar que o direito da União Europeia prevalece sobre o nacional, nas condições previstas pela jurisprudência.<sup>136</sup>

No tocante ao princípio do efeito direto, destaca-se que as normas da União, ao entrarem em vigor, geram direitos e impõem deveres aos particulares, que podem invocá-las perante os órgãos jurisdicionais nacionais. A permissão aos cidadãos europeus de invocar diretamente disposições do direito da União perante os órgãos jurisdicionais nacionais também foi obra da jurisprudência do TJUE, em particular, do acórdão *Van Gend & Loos*<sup>137</sup> de 1963, no qual foi afirmado que os Tratados são mais

---

estes obrigados a respeitá-lo, pois o direito europeu possui o primado, isto é, a prevalência sobre os direitos nacionais. Para aprofundamento ver: FRIGO, Manlio; LANG, Alessandra; VALENTI, Mara. 2011, p. 348-349.

<sup>133</sup> KOWAR, Robert. As relações entre o direito comunitário e os direitos nacionais. In: Comissão das Comunidades Europeias. *Trenta anos de direito comunitário*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais da CE, 1984, p. 118.

<sup>134</sup> KOWAR, Robert. 1984, p. 120.

<sup>135</sup> Casos *San Michele, Walt Wilhelm, Politi, Marinex, Comisión vs. Italia e Variola*

<sup>136</sup> FRIGO, Manlio; LANG, Alessandra; VALENTI, Mara. 2011, p. 347.

<sup>137</sup> Acórdão do TJUE, de 5 de fevereiro de 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos*. O recorrente contesta o montante das taxas aduaneiras da importação de ureia formaldeído da Alemanha, alegando que estas



que um simples acordo entre os Estados, pois conferem posições subjetivas aos particulares. Para tanto, as disposições comunitárias devem ser claras e precisas, completas e juridicamente perfeitas e, por fim, incondicionais, produzindo, portanto, efeitos diretos.

O efeito direto, portanto, designa o conjunto das formas com as quais se podem revestir a aplicação de uma norma da União, tendo o TJUE já se pronunciado<sup>138</sup> no sentido de que no caso em que as autoridades comunitárias obrigaram, por meio de diretiva, os Estados-membros a adotarem um comportamento determinado, o efeito útil de tal ato achar-se-ia enfraquecido se os particulares fossem impedidos de o invocar em juízo e os órgãos jurisdicionais nacionais impedidos de o tomar em consideração enquanto elemento do direito comunitário.<sup>139</sup>

Trata-se de uma qualidade que mostra a aplicabilidade da norma, isto é, um princípio que assegura ao indivíduo o acesso aos tribunais ordinários nacionais contra o próprio Estado ou contra outros particulares, a fim de requerer a observância de direitos decorrentes das normas da União. Assim, não é necessário que o Estado-membro integre a norma europeia em questão na sua ordem jurídica interna.

Sob tal perspectiva é oportuno recordar que, tradicionalmente somente aos Estados era permitido obter o *status* de sujeito e destinatário das normas de direito internacional, porém em âmbito comunitário, o reconhecimento de uma direta participação do indivíduo foi obra do TJUE, pois no passado

as instituições da Comunidade se encontravam impossibilitadas de adotar medidas que viessem a normatizar áreas completamente alheias às competências da CEE. A ação desses órgãos tinha que se limitar ao perfil econômico do fenômeno comunitário, não podendo interferir em áreas relativas aos direitos políticos e civis, até então consideradas matérias de competência exclusiva dos cidadãos dos Estados-membros. Somente através da jurisprudência do Tribunal de Justiça [...], foi possível ampliar a esfera jurídica europeia, abraçando também

---

são mais altas que aquelas exigidas antes da entrada em vigor do Tratado da Comunidade Econômica Europeia e, por isso, em plena violação da obrigação de *stand-still* prevista pelo art. 12 deste Tratado. O Tribunal afirma que o direito europeu acarreta obrigações para os Estados-membros, mas também direitos para os particulares e, sendo assim, estes podem prevalecer-se de tais direitos e invocar diretamente normas europeias perante jurisdições nacionais e europeias. Dessa forma, não é necessário que o Estado-membro integre a norma europeia em questão na sua ordem jurídica interna. Para mais esclarecimentos ver: FRIGO, Manlio; LANG, Alessandra; VALENTI, Mara. 2011, p. 269-272.

<sup>138</sup> Acórdão do TJUE, C-51/76 de 01 de fevereiro de 1977, *Verbond van Nederlandse ondernemingen*.

<sup>139</sup> KOWAR, Robert. 1984, p. 152.



temáticas até então não previstas pelos Tratados constitutivos.<sup>140</sup>

Nessa esteira, salienta Enrico Vinci que a participação do indivíduo como sujeito ativo e passivo “[...] *ad un sistema giuridico creato dagli Stati è fenomeno storicamente recente, che trova peraltro nell'ordinamento comunitario il più attuale e avanzato sviluppo.*”<sup>141</sup>

Neste ponto, importante mencionar que efeito direto não deve ser confundido com aplicabilidade direta. Esta refere-se ao fato de as normas da União integrarem-se ao ordenamento jurídico de cada Estado-membro, independentemente de a norma interna determinar essa inserção. Por sua vez, o efeito direto do direito da União significa que as suas normas, ao entrarem em vigor, geram direitos e impõem deveres aos particulares, que podem invocá-las perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

Assim, o princípio da aplicabilidade direta do direito da União na ordem jurídica estatal, diz respeito a sua imediata integração nos Estados-membros, dispensando qualquer forma especial de recepção, diferentemente do que ocorre com o direito internacional público. Neste há a necessidade de a norma alienígena ser aceita pelo ordenamento interno, conforme a concepção dualista. Todavia, nas relações de direito da União Europeia com os direitos nacionais aplica-se a teoria monista (*self-executing*). Por esse motivo, “questões relacionadas ao tema chegavam às mãos da Corte provenientes, quase exclusivamente, de países onde a atuação nacional em relação à ordem internacional era presidida pelo dualismo jurídico.”<sup>142</sup> No mais, se, porventura, o ordenamento jurídico europeu não fosse imediatamente aplicável nas legislações dos países integrantes da União Europeia, o próprio objetivo da integração poderia ser comprometido, já que os compromissos assumidos não passariam de mera forma de cooperação interestadual.

---

<sup>140</sup> DAL RI, Arno. A Cidadania na União Europeia e a livre circulação de pessoas. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Maria Odete de. (Orgs.) *Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 304. Nesse sentido ver também: DAGTOGLOU, Prodromos. *A natureza jurídica da Comunidade Europeia*. In: Comissão das Comunidades Europeias. *Trinta Anos de Direito Comunitário*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais da CE, 1984. p. 43 ss. Este afirma que o direito da União constitui um fator importante de unificação, especialmente porque, não só os Estados-membros, mas também os particulares foram reconhecidos como sujeitos relevantes para este direito e tal constatação realça a importância especial do Tribunal de Justiça.

<sup>141</sup> VINCI, Enrico. *Unione europea, cittadino, ombudsman: brevi riflessioni su un nuovo istituto civico europeo*. *Rivista Internazionale del Diritto dell'Uomo*, 1992. p. 885.

<sup>142</sup> SILVA, Karine de Souza. 2005, p. 221.





Por fim, em decorrência dos princípios brevemente analisados, os órgãos jurisdicionais nacionais devem, em todas as esferas, interpretar e aplicar a lei no respeito ao direito da União. Dessa forma, os juízes nacionais são constrictos à levar em consideração os tratados, regulamentos, diretivas e decisões do TJUE ao exercerem o seu poder jurisdicional ao interno dos Estados-membro, assumindo um papel de verdadeiro agente do direito da União no âmbito de suas competências jurisdicionais.

#### **4. Interação entre o TJUE e as instâncias jurisdicionais dos Estados-membros**

Dentre todas as instituições da União, o TJUE é certamente aquela cuja relação com os Estados-membros parece ser a mais controversa. Não somente porque os Estados temem o procedimento por infração, mas também porque o TJUE, sendo competente a interpretar o direito da União, substancialmente individualiza hipóteses de incompatibilidade das normativas nacionais com este através do reenvio prejudicial.<sup>143</sup>

Atualmente, o art. 19 do TUE ao prever que “os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União” acaba por afirmar expressamente que os juízes nacionais concorrem para completar o sistema judiciário da União Europeia.

Antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, os juízes nacionais participavam da função jurisdicional comunitária por meio do reenvio prejudicial, isto é, enquanto componentes de um sistema unitário e funcional capaz de garantir uma tutela jurisdicional efetiva. Hoje, este papel é explicado, introduzindo-se uma limitação expressa à soberania judiciária dos Estados-membros, os quais organizam de forma autônoma os mecanismos de tutela jurisdicional, mas ao mesmo tempo devem satisfazer o requisito da tutela jurisdicional efetiva, entendida enquanto respeito à efetividade e à equivalência da proteção jurisdicional.<sup>144</sup> Nesse sentido, o princípio da cooperação leal<sup>145</sup> (art. 4.3 do TUE), que sempre orientou as relações entre os Estados-membros e

<sup>143</sup> CONDINANZI, Massimo. Corte di Giustizia e Trattati di Lisbona: innovazioni strutturali ed organizzativi. BILANCIA, Paola; D’AMICO, Marilisa (a cura di). *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 208.

<sup>144</sup> CONDINANZI, Massimo. 2009, p. 215. Nesse sentido ver acórdãos do TJUE: caso *Peterbroeck*, C-312/93 de 14 de dezembro de 1995; caso *Santex*, C-327/00 de 27 de fevereiro de 2003 e caso *Kapferer*, C-234/04 de 16 de março de 2006.

<sup>145</sup> Art. 4.3 TUE: “Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos tratados. Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das



as instituições comunitárias, também passa a encontrar endereço nas instituições judiciárias a nível comunitárias e nacionais. De fato, “*for the national courts, this [duty of cooperation] is reflected in their role as European courts in the sense that they ensure the correct application and observance of Community law.*”<sup>146</sup>

A interação entre o TJUE e as instâncias jurisdicionais dos Estados-membros baseia-se na ideia de que não há hierarquia entre o TJUE e os tribunais nacionais, mas colaboração judiciária,<sup>147</sup> pois aquele não é um Tribunal de recurso dos tribunais nacionais ou um tribunal federal, haja vista que não reforma as decisões das cortes internas assim como não anula os atos estatais contrários ao direito da União Europeia. No entanto, tem o poder de censurar os tribunais nacionais ou os Estados-membros quando estes não acatam os princípios por eles definidos.<sup>148</sup>

Portanto, em não havendo ditames de prevalência institucional, mas sim colaboração judiciária, tal relação inevitavelmente contribui à dinamização e à internalização das normas supranacionais nos ordenamentos internos dos Estados-membros. No mais, o art. 274 do TFUE é claro ao afirmar que existe uma relação de cooperação entre os diferentes níveis judiciários, descaracterizando qualquer referência à hierarquização entre os dois planos. Não podemos esquecer que a ordem jurídica da União Europeia e as ordens jurídicas nacionais são, na verdade, interdependentes e cooperam entre si<sup>149</sup> e, por consequência, as instâncias jurisdicionais do mesmo modo devem agir.

Além do pressuposto de colaboração judiciária e dos princípios norteadores desta relação, isto é, autonomia, primado e efeito direto, diferentes mecanismos institucionalizados regulam a interação entre as diferentes instâncias judiciárias no

---

obrigações decorrentes dos tratados ou resultantes dos atos das instituições da União. Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União.”

<sup>146</sup> BORCHARDT. Klaus-Dieter. 2010, p. 123.

<sup>147</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Lições de Direito Comunitário: o contencioso comunitário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 14.

<sup>148</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. 1992. p. 14-15.

<sup>149</sup> BORCHARDT. Klaus-Dieter. 2010, p. 114. O autor ainda salienta que ao contrário das ordens jurídicas nacionais, aquela da União não constitui um sistema autossuficiente, pois depende dos sistemas nacionais que estão na sua base para a respectiva aplicação. Todos os órgãos estatais legislativos, executivos e judiciais devem reconhecer que a ordem jurídica da União Europeia não é um sistema “externo” ou “estrangeiro” e que os Estados-membros e as instituições da União pertencem solidariamente a um todo indissolúvel destinado a alcançar objetivos comuns. A União Europeia não é apenas uma comunidade de interesses, é sobretudo uma comunidade solidária. Consequentemente, as autoridades nacionais devem não só respeitar os tratados da União e as respectivas normas de execução emanadas das instituições da União, mas também aplicá-las e dar-lhes vida.



âmbito do processo de integração regional europeu.

Nesse sentido, o art. 299 do TFUE dispõe que a execução das obrigações pecuniárias decorrentes de decisão do Conselho, da Comissão ou do Banco Central Europeu, assim como dos acórdãos do TJUE que tenham força executiva devem ser reguladas pelas normas de processo civil em vigor no Estado em cujo território se efetuar, cabendo a estes exercer o processamento e a fiscalização das regularidades.

O reconhecimento da existência de uma jurisdição concorrente entre o TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais é previsto pelo art. 274 TFUE, o qual dispõe que o acesso ao tribunal supranacional não subtrai a competência dos órgãos locais.

Como já mencionado, o TJUE também é competente, em conformidade ao art. 267 TFUE, para decidir a título prejudicial o reenvio efetuado pelos juízes nacionais sobre questões que envolvam validade e interpretação dos Tratados ou dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Nota-se que o incidente prejudicial é o instrumento por excelência de interação entre as duas instâncias jurisdicionais, o meio de contato direto e efetivo entre os juízes nacionais e os de Luxemburgo.

No mais, um fator que se mostra essencial na relação entre os dois planos jurisdicionais (supranacional e nacional) concerne à questão da obrigatoriedade do cumprimento dos acórdãos emanados pelo TJUE, isto é, qual a real eficácia destas decisões e de que modo os Estados-membros e os juízes nacionais as recepcionam?

Segundo analisado ao longo do presente estudo, os juízes nacionais devem guiar a resolução dos conflitos jurídicos aos quais foram investidos em conformidade com os princípios e as normas do direito da União. As decisões do TJUE possuem caráter vinculativo, na medida em que os magistrados nacionais devem prolatar suas decisões em consonância com a interpretação dada pelos juízes de Luxemburgo, não podendo se afastar de tal orientação. Nota-se que ao se pronunciar apenas sobre a interpretação de determinada norma europeia, não discutindo o mérito do litígio, o TJUE em tese manteria a autonomia do juiz nacional da causa, porém, dado que na prática os quesitos elaborados no reenvio prejudicial são muito objetivos, as decisões acabam sendo extremamente específicas e vinculam de modo direto a ulterior pronúncia



do magistrado nacional.<sup>150</sup>

Apesar de a jurisprudência do TJUE,<sup>151</sup> com base no princípio do primado, nunca ter deixado de se pronunciar no sentido de que quando uma lei nacional viola alguma disposição dos Tratados o Estado torna-se obrigado a modificá-la e adequá-la às exigências do direito da União Europeia, tal procedimento mostra-se, por si só, insuficiente a fim de dar plena efetividade às mencionadas decisões.

Dessa forma, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) prevê no art. 260, a possibilidade de cobrança de uma sanção pecuniária compulsória e/ou de um montante fixo na hipótese de um Estado-membro não ter adotado as medidas necessárias para dar execução a um acórdão que reconhece a existência de um inadimplemento por parte daquele. Além disso, a Comissão pode solicitar ao Tribunal que estabeleça o pagamento de uma condenação fixa ou de pena de mora, podendo-se esperar que a primeira hipótese ocorrerá nos casos de inadimplemento pontual e isolado, enquanto a penalidade de mora será aplicada nos casos de ausência de revogação ou adoção de normas.<sup>152</sup>

Trata-se do princípio da responsabilidade dos Estados-membros pela violação do direito da União, que constitui tanto um elemento que reforça decisivamente a proteção dos direitos conferidos aos particulares pelas disposições da União quanto um fator susceptível de contribuir para uma execução mais diligente de tais disposições pelos Estados-membros.

## Considerações Finais

Diante do exposto, podemos verificar que não é fácil determinar a posição do direito da União Europeia no conjunto do sistema jurídico e estabelecer as suas fronteiras com as outras ordens jurídicas nacionais. Por isso a importância da presença de um órgão jurisdicional efetivo e atuante que assegure o respeito ao direito criado por

---

<sup>150</sup> A título exemplificativo, no acórdão *Rottmann*, C-135/08 de 2 de março de 2010, o TJUE elabora um elenco taxativo de todos os critérios que o juiz nacional deve observar a fim de averiguar se a medida tomada pela autoridade nacional respeita o princípio da proporcionalidade. De outra parte, o TJUE já teve oportunidade de se pronunciar por meio de acórdãos um tanto quanto abstratos, sem estabelecer critérios claros e precisos para que o juiz de reenvio pudesse guiar a sua decisão. Assim, o TJUE acaba deixando um amplo poder discricionário à esfera jurisdicional nacional. Nesse sentido: acórdão *Dereci*, C-256/11, de 15 de novembro de 2011.

<sup>151</sup> Ver C-48/71 de 13 de julho de 1972; C-314-316/81 e 83/84, de 14 de dezembro de 1982 (pontos 13-16) e C-101/91 de 19 de janeiro de 1993 (ponto 24).

<sup>152</sup> TESAURO. Giuseppe. 1995. p. 189.



uma entidade supranacional. Neste contexto, os tribunais nacionais vem exercendo um importante papel na aplicação e na efetivação do direito emanado pelas instituições europeias, dando-lhe vida.

A articulação entre direito da União e direito nacional, como visto, tem por base os princípios da autonomia, do primado e do efeito direto. O instrumento de contato direto entre os dois planos jurisdicionais é o reenvio prejudicial, o qual possibilita ao juiz nacional esclarecer determinadas questões interpretativas ou de legalidade imprescindíveis para a correta e uniforme aplicação das leis no espaço jurídico europeu.

Dessa forma, foi possível constatar que o diálogo constante com as instâncias jurisdicionais nacionais apresenta-se como pressuposto necessário a fim de que o TJUE possa dar plena efetividade ao ordenamento jurídico europeu, fazendo com que os magistrados dos Estados-membros se tornem parte de uma única estrutura, assentada na colaboração e cooperação judiciária.

## Referências Bibliográficas

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Lições de Direito Comunitário: o contencioso comunitário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*. 6 ed. Padova: CEDAM, 2001.

BERARDIS, Guido. La direttiva generale in materia di servizi. In: BESTAGNO, F; RADICATI DI BROZOLO, L (a cura di). *Il mercato unico dei servizi*. Milano: Giuffrè, 2007.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010.

BRAVO, Luigi Ferrari. In: BRAVO, Luigi Ferrari e MILANESI, Enzo Moavero. *Lezioni di Diritto Comunitario*. II Edizione. Napoli: Editoriale Scientifica, 1997.

CONDINANZI, Massimo. Corte di Giustizia e Trattati di Lisboa: innovazioni strutturali ed organizzativi. In: BILANCIA, Paola; D'AMICO, Marilisa (a cura di). *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisboa*. Milano: Giuffrè, 2009.



CVRIA: *Tribunal de Justiça da União Europeia. Relatório Anual 2011*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012.

CONDINANZI, Massimo. Corte di Giustizia e Trattati di Lisbona: innovazioni strutturali ed organizzativi. BILANCIA, Paola; D'AMICO, Marilisa (a cura di). *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*. Milano: Giuffrè, 2009.

DAGTOGLOU, Prodromos. A natureza jurídica da Comunidade Europeia. In: Comissão das Comunidades Europeias. *Trinta Anos de Direito Comunitário*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais da CE, 1984.

DAL RI, Arno. A Cidadania na União Europeia e a livre circulação de pessoas. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Maria Odete de. (Orgs.) *Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ijuí: Unijuí, 2002.

DOLLAT, Patrick. *La Citoyenneté Européenne: théorie et status*. Bruxelles: Bruylant, 2008.

FRIGO, Manlio; LANG, Alessandra; VALENTI, Mara. *Diritto della Comunità internazionale e dell'Unione europea: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2011.

KOWAR, Robert. As relações entre o direito comunitário e os direitos nacionais. In: Comissão das Comunidades Europeias. *Trinta anos de direito comunitário*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais da CE, 1984.

MENGOZZI, Paolo. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia: il Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*. 15. ed. Padova: CEDAM, 1997.

STELZER, Joana. *União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*. Padova: CEDAM, , 1995.

VINCI, Enrico. Unione europea, cittadino, ombudsman: brevi riflessioni su un nuovo istituto civico europeo. *Rivista Internazionale del Diritto dell'Uomo*, 1992.





## **JUSTIÇA TRANSICIONAL: SOLIDARIEDADE JURISDICIONAL E MATERIAL DENTRO DO ESPECTRO DAS EM OPERAÇÕES DE PAZ DAS NAÇÕES UNIDAS.**

*Javier Rodrigo Maidana*<sup>153</sup>

### **Resumo**

O presente trabalho examina as ações de “justiça transicional” para verificar uma possível ligação entre jurisdições e institutos internacionais com os seus equivalentes nacionais através das atividades por ela realizadas. As problemáticas a serem resolvidas dentro do âmbito nacional, podem, dependendo da situação em campo, aceitar um apoio internacional solidário para se reconciliar internamente podendo, nesse caso, ocorrer o contato entre esfera internacional e nacional. Limitando-se as análises dentro do espectro de atuação das operações de paz das Nações Unidas, sendo a “justiça transicional” um elemento de um complexo de atividades, procurar-se-ão os reflexos dessa ligação tanto no campo nacional como no campo internacional.

**Palavras-chave:** Justiça Transicional, Operações de Paz das Nações Unidas, Solidariedade Internacional, Jurisdição Internacional

### **Abstract**

This paper attempts to takes the actions of “transitional justice” to verify a possible link between international jurisdictions and institutions with their national counterparts, through the activities carried out by it. The issues to be resolved at national level, depending on the local situation, may accept an international solidarity to support its internal reconciliation process, with a contact between the international and national levels of jurisdictions and institutions. By limiting the analysis of activity within the spectrum of United Nations peacekeeping operations, and adopting the “transitional justice” as an element of its complex of activities, the consequences of this connection both in the national and international fields will be analyzed.

**Keywords:** Transitional Justice, United Nations Peacekeeping Operations, International Solidarity, International Jurisdiction.

### **1. Introdução: zona de contato.**

As operações de paz das Nações Unidas são um instituto internacional que compreende um conjunto de atividades desenvolvidas sob seu comando, as quais a Comunidade internacional presta amparo na gestão de complexas crises que ofereçam

---

<sup>153</sup> Mestre em Direito em Relações Internacionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e membro do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional *Ius Gentium* do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC/CNPq.



ameaças à segurança e à paz desta. Elas envolvem-se tanto em questões interestatais como intra-estatais, tendo, essa última, atividades que envolvam a estabilização da paz, democracia e justiça. As atividades desse cunho são mais bem vistas na categoria de ação de consolidação da paz (*peacebuilding*), a qual visa dar maior suporte e estrutura para a efetivação de um processo de paz e de recuperação nacional.

Essas operações, por vezes, trabalham em ambientes extremamente debilitados os quais saíram de uma situação de conflitos, tendo que agir nas mais diferentes competências internas, antes, exclusivas dos Estados. Dessa forma, o Direito Internacional e as instituições jurisdicionais internacionais podem, em certos casos, auxiliar na reestruturação nacional, atuando em um processo que, *a priori*, seriam questões internas a serem deliberadas somente por seus nacionais, sem a presença internacional.

Não obstante, ao se acompanhar esses processos, observa-se que o apoio internacional pode se fazer presente em alguns momentos, demonstrando uma área de relação entre a seara internacional e a nacional. Nesse caso, a jurisdição internacional pode tocar, ainda que suavemente, o âmbito do Estado. Uma dessas possibilidades se dá por intermédio do processo de “justiça transicional”.

Assim, neste trabalho se quer analisar como esse contato das instituições internacionais e nacionais se processam, tendo por meio de concretização as operações de paz da Organização das Nações Unidas (ONU), principalmente pela categoria de ação de consolidação da paz (*peacebuilding*).

Adotar-se-á nesse trabalho, para tanto, um conceito mais abrangente para “justiça transicional” que aquele vestido em âmbito interno, presente no relatório das Nações Unidas sobre o tema o qual define:

A noção de “justiça transicional” discutido no presente relatório compreende toda a gama de processos e mecanismos associados às tentativas de uma sociedade para chegar a termos com um legado de grandes abusos do passado, a fim de garantir a responsabilização, servir à justiça e alcançar a reconciliação. Estes podem incluir ambos os mecanismos judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum) e os processos individuais, reparações, comissões sobre a verdade, reforma institucional, vetos e demissões, ou uma combinação destes.<sup>154</sup>

<sup>154</sup> “The notion of “transitional justice” discussed in the present report comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or



Aplicando essa visão mais ampla de “justiça transicional” é que se poderá observar como a Comunidade internacional, utilizando-se de alguns de seus atuais institutos, pode auxiliar e garantir o andamento do processo de reestruturação de um país. Desta maneira, procurar-se-á trazer algumas noções básicas sobre a “justiça transicional” em âmbito interno, tema não estranho a muitos Estados como Guatemala, Colômbia, República Democrática do Congo, Camboja, Tunísia, Brasil entre outros.

Logo em seguida, se procurará destacar em que momentos a Comunidade internacional pode atuar nesse processo, através de mecanismos desenvolvidos pela mesma. Por intermédio das vantagens e desvantagens dessa prática se poderá indagar: a presença internacional se faz necessária? Ela atenta a soberania estatal, visto que esse tema é sensível ao Estado soberano? O que se vislumbra em relação a essas novas práticas? São questões que envolvem essa relação entre jurisdições internacionais, operações de paz e jurisdições nacionais.

## **2. Justiça transicional: uma proposta para reconciliação nacional.**

O tema da “justiça transicional” remete a inúmeros debates, alguns acalorados, no seio de uma pátria que passa por um período de transição ou procura consolidá-lo. Em outras palavras, esse processo procura fazer com que os responsáveis por atrocidades cometidas, geralmente agentes públicos de um governo ditatorial, respondam por suas ações durante o período de vigência do regime anterior. Procura, assim, dar um retorno às vítimas ou aos seus familiares para que se possa fazer uma real e definitiva transição nacional de um sistema autoritário para um sistema democrático e de direito sem pendências pretéritas, ou seja, uma reconciliação nacional.

Não somente isso, mas também o processo da “justiça transicional” é visto como:

não apenas um tema “historico” do “passado”: a aparência da impunidade pelos crimes do passado, mina a confiança nas novas estruturas democráticas

---

*none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof.” UNITED NATIONS, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Res. S/2004/616, 2004, p. 4. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>> Acesso em: 26 jul. 2012.*



e criam dúvidas sobre o comprometimento com os direitos humanos, os quais são essenciais para uma consolidação bem sucedida.<sup>155</sup>

Ficam, portanto, lacunas no processo de transformação do país. Se não preenchidas com as medidas que possibilitem uma oportunidade de reconciliação nacional, a desconfiança mencionada pode gerar consequências perniciosas para a continuidade do processo, podendo voltar, inclusive, para uma situação de caos interno.

No entanto, não são apenas preocupações nacionais das quais partem os incentivos para que um Estado se reconcilie por completo. Ao se acompanhar o comportamento e as notícias internacionais, países que saem desse sistema autoritário para adotarem um regime democrático, procuram se apresentar como tais perante seus pares internacionais. Demonstram o intuito de se firmar como Estados soberanos que respeitam e procuram desenvolver as mesmas ou semelhantes práticas governamentais democráticas acatando a certos regulamentos comuns.

Entram aqui, não somente preceitos de ordem nacional como também os tratados internacionais clássicos que procuram nortear as relações na Comunidade internacional. Podemos citar os ditames da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, do Direito Humanitário, do Direito Penal Internacional na instituição do Tribunal Penal Internacional (TPI), do Direito dos Refugiados, entre outros.

Percebe-se que tanto pelo âmbito nacional como pelo âmbito internacional, há suficientes motivos para que uma nação respeite e realize o processo da “justiça transicional”. Entretanto, a assertiva de que “cada caso é um caso” tem de ser observada. Apesar de possuir um rito de, no mínimo quatro frentes, alguns países têm dificuldade de implementá-los ou procuram adotar outras medidas para tentar compensá-los.

Essas dificuldades podem se concretizar em legislações que impediriam a execução ao próprio processo de “justiça transicional”. Há, por exemplo, a possibilidade dos novos governos concederem anistias aos antigos perpetradores das agressões. Esse consentimento dá total indulto aos supostos culpados, protegendo-os de qualquer

---

<sup>155</sup> “[...] not just a “historical” issue of the “past”: the appearance of impunity for past crimes undermines confidence in new democratic structures and casts doubt upon commitments to human rights, which are integral to successful consolidation.” NEWMAN, Edward. “Transitional Justice”: The Impact of Transitional Norms and the UN. In: *International Peacekeeping*, Vol. 9. N.2, London: Routledge, 2002, p. 32.



possibilidade de responsabilização. Esse fato não é visto como construtivo para a formação e solidificação das novas estruturas democráticas, visto que muitos dos agentes anistiados podem voltar ao poder ocupando outros cargos, além do sentimento de impunidade e desconfiança que afloram na população local, sentimentos que comprometem o processo de transição.

Na América Latina há exemplos claros de adoção desse tipo de medida e de como ainda persistem pressões nacionais para que seja, enfim, realizado um devido processo de apuração e compensação a crimes cometidos em períodos ditatoriais. Citando um exemplo, a República Oriental do Uruguai, até 2011, tinha em vigor a lei 15.848 de 1986, conhecida por “Ley de Caducidad”, a qual reconhecia a caducidade do:

exercício da pretensão punitiva do Estado em relação aos delitos cometidos até 1º de março de 1985 por funcionários militares e policiais, equiparados e assimilados por razões políticas ou durante o desempenho das suas funções e por ocasião de ações ordenadas pelos controles que atuaram durante o período de fato.<sup>156</sup>

Essa lei simplesmente extinguiu a punibilidade de todos os agentes envolvidos no período ditatorial do país entre os anos de 1973 a 1985. Devido a movimentações internas, em 2011 a lei foi anulada “sob argumento de que ‘violam a constituição e carecem de valor jurídico’”<sup>157</sup>. Aqui se pode observar o apelo para que se termine com a impunidade dos responsáveis, para que possam prestar contas para com a sociedade, devido ao novo contexto que se vive no país. Com apelos desta natureza, governos nacionais se vêem impelidos a realizar o citado processo.

Ao se optar por cumprir a “justiça transicional”, há, no mínimo, quatro etapas a serem desempenhadas. Reconhecem-se como principais atividades: a) a constituição de uma “comissão sobre a verdade” (*Truth Seeking*), a qual aborda a produção da verdade histórica e cultural, no intuito de ouvir pessoas, fazer diligências, acessar documentos da

---

<sup>156</sup> “[...] *ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.*” REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, Ley nº 15.848*, 1986. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=15848&Anchor=>>> Acesso em: 29 de jul. 2012.

<sup>157</sup> Matéria completa em: CARMO, Marcia. “Senado uruguaio aprova fim da Lei da Anistia”. *BBC Brasil*, Buenos Aires, 13, abril, 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/04/110413\\_uruguai\\_anistia\\_mc\\_up.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/04/110413_uruguai_anistia_mc_up.shtml)>. Acesso em: 30 jul. 2012.



época para que se averigúe a responsabilidade dos investigados e os identifiquem, complementando as informações necessária para as demais etapas, inclusive judicial; b) da “responsabilidade” (*Prosecutions* – processos), realizando todo o processo judicial, respeitando o devido processo legal para que se extinga a sensação de impunidade e diminua as chances de novas ocorrências; c) da “reparação das vítimas” (*Reparations to Victims*) podendo ser de inúmeras formas dependendo do caso concreto, através, por exemplo, de monumentos simbólicos em homenagem às vítimas, de restituição material, pecuniária, de forma individual ou coletiva, etc; e d) das “reformas institucionais” (*Institutional Reforms*) que visem ajustar as instituições que contribuíam para o conflito ou deram suporte a ele para servir de forma adequada ao novo regime democrático e às suas atividades.

Completando as etapas retromencionadas, poderia se dizer que o país satisfaz integralmente a transição entre um regime ditatorial para um regime democrático. Essas quatro fases não são sequenciais, podendo ocorrer de forma independente. É preciso, entretanto, executar todas para que se possa afirmar que ocorreu uma justa responsabilização dos perpetradores das atrocidades e da devida reparação das vítimas ou seus familiares referentes às ações passadas, voltando a desenvolver um senso de confiança nas novas estruturas. Em outros termos, ocorre a reconciliação da sociedade com a sua história. Não são casos tão raros, na Comunidade internacional, a situação de países que ainda não fizeram a transição, sendo que, pelos dados do Centro Internacional para a Justiça Transicional (*International Center for Transitional Justice* – ICTJ<sup>158</sup>), há situações de transições inacabadas e em andamento em quase todas as regiões do globo– África, Ásia, América, Europa, Oriente Médio.

Em alguns aspectos o Brasil ainda está pendente em relação a seu próprio processo de transição, tido por incompleto. O país possui a Lei da Anistia Brasileira (Lei 6.683/79), que, apesar de não ser tão taxativa quanto à uruguaia, dificulta o julgamento e a responsabilização criminal de acusados de crimes como tortura, desaparecimento forçados, ataques terroristas e demais crimes contra a humanidade presentes nos textos internacionais já mencionados. Como menciona Inês Virginia Prado Soares:

Com atuações administrativas e legislativas, desde a década dos 1990, a agenda brasileira em relação à justiça de transição abriga ações já realizadas e

<sup>158</sup> Site oficial: <<http://ictj.org/>> Acesso em: 31 de jul. 2012.





outras apenas delineadas. Dentre as ações realizadas, estão: a) a abertura de vários arquivos do período; b) a atuação da Comissão Especial de Mortos Desaparecidos (Lei 9.140/95), que tem um acervo importante sobre as vítimas e sobre as atrocidades sofridas; c) o trabalho da Comissão de anistia, no âmbito do Ministério da Justiça (Lei 10.559/02), que também reúne relevante material; d) a publicação do livro *Direito à Memória e à Verdade*, lançado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República em 2007; e, mais recentemente, em 2009, e) a criação do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado *Memórias Reveladas*, institucionalizado pela Casa Civil da Presidência da República e implantado no Arquivo Nacional; e f) a instituição, por Decreto Presidencial, do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH (Instituído pelo Decreto Presidencial nº 7.037/09).<sup>159</sup>

Complementando a visão da Procuradora da República, há as observações feitas por Marlon Alberto Weichert, Procurador Regional da República, em palestra proferida no 1º Congresso da Resistência Brasileira em 2007<sup>160</sup>, a qual versa sobre o processo de “justiça transicional” no Brasil.

Segundo sua palestra, das quatro etapas mencionadas, somente na parte de “reparação das vítimas” é que o país tem mostrado certo sucesso e empenho. Há, parece-lhe, uma exagerada ação nesse campo como forma de justificação pela falta de cumprimento das demais etapas para completar a transição política nacional. A seu ver, mesmo com a recente criação da Comissão Nacional da Verdade<sup>161</sup>, o Brasil ainda está

<sup>159</sup> SOARES, Inês Virginia Prado. *Justiça de Transição*. 2010. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 30 jul. 2012.

<sup>160</sup> A palestra pode ser conferida na íntegra nos seguintes endereços eletrônicos: Parte I <<http://www.youtube.com/watch?v=XR2CBX4qT7s>>; Parte II <<http://www.youtube.com/watch?v=L2WFESWqA94>>; e Parte III <<http://www.youtube.com/watch?v=iIL0iwV6RGo>>; Acesso em: 05 maio 2012.

<sup>161</sup> Em maio de 2012 foi constituída a Comissão Nacional da Verdade para realizar a apuração dos fatos ocorridos durante a ditadura militar no Brasil entre os anos de 1946 a 1988. Apesar de ser recentemente lançada, a comissão já é portadora de críticas em relação a sua composição. Entre elas a de ser composta por um número insuficiente de funcionários para analisar um período extenso da história brasileira, impedindo “uma análise aprofundada da época em que houve mais violações, a ditadura militar.” A questão financeira também, por não ter uma real autonomia para garantir seus trabalhos. Mais informações vide: FELLET, João. *Dilma instala Comissão da Verdade; veja como órgão atuará*. Brasília, 10, maio, 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120510\\_comissao\\_verdade\\_jf.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120510_comissao_verdade_jf.shtml)> Acesso em: 31 jul. 2012. Essa questão de contratempo no processo de transição, não é exclusividade brasileira: “O jurista argentino Juan Méndez, Presidente do International Center for Transitional Justice, observa, contudo, que na América Latina o termo reconciliação tem sido adotado de forma deturpada: ele implicaria na ausência de medidas. Isto transformaria a reconciliação em impunidade: o Estado não poderia se arrojar na posição de vítima e oferecer um perdão a quem só poderia fazê-lo por um ato personalíssimo. Como observa Jacques Derrida, para além do fato do perdão ser da competência da pura singularidade da vítima, uma anistia geral paralisa e confirma a vítima em seu destino de vítima.” PELUSO, Emilio. *O Brasil e a Justiça Transicional*. Belo Horizonte, 15, março, 2010. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/26803/o-brasil-e-a-justica-transicional>> Acesso em: 29 jul. 2012. Portanto, garantir um processo harmonioso de reconciliação nacional e de transição de regime,



em débito com sua população no que tange à completa transição de um regime para o outro.

Percebe-se que o tema da “justiça transicional” não é algo estranho para muitos membros estatais da Comunidade internacional. Muitos países ainda não realizaram por completo as etapas já mencionadas, sendo de importância considerável, visto que sua função é parte de um processo maior para a solidificação das bases de uma nova fase para uma nação. Há muitas nuances que envolvem esse tema, principalmente em âmbito interno, sendo destacado, na continuidade, o papel que a Comunidade internacional pode ter nesses processos, auxiliando por seus mecanismos a implementação dessas etapas, dentro do espectro das operações de paz.

Esse tipo de apoio prestado por intermédio das operações de paz da ONU, mais especificamente, pela categoria de ação de consolidação da paz, apresenta algumas características próprias diferente de quando o processo da “justiça transicional” se dá exclusivamente em âmbito nacional.

### **3. Operações de paz: solidariedade internacional e jurisdicional.**

A partir desse ponto, focar-se-á nos aspectos e nos elos que o processo de “justiça transicional” pode apresentar com o âmbito internacional, além das justificativas dadas pelos textos internacionais já descritos para a ocorrência deste processo. De fato, não são todos os países que necessitam de um apoio internacional. Entretanto, principalmente no âmbito de análise deste trabalho, no campo de atuação das operações de paz<sup>162</sup>, há aqueles carentes de uma infraestrutura completa para realizá-lo de maneira satisfatória.

---

além de depender de cada caso concreto, necessita de medidas efetivas para sua execução, medidas essas que se tornam desafiadoras para aqueles governos que desejam completar o processo de transição..

<sup>162</sup> Aqui, refere-se principalmente as atividades desenvolvidas para a categoria de ação de consolidação de paz (*peacebuilding*). Ela visa executar e apoiar programas voltados ao desenvolvimento e reestruturação da região no período de pós-conflito, procurando auxílio internacional por meio de doações, investimentos ou parcerias internacionais. Entre essas atividades podem-se citar o “[...] *deployment of military forces as peacekeepers; the repatriation and reintegration of refugees; the holding of elections; and the disarmament, demobilization and reintegration of soldiers. At the heart of peacebuilding is the attempt to build a new and legitimate state, one which will have the capacity to peacefully manage disputes, protect its civilians and ensure respect for basic human rights.*” *blocking the financial transactions of elites or entities whose illicit activities triggered sanctions in the first place.*” UNITED NATIONS. *The United Nations today*. New York: United Nation, 2008, p. 84.



Isso, porque esse instituto das Nações Unidas visa, como já dito, auxiliar na restauração da capacidade do Estado e sua população de garantir autonomia através dos trabalhos desenvolvidos na região, adaptando as atividades às peculiaridades de cada caso. Dentro desse conjunto maior de ações, pode a “justiça transicional” ser incluída, principalmente nas atividades voltadas a fortalecer o Estado de Direito.

Como bem elucida Newman:

Depois de um grave conflito civil ou de abusos de direitos humanos generalizados, uma questão importante para o sucesso da transição é a gestão do abuso de direitos humanos anteriores e dos crimes contra a humanidade. Um senso de justiça e responsabilidade pelo passado é parte integrante para a consolidação da paz e para a implementação de um senso de confiança e verdade na vida pública.<sup>163</sup>

Nesse particular, deve restar claro que essas atividades não procuram substituir as estruturas nacionais dos Estados. Antes, procura prestar uma solidariedade utilizando-se de institutos internacionais somente quando há dificuldades dentro das fronteiras do país. Assegura-se a primazia dos aparatos e pessoal internos para as questões de “justiça transicional”.

Tendo esse ponto sempre presente ao se averiguar a participação internacional dentro desse processo, das quatro etapas mencionadas na primeira parte deste trabalho, a solidariedade internacional pode ser prestada nas etapas: a) das comissões sobre a verdade, b) da responsabilidade e c) das reformas institucionais. Vale lembrar que a presença de jurisdições internacionais se dá por intermédio da responsabilidade, fase nas quais cortes e legislações internacionais são utilizadas. Pode se observar, contudo, o apoio internacional, também, nas outras duas fases.

No caso da primeira etapa, a presença internacional pode se fazer através de funcionários que acompanhem e atuem no processo de produção de documentos e averiguação da verdade. Há situações que apenas a presença internacional auxilia a manter os níveis dos trabalhos em padrões internacionais mínimos de execução, com respeito aos fins e a transparência que a “justiça transicional” se propõe. Igualmente procura garantir que a principal vítima, a população civil, seja devidamente atendida e

---

<sup>163</sup> “After a serious civil conflict or widespread human right abuse, an important issue in the success of transition is the management of past human rights abuses and crimes against humanity. A sense of justice and accountability for the past is integral to peacebuilding and to installing a sense of confidence and trust into public life.” NEWMAN. “Transitional Justice”: The Impact of Transitional Norms and the UN. In: *International Peacekeeping*, p. 32.



foco dos procedimentos realizados. Essa fase apresenta, por vezes, muitas resistências, visto que a verdade averiguada pode desmascarar figuras importantes para a história daquele país, ou comprometer os seus novos dirigentes e o processo de estabilização nacional.

Em El Salvador, com a crise pela qual passou pelos “anos de repressão”, na década de 1970, e pelos “anos de guerra”, entre 1981 e 1991, não se tinha, aos olhos da população civil, membros idôneos o suficiente para participarem e se responsabilizarem pelos processos de averiguação da verdade nos citados períodos históricos do país. Portanto, a formação da comissão se deu sem que “nenhum dos encarregados na comissão da verdade [fossem], portanto, nacionais do país.”<sup>164</sup> Desta maneira, pôde-se proporcionar uma melhor qualidade dos trabalhos à população civil.

Na fase da responsabilidade – responsabilização dos indivíduos perpetradores das violações averiguadas perante julgamento com o “devido processo legal” – fica bem caracterizada a utilização de jurisdições internacionais, também denominadas de internacionalizadas ou híbridas, para o andamento do processo. De igual forma, fica clara a relação entre jurisdições internacionais em casos, *a priori*, nacionais. A precedência, na maior parte dos casos, é das cortes nacionais para julgar<sup>165</sup> os crimes praticados durante os períodos de repressão, inclusive os casos típicos de genocídio, desaparecimento forçado, terrorismo, entre outros.

Quando essas cortes nacionais não apresentam uma infraestrutura adequada – falta de materiais, pessoas qualificadas, estrutura física –, têm-se duas possibilidades: 1) a criação de Cortes Híbridas e, no caso de crimes cometidos após 1º de julho de 2002, 2) a possibilidade de atuação do TPI no que tange a sua jurisdição – genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e os crimes de agressão.

No caso de se adotar as Cortes Híbridas, tem-se a utilização de leis e/ou magistrados estrangeiros para se completar a estrutura necessária para julgamento. Essa caracterização também pode dar-se pela localização da sede do tribunal, de sua função,

---

<sup>164</sup> “[...] *none of the commissioner on the truth commission were therefore citizens of the country.*” NEWMAN. “Transitional Justice”: The Impact of Transitional Norms and the UN. In: *International Peacekeeping*, p.41.

<sup>165</sup> Há situações em que a preferência para lidar com as investigações salta da nacional para a internacional diretamente, como foram os casos Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda cuja primazia é absoluta frente aos demais Tribunais. O TPI também pode assumir a frente do processo, no caso de falta de vontade ou de capacidade do país em atuar localmente. Contudo, isso ocorre excepcionalmente, visto que o tribunal segue o princípio da complementaridade como regra geral.



ou seja, é marcada pela utilização da experiência e instrumentos internacionais conjugado com os nacionais. Dependendo do caso, pode-se fazer uso dessa possibilidade para garantir a legitimidade e a confiabilidade perante a população nacional, principalmente. São alguns exemplos os Painéis Especiais por Crimes Graves no Timor Leste (Painéis Especiais em Dili), o Tribunal Especial para Serra Leoa, Câmara Extraordinária nas Cortes do Camboja. São consideradas mais céleres e menos custosas em relação à opção seguinte, na categoria dos tribunais *ad hoc*.

A outra possibilidade é fazer uso do TPI. Ele vem a substituir a instalação de tribunais *ad hoc* como foram os de Ruanda e o da Ex-Iugoslávia. Nos casos de “justiça transicional”, o TPI pode ser acionado dependendo da situação concreta, do consenso entre as partes envolvidas e de sua cooperação. Atendidas essas prerrogativas, o TPI pode assumir para si a condução do julgamento de indivíduos enquadráveis em qualquer um dos crimes tipificados no Estatuto de Roma, procurando garantir a devida responsabilização dos culpados pelas atrocidades, dando maior conforto e segurança à população civil. Dá, ao mesmo tempo, maior confiabilidade ao processo, caso ocorresse por instrumentos nacionais e reforça a sensação de punibilidade, para que as mesmas atrocidades não voltem a ocorrer.

A última etapa em análise é a das reformas institucionais. Nesta fase, o intuito é ajustar as instituições nacionais, muitas vezes utilizadas pelos governos autoritários, aos novos padrões adotados. Pode-se citar como exemplo, a polícia nacional e as forças armadas. Essas, muitas vezes, tiveram a formação de seus contingentes feita sem uma seleção e treinamento adequados, e sem a noção de um tratamento digno e humano a ser praticado no trato com a sua própria população civil. Por exemplo, no Haiti já se reconhece a existência de uma “cultura da violência” bem clara, a qual consiste em se resolver quase todas as divergências, até mesmo políticas, por ações violentas contra seus adversários e populares. Atualmente a operação de paz da MINUSTAH (acrônimo para *Mission des Nations Unies pour la Stabilisation en Haïti*), agente no país desde 2004, vem sendo constantemente desafiada por essa “cultura da violência”, ao auxiliar na formação e treinamento dos novos contingente nacionais e nas atividades cotidianas dos já formados. Procura-se extirpar essas noções e práticas perniciosas presentes desde muito tempo na história do país caribenho, modificando e reestruturando essas instituições. No entanto, são tarefas árduas e que requerem tempo e constante



contribuição por parte dos agentes envolvidos para adequar essas instituições às novas realidades e comportamentos.

Para tanto, o apoio internacional tem a liberdade de tomar medidas quando se trata de reformas institucionais em geral, como: a) *Vetting e Desmissal*, que consistem no veto de um candidato para concorrer a um cargo ou na demissão de um integrante do governo de quaisquer cargos, devido aos seus precedentes, para garantir a estruturação do Estado democrático e a confiabilidade dos novos trabalhos; b) reformas e estabelecimento de um novo quadro jurídico norteado pelas principais cartas internacionais já mencionadas, conjugadas aos principais costumes nacionais, observando que o apoio internacional pode não coadunar com alguns deles – exemplo, ser contra e não apoiar a instalação de tribunais nacionais que adotem a pena capital; c) auxílio em desenvolver ou revisar a legislação nacional no que tange a regras de conduta e ética, novamente, sempre em acordo com os direitos humanos e com os costumes locais; d) amparar o provimento de salários adequados, equipamentos, infraestrutura para as atividades; e e) criação de procedimentos para facilitar e efetuar reclamações, supervisões e a disciplina dos novos funcionários do governo democrático.

Por intermédio dessas atividades é que se pode caracterizar o apoio internacional mesmo em questões nacionais. Observa-se que, lendo materiais específicos sobre o tema<sup>166</sup>, existem outros nuances que não serão comportados por este trabalho. Não obstante, se possam analisar as perguntas iniciais do artigo, se por intermédio das vantagens e desvantagens dessa prática se pode indagar: a) a presença internacional se faz necessária? b) Ela atenta a soberania estatal, visto que esse tema é sensível ao Estado soberano? c) O que se vislumbra em relação a essas novas práticas?

Delimitada a análise dessas atividades dentro do espectro das operações de paz, essas perguntas são respondidas da seguinte forma: a) dentro do contexto já mencionado a presença internacional é fator muitas vezes determinante para que ocorra uma “justiça transicional” com a seriedade esperada, visto que o ambiente nacional não apresenta, em todo ou em parte, as condições necessárias para se realizar; b) sendo o âmbito de análise as atuações dentro das operações de paz, as atividades não atentam a soberania, visto

---

<sup>166</sup> Além da bibliografia já trabalhada, recomenda-se a leitura de: LIMA, Renata Mantovani. *A contribuição dos tribunais híbridos para o desenvolvimento do direito internacional penal*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_LimaRM\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LimaRM_1.pdf)> Acesso em: 06 ago. 2012. CUYA, Esteban. *Justiça de Transição*. In: *Acervo, Rio de Janeiro*, v. 24, nº 1, p. 37-78, jan/jun 2011. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/463/388>> Acesso em: 06 ago. 2012.





que o contexto maior que a engloba, a de operação de paz, já ocorre com o aceite das principais partes envolvidas, respeitando o princípio basilar do consenso<sup>167</sup>; c) para esta resposta, podem-se utilizar os argumentos de Charles T. Call.

O citado autor observa duas principais contribuições:

A primeira, sociedades em transição deram origem a uma série de instrumentos inovadores e que evoluem para expor e punir os violadores dos direitos humanos. [...] Em segundo lugar, os instrumentos de justiça transicional têm tido uma influência inesperada na soberania dos Estados e sobre as esperanças para uma justiça global.<sup>168</sup>

Essas considerações refletem a potencialidade que a “justiça transicional” apresenta tanto para o âmbito nacional – reconciliação interna e maior solidificação do regime democrático – como para o âmbito internacional – responsabilização dos violadores dos direitos humanos, ação conjunta internacional.

Logicamente esse processo não é isento de críticas. O próprio autor considera que ainda se apresentam sérias falhas. A primeira dificuldade é fazer crer que o processo da “justiça transicional” não é a justiça do “vitorioso”<sup>169</sup>, ou seja, que o processo é imparcial quanto às partes envolvidas e a finalidade é uma justa reconciliação nacional. O que se torna complexo, principalmente em casos em que a parte apoiada para reger a nova fase era oponente da antiga situação. Os desfechos dessa problemática vão depender da coordenação dos atores em campo e da vontade política dos envolvidos para desmascarar essa circunstância, ou seja, vai estar sujeito a atuação das partes em cada caso concreto.

---

<sup>167</sup> De forma resumida, pode-se conceituar o princípio do consenso das operações de paz: “consentimento das partes é a necessidade de que os grupos em conflito concordem com a presença das Nações Unidas. Nos atuais conflitos, pode ser difícil identificar quem são as partes legítimas, mas isso não exclui a necessidade de que se obtenha algum tipo de acordo para o desdobramento das missões. Em última instância, a definição de quem é parte caberá ao CSNU e ao Secretariado;”. UZIEL, Eduardo. *O Conselho de Segurança, as Operações de Manutenção da Paz e a Inserção do Brasil no Mecanismo de Segurança Coletiva das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2010, p.23.

<sup>168</sup> “First, transitional societies have given birth to an array of innovative and evolving instruments to expose and punish human rights abusers. [...] Second, the instruments of transitional justice have had an unexpected influence on state sovereignty and on hopes for global justice.” CALL, Charles T. Is Transitional Justice Really Just? In: *The Brown Journal of World Affairs*. Summer / Fall 2004 • Volume XI, Issue 1, p. 101. Disponível em: <<http://www.watsoninstitute.org/bjwa/archive/11.1/Politics%20of%20Reconciliation/Call.pdf>> Acesso em: 27 jul. 2012.

<sup>169</sup> “In Iraq, for instance, U.S. support for trying Saddam Hussein in a domestic court process led by the nephew of a leading regime opponent and favorite son of the U.S. Defense Department, Ahmed Chalabi, shows remarkable comfort with a blatant appearance of victors’ justice.” CALL. Is Transitional Justice Really Just? In: *The Brown Journal of World Affairs*. p. 109.



A outra é que esse processo, no âmbito internacional, fica bloqueado frente a países que comentem tais atrocidades frente aos direitos humanos, porém, devido a seu poderio econômico e/ou militar, ficam impunes. Em outras palavras, o processo da “justiça transicional” fica como um sub-regime internacional, valendo para alguns e não para todos.

Ainda com tais faltas, a conscientização da aplicação da “justiça transicional” já pode ser sentida em searas como a ONU. De acordo com as observações do ICTJ:

Também em 2011, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas estabeleceu um mandato para um relator especial para a promoção da verdade, justiça, reparação e garantias de não reincidência de crimes e violações graves de direitos humanos. O mandato começa a vigorar em 2012 e foi apoiado por 75 países. Novas oportunidades para buscar a responsabilização e reforma em países como a Birmânia, Tunísia e Guiné, promoverão oportunidades concretas para o relator avançar na justiça transicional.<sup>170</sup>

Não somente a ONU apresenta a intenção de se envolver nas questões da “justiça transicional”, porém institutos e centro de estudos voltados ao tema, como a própria ICTJ, procuram desenvolver e acompanhar de perto os processos de transição. Trazem informações relevantes, observam os mais variados procedimentos já realizados em países ainda em transição, estudando-os e fornecendo dados para uma melhor avaliação da situação real, auxiliando a desenvolver mais estudos sobre o tema<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> “Also in 2011, the United Nations Human Rights Council established a mandate for a special rapporteur for the promotion of truth, justice, reparation, and guarantees of nonrecurrence of serious crimes and gross violations of human rights. The mandate begins in 2012 and was supported by 75 countries. New openings to pursue accountability and reform in countries such as Burma, Tunisia, and Guinea will provide tangible opportunities for the rapporteur to advance transitional justice.” Completa a idéia o seguinte trecho: “There is also growing recognition that transitional justice measures can support broader development aims in societies emerging from conflict. In 2011, the World Bank’s annual World Development Report, titled *Conflict, Security, and Development*, recommended transitional justice measures as a “core policy tool” for societies emerging from conflict and instability. The report confirms transitional justice measures have been crucial to countries avoidance of recurring “conflict traps.” As a result of this central finding, governments and international policymakers will be seeking tangible guidance on how transitional justice institutions can be meaningfully introduced as part of the broader development framework.” INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. *Three Year Strategic Plan 2012–2014*. New York. 2012, p. 02. Disponível em: <<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Strategic-Plan-2012-2014.pdf>> Acesso em: 29 jul. 2012.

<sup>171</sup> Como o próprio centro de propõe: “We will continue to promote the rights of victims, including their participation in the design of transitional justice measures and access to transitional justice processes. We will give particular attention to the recognition of rights, participation, and access for those who have been the subject of specific forms of marginalization, such as women, children and youth, and indigenous peoples.” INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. *Three Year Strategic Plan 2012–2014*. p. 07.



## Considerações finais

Como pode ser observado, o tema da “justiça transicional” é atual e dotado de consequências tanto internas aos Estados, como para além de suas fronteiras. Embora se saiba disso, há países que não conseguem completar esse procedimento de reconciliação interna com o seu passado.

Na ceara nacional, é exaltada a importância histórica para que a nação possa reconciliar-se com as violações transcorridas, podendo dar um conforto às vítimas ou aos seus familiares. Não é um processo tranquilo, visto que surgem pressões e inúmeras justificativas para que isso não se concretize, inclusive a da possibilidade de se desestabilizar o país internamente e voltar a uma situação de crise. Argumentos até certo ponto verdadeiros, dependendo do momento histórico em que se encontra o país, contudo que não superam a afirmativa de que somente depois de todo o processo da “justiça transicional” realizado é que a nação em questão poderá se declarar verdadeiramente estável, democrático e reconciliado com sua própria história.

Pelos Estados estarem inseridos em uma Comunidade internacional é que esse processo apresenta reflexos no âmbito externo. Nesse ponto, isso ocorre tanto em relação às justificativas e pressões para que o processo se realize, quanto pelo apoio que Comunidade internacional pode vir a oferecer. Entre eles, o delimitado neste trabalho, as operações de paz da ONU. Isso se dá pelo uso de material internacional em processos nacionais com o intuito de prestar uma solidariedade ao invés de substituir os aparatos do país. Inclusive o uso de uma jurisdição internacional para julgar os responsáveis frente a uma impossibilidade no campo nacional.

Vale ressaltar, de igual forma, que essa parceria nacional-internacional para as ações que envolvem a “justiça transicional” contribuem para a gradual limitação da impunidade nacional e internacional de gestores de países nos quais cometem as maiores atrocidades por se sentirem seguros quanto a sua imunidade. Em que pese à crítica de este procedimento ser ainda um sub-regime no âmbito internacional, por ficar a mercê do grau de influência política/econômica/militar do país no caso concreto, não se pode tirar totalmente o mérito dessas ações. Isso também, visto que esse impedimento ocorre frente a um pequeno número de países pertencentes à categoria de super potências, fortes o suficiente para resistir a essas cobranças, em relação ao grande número de países que sofrem a pressão internacional para se ajustarem aos textos adotados internacionalmente. Pode-se dizer que o raio de abrangência dessas ações é considerável, mesmo que aqueles que deviam dar o exemplo pelos compromissos assumidos perante a Comunidade internacional se omitam ou rejeitem esse ponto.



Não somente isso, mas o fator do aumento da proliferação crescente de instituições voltadas a esse tema, do mesmo modo contribui para a conscientização dele e da parceria nacional-internacional. Organizações internacionais como a ONU estão, da mesma forma, voltando os olhos para essas questões. Dentre os limites estabelecidos por esse trabalho, o fim a que se propõem as operações de paz é de auxiliar no processo de reconciliação tendo o fator da “credibilidade” e da “confiança” no processo como essenciais. A “justiça transicional” é uma ferramenta relevante nesses casos e, tendo como fazer uso de instituições e material internacional para apoiar essas medidas, vejo como um importante passo para a concretização desses processos, via uma maior solidariedade.

Outra consequência dessas observações é de um possível alargamento dos limites exagerados de separação entre “o que é nacional e o que é internacional”. Observar que a postura e os atos nacionais geram decorrências internacionais, as quais não podem ser ignoradas, fará com que indivíduos no comando de instituições nacionais relevem certas ações que possam deixá-lo nos holofotes internacionais. De certa forma, isso influencia comportamentos e auxilia a alcançar os objetivos comuns da ONU pela melhor manutenção da segurança e da paz internacional.

### Referências bibliográficas

CALL, Charles T. Is Transitional Justice Really Just? In: *The Brown Journal of World Affairs*. Summer / Fall 2004 • Volume XI, Issue 1, p. 101-113. Disponível em: <<http://www.watsoninstitute.org/bjwa/archive/11.1/Politics%20of%20Reconciliation/Call.pdf>> Acesso em: 27 jul. 2012;

CARMO, Marcia. “Senado uruguaio aprova fim da Lei da Anistia”. *BBC Brasil*, Buenos Aires, 13, abril, 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/04/110413\\_uruguai\\_anistia\\_mc\\_up.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/04/110413_uruguai_anistia_mc_up.shtml)>. Acesso em: 30 jul. 2012;

FELLET, João. *Dilma instala Comissão da Verdade; veja como órgão atuará*. Brasília, 10, maio, 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120510\\_comissao\\_verdade\\_jf.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120510_comissao_verdade_jf.shtml)> Acesso em: 31 jul. 2012;

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. *Three Year Strategic Plan 2012–2014*. New York, 2012. Disponível em: <<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Strategic-Plan-2012-2014.pdf>> Acesso em: 29 jul. 2012.

NEWMAN, Edward. “Transicional Justice”: The Impact of Transitional Norms and the UN. In: *International Peacekeeping*, Vol. 9. N.2, London: Routledge, 2002, p. 31-50;



PELUSO, Emilio. *O Brasil e a Justiça Transicional*. Belo Horizonte, 15, março, 2010. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/26803/o-brasil-e-a-justica-transicional>> Acesso em: 29 jul. 2012;

REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, Ley n° 15.848*, 1986. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=15848&Anchor=>>> Acesso em: 29 de jul. 2012;

SOARES, Inês Virginia Prado. *Justiça de Transição*. 2010. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 30 jul. 2012;

UNITED NATIONS. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Res. S/2004/616*, 2004, p. 4. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>> Acesso em: 26 jul. 2012;

\_\_\_\_\_. *The United Nations today*. New York: United Nation, 2008;

UZIEL, Eduardo. *O Conselho de Segurança, as Operações de Manutenção da Paz e a Inserção do Brasil no Mecanismo de Segurança Coletiva das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2010.



## RESPONSABILIZANDO ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: UM DEBATE SOBRE AUTONOMIA E FUNCIONALISMO

*Túlio Di Giacomo Toledo*<sup>172</sup>

### Resumo

As organizações internacionais (OIs) surgiram como uma resposta à manutenção da ordem e da paz mundial mediante a promoção da paz, do princípio da auto-determinação, do direito internacional, dentre outros. Foram ideologicamente concebidas como entidades benevolentes, incapazes de gerar ou praticar danos. Ademais, segundo a leitura da tradicional teoria funcionalista, as OIs não poderiam ser responsabilizadas, uma vez que as suas atitudes decorrem unicamente da vontade de seus Estados membros, verdadeiros responsáveis pelo seus atos. Contudo, ao longo do século XX, as OIs passaram a ser protagonistas de muitas assuntos do cotidiano internacional, sendo inclusive capazes de gerar ou praticar danos. As OIs passaram a atuar como estruturas autônomas, sendo passíveis de responsabilização por seus atos. Qual seja a corrente adotada, a responsabilização das OIs enfrenta grandes obstáculos de ordem teórica e prática. Desse modo, é um fenômeno que deve ser analisado caso-a-caso.

**Palavras-chaves:** Responsabilização. Organizações internacionais. Autonomia. Funcionalismo.

### Abstract

The international organizations (IOs) emerged as a way to keep international order and world peace through the promotion of peace, self-determination principle, and international law, among others. They were ideologically conceived as benevolent entities, unable to generate and practice damages. Also, accordingly to the traditional functionalist theory, the IOs could not be responsible, since their attitudes are a result uniquely from the will of its States member - the true responsible for their acts. However, during the 20<sup>th</sup> Century, the IOs became protagonists of many subjects of the international scenario, being able to generate and practice damages. The IOs started to act as autonomous structures, being able to be responsible for their acts. No matter the theory adopted, the IOs accountability subject faces many theoretical and practical issues. Still, it is a phenomenon that has to be analyzed case-by-case.

**Key-words:** Accountability. International Organizations. Autonomy. Functionalism.

---

<sup>172</sup> Doutorando em Direito Internacional e Economia pela Università Commerciale Luigi Bocconi (Milão). Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (Capex 6). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Membro do Grupo de Estudos em Direito Internacional Ius Gentium – UFSC/CNPq. Membro da Comissão de Relações Internacionais da OAB/SC.



## 1. Introdução

Até a década de 1980, se pensava as organizações internacionais (OIs) como criaturas benevolentes, que não poderiam praticar ou gerar danos, visto que eram vistas como verdadeiros instrumentos de salvação da humanidade. Além disso, as OIs eram vistas como meras ferramentas das políticas estatais, conforme preconizado pela tradicional teoria funcionalista, que tem prevalecido durante o século XX. De acordo com ela, as OIs só poderiam praticar ilegalidades se a sua função fosse essa. Por essa razão, o pensamento que prevalecia era o de que as OIs jamais poderiam ser responsabilizadas. Sempre que praticassem ilegalidades, as responsabilidades iriam pairar sobre os seus Estados-membros.

Contudo, ao longo do período de consolidação e afirmação das OIs no cenário internacional, as OIs tem passado a exercer verdadeiros poderes públicos, muitos dos quais capazes de alterar a ordem mundial e muitas vezes gerar danos. Por exemplo, citam-se políticas do FMI e do Banco Mundial que muitas vezes afetam políticas públicas de Estados em desenvolvimento e direitos básicos de suas populações. Ademais, também vimos que organizações internacionais podem, inclusive, matar pessoas, como o caso da OTAN. Não obstante, ainda pode-se discutir também a responsabilidade da ONU aos danos sofridos pelas populações dos Balcãs durante a Guerra do Kosovo em virtude de sua suposta omissão, dentre tantas outras.

Fato é que o dever de indenizar em virtude de danos causados por OIs é amplamente reconhecido pela doutrina. Contudo, se discute quem efetivamente deve ser responsabilizado por tais danos. Atualmente, se discute se a responsabilidade deve pairar sobre os Estados membros ou sobre a OI. Desse modo, considerando tais assertivas o presente estudo visará debater duas correntes teóricas da teoria das organizações internacionais na temática de responsabilização das OIs: a funcionalista; e, aquela que vê as OIs como entidade autônomas em seu próprio direito; visando trabalhar a problemática e indicar um possível caminho para futuros ensaios sobre a matéria.

## 2. Histórico das Organizações Internacionais

As semelhanças institucionais entre sociedades políticas são antigas e tem nas Anficionias ou Ligas da Grécia antiga, alguns exemplos de antepassados das organizações internacionais contemporâneas. No entanto, somente após a consagração do Estado como forma fundamental de organização das sociedades humanas é que as organizações internacionais, em seu sentido moderno do termo, começaram a desenvolver-se<sup>173</sup>.

---

<sup>173</sup> PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. **Direito Internacional Público**. 2 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 588. Traduzido por Vitor Marques Coelho.





Os apelos a favor de uma organização entre Estados estruturada no plano das relações internacionais mantiveram-se durante muito tempo no domínio da doutrina ou da propaganda<sup>174</sup>. As primeiras iniciativas visaram, nesse momento<sup>175</sup>, a melhoria dos processos tradicionais de cooperação<sup>176</sup>. No final do século XIX e no decorrer do século XX, os Estados conscientizavam-se de que muito de seus problemas não mais podiam ser resolvidos em um marco estritamente nacional, e sua solução passava necessariamente pela cooperação entre eles. Efetivamente, numerosos aspectos da vida cotidiana<sup>177</sup>, ao transcender suas fronteiras, exigiam uma ação concertada dos Estados, para o que a técnica tradicional do acordo bilateral resultava insuficiente. Ao que se unia, ademais, o fato de que na vida internacional estavam afirmando progressivamente uma série de interesses coletivos frente a problemas mundiais como a paz, o desenvolvimento ou o meio ambiente, cuja satisfação transbordava as possibilidades de um só Estado<sup>178</sup>. Não obstante, na concepção de Pellet, Daillier e Dinh, a ideia de organizar politicamente a sociedade internacional nasceu como reação à anarquia resultante dos conflitos internacionais e à insuficiência da doutrina do equilíbrio<sup>179</sup>.

Frente a estes imperativos de solidariedade e interdependência, os Estados se viram, pois, compelidos a cooperar<sup>180</sup>. A fim de realizar esta cooperação, e ante as carências institucionais da sociedade internacional, os Estados, em um primeiro momento, utilizaram os recursos próprios de uma sociedade de justaposição de sujeitos soberanos, isto é, a celebração de conferências internacionais e a adoção de tratados multilaterais<sup>181</sup>. Mas logo ficaram conscientes da insuficiência destas técnicas para coordenar e gerir uma cooperação que se fazia cada vez mais necessária. Isso os levou à criação de mecanismos institucionalizados de cooperação permanente e voluntária, dando vida assim a alguns entes independentes dotados de voluntariedade própria destinados a alcançar objetivos coletivos<sup>182</sup>. Nesse contexto, Diez de Velasco destaca o surgimento, na cena internacional, das primeiras Organizações Internacionais (OIs), cuja existência e atual proliferação constitui uma das características mais sobressalientes da vida internacional contemporânea<sup>183</sup>.

<sup>174</sup> PELLET *et al.*, 2003. p. 71.

<sup>175</sup> Cita-se, como um marco determinante do surgimento das Organizações Internacionais na concepção moderna, o período entre 1851-1914 – caracterizado pela paz que sucedeu a reorganização europeia depois da queda de Napoleão, conjugado com o progresso das técnicas e dos meios de comunicação – que viu nascer duas espécies de organizações internacionais: as *Comissões Fluviais* (Comissão Central do Reno prevista no Ato Final do Congresso de Viena e criada pela Convenção de Mogúncia de 1831; Comissão Europeia do Danúbio, estabelecida pelo Tratado de Paris de 1856) e as *União Administrativas* encarregadas de facilitar a cooperação nos domínios técnicos (União Telegráfica Internacional, 1865; Secretariado Internacional de Pesos e Medidas, 1875; União Postal Universal, 1878; União para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, 1883, etc.). *In*: PELLET; *et al.*, 2003. p. 588.

<sup>176</sup> PELLET; *et al.*, 2003. p. 71.

<sup>177</sup> Como o tráfego postal, as telecomunicações, transporte ferroviários, navegação fluvial, circulação de pessoas ou o comércio internacional.

<sup>178</sup> DIEZ DE VELASCO, 1998, p. 36.

<sup>179</sup> PELLET; *et al.*, 2003. p. 71.

<sup>180</sup> *Idem.*

<sup>181</sup> DIEZ DE VELASCO, 1998, p. 36.

<sup>182</sup> *Idem.*

<sup>183</sup> DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 7 ed. Madrid, 1990. p. 33. Tradução livre.



Motivado pelo progresso científico, tempos de paz entre o período das guerras napoleônicas e a I Guerra Mundial, o mundo passou a testemunhar o nascimento das OI modernas e estruturas institucionais permanentes<sup>184</sup>. Nesse contexto, um novo instrumento jurídico passou a ser utilizado, indo além dos tratados bilaterais: o tratado multilateral, com marco na Convenção de Viena de 1815 - países vencedores das guerras napoleônicas passaram a negociar periodicamente, dispostos a desenhar uma nova ordem europeia e mais tarde questões de território das colônias europeias<sup>185</sup>.

Ao final do Século XIX, as Conferências internacionais começaram a transbordar o continente europeu, o que se inicia com as Conferências de Paz de Haia de 1899 e sobretudo de 1907, que vão constituir um importante ponto de referência na evolução das OIs, pois marcam uma clara tendência rumo à periodicidade e rumo à universalização<sup>186</sup>, ao tempo que desenham as primeiras instituições jurisdicionais internacionais.

Estas conferências internacionais prefiguram as OIs, ao constituir mecanismos de concertação dotados de certa periodicidade, mas ainda não constituem Organizações pois carecem de órgãos próprios permanentes dotados de competências particulares<sup>187</sup>. Do que Diez de Velasco deduz que o segundo elemento que tem possibilitado o nascimento das Organizações Internacionais é representado pelo estabelecimento de estruturas institucionais permanentes<sup>188</sup>.

Isto ocorre, segundo o mesmo autor, quando os avanços em determinados âmbitos da técnica, o progresso e as comunicações e o desenvolvimento dos transportes exigem a criação de administrações internacionais dotadas de determinados poderes de decisão, controle e execução<sup>189</sup>.

A partir da Segunda Guerra Mundial, as OIs vão sofrer uma espetacular proliferação, proporcionada, segundo Diez de Velasco, por dois fenômenos: o da revitalização dos organismos técnicos à escala universal, e o da institucionalização do regionalismo internacional através da criação de OIs regionais<sup>190</sup>. O primeiro desses fenômenos dá nascimento ao que se denomina “Sistema de Nações Unidas” composto por um numeroso grupo de organismos especializados que gravitam em torno da ONU<sup>191</sup>. O segundo fenômeno, das Organizações Internacionais regionais, são explicados por diversos fatores: a) fracasso do sistema de segurança coletiva estabelecida na Carta da ONU<sup>192</sup>; b) fator de ordem política tentando organizar a

<sup>184</sup> DIEZ DE VELASCO, 1998, p. 38.

<sup>185</sup> DIEZ DE VELASCO, 1998, p. 38.

<sup>186</sup> ABI-SAAB, Georges. La notion d'organisation internationale: essai de synthèse. In: **Le concept d'Organisation internationale**. Paris, 1980. p.10. Tradução livre.

<sup>187</sup> BASTID, Suzanne. **Cours de Droit International Public: Problèmes juridiques posés par les Organisations internationales (1971-1972)**. Paris, 1971. p. 31. Tradução livre.

<sup>188</sup> DIEZ DE VELASCO, 1998, p. 38.

<sup>189</sup> Idem.

<sup>190</sup> DIEZ DE VELASCO, 1998, p. 40.

<sup>191</sup> Como por exemplo, a Organização Mundial da Saúde (1946), Banco Mundial (1945), Unesco (1945), Organização Internacional do Trabalho reorganizada (1946). In: DIEZ DE VELASCO, 1998, p. 40.

<sup>192</sup> Organização do Tratado do Atlântico Norte (1949), Pacto de Varsóvia (1955). In: DIEZ DE VELASCO, 1998, p. 40.



cooperação a escala de um continente<sup>193</sup>; c) fator essencialmente de natureza econômica e comercial favorecidos pelos ensaios de integração regional e pela descolonização<sup>194</sup>.

Sob esse prisma, as OIs foram originalmente concebidas, nas palavras de Singh, como um instrumento de “salvação da humanidade”<sup>195</sup>. Desse modo, não poderiam, teoricamente, ou hipoteticamente, praticar atitudes reprováveis. Logo, não haveria meios de responsabilizá-las. Contudo, tal pensamento passou a ser revisto ao longo do Século XX, pelo ambiente internacional ao final da Guerra Fria, quando as OIs passaram a atuar de forma mais incisiva e mais prática no cenário internacional<sup>196</sup>.

Klabbers aponta duas razões principais pelas quais as atitudes das OIs, até o final da Guerra Fria, não eram objeto de preocupação no cenário internacional. A primeira visão, de caráter ideológico, analisa o papel praticado pelas OIs no cenário internacional, como estruturas benevolentes que visavam coibir e evitar as atitudes reprováveis dos Estados perante outros Estados e o cenário internacional<sup>197</sup>. Ou seja, através da promoção da paz mundial; auto-determinação dos povos; direito internacional, estas estruturas eram caracterizadas como as fontes mantenedoras da ordem mundial. A segunda visão guarda relação com a visão funcionalista envolvendo o papel das OIs no cenário internacional, a qual se distingue da linha que visualiza a OI como uma entidade autônoma.

### 3.Responsabilização à Luz do Funcionalismo e Autonomia

Segundo a concepção funcionalista, as OIs são tratadas como estruturas de regras, princípios, normas, e procedimentos para tomadas de decisão pelos quais os seus membros (normalmente Estados), agem entre si<sup>198</sup>. Conforme pressupõe a teoria:

---

<sup>193</sup> Organização dos Estados Americanos (1948), Conselho Europeu (1949). In: DIEZ DE VELASCO, 1998, p. 40.

<sup>194</sup> Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (1951), Comunidade Econômica Europeia e Comunidade Européia de Energia Atômica (1957), União Europeia (1992), Associação Europeia de Livre Comércio (1959), Associação Latino-Americana de Livre Comércio (1960), Mercosul (1991), Comunidade Andina (1996). In: DIEZ DE VELASCO, 1998, p. 40.

<sup>195</sup> SINGH, N. **Termination of Membership of International Organisations**. London: Stevens and Sons, 1958, p. 7.

<sup>196</sup> “They are in charge of international reconstruction efforts in war-torn countries; they order the wholesale government restructuring of economically distressed nations; they disburse loans to countries incapable of administering them and who may never be able to repay them; they distribute support to refugees and other exceptionally vulnerable people; they stand at the forefront of international development and health policy; they manage international regulation of trade, telecommunications and intellectual property. International organizations are also used as a cloak for the activities of their members, who may wish to disassociate themselves from responsibility for a foreign policy goal and thus use these institutions as a medium for obscuring their intentions.” PARISH, Matthew. An Essay on the Accountability of International Organizations. **International Organizations Law Review**. v. 7. n. 2. New York, 2010. p. 50.

<sup>197</sup> Vide KLABBERS, Jan. The Changing Image of International Organizations. In.: COICAUD, Jean-Marc Coicaud; HEISKANEN, Veijo (orgs.), **The Legitimacy of International Organizations**. Tokyo: United Nations University Press, 2001. p. 221-255. Vide também ALVAREZ, José E. International Organizations: Then and Now, 100 **American Journal of International Law**, 2006. p. 324-347.

<sup>198</sup> KRASNER, Stephen. **International Regimes**. Ithaca: Cornell University Press, 1983. Tradução livre.



[t]odos esses organismos [OIs] limitam-se principalmente à troca de opiniões e de conhecimento, à elaboração de estudos, à preparação de recomendações e à prestação de assistência técnica aos governos que a solicitam. [...] Seus órgãos diretores são compostos de delegados governamentais que têm que agir segundo as instruções de seus governos. [...] esses delegados, mesmo que cheguem a um consenso, não podem aprovar uma decisão e através dela obrigar aqueles que os enviaram. São, por assim dizer, representantes unidirecionais. Representam seus governos junto àquele organismo internacional, mas não podem representar também, de forma efetiva, a vontade deste organismo junto a seus constituintes [...]. Na maioria das vezes, os atuais organismos internacionais nada mais podem fazer do que relacionar-se com quaisquer governos que permaneçam livres para negar as suas autoridade internacionais [...].<sup>199</sup>

O funcionalismo clássico, segundo formulação de Mitraný<sup>200</sup>, concebia o tratamento dessas funções como questões técnicas, apolíticas por sua natureza, suficientemente distintas do clamor, grupos de interesses, de nações e da população. Segundo expõe Deutsch, essa é a vontade das elites nacionais<sup>201</sup>, haja vista que os integrantes das OIs não possuem nenhum interesse em enfraquecer seu próprio poder sobre a sociedade nacional permitindo a promoção de quaisquer competitividades internacionais uqe possam vir a reduzir seu próprio poder interno<sup>202</sup>. Como exemplo, o mesmo autor cita o caso da recusa, pelos governos ocidentais, em conceder poderes à FAO<sup>203</sup> para que a mesma controlasse preços e suprimentos internacionais de alimentos. Por fim, manteve-se tão somente uma estrutura técnica e de apoio, sendo que as decisões sobre a destinação de certos alimentos e outros itens, bem como o poder político potencial disso decorrente, permanecia em mãos dos principais Estados-membros, como os Estados Unidos da América<sup>204</sup>.

Na mesma linha funcionalista, Seitenfus enfatiza que as OIs “[...] desfrutam de limitada e escassa autonomia”<sup>205</sup>. O autor enxerga no âmbito do sistema internacional uma divisão natural entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento. Apesar de ambos os grupos cooperarem entre si por meio das OIs, somente aqueles mais poderosos influenciarão a dinâmica da sociedade internacional e das próprias relações internacionais. Assim, na visão do autor, as OIs representam “simples apêndices” da política externa dos países poderosos, manifestando o entendimento de uma total e permanente dependência das estruturas institucionais das OIs frente aos entes estatais

<sup>199</sup> DEUTSCH, Karl Wolfgang. **Análise das relações internacionais**. 2. ed. Brasília: UnB, 1982. p. 233-234. Traduzido por Maria Rosinda Ramos da Silva.

<sup>200</sup> MITRANY, David. **A working peace system**. Chicago: Quadrangle Books, 1966.

<sup>201</sup> Por elite, o autor entende como “uma minoria muito pequena de pessoas (em geral, inferior a 0,5%) que detêm muito mais de pelo menos um dos valores básicos do que o restante da população – em geral, pelo menos entre cinco a dez vezes mais, em média, no caso de valores passíveis de serem assim mensurados. Os membros de uma elite econômica têm muito mais riqueza. Os integrantes de uma elite política possuem muito mais poder. [...]” *In*. DEUTSCH, 1982. p. 85.

<sup>202</sup> DEUTSCH, 1982. p. 234.

<sup>203</sup> *Food and Agriculture Organization*.

<sup>204</sup> DEUTSCH, 1982. p. 234.

<sup>205</sup> SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 43.



mais fortes.<sup>206</sup> Ademais, Seitenfus também expõe que as OIs não possuem “[...] o condão de transformar a natureza e o alcance das forças políticas que atuam no sistema internacional, sendo limitada a competência política das organizações internacionais”<sup>207</sup>, reforçando a sua posição de que as OIs carecem de uma autonomia política própria em relação aos Estados, os quais, na visão do autor, permanecem como entidades independentes que não aceitam qualquer tipo de poder central<sup>208</sup>.

Sob o prisma da teoria funcionalista, não se pode imputar responsabilidades às OIs, pois não são estas as responsáveis por suas políticas uma vez que as mesmas emanam diretamente de seus Estados membros. Isso é, sempre que as OIs praticarem ilegalidades, as responsabilidades irão pairar sobre os seus Estados-membros.

Por outro lado, muito se discute sobre o referido caráter instrumental das OIs sugerido pela teoria funcionalista, principalmente quando se considera a sua autonomia jurídica consubstanciada na existência de uma personalidade jurídica distinta da de seus Estados membros. Via de regra, tal disposição está prevista expressamente em seu tratado constitutivo ou em instrumentos colaterais. Ainda que os atos de criação disponham a existência de uma personalidade jurídica, Pellet dispõe que tal fato não permite colocar em dúvida a existência de tal atribuição<sup>209</sup>. Ou seja, a personalidade jurídica das OIs deriva de sua “funcionalidade”<sup>210</sup>, a qual deriva, por sua vez, da vontade dos Estados – mais precisamente dos objetivos que eles atribuíram à entidade.

De acordo com Tribunal Internacional de Justiça<sup>211</sup>, em decisão de 1949 sobre a *Reparação de Danos*<sup>212</sup>, as OIs gozam de personalidade jurídica internacional. No caso concreto, a corte entendeu que a personalidade jurídica em comento é pressuposto essencial para o cumprimento das atribuições dispostas no tratado constitutivo da

<sup>206</sup> SEITENFUS, 1997. p. 43-44.

<sup>207</sup> SEITENFUS, 1997. p. 255.

<sup>208</sup> Idem.

<sup>209</sup> PELLET; *et al.*, 2003. p. 607-608.

<sup>210</sup> PELLET; *et al.*, 2003. p. 608.

<sup>211</sup> Ou Corte Internacional de Justiça, instituído pelo artigo 92 da Carta das Nações Unidas a qual possui dentre seus principais objetivos a resolução de conflitos submetida pelos Estados e a elaboração de pareceres sobre questões jurídicas apresentadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ou por órgãos e agências especializadas acreditadas pela Assembleia da ONU, de acordo com a Carta das Nações Unidas.

<sup>212</sup> Também conhecido como Caso *Bernadotte*. Sobre o caso, explica Conforti: “*La Corte Internazionale di Giustizia si occupò del problema in esame, su richiesta dell’Assemblea generale dell’ONU, in un famosissimo parere dell’11.4.1949 a proposito del caso Bernadotte (CIJ. Recueil, 1949, p. 174 ss.). Il Conte Bernadotte, mediatore per l’ONU tra arabi e israeliani, era stato ucciso nel 1948 a Gerusalemme, insieme ad un suo collaboratore, da estremisti ebraici, e il Segretario generale aveva accusato apertamente il Governo israeliano di non aver adottato le misure atte a prevenire i due attentati. L’Assemblea generale voleva appunto sapere se l’ONU potesse agire sul piano internazionale per il risarcimento dei danni in caso di mancata protezione dei suoi funzionari. E la Corte rispose affermativamente sostenendo addirittura che l’organizzazione avesse titolo per chiedere, oltre al risarcimento dei danni arrecati alla funzione, anche quelli subiti dall’individuo in quanto tale. La tesi della Corte ci sembra, rispettosamente, poco e male motivata; essa si fonda principalmente sulla personalità internazionale dell’ONU, che è questione che interessava poco nella specie, e la Corte non tenta invece di approfondire il punto se ed entro quali limiti sia possibile l’estensione analogica alle organizzazioni internazionali dell’obbligo di protezione esistente nei confronti degli stranieri [...] In CONFORTI, Benedetto. **Diritto Internazionale**. ed. 5. Napoli: Scientifica, 1999. p. 236. Tradução livre.*”





organização<sup>213</sup>. Logo, a referida Corte concluiu pela irrefutável existência de personalidade jurídica internacional das OIs.

Para Pellet, a funcionalidade das OIs deve encontrar uma tradução jurídica simultânea na ordem jurídica internacional e nas ordens jurídicas nacionais, “com vista a garantir o exercício dos seus direitos e o respeito do direito internacional”<sup>214</sup>. Frente a essa condição, Pellet alerta que, ao conferir personalidade internacional às OIs, concede-se a estas uma autonomia face aos Estados que, na visão do autor, pode parecer-lhes perigosa<sup>215</sup>.

Visto isso, Barnett e Finnemore propõem a análise das OIs como “burocracias”<sup>216</sup>, a qual abre uma alternativa de visão com relação às fontes da autonomia das OIs e o que as mesmas fazem com essa autonomia<sup>217</sup>. Segundo os autores, “*burocracias não são apenas servos dos delegatários dos Estados. Burocracias são também autoridades no seu próprio direito, a essa autoridade dá a ela autonomia frente aos Estados, indivíduos, e outro ator internacional*”<sup>218</sup>. Dentro da noção de “autoridade” citada pelos autores, os mesmos entendem ser “*a habilidade de um ator em usar recursos institucionais e discursivos para provocar respeito de outros*”<sup>219</sup>.

Como autoridades, OIs podem usar seu conhecimento para exercer poder em dois modos. Primeiramente, elas podem regular o mundo social, alterando o comportamento dos Estados e dos atores não Estatais, ao modificar os incentivos por suas decisões<sup>220</sup>. Em segundo lugar (e visualizando as OIs como burocracias), as OIs exercitam poder enquanto elas usam seus conhecimentos e autoridades não apenas para regular o que existe atualmente, mas também para constituir o mundo, criando novos interesses, atores e atividades sociais<sup>221</sup>. No campo da responsabilização, as OIs, como autoridades burocráticas e autônomas, seriam passíveis de responsabilização direta por suas ações, tendo em vista a sua qualidade de exercer influências e políticas próprias. Para Parish, a direção política das OIs deve ser descrita como *insipid self-sovereignty*. Isso é, uma OI possui a mais ampla discricionariedade burocrática, visto que ela minimiza controvérsias entre seus membros.<sup>222</sup>

<sup>213</sup> CIJ. *Réparation des Dommages Subis au Service des Nations Unies*: avisconsultatif du 11 avril 1949. Leyde: A.W. Sijthoff. 1949.

<sup>214</sup> PELLET; *et al.*, 2003. p. 608.

<sup>215</sup> [p]ois permite basear exclusivamente no direito internacional a definição e o exercício das capacidades jurídicas das organizações. Em última instância, as organizações tornar-se-iam entidades comparáveis aos Estados, cujo duplo monopólio de sujeitos de direito internacional e de membro ativo da comunidade internacional destruiriam. PELLET; *et al.*, 2003. p. 610.

<sup>216</sup> Termo original: *Bureaucracies*. In: BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 5. Tradução livre.

<sup>217</sup> BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 5.

<sup>218</sup> BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 5.

<sup>219</sup> BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 5.

<sup>220</sup> Segundo os autores, “*The UN Human Rights Commission publishes information about states’ torture practices, thus creating incentives for states to comply with human rights norms. IOs have a range of tools to regulate state and nonstate behavior.* In: BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 7.

<sup>221</sup> BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 7. Tradução livre.

<sup>222</sup> PARISH, Matthew. An Essay on the Accountability of International Organizations. *International Organizations Law Review*. v. 7. n. 2. New York, 2010. p. 48.



Porém, a responsabilização de uma OI pode indicar uma forma de proteção à seus Estados membros, através de sua personalidade jurídica. Isso é, os Estados membros estariam protegidos através do manto legal da OI. Contudo, D’Aspremont ressalva que quando Estados membros controlam de forma reiterada e efetiva o processo de tomada de decisão de uma organização internacional, deve-se considerar que a personalidade jurídica dessa OI não pode mais se constituir um escudo pelos quais os Estados membros possam se utilizar para evitar responsabilidade as quais estariam sujeitos caso eles mesmo tenham cometido a contestada ação.<sup>223</sup> Ou seja, no caso específico, haveria um atravessamento da responsabilidade da OI ao Estado membro controlador. Contudo, é uma disposição que deve ser analisada com muito cuidado. Um caso paradigmático é o uso do poder do veto durante o processo de tomada de decisão do Conselho de Segurança da ONU. Nas palavras de Aspremont, como o uso do veto é uma parte do processo de decisão normal, o seu uso não pode ser encarado como um abuso. Ou seja, se o tratado constitutivo concedeu poderes a determinados Estados membros, o uso, mesmo que indiscriminado do poder de veto não deve ser encarado como uma forma de abuso de personalidade jurídica, ainda que resulte em ofensas a direitos humanitários.<sup>224</sup>

A proposta funcionalista, de certo modo, visa coibir justamente a problemática do “abuso da personalidade jurídica da organização internacional pelos Estados membros”<sup>225</sup>. Seguindo a linha da citada corrente, o *Institut de droit international*, durante a metade da década de 1990, concluiu que “um Estado membro deve ser responsável perante um terceiro [...] se a organização internacional tem agido como um agente do Estado, de direito ou de fato”.<sup>226</sup> Além disso, o *Institut* concluiu também que “não existe regra geral de direito internacional em que Estados membros são, em razão única de sua associação, responsáveis de forma concorrente ou subsidiária, às obrigações de uma organização internacional das quais são membros.”<sup>227</sup> Contudo, apurar um responsável direto pelo processo de tomada de decisão, assim como um procedimento política, pode ser uma tarefa impossível. Nas palavras de Parish,

Não existe uma linha única de controle político de organizações internacionais. Elas são responsáveis por múltiplos Estados, não por um único ministro de governo. Linhas difusas de responsabilidade política faz a

<sup>223</sup> D’ASPREMONT, Jean. The Exercise of Powers by International Organizations Under the (Un)Due Control of Member States. **Global Law Books**, 2007. p. 5.

<sup>224</sup> Vide: D’ASPREMONT, J. Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States. **International Organizations Law Review**, 2007. p. 91-119.

<sup>225</sup> Sobre o tema, vide: D’ASPREMONT, J. Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States, **International Organizations Law Review**, 2007. p. 91-119. Vide também do mesmo autor: The limits to the exclusive responsibility of International Organizations. **Human Rights and International Legal Discourse**, 2007. p. 215-228.

<sup>226</sup> INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **The Legal Consequences for Member States of the Non-fulfilment by International Organizations of their Obligations towards Third Parties**, Resolution of 1 September 1995. Article 5(a). Disponível em: <[http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1995\\_lis\\_02\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1995_lis_02_en.pdf)> Acesso em: 24 jun 2010.

<sup>227</sup> INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **The Legal Consequences for Member States of the Non-fulfilment by International Organizations of their Obligations towards Third Parties**, Resolution of 1 September 1995. Article 6(a). Disponível em: <[http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1995\\_lis\\_02\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1995_lis_02_en.pdf)> Acesso em: 24 jun 2010.





responsabilização política mais difícil, uma vez que cada político pode imputar suas responsabilidades a outros. A natureza política do trabalho tomado por uma organização internacional geralmente resulta em disputas políticas inevitáveis entre membros de uma organização.<sup>228</sup>

Desse modo, vê-se que a responsabilização dos Estados membros é comprometida por uma série de razões. Destaca-se, primeiramente, que a impossibilidade de se apurar, na maioria das vezes, as verdadeiras fontes políticas e responsáveis pelas políticas da OI. Logo, nações menos favorecidas que não participam de forma substancial nos processos de decisão da OI seriam, por decorrência, indevidamente prejudicadas. Do mesmo modo, cidadãos, muito dos quais pertencentes a tais países, impossibilitados de se engajar nos processos decisórios das OIs, também seriam indevidamente responsabilizados.<sup>229</sup>

Desse modo, considerando a condição de autoridade pública e política das OIs, elas devem ser responsáveis por suas medidas, políticas e decisões e, conseqüentemente, pelos danos que causar. A responsabilização do Estado membro deve ocorrer em caso em que o mesmo tenha se utilizado de forma explícita dos instrumentos da OIs para gerar dano, em desacordo com o tratado constitutivo da OI.

#### 4. Conclusão

Tradicionalmente imputada a seus Estados membros, a responsabilização das organizações internacionais tem sido uma temática que ainda tem sido amplamente discutida e questionada. Não há que se questionar o dever de se responsabilizar, mas sim quem deve ser responsabilizado.

Não se ignora que as OIs são um fenômeno complexo e plural, altamente diversificado e em constante mudança. Ou seja, é muito difícil propor uma teoria que possa abarcar todo e qualquer tipo de OI da atualidade. Porém, as OIs, de forma geral, têm assumido um papel peculiar no início do Século XXI, desenvolvendo e exercendo políticas próprias e autônomas, muitas das quais desvinculadas daquelas de seus Estados membros. Ou seja, cada vez mais é possível identificar um ator próprio das relações internacionais, muito embora formado e gerido por Estados. Desse modo, as OIs são passíveis de responsabilização por seus atos.

Por sua vez, a teoria funcionalista, tradicionalmente adotada, apresenta caracteres importantes que a proposta de autonomia não abarca. Por exemplo, a impossibilidade de os Estados membros utilizarem a personalidade jurídica da OIs como forma de evitar a sua responsabilização. Por outro lado, ela permite que Estados membros menos favorecidos possam vir a ser responsabilizados por tomadas de

---

<sup>228</sup> PARISH, Matthew. An Essay on the Accountability of International Organizations. **International Organizations Law Review**. v. 7. n. 2. New York, 2010. p. 46-47.

<sup>229</sup> BURRALL, Simon; NELIGAN, Caroline. The Accountability of International Organizations. **GPPi Research Series**. n. 2. Berlin. p. 9.



decisões das quais sequer participaram, até porque a apuração de responsabilidade de decisões políticas é algo de grande dificuldade.

De qualquer modo, a análise da responsabilização das OIs deve se dar sempre de forma individualizada, principalmente em razão dos inúmeros tipos de OIs existentes. Por essa razão, qualquer análise de suas responsabilidades deve considerar não só a análise de seu funcionamento, mas também de sua condição e natureza, primando pela responsabilização da entidade institucional da OI, salvo em casos de expressa violação aos tratados constitutivos da OI pelo Estado membro.

### Referências bibliográficas

ABI-SAAB, Georges. La notion d'organisation internationale: essaie de synthèse. *In: Le concept d'Organisation internationale*. Paris, 1980.

ALVAREZ, José E. International Organizations: Then and Now, 100 **American Journal of International Law**, 2006.

BARNETT, Michael; FINNEMORE, Martha. **Rules For The World**: international organizations in global politics. New York: Cornell University Press, 2004.

BASTID, Suzanne. **Cours de Droit International Public**: Problèmes juridiques posés par les Organisations internationales (1971-1972). Paris, 1971.

BURRALL, Simon; NELIGAN, Caroline. The Accountability of International Organizations. **GPPi Research Series**. n. 2. Berlin.

CIJ. **Réparation des Dommages Subis au Service des Nations Unies**: avis consultatif du 11 avril 1949. Leyde: A.W. Sijthoff. 1949.

CONFORTI, Benedetto. **Diritto Internazionale**. ed. 5. Napoli: Scientifica, 1999. Tradução livre.

D'ASPREMONT, Jean. Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States, **International Organizations Law Review**, 2007.

\_\_\_\_\_. **Human Rights and International Legal Discourse**, 2007.

\_\_\_\_\_. The Exercise of Powers by International Organizations Under the (Un)Due Control of Member States. **Global Law Books**, 2007.

DEUTSCH, Karl Wolfgang. **Análise das relações internacionais**. 2. ed. Brasília: UnB, 1982. Traduzido por Maria Rosinda Ramos da Silva.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 7 ed. Madrid, 1990.



INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **The Legal Consequences for Member States of the Non-fulfilment by International Organizations of their Obligations towards Third Parties**, Resolution of 1 September 1995. Article 6(a). Disponível em: <[http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1995\\_lis\\_02\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1995_lis_02_en.pdf)> Acesso em: 24 jun 2010.

KLABBERS, Jan. *Autonomy, Constitutionalism, and Virtue in International Institutional Law*. In: WHITE, Nigel; & COLLINS, Richard. (org.). **International Organizations and the Idea of Autonomy**, 2010.

\_\_\_\_\_. *The Changing Image of International Organizations*. In.: COICAUD, Jean-Marc Coicaud; HEISKANEN, Veijo (orgs.), **The Legitimacy of International Organizations**. Tokyo: United Nations University Press, 2001.

KRASNER, Stephen. **International Regimes**. Ithaca: Cornell University Press, 1983. Tradução livre.

MITRANY, David. **A working peace system**. Chicago: Quadrangle Books, 1966.

PARISH, Matthew. *An Essay on the Accountability of International Organizations*. **International Organizations Law Review**. v. 7. n. 2. New York, 2010.

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. **Direito Internacional Público**. 2 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. Traduzido por Vitor Marques Coelho.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SINGH, N. **Termination of Membership of International Organisations**. London: Stevens and Sons, 1958.



## JOINT CRIMINAL ENTERPRISE: INSTRUMENTO APROPRIADO DE PERSECUÇÃO CRIMINAL OU A NOVA ROUPA DO REI?

*Cássio Eduardo Zen*<sup>230</sup>

### Resumo

Desde a decisão de apelação Dusko Tadić, proferida pelo Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia<sup>231</sup>, a teoria da Joint Criminal Enterprise tem se apresentado como a menina dos olhos dos defensores do uso do direito criminal para punir os violadores das normas internacionais criminais fundamentais como a proibição do genocídio. Afirma-se que esta doutrina é a mais adequada para lidar com a criminalidade internacional, cuja natureza complexa a torna diferente da criminalidade nacional e por isto precisaria de mecanismos diferenciados de responsabilização criminal individual. A maior parte dos internacionalistas e certa parte dos criminalistas opta por abraçar este instituto sem a devida avaliação a respeito até mesmo da legalidade do mesmo, parecendo esquecer-se que em procedimentos penais, o mais importante é garantir que os indivíduos somente sofrerão sanções se e na medida em que forem culpados. Este artigo buscará tratar de maneira crítica tal instituto, medindo até que ponto seria válida sua aplicação em jurisdições criminais, internacionais, internacionalizadas ou nacionais.

**Palavras Chave:** Direito Criminal Internacional, Responsabilidade Individual Criminal, Joint Criminal Enterprise

### Abstract

Since the Tadić Appeal Judgement at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the theory of joint criminal enterprise became the apple of the eye of the defenders of criminal law as a tool to punish the violators of the fundamental international criminal rules such as the prohibition of genocide. It is stated that such doctrine is more adequate to deal with international criminality, whose complex nature makes it different from national crimes and for that, requires different mechanisms of individual criminal responsibility. The largest part of internationalists and a considerable part of criminalists choose to embrace this institute without due evaluation of even its legality, seeming to forget that in criminal procedures the most important is to guarantee that individuals will only suffer penalties if found guilty and only to the extent of such guilt. This article will attempt a critical approach to the subject, measuring its validity in international, internationalized and domestic jurisdictions.

---

<sup>230</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestrando em Direito das Relações Internacionais na Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador do Grupo de Pesquisas Ius Gentium (UFSC/CNPQ). Atuou junto ao Escritório do Promotor do Tribunal Penal Internacional. As opiniões expressas neste artigo são exclusivamente do autor, não refletindo necessariamente as opiniões dos organismos citados. Todas as traduções para a língua portuguesa foram efetuadas pelo autor. E-mail para contato: cassioz@yahoo.com.

<sup>231</sup> TPII



**Keywords:** International Criminal Law, Individual Criminal Responsibility, Joint Criminal Enterprise

## Introdução

Iniciamos este artigo relembando o conto A Nova Roupa do Rei, de Hans Crithian Andersen. Num tempo sem memória, o rei extremamente vaidoso se preocupava sempre com as roupas que iria vestir. Certa vez, dois vigaristas chegam na capital e fazem-se de tecelões, contando ao rei que eram capazes de fazer a mais magnífica roupa, com a propriedade especial de serem invisíveis aos que não tivessem a qualidade para seus papéis, para os tolos e presunçosos. Concluiu o rei que deveria ser uma roupa muito especial e útil, pois poderia assim identificar os inúteis e decidiu contratar os vigaristas.

Após um bom tempo fingindo tecer a roupa (e ninguém comentava pelo fato de não enxergar o fio, pois temiam serem chamados de ignorantes) e receberem muitos recursos do rei, os vigaristas apresentam a “roupa” ao rei, que a veste (após é claro despir-se da roupa “visível” que trajava), mesmo não tendo enxergado roupa alguma, pois não queria ele também ser considerado estúpido. Logo após este momento, o rei resolve participar de uma marcha e durante esta, recebia vários elogios do povo e das autoridades reais sobre como estava bem vestido. Até o momento em que uma criança abre os olhos do povo, quando grita que o rei não está vestindo roupa alguma, no que é acompanhado pelo povo. E o rei resolve que a marcha deve continuar e anda elegantemente, ainda achando que está vestido.

No entanto, em nosso artigo a nova roupa do rei é outra, o rei e ministros são outros, a marcha é outra, os tecelões são outros e as roupas são outras. A teoria da *joint criminal enterprise* é a roupa nova dos paladinos do direito internacional criminal, a nova maneira de se vestir um indivíduo com trajes de criminoso internacional, mesmo que este não tenha manto nenhum de culpabilidade sob si. Esta teoria, cuidadosamente costurada pela primeira vez na época dos Tribunais de Nürnberg era considerada a grande salvadora do mundo, capaz de resolver todos os crimes contra a humanidade e ai daqueles que contestassem tal doutrina a época, pois seriam considerados os inimigos, defensores do Eixo.



Pensava-se que tal roupa tivesse sido esquecida quando surgiu o Estatuto do TPIY, mas quando menos se esperava, em meio a um julgamento criminal que mais parecia um desfile do rei, a teoria da *joint criminal enterprise* faz o seu retorno ao que tudo indica triunfante, enquanto todos parecem concordar que os indivíduos realmente são culpados (estão vestindo a roupa), sem preocupar-se em ver se realmente os culpados não estão nus (ou seja, não são responsáveis criminais e não deveriam ser castigados). E os desfiles (julgamentos) continuam, mesmo com o reis (pessoas consideradas criminosas) nus (sem a responsabilidade criminal, ou seja, inocentes).

### **1 tecendo a nova roupa do rei – origem e consolidação da joint criminal enterprise**

A teoria da *joint criminal enterprise* tem seus mais remotos ancestrais nos Tribunais de *Nürnberg*, Tribunais onde o objetivo não era estabelecer um direito criminal internacional, nem muito menos averiguar a culpabilidade dos acusados, mas afirmar a culpabilidade daqueles que já se encontravam culpados, da mesma forma que o objetivo dos vigaristas nunca foi vestir o rei. Só por isto já deveríamos ter desconfiança ao utilizarmos um mecanismo que se originou num Tribunal dos vencedores para punir os vencidos no direito criminal atual.

Não se quer aqui dar razão aos criminosos do Eixo nem muito menos defender seus ideais nem menos ainda negar as atrocidades por eles cometidas. Se trata aqui de relembrar que *Nürnberg* e *Tōkyō* foram tribunais criados pelos vencedores de um conflito para julgar fatos cometidos pelos derrotados antes da criação de tais cortes. Durante tais julgamentos, ficou estabelecida a criminalização de certas organizações do aparato nazista, o que possibilitou a persecução criminal aos integrantes da Gestapo (*Geheime Staatspolizei* – Polícia Secreta), da SD (*Sicherheitsdienst* – Serviço de Segurança e Inteligência), SS (*Schultzstaffel* – Tropa de Proteção)<sup>232</sup> e da Liderança do Partido Nazista (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*)<sup>233</sup> simplesmente pelo fato de participarem de organizações criminosas, independentemente da culpa individual dos mesmos.

---

<sup>232</sup> SLIEDREGT, Elies van. *Criminal Responsibility in International Law: Liability Shaped by Policy Goals and Moral Outrage*, p.86.

<sup>233</sup> A liderança do Partido nazista não é mencionada por van Sliedregt, mas por Harmen van der Wilt, em: WILT, Harmen van der *Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations*, p.94. Este menciona ainda como o Gabinete do Reich (*Reichskabinet*), o alto comando militar alemão (*Wehrmacht*) e a SA (*Sturmabteilung* – Destacamento tempestade, organização paramilitar do partido nazista) não foram consideradas organizações criminosas.



A base para a joint criminal enterprise nos julgamentos de *Nürnberg* encontra-se no artigo 6 do Estatuto do Tribunal Militar Internacional: Líderes, organizadores e cúmplices participando na formulação ou execução de um plano comum ou conspiração para cometer qualquer um dos crimes em questão são responsáveis por todos os atos realizados por quaisquer indivíduos na execução deste plano.<sup>234</sup> Segundo Neil Boister, o que se buscou fazer foi uma “responsabilidade múltipla por atos criminosos executados segundo um plano comum”<sup>235</sup>, o que foi seguramente atingido em *Nürnberg* e nos julgamentos subsequentes, dentre os quais destaca-se para a análise da joint criminal enterprise o caso de *Dachau*.

Certo tempo depois das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, a Europa volta a ser assombrada por outros tiranos com mania de superioridade. Os crimes cometidos na região foram fruto em sua maioria de políticas organizacionais com um propósito comum criminoso (com milícias como os Aguias Brancas, Forças de Defesa Croatas e Guarda Voluntária Sérvia), assim como durante o nazismo. Da mesma maneira, agora passando para um canto esquecido pelo mundo ocidental e cujos principais produtos de exportação eram a época chá e café, os crimes ligados ao genocídio de 1994 de tutsis em Ruanda, onde milícias como os *Interahamwe* (cujo nome em kinyarwanda significa “aqueles que lutam em conjunto”) e *Impuzamugambi* (cujo nome em kinyarwanda significa “aqueles com o mesmo objetivo”) foram organizadas para cumprirem propósito criminoso. Novamente a solução dada pela comunidade internacional a estes conflitos foi a criação de dois Tribunais Criminais Internacionais, um com sede na Haia e outro com sede em Arusha.

A questão continuava em aberto sobre como estes Tribunais iriam punir<sup>236</sup> os culpados. A Câmara de Apelações do TPII, utilizando precedentes de *Nürnberg* para considerar a joint criminal enterprise sedimentada no costume internacional<sup>237</sup>,

---

<sup>234</sup> Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan. In: CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, art.6.

<sup>235</sup> “multiple liability for criminal acts executed pursuant to a common plan”. In: BOISTER, Neil *The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression at Tokyo International Military*, p.433.

<sup>236</sup> O uso do verbo punir ao invés dos verbos processar, investigar e julgar é propositado.

<sup>237</sup> UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Duško Tadić (Prijedor). IT-94-1-A. Appeals Chamber. Judge Mohammed Shahabuddeen (President), Judge Antonio Cassese, Judge Wang Tieya, Judge Rafael Nieto-Navia, Judge Florence Npedele Mwachande Mumba. *Judgement of 15 July 1999*, §220.





afirmaram a aplicabilidade do mesmo no caso Tadić<sup>238</sup>, ainda que não exista previsão estatutária a respeito deste mecanismo. Traçando um novo paralelo com o conto de Andersen, não há roupa, não há previsão de tal forma de responsabilidade criminal no Estatuto. O Tribunal foi questionado explicitamente a respeito desta falha no caso Milutinović, Šainović e Ojdanić, se pronunciando da seguinte maneira:

A referência por este crime ou aquela forma de responsabilização não precisa, no entanto, ser explícita para entrar no interesse da jurisdição do Tribunal. O Estatuto do TPII não é e não pretende ser, ao contrário do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional por exemplo, um código meticulosamente detalhado prevendo explicitamente cada cenário possível e cada solução correlata. Ele estabelece em termos de alguma maneira gerais o quadro jurisdicional dentro do qual o Tribunal recebe seu mandato de atuação.<sup>239</sup>

Isto significa dar uma autorização em branco para se punir quem a Corte bem entender, destruindo a segurança jurídica na esfera criminal, colocando em evidente ameaça a liberdade dos indivíduos. Aparentemente não contentes com o uso de criatividade judiciária no caso Tadić, a Corte vai além e considera que para o indivíduo ser punido em conformidade com a primeira modalidade de jce, ele não precisaria ser parte do grupo criminoso, mas simplesmente compartilhar o propósito criminoso. Nas palavras da Câmara: “O que importa na primeira categoria de JCE não é se a pessoa que realizou o actus reus de um crime em particular não era membro da JCE, mas se o crime em questão fazia parte de um propósito comum.”<sup>240</sup> Até mesmo Antonio Cassese,

<sup>238</sup> UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Duško Tadić (Prijeđor). IT-94-1-A. Appeals Chamber. Judge Mohammed Shahabuddeen (President), Judge Antonio Cassese, Judge Wang Tieya, Judge Rafael Nieto-Navia, Judge Florence Npedele Mwachande Mumba. *Judgement of 15 July 1999*, §185 e seguintes.

<sup>239</sup> “The reference to that crime or to that form of liability does not need, however, to be explicit to come within the purview of the Tribunal’s jurisdiction. The Statute of the ICTY is not and does not purport to be, unlike the Rome Statute of the International Criminal Court for instance, a meticulously detailed code providing explicitly for every possible scenario and every solution thereto. It sets out in somewhat general terms the jurisdictional framework within which the Tribunal has been mandated to pursue.” In: UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Milan Milutinović; Nikola Šainović; Dragoljub Ojdanić. IT-99-37-AR72. Appeals Chamber. Judge Mohammed Shahabuddeen (President), Judge Fausto Pocar, Judge Claude Jorda, Judge David Hunt, Judge Asoka de Zoysa Gunawardana. *Decision on Dragoljub Ojdanić’s Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise (21 May 2003)*, §18

<sup>240</sup> “What matters in a first category of JCE is not whether the person who carried out the actus reus of a particular crime is not a member of JCE, but whether the crime in question forms part of the common purpose” In: UNITED NATIONS. **International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991.** Prosecutor v. Radoslav Brđanin (Krajina). IT-99-36-A. Appeals Chamber. Judge Theodor Moron (President), Judge Mohammed Shahabuddeen, Judge Mehmet Güney, Judge Andrésia Vaz, Judge Christine Van Der Wyngaert. *Judgement of 03 April 2007*, §410



ferrenho defensor da teoria da joint criminal enterprise considerou tal interpretação um exagero<sup>241</sup>. De qualquer forma, o TPII foi o grande cenário onde se fortaleceu e consolidou tal doutrina, a ponto de tornar-se a forma de responsabilização criminal individual por excelência.

A joint criminal enterprise não encontra menção expressa no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>242</sup>. No entanto, isto não impediu que este instituto, já consolidado na doutrina, marcasse presença no TPI. A maior parte dos casos apresentados pela Promotoria do TPI fala em co-autoria indireta, uma caracterização não prevista no Estatuto, mas que segundo a maioria da doutrina significaria uma possível existência da joint criminal enterprise no Estatuto de Roma. Sobre esta responsabilização criminal invisível, vale a explicação de Cassese:

O Estatuto do TPI não contém uma previsão que regule a JCE em detalhe como um modo de responsabilidade. Tal forma de responsabilização é implicitamente permitida sob o Estatuto, pode ser, no entanto, deduzida do artigo 25(1), que genericamente determina que a responsabilidade criminal por qualquer um dos crimes contidos no Estatuto é implicado em qualquer um ‘cometendo um crime’ em conjunto com outrem’. Esta previsão, em conjunto com a co-autoria (o mesmo crime é cometido por uma pluralidade de pessoas, que realizam o mesmo ato criminoso (...)), também cobre JCE. No entanto, o Estatuto do TPI vai além, pois, apesar de visar um outro modo de responsabilização (contribuição exterior a JCE (...)), ele explicitamente se refere a ‘prática ou tentativa de tal crime [na jurisdição da Corte] por um grupo de pessoas atuando com um propósito comum’ (Artigo 25(3)(d)).<sup>243</sup>

Apesar de momentos em que a joint criminal enterprise foi criticada, ela tem encontrado espaço nas decisões do TPI, embora travestida de co-autoria indireta, levando em consideração que a maior parte dos crimes sob jurisdição do TPI são crimes em massa<sup>244</sup>, ou como conceituou anteriormente Claus Roxin, crimes ligados a uma

---

<sup>241</sup> CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, p.195.

<sup>242</sup> TPI

<sup>243</sup> “The ICC Statute does not contain a provision that regulates JCE in detail as a mode of responsibility. That such form of criminal liability is implicitly permitted under the Statute can however be inferred from article 25 (1), which generically states that criminal responsibility for any of the crimes covered by the Statute is incurred by anybody ‘committing a crime’ ‘jointly with another person’. This provision, in addition to co-perpetration (the same crime is committed by a plurality of persons, who perform the same criminal act (...)), also covers JCE. However the ICC Statute goes further, for, although envisaging a different mode of liability (outsider’s contribution to a JCE (...)), it explicitly refers to the ‘commission or attempted omission of such a crime [within the jurisdiction of the Court] by a group of persons acting with a common purpose’ (Article 25(3)(d)).” In: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, p.212.

<sup>244</sup> Sobre a autoria indireta nas decisões do Tribunal Penal Internacional, fazemos referência ao artigo: WEIGEND, Thomas. *Perpetration through an organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept*.



organização<sup>245</sup>.. Mas o que viria a ser exatamente a joint criminal enterprise? Quais são suas categorias? Estes serão os assuntos que trataremos no próximo capítulo.

## 2 As três novas roupas do rei: joint criminal enterprise em suas três categorias

A primeira categoria de joint criminal enterprise diz respeito a “atos concordados em conformidade com um plano ou desenho comum”<sup>246</sup>, sendo ainda admitido o dolo eventual no caso de consequências esperadas da implementação de um plano. Por exemplo, Cassese fala na responsabilidade por homicídio quando um grupo militar realize o cerco de uma cidade com o objetivo de forçar seus habitantes a lutarem contra o próprio país<sup>247</sup>. Até a adoção da decisão Brđanin, tal modalidade de joint criminal enterprise exigia que os indivíduos que praticassem o actus reus integrassem a empreitada criminosa<sup>248</sup>, o que acreditamos ser a melhor posição, ao invés do exagero adotado pela Corte.

A segunda modalidade de joint criminal enterprise é uma derivação da primeira e diz respeito a situações sistêmicas de violações a direito criminal internacional, sendo baseada nos casos de campos de concentração. Dentro destes campos, cada um que participa do mesmo, desde o guarda dos portões até mesmo o maquinista do trem que levasse as vítimas para o campo de concentração seria responsabilizado, mesmo não tendo realizado o ato criminoso principal (matar, torturar, escravizar). Nas palavras dos juízes do TPII, no caso Tadić: é necessária a “participação ativa na execução de um sistema de repressão, como poderia ser concluído a partir da posição de autoridade e das funções específicas de cada acusado”<sup>249</sup> Os elementos necessários para a configuração

---

<sup>245</sup> Roxin desenvolve a teoria da *Organisationsherrschaft*, a teoria do domínio por organização, em sua obra: ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*.

<sup>246</sup> “acts agreed upon when making the common plan or design” In: CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, p.191.

<sup>247</sup> CASSESE, Antonio. *The Proper Limits of Individual Responsibility Under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, p.111-112.

<sup>248</sup> UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Radoslav Brđanin (Krajina). IT-99-36-A. Appeals Chamber. Judge Theodor Moron (President), Judge Mohammed Shahabuddeen, Judge Mehmet Güney, Judge Andréia Vaz, Judge Christine Van Der Wyngaert. Judgement of 03 April 2007, §410

<sup>249</sup> “active participation in the enforcement of a system of repression, as it could be inferred from the position of authority and the specific functions held by each accused.” In: UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Duško Tadić (Prijeđor). IT-94-1-A. Appeals Chamber. Judge Mohammed Shahabuddeen (President), Judge



de tal responsabilidade seriam a consciência da natureza criminosa do sistema e o desejo que os abusos continuassem.

Já a terceira e mais polêmica modalidade de joint criminal enterprise permitiria que indivíduos numa empreitada comum criminosa fossem responsabilizados por atos que, embora não estivessem no plano geral, poderiam ser considerados consequências naturais ou previsíveis da implementação de tal plano<sup>250</sup>, como por exemplo a responsabilização de indivíduos parte de uma jce por estupros que tivessem ocorrido durante uma ocupação<sup>251</sup>, mesmo que não seja parte do plano. A decisão a respeito da aplicabilidade no caso 002 das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja limitou a aplicabilidade da joint criminal enterprise nesta modalidade, constituindo importante limitador ao considerar que tal modalidade não integraria o costume internacional na época dos crimes do *Khmer Rouge*<sup>252</sup> (logo, não teriam sido estabelecidos em *Nürnberg*). Acreditamos que dentre as várias críticas a JCEIII, é válida a menção da crítica de Kai Ambos, que sintetiza em poucas palavras a falha de tal modo de culpabilidade:

O conflito da JCEIII com o princípio da culpabilidade é óbvio. Se, de acordo com a JCEIII, todos os membros de uma empresa criminal incorrem em responsabilidade criminal mesmo pelos atos de alguns membros que não foram acordados por todos os membros antes de sua comissão, mas são, não obstante, atribuídos a todos eles com base na previsibilidade, o acordo ou plano prévio dos participantes como a base da atribuição recíproca e assim, um princípio geral na lei da co-autoria é assim abolido. A existência de causalidade entre o acordo ou plano inicial e o excesso criminoso não supera o déficit de culpabilidade.<sup>253</sup>

---

Antonio Cassese, Judge Wang Tieya, Judge Rafael Nieto-Navia, Judge Florence Npedele Mwachande Mumba. *Judgement of 15 July 1999*, §203.

<sup>250</sup> UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Duško Tadić (Prijedor). IT-94-1-A. Appeals Chamber. Judge Mohammed Shahabuddeen (President), Judge Antonio Cassese, Judge Wang Tieya, Judge Rafael Nieto-Navia, Judge Florence Npedele Mwachande Mumba. *Judgement of 15 July 1999*, §204

<sup>251</sup> CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, p.200.

<sup>252</sup> KAMPUCHEA = ព្រះរាជាណាចក្រកម្ពុជា (Camboja). Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Nuon Chea, Kieu Samphan, Ieng Sary. Case File/Dossier No. 002/19-09-2007-ECCC/TC. Trial Chamber. Judge Nil Nonn (Presiding), Judge Silvia Cartwright, Judge Ya Sokan, Judge Jean-Marc Lavergne, Judge Thou Mony, Decision on the Applicability of Joint Criminal Enterprise (12 September 2011), §27 e seguintes.

<sup>253</sup> “The conflict of JCE III with the principle of culpability is obvious. If, according to JCE III, all members of a criminal enterprise incur criminal responsibility even for criminal acts by some members which have not been agreed upon by all members before the actual commission but are nonetheless, attributed to all of them on the basis of foreseeability, the previous agreement or plan of the participants as the basis of reciprocal attribution and, thus, a general principle in the law of co-perpetration is abolished The existence of causality between the initial agreement or plan and the criminal excess does not overcome the deficit of culpability.” In: AMBOS, Kai. *Amicus Curiae Brief in the Matter of the Co-Prosecutors’ Appeal of the Closing Order Against Kaing Guek Eav “Duch” Dated 8 August 2008*, p.370.



Uma vez que, como coloca Ambos, há conflito entre a JCEIII e o princípio da culpabilidade, não se pode, por uma questão de princípios de direito criminal, punir um indivíduo com base em tal instituto. Pode parecer óbvio mas nem todos parecem notar que, se um indivíduo não é culpado, ele não pode ser condenado, não pode sofrer pena alguma. O fundamento básico do direito criminal é assegurar ao indivíduo que ele somente sofra punições na medida de sua culpabilidade. Assim, dentre as 3 novas roupas do rei, a JCEIII apresenta-se como a maior anomalia jurídica do direito criminal internacional dos últimos tempos.

Quanto ao propósito comum da joint criminal enterprise, é importante notar que este não precisa ser criminoso em si, desde que crimes sejam previstos como um meio para se atingir o objetivo. Assim, o plano comum de um ditador e seus asseclas pode não ser cometer crimes, mas manter-se no poder e os crimes não sejam um fim criminoso em si mas um meio para se atingir o objetivo comum<sup>254</sup>. Esta é uma importante característica uma vez que os crimes são objetivos secundários para os ditadores (quase que como unir o útil ao agradável para eles).

Descrita as 3 novas peças de roupas do rei, bem como surgiu a ideia do instituto e demonstrada a queda de uma das peças, passamos agora a considerações conclusivas críticas sobre a joint criminal enterprise, lembrando que apesar das falhas e críticas, tal doutrina é apoiada e defendida por doutrinadores como Cassese e encontra respaldo em praticamente todas as decisões de tribunais internacionais.

### **3 Afinal de contas, o rei está nu? – críticas conclusivas a joint criminal enterprise**

O uso exagerado da joint criminal enterprise como forma de responsabilização criminal individual é um erro. Antes de qualquer outra linha de argumentação, a responsabilização individual por crimes deve, em especial no TPI, ser baseada nas formas reconhecidas pelo Estatuto do respectivo Tribunal. O Estatuto de Roma já possui

---

<sup>254</sup> Neste sentido apontamos um julgamento e uma decisão internacionais: KAMPUCHEA = ព្រះរាជាណាចក្រកម្ពុជា (Camboja). Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Nuon Chea, Kieu Samphan, Ieng Sary. Case File/Dossier No. 002/19-09-2007-ECCC/TC. Trial Chamber. Judge Nil Nonn (Presiding), Judge Silvia Cartwright, Judge Ya Sokan, Judge Jean-Marc Lavergne, Judge Thou Mony, Decision on the Applicability of Joint Criminal Enterprise (12 September 2011), §17 e SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santige Borbor Kanu. SCSL-2004-16-A. Appeals Chamber. Judge George Gelaga King (Presiding), Judge Emmanuel Ayoola, Judge Renate Winter, Judge Raja Ferna, Judge Jon Kamanda, Appeals Judgement of 22 February 2008, §80.



formas de punição individual nos casos de crimes coletivos, como a co-autoria. Há uma falha em boa parte da doutrina e da jurisprudência em reconhecer outros mecanismos para a responsabilização criminal individual, mecanismos os quais contam com base convencional e jurisprudencial. Assistir um determinado grupo a praticar o crime, auxiliar, apoiar a prática de crimes internacionais são formas importantes de responsabilização criminal individual, como ficou claro no julgamento de Charles Taylor<sup>255</sup>, Franz van Anraat<sup>256</sup> (processo perante as cortes neerlandesas com base na lei de jurisdição universal daquele país).

Van der Wilt defende o uso de uma teoria desenvolvida na Alemanha e nos Países Baixos, baseada na autoria funcional<sup>257</sup>, através do conceito de crimes de organização, sob o qual citamos Roxin: “Quem integra em determinado momento um aparato ou organizado, que possa dar ordens a pessoas subordinadas, é em virtude disso autor indireto, quando utiliza seus poderes para realizar atos criminosos.”<sup>258</sup> Este posicionamento de utilizar o controle do ato dentro de uma organização, mecanismo para lidar com os crimes internacionais encontra amparo também em Kai Ambos<sup>259</sup> e talvez mais importante ainda, base estatutária no artigo 25, 3,a,iii do Estatuto de Roma. Ambos considera que a primeira modalidade de joint criminal enterprise uma forma de co-autoria<sup>260</sup>, o que possibilitaria sua aplicação no TPI<sup>261</sup>, uma vez que esta modalidade e somente esta encontraria base estatutária.

Desta maneira, acreditamos que a joint criminal enterprise vem erroneamente ganhando destaque, em especial por não ter base estatutária (ressalvada a questão da jce como co-autoria, colocada por Ambos) e por não respeitar integralmente o princípio da

<sup>255</sup> SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. The Prosecutor of the Special Court v. Charles Ghankay Taylor. SCSL-2003-01-T. Trial Chamber II.

<sup>256</sup> NEDERLAND (Países Baixos). Rechtbank ‘S-Gravenhage. Sector Strafrecht. Meervoudige Kamer. Parket v. F. van Anraat. LJN: AX6406. Parketnummer09/751003-04.

<sup>257</sup> WILT, Herman van der. *Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations*, p.103.

<sup>258</sup> “Wer in einen Organisationsapparat an irgendeiner Stelle in der Weise eingeschaltet ist, daß er ihm untergebenen Personen Befehle erteilen kann, ist kraft der ihm zukommenden Willensherrschaft mittelbarer Täter, wenn er seine Befugnisse zur Durchführung strafbarer Handlungen einsetzt” In: ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, p.248.

<sup>259</sup> AMBOS, Kai. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, p.590-594.

<sup>260</sup> O Conceito de co-autoria apresentado por Juarez Cirino dos Santos serve para enquadrarmos a JCEI como uma modalidade de co-autoria. Afirma o autor: “A *autoria coletiva*, ou *co-autoria*, é definida pelo *domínio comum* do tipo de injusto mediante divisão do trabalho entre os co-autores: subjetivamente, decisão comum de realizar fato típico determinado, que fundamenta a responsabilidade de cada co-autor pelo fato típico comum integral (...)A convergência *subjetiva* e *objetiva* dos co-autores exprime *acordo de vontades*, expresso ou tácito, para realizar fato típico determinado.” In: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Moderna Teoria do Fato Punível*, p. 282-283. Grifos no original.

<sup>261</sup> AMBOS, Kai. *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, p.172





culpabilidade. E antes que se argumente que a culpabilidade deveria ser um fator de determinação da pena, vale lembrar a lição de Cirino dos Santos: “A definição de culpabilidade como *circunstância judicial* de formulação do *juízo de reprovação* constitui impropriedade metodológica, porque o *juízo de culpabilidade*, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples *circunstância judicial* de informação do juízo de culpabilidade.”<sup>262</sup> Podemos assim deduzir a partir do autor que não se pode reduzir a culpabilidade a averiguação da pena. Garantir que o indivíduo seja punido somente se culpado é, até onde sabemos, a função primária do direito criminal. Ambos considera que a doutrina da jce entra em conflito com o princípio da culpabilidade e que “a palavra chave é *conduta pessoal*, mais do que papel, função ou posição organizacional. Culpabilidade pressupõe conduta pessoal, que encontra sua expressão nas contribuições individuais a empresa, contribuições que não correspondem necessariamente a função designada ao acusado na empresa”<sup>263</sup>.

Concluindo, das 3 categorias de joint criminal enterprise, somente uma encontraria base estatutária. Neste caso no entanto a responsabilidade criminal do indivíduo não derivaria de sua participação na empresa, mas em sua conduta pessoal, o que o tornaria co-autor ou autor (*Hintermann* na doutrina alemã) por meio de outrem (*Werkzeug* também na doutrina alemã). Desta forma, a JCE1 não existe no Estatuto de Roma como forma independente e autônoma de responsabilização criminal, consistindo na realidade uma co-autoria ou autoria por outrem. A JCE2 e a JCE3<sup>264</sup> não encontram sequer fundamento no Estatuto, o que não exclui a responsabilidade daquele que auxilie, apoie, assista ou até mesmo contribua como co-autor ou organizador de crimes num sistema de violações ao direito criminal internacional, conforme previsto no artigo 25 do Estatuto de Roma.

A questão é que das três roupas que o rei apresentou para os seus súditos, somente uma delas realmente existe e é uma roupa que já existia em seu guarda roupas.

---

<sup>262</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da Pena; Fundamentos políticos e Aplicação Judicial*, p.109. Grifos no original

<sup>263</sup> “the key word is personal conduct rather than organizational role, function or position. Culpability implies personal conduct, which finds expression in individual contributions to the enterprise, contributions that do not necessarily correspond to the function assigned to the accused in the enterprise”. In: AMBOS, Kai. *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility* p.173-174. Grifos no original

<sup>264</sup> Vale ainda lembrar que assumir um risco sabido de que um crime de um subordinado venha a ser cometido, ou falhar para punir um abuso de um indivíduo subordinado ensejariam, ao invés da JCE3 como se poderia pensar, a responsabilidade de comando, esta sim com previsão estatutária. Para mais informações remetemos a obra de Chantal Meloni: MELONI, Chantal. *Command Responsibility in International Criminal Law*.





No entanto, por mais que se insista na desmistificação da *joint criminal enterprise*, ela continua a “arma mágica no processo de crimes internacionais”<sup>265</sup>. É fundamental que a comunidade ligada ao direito criminal internacional tome consciência que não se deve buscar por armas secretas ou por novas roupas do rei. O Direito Criminal Internacional e o Direito Criminal, em especial a parte da dogmática penal, já desenvolveram mecanismos plenamente capazes de lidar com as mais criativas formas de organizações criminosas internacionais, sendo desnecessários novos institutos, pois basta o aperfeiçoamento constante dos instrumentos que já possuímos. Buscar novas formas de condenar indivíduos, sem levar em consideração os princípios básicos do direito criminal (como a culpabilidade) é um desvirtuamento deste ramo das ciências jurídicas, não é necessário reinventar a roda, ela já atende o seu propósito, torna-la quadrada por sua vez desvirtuaria o propósito.

## Referências

AMBOS, Kai. Amicus Curiae Brief in the Matter of the Co-Prosecutors’ Appeal of the Closing Order Against Kaing Guek Eav “Duch” Dated 8 August 2008. Vancouver: International Society for the Reform of Criminal Law. *Criminal Law Forum*, 2009, v.20, n.2-3, p.353-388.

AMBOS, Kai. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

AMBOS, Kai. Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. Oxford: Oxford University Press. *Journal of International Criminal Justice*, v.5, n.1, 2007, p.159-183.

BOISTER, Neil. The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression at Tokyo International Military. The Measure of the Crime of Aggression? Oxford: Oxford University Press. *Journal of International Criminal Justice*, v.8, n.2, May 2010, p.425-447.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, 2nd edition.

CASSESE, Antonio. The Proper Limits of Individual Responsibility Under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise. Oxford. Oxford University Press. *Journal of International Criminal Justice*, v.5, n.1, 2007, p.109-133.

CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. 1945.

---

<sup>265</sup> “‘magic weapon’ in the prosecution of international crimes” In: AMBOS, Kai. *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, p.159.



CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, 4ª edição revista e atualizada.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

KAMPUCHEA = ព្រះរាជាណាចក្រកម្ពុជា (Camboja). Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Nuon Chea, Kieu Samphan, Ieng Sary. Case File/Dossier No. 002/19-09-2007-ECCC/TC. Trial Chamber. Judge Nil Nonn (Presiding), Judge Silvia Cartwright, Judge Ya Sokan, Judge Jean-Marc Lavergne, Judge Thou Mony, Decision on the Applicability of Joint Criminal Enterprise (12 September 2011)

MELONI, Chantal. *Command Responsibility in International Criminal Law*. Den Haag: T.M.C. Asser, 2010.

NEDERLAND (Países Baixos). Rechtbank ‘S-Gravenhage. Sector Strafrecht. Meervoudige Kamer. Parket v. F. van Anraat. LJN: AX6406. Parketnummer09/751003-04.

ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2002.

ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1999. 6e. Auflage

SLIEDREGT, Elies van. Criminal Responsibility in International Law: Liability Shaped by Policy Goals and Moral Outrage. Leiden: Brill, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v.14, 2006, p.81-114.

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamara, Santige Borbor Kanu. SCSL-2004-16-A. Appeals Chamber. Judge George Gelaga King (Presiding), Judge Emmanuel Ayoola, Judge Renate Winter, Judge Raja Ferna, Judge Jon Kamanda, Appeals Judgement of 22 February 2008.

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. The Prosecutor of the Special Court v. Charles Ghankay Taylor. SCSL-2003-01-T. Trial Chamber II. Judge Richard Lussick, Judge Teresa Doherty, Judge Julia Sebutinde e Judge El Hadji Malick Sow. Judgement of 26 April 2012.

UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Duško Tadić (Prijeđor). IT-94-1-A. Appeals Chamber. Judge Mohammed Shahabuddeen (President), Judge Antonio Cassese, Judge Wang Tieya, Judge Rafael Nieto-Navia, Judge Florence Npedele Mwachande Mumba. *Judgement of 15 July 1999*.

\_\_\_\_\_. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Milan Milutinović; Nikola Šainović; Dragoljub Ojdanić. IT-99-37-AR72. Appeals Chamber. Judge Mohammed Shahabuddeen (President), Judge Fausto Pocar, Judge Claude Jorda, Judge David Hunt, Judge Asoka



de Zoysa Gunawardana. *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise (21 May 2003)*.

\_\_\_\_\_. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Radoslav Brđanin (Krajina). IT-99-36-A. Appeals Chamber. Judge Theodor Moron (President), Judge Mohammed Shahabuddeen, Judge Mehmet Güney, Judge Andréia Vaz, Judge Christine Van Der Wyngaert. Judgment of 03 April 2007.

WEIGEND, Thomas. Perpetration through an organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept. Oxford: Oxford University Press. *Journal of International Criminal Justice*, v.9, n.1, 2010, p.91-111.

WILT, Herman van der. *Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations*. Oxford: Oxford Univer



## A CRIAÇÃO DA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM: DEBATES DOCTRINAIS SOBRE O PRIMEIRO ÓRGÃO JURISDICIONAL INTERNACIONAL PERMANENTE

*Lucas Carlos Lima*<sup>266</sup>

### **Resumo**

Criada em 1899 através da Convenção da Paz de Haia, a Corte Permanente de Arbitragem é um órgão jurisdicional internacional cuja criação está situada num campo de tensão entre os discursos que envolvem a arbitragem internacional no período e aqueles que asseveravam a necessidade de criação de um tribunal permanente. Nascida no seio de um discurso de apoteose quanto à arbitragem internacional, a Corte torna-se, com o passar dos anos, alvo de críticas ferrenhas quanto à sua estrutura e quanto à incapacidade de desenvolver o Direito Internacional através de seus laudos. O objetivo do presente trabalho é revisitar historicamente a discussão acerca da Corte Permanente de Arbitragem não somente para uma melhor compreensão do momento e do órgão jurisdicional (o qual, mais recentemente, passou por um severo processo de modernização e adaptação ao cenário internacional), mas igualmente conhecer criticamente os discursos jurídicos que envolvem a própria dinâmica arbitral internacional.

### **Abstract**

Created in 1899 by the Hague Peace Convention, the Permanent Court of Arbitration is an international judicial organ whose creation takes place in a field of tension between discourses that involved the international arbitration at the time and also those which assured the need for the creation of a permanent court. Established in a background of discourses that glorified international arbitration, the Court became a target of fierce criticizing concerning its structure and inability to develop the International Law through its awards. The purpose of the present work is to historically revisit the debates on the Permanent Court of Arbitration not only for a better comprehension of the moment and the jurisdictional organ itself (which, at the present day, has suffered a severe process of modernization and adaptation to the international scene), but also to know critically the juridical discourses that involve the dynamics of the international arbitration.

O ano é 1898 e as nações europeias encontram-se numa extrema e onerosa militarização recíproca<sup>267</sup>. A paz do Concerto Europeu encontra-se ameaçada<sup>268</sup> e as

---

<sup>266</sup> Mestrando em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica do CNPq (PIBIC) nos anos de 2008-2010. Pesquisador do Ius Gentium – Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq, possui sua linha de pesquisa voltada para a história dos tribunais internacionais e arbitragem internacional.

<sup>267</sup> Sobre a temática, ver a obra de LANGE, Christian L. *Histoire de l'Internationalisme*. Vol. I. New York: G.P. Putnam's Sons, 1919. E igualmente MORRIS, Robert C. *International Arbitration and Procedure*. New Haven: Yale University Press, 1911.



relações internacionais mantêm-se pacíficas, muito embora uma série de pequenas questões turvem a Europa. O historiador Jean Baptiste Duroselle descreve o período da seguinte maneira:

Aproximadamente em 1890, a Europa vive na incerteza. A guerra, embora improvável, parece possível e todos os Estados, em seus cálculos, levam em conta essa eventualidade. Bismarck sabiamente havia consentido nessa ameaça pois ela servia a seus objetivos. Além disso, existem muitos conflitos potenciais. A França e a Alemanha não podiam se reconciliar por causa da Alsácia-Lorena. A França e a Itália travaram uma verdadeira guerra aduaneira. (...) Temem-se novos atritos. A Inglaterra e a Rússia, 1887, chegaram à beira da guerra por causa da Ásia central e das fronteiras da Índia. Vê-se finalmente surgir no horizonte uma nova potência: o Japão<sup>269</sup>.

Os fatores apontados por Duroselle levam à incerteza no fim do século, e junto dela surgem igualmente tentativas cada vez mais recorrentes de se evitar um grande conflito bélico entre as potências Europeias. A cultura da arbitragem internacional, ainda que proeminente, não é uma realidade impositiva que faça com que os Estados ignorem a resolução armada de conflitos. A possibilidade de novas guerras é ainda latente, bem como o recurso à guerra faz parte da práxis internacional dos Estados. Além disso, o mundo acabava de assistir ao término da Guerra Hispano-Americana de 1898<sup>270</sup>, demonstrando que uma duradoura paz internacional não estava próxima de ser alcançada.

Assim, em 24 de agosto de 1898 o ministro das relações exteriores russo, Conde Bóris Mouraviev, por ordem do Czar Nicolau II, emitiu um manifesto imperial a todos os representantes diplomáticos acreditados em São Petersburgo<sup>271</sup>. Nesta comunicação, insere o discurso de que:

Colocar fim a estes armamentos incessantes e buscar os meios de prevenir calamidades que ameacem ao mundo inteiro, este é o dever supremo que hoje se impõe a todos os Estados. Penetrado por este sentimento, Sua Majestade teve o prazer de pedir-me de propor a todos os Governos cujos

---

<sup>268</sup> “No entanto, ao final do século, a capacidade industrial crescente combinou-se com as rivalidades nacionalistas e com uma memória apagada dos danos que uma grande guerra poderia produzir para tornar a sociedade europeia de Estados cada vez mais frágil. A elasticidade de que o concerto necessitava para operar cedeu lugar à rigidez” (WATSON, 2004, p. 350)

<sup>269</sup> DUROSELLE, 1976, p. 49

<sup>270</sup> Ocorrida no ano de 1898, a Guerra Hispano-Americana envolvia o controle das antigas colônias espanholas do Caribe e do Pacífico como Cuba, Porto Rico, Filipinas. Esta guerra rendeu aos Estados Unidos o controle de todos estes países, sendo terminada com o Tratado de Paris de 1898. Para maiores detalhes, ver ALGER, Russel A. The Spanish-American War. New York and London: Harper & Brother Publishers, 1901.

<sup>271</sup> Por este motivo, na primeira Conferência o Brasil não participou, bem como nenhum país latino-americano.



representantes estão acreditados junto à Corte imperial, a reunião de uma conferência para ocupar-se deste grave problema<sup>272</sup>.

É verdade que por muito tempo o Czar Nicolau II foi considerado um dos grandes “amigos da paz”<sup>273</sup> pela proposição desta Conferência, cujo discurso motor era a eliminação dos armamentos na Europa com base num ideário pacifista. Nesse sentido, chegou-se a afirmar que “a recente proposta do Czar da Rússia, e a conferência de Haia a qual ele guiou, naturalmente dirigiu atenção à possibilidade de uma era de paz”<sup>274</sup>.

Nesse sentido coaduna-se a análise descrente do historiador Eric Hobsbawm quando compreende que “as Convenções da Paz de Haia eram reuniões internacionais de representantes majoritariamente céticos de governos, e a primeira de muitas das reuniões que tiveram lugar desde então, nas quais os governos declararam seu compromisso decidido, porém teórico, com o ideal de paz”<sup>275</sup>. A leitura de Hobsbawm aporta um elemento importante que é a característica dos delegados das Convenções: grandes homens enviados por seus Estados, mas homens de chancelaria, homens acostumados às vicissitudes de uma política internacional de equilíbrio (e desequilíbrio) europeu. Homens que estavam igualmente curiosos ao mesmo tempo em que céticos com a paz e o desarmamento propostos pelo Czar.

Contudo, independente do motivador intelectual e emocional do Czar, é fato que para a Rússia (bem como para outras Potências) o recrudescimento bélico vinha acompanhado de oneroso encargo econômico<sup>276</sup>. Isto sem desconsiderar a própria dinâmica de equilíbrio de poder apregoada pelos realistas, que compreendem que as Convenções da Paz de Haia foram chamadas num intento do Czar diminuir os

---

<sup>272</sup> Do original: “*To put an end to these incessant armaments and to seek the means of warding off the calamities which are threatening the whole world such is the supreme duty which is today imposed on all States. Filled with this idea, His Majesty has been pleased to order me to propose to all the Governments whose representatives are accredited to the Imperial Court, the meeting of a conference which would have to occupy itself with this grave problem*”. IN: SCOTT, James Brown. *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*. Vol. 2 - Documents. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1909.

<sup>273</sup> RICHET, 1899, p.107

<sup>274</sup> SMITH, 1903, p.12. Do original: “*The recent proposals of the Czar of Russia, and the conference at the Hague to which they led, have naturally directed attention to the possibility of an age of peace*”.

<sup>275</sup> HOBBSAWM, 2010, p.466.

<sup>276</sup> O historiador das relações internacionais, Christian Lange (1919, p. 427) informa que analisando os arquivos diplomáticos da época que eram divulgados, foi possível verificar comunicações entre o ministro da guerra e o ministro das finanças falando da onerosidade dos armamentos. Mouraiev foi quem propôs uma negociação com o ministro austríaco buscando frear a corrida aos armamentos para conter este problema econômico.



armamentos de seus vizinhos que se tornavam mais poderosos que sua nação, sob o argumento idealista da busca da Paz<sup>277</sup>.

De qualquer modo, interessa anotar que o objetivo primordial da Convenção era uma busca pela diminuição ou regulamentação dos armamentos militares e não uma busca pela regulamentação da paz através da arbitragem internacional. Em verdade, em nenhum momento das missivas diplomáticas enviadas pelo Czar tocava-se no assunto da arbitragem internacional.

Retomando a marcha fática, não obstante o aparente ceticismo da Europa Continental<sup>278</sup>, as nações europeias aceitaram o convite para o encontro que se realizaria em 18 de maio de 1899<sup>279</sup> na cidade de Haia, a qual foi escolhida pelas razões históricas de desenvolvimento do Direito internacional e também por conta de seu papel de local de discussão dos poderes Europeus<sup>280</sup>. Assim, na data marcada, vinte e seis<sup>281</sup> delegações encontravam-se reunidas no Oranje Zaal (O Hall Laranja) da Huis ten Bosch (A Casa nos Bosques), o palácio de verão da família real Holandesa, situado aproximadamente a uma milha do centro de Haia.

Uma importante consideração acerca da natureza desta Convenção faz-se necessária. Essa grande reunião de representantes de Estados distingue-se das demais convenções anteriores do período. Distingue-se porque diferentemente das anteriores ela não busca encerrar um conflito e fazer a paz entre atuais beligerantes, mas, ao contrário, busca colocar fim a qualquer possibilidade de ausência da paz no futuro através do desarmamento e da solução pacífica de controvérsias. Nos dizeres de Frederick Holls<sup>282</sup>, a Conferência foi o “primeiro encontro diplomático chamado para discutir garantias à paz sem referências a qualquer particular guerra passada, presente ou em perspectiva”<sup>283</sup>.

---

<sup>277</sup> Em igual modo, conforme conta LANGE (1919, p.429).

<sup>278</sup> FOSTER, 1904, p.19.

<sup>279</sup> Dia do aniversário do Czar Nicolau II. Foi um tributo da Conferência ao seu idealizador (SCOTT, 1909, p.47)

<sup>280</sup> Cf. FOSTER, 1904, p.17.

<sup>281</sup> Assinaram a Convenção da Paz de Haia de 1899: Alemanha, Áustria, Bélgica, China, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, Estados Unidos Mexicanos, França, Grã-Bretanha, República Helênica, Itália, Japão, Luxemburgo, Montenegro, Países Baixos, Pérsia, Portugal, Romênia, Rússia, Sérvia, Sião, Suécia e Noruega, Suíça, Império Otomano, Bulgária.

<sup>282</sup> Frederick W. Holls (1857-1903) foi delegado americano na primeira conferência da paz de Haia, sendo especialista em arbitragem internacional. Cf. SCOTT, 1909, p. 147

<sup>283</sup> Do original: “*the Peace Conference was the first diplomatic gathering called to discuss guarantees of peace without reference to any particular war-past, present, or prospective.*”





Daí o grande idealismo<sup>284</sup> que circunda as Convenções. Por ser um fenômeno jamais assistido pela Comunidade Internacional, chegou-se a afirmar que as Convenções de Paz são “os rudimentos de uma legislação internacional”<sup>285</sup>. Os próprios delegados se viam impressionados com a importância do evento, “um verdadeiro congresso de homens”<sup>286</sup>. Uma conferência que, diferentemente das sucedidas no passado, não visavam disputar a melhor maneira de encerrar uma guerra ou de dividir as potências europeias, mas construir conjuntamente regras internacionais para se galgar a paz (ou maneiras de atenuar os conflitos).

Os trabalhos na Convenção arquitetaram-se sob três comissões. Uma sobre armamentos (e sua redução), a segunda sobre matérias diversas para mitigar o horror da guerra e a terceira sobre a solução pacífica de controvérsias. Muito embora os resultados não tenham sido aqueles intentados pelo Czar acerca do desarmamento dos Estados<sup>287</sup>, foram assinadas três Convenções<sup>288</sup> e três Declarações<sup>289</sup> pelas potências signatárias. No dia 29 de julho foi assinada a Convenção para a Solução Pacífica de Conflitos Internacionais.

Considerada por muitos a mais importante das convenções<sup>290</sup>, já em seu preâmbulo dispõe que os trabalhos são realizados “tendo em consideração as vantagens de uma organização geral e regular do processo arbitral”. Tal documento versava sobre questões gerais de manutenção da paz, mas também acerca de bons ofícios, mediação e comissões internacionais de inquérito. Além disso, a partir do seu artigo 15, a Convenção estrema acerca da arbitragem internacional, conferindo-lhe fundamental valor em seu artigo 16:

Nas questões de caráter jurídico e em primeiro lugar nas questões de interpretação e aplicação das convenções internacionais, reconhecem as Potências signatárias a arbitragem como o meio mais eficaz e

---

<sup>284</sup> HOLLIS, 1900, p.56. Nos dizeres de Robert Morris, “*the Hague Conference itself is virtually an international legislature*” (MORRIS, 1911, p.133). Frederick Hollis afirma ainda ser esta a “Magna Charta do direito internacional” (HOLLIS, 1900, p.57)

<sup>285</sup> LAWRENCE, 1920, p.48.

<sup>286</sup> FOSTER, 1904, p.22.

<sup>287</sup> “*The first Hague Conference, so far as the purpose for which it was originally called was concerned, had been a lamentable failure*” (MORRIS, 1911, p.129).

<sup>288</sup> As convenções são: I - Pacific Settlement of International Disputes; II - Laws and Customs of War on Land; III - Adaptation to Maritime Warfare of Principles of Geneva Convention of 1864.

<sup>289</sup> As três declarações: I - To prohibit the launching of projectiles and explosives from balloons or by other similar new methods; II - To prohibit the use of projectiles the only object of which is the diffusion of asphyxiating or deleterious gases; III - To prohibit the use of bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope, of which the envelope does not entirely cover the core, or is pierced with incisions.

<sup>290</sup> FOSTER, 1904, p. 39.



simultaneamente mais equitativo para dirimir os litígios que não houverem sido resolvidos pelas vias diplomáticas.

O dispositivo mencionado, contudo, não cria uma obrigação para as partes contratantes. Ao contrário, possui um enunciado meramente de orientação. Embora parte dos internacionalistas da época já defendesse<sup>291</sup> (e ansiasse) por uma verdadeira arbitragem obrigatória, os Estados contratantes da convenção não convergiram neste sentido.

Ademais, pode-se verificar, neste ponto, uma pequena divergência entre teoria e prática. Se parte dos teorizadores e dos internacionalistas queriam a concreção de uma arbitragem obrigatória entre os Estados e imaginaram que as Convenções de Haia poderiam concretizar esta ideia, esqueceram-se de que as nações estavam sendo representadas sobretudo por defensores do Estado e não internacionalistas<sup>292</sup>. A convenção estava sendo regida por membros da alta diplomacia de cada Estado, homens preocupados com a soberania e o poder de seus países, não a consubstanciação de um sistema de direito internacional.

Outra interessante questão que se extrai do art. 16 é que a Convenção estabelece duas espécies de litígios aos quais a arbitragem pode ser escolhida como metodologia para deslinde de litígio: questões de estrito caráter jurídico e interpretações de tratados internacionais. Aqui se percebe como vem positivada uma construção doutrinal já utilizada ao longo do século XIX, a ideia de “questões vitais”, as quais não são passíveis do recurso arbitral. Percebe-se, pois, um restringir ao uso da arbitragem, restringir necessário no qual se encontra a semente do posterior debate acerca das controvérsias jurídicas e controvérsias políticas no âmbito das jurisdições internacionais<sup>293</sup>.

Pode-se afirmar, ante os argumentos cotejados, que muito embora tenha conferido proeminente destaque à arbitragem internacional, a Convenção de 1899 não deixou de também abalizar os alcances do instituto. Diferentemente dos olhares

---

<sup>291</sup> Ver BARCLAY, 1917, p. 52

<sup>292</sup> Nesse sentido rememora Foster que: “*They were neither dreamers nor theorists, but men of eminently practical experience in government, diplomacy, and war. The respective nations sent as their representatives their first diplomatists, most erudite jurists, prominent men of affairs, and skillful soldiers*” (FOSTER, 1904, 21)

<sup>293</sup> Sobre o assunto, ver MORELLI, Gaetano. Considerazioni sulla soluzione giudiziaria delle controversie internazionali. Comunicazioni e Studi, Volume Secondo, pp. 109-127. Milano: Giuffrè, 1946.



pacifistas róseos que consideram as Convenções a grande apoteose da arbitragem, a maneira como esta veio trabalhada não corresponde à tentativa compulsória de arbitramento desejada.

Isto porque a Convenção não estabelecia uma ordem compulsória, mas sim sugestiva de metodologias pacíficas de resolução de conflitos. Não colocava a arbitragem internacional em primeiro plano, mas como uma das possíveis ferramentas as quais os Estados poderiam recorrer. Ainda assim:

O sentimento, entretanto, em favor da arbitragem compulsória era tão forte que um artigo foi inserido na convenção reservando o direito de qualquer dos poderes signatários concluir acordos gerais ou especiais, estendendo a obrigação de submeter controvérsias à arbitragem em todos os casos os quais considerassem apropriados a esta solução<sup>294</sup>

Este forte sentimento da arbitragem compulsória vem insculpido no artigo 19<sup>295</sup>, que reflete bem essa tensão contida na Convenção. Tensão entre os anseios de uma época, de um grupo de internacionalistas e pacifistas que acreditaram que a arbitragem era a solução para a paz, e a concepção de soberania estatal que permeia os representantes das potências. Por mais criticada que tenha sido a forma como inserida a arbitragem no âmbito da Convenção, inegável é que se de outra forma fosse realizada também não conseguiria coadunar um consenso dos Estados.

Contudo, os esforços da Convenção não podem ser ignorados, sobretudo porque não bastando reconhecer à arbitragem um posicionamento de destaque no cenário internacional, sacralizando em grandes Tratados internacionais a experiência vivida pelo século passado, a Convenção também previa a criação de uma Corte Permanente de Arbitragem no seu artigo 20:

No intuito de facilitar o recurso imediato à arbitragem para as pendências internacionais que não tiverem podido ser reguladas pela via diplomática, as Potências signatárias obrigam-se a construir um tribunal permanente de arbitragem acessível em qualquer tempo e funcionando, salvo estipulação das Partes em contrário, em conformidades das regras de processo inseridas na presente Convenção.

<sup>294</sup> FOSTER, 1904, p.44. Do original: “*The sentiment, however, in favor of compulsory arbitration was so strong that an article was inserted in the convention reserving the right to any of the signatory powers to conclude general or special agreements, extending the obligation to submit controversies to arbitration in all cases which they consider suitable for such submission*”.

<sup>295</sup> Art. 19 da Convenção de Haia sobre Soluções Pacíficas de Controvérsias: “*Independente dos tratados gerais ou particulares que atualmente estipulam a obrigação para as Potências signatárias de recorrerem à arbitragem, reservam-se as Potências o direito de celebrar, antes ou depois da ratificação do presente Acto, novos acordos gerais ou particulares, no intuito de tornar extensiva a arbitragem obrigatória a todos os casos que as mesmas Potências julgarem que lhes podem ser submetidos*”.



Estruturada através de uma Secretaria em Haia<sup>296</sup> e um Conselho Administrativo<sup>297</sup>, cada Potência signatária deveria enviar à Corte uma lista de quatro nomes para compor o Rol de árbitros<sup>298</sup>. Com mandato de seis anos, estes árbitros, esta lista de nomes de renomada reputação jurídica<sup>299</sup> ficaria à disposição dos Estados para compor tribunais arbitrais a qualquer tempo, seguindo uma série de regras de procedimento arbitrais que também foram compiladas nesta Convenção.

Nessa linha, cabe aqui anotar que o regramento de procedimento arbitral contido na Convenção vai do artigo 30 ao artigo 58, sendo a maior parte do documento<sup>300</sup>. Longe de ser um trabalho verdadeiramente inovador, esta compilação de procedimentos arbitrais são a escolha pontual de normas anteriormente confeccionadas. Não apenas normas e tratados existentes entre Estados, mas também seleção de normas procedimentais nos casos de arbitragem, como também parte da composição doutrinal acerca da arbitragem internacional.

Este é particularmente também um dos grandes méritos da Convenção, a seleção, a ordenação de procedimentos arbitrais muitas vezes esparsos e de uso não uniforme. Na composição de um tribunal arbitral para solução de um litígio entre os Estados perdia-se certo tempo na escolha dos procedimentos que seriam seguidos por aquela composição. Desta forma, vem assim insculpido o art. 30 da Convenção: “No intuito de favorecer o desenvolvimento da arbitragem, as Potências signatárias concordaram nas seguintes regras, que serão aplicáveis no processo arbitral, quando outras não forem estipuladas pelas Partes”.

No que concerne à Corte criada, esta foi alvo de severas críticas. Longe de ser uma verdadeira Corte de Arbitragem Internacional, tratava-se de uma lista de árbitros. Lassa Oppenheim<sup>301</sup> chama de “eufemismo”<sup>302</sup> o nome que ganhou a Corte, e o

---

<sup>296</sup> O Escritório Internacional da Secretaria fica no Palácio a Paz. Serve de canal de comunicação para criação de tribunais, e arquivo de documentos.

<sup>297</sup> O Conselho Administrativo é formado pelo ministro das relações exteriores dos Países Baixos e diplomatas de alguns Estados signatários. Encontra-se com alguma frequência, ou ao menos anualmente.

<sup>298</sup> Conforme disposto no art. 23 da Convenção.

<sup>299</sup> Nos termos do artigo 23 da Convenção de 1899: “*de reconhecida competência em questões de direito internacional, que gozem da mais alta consideração moral e dispostos a aceitarem as funções de árbitros*”.

<sup>300</sup> Nesse sentido cabe anotar que “*the work in international law at these conferences concerned the normalization of the procedure of international law. The most important of the Hague Conventions deals with the peaceful settlement of international disputes*”. (NIPPOLD, 1923, p.14)

<sup>301</sup> Lassa Francis Lawrence Oppenheim (1858-1919), internacionalista alemão com cidadania britânica, foi professor de direito internacional na Universidade de Cambridge, sendo um dos principais nomes do direito internacional do início do século XX, sobretudo por sua obra “*International Law: A Treatise*”.



internacionalista francês Georges Scelle<sup>303</sup> trata-a por “pseudo-Corte”<sup>304</sup>, haja vista possuir apenas alguns elementos de caráter permanente, como a sua secretaria, por exemplo. Verzijl<sup>305</sup> afirma que o próprio nome é uma indicação que as potências signatárias estavam ainda relutantes em subscrever uma ideia de uma genuína corte de justiça designada a resolver litígios entre os Estado, por isto esta “algunha híbrida”. Nicolas Politis, ligeiramente mais ácido, afirma que “privada de todo caráter de obrigação de permanência, a Corte nada mais é que uma simples jurisdição fantasma”<sup>306</sup>.

Inaugurada em 1901, num modesto hotel privado. Restou ali por doze anos, até mudar-se para o Palácio da Paz, construído por Andrew Carnegie num terreno dado pelos Países Baixos<sup>307</sup>.

Entretanto, é somente no ano de 1902 que a Corte de Arbitragem vai funcionar, graças ao presidente Roosevelt<sup>308</sup>. Num litígio envolvendo Estados Unidos e México relativo às obrigações surgidas acerca da recém adquirida Califórnia, o tribunal criado numa sentença de 14 de outubro de 1902 condenou o México<sup>309</sup>.

Ademais, impulsionadas pelo espírito em favor da arbitragem internacional após o firmar da Convenção, diversas nações começam a pactuar entre si tratados de arbitragem vinculados à Corte Permanente de Arbitragem<sup>310</sup>. Em outubro de 1903, Grã-Bretanha e França firmam um tratado de cinco anos dispondo que todos os litígios surgidos neste período entre os países seriam submetidos à Corte<sup>311</sup>.

---

<sup>302</sup> OPPENHEIM, 1921, p.42.

<sup>303</sup> Georges Scelle (1878-1961), foi um internacionalista francês da primeira metade do século XX. Professor de Direito Internacional Público na Faculdade de Dijon por 20 anos, foi também membro da Comissão de Direito Internacional da ONU, bem como membro do Institut de Droit International e da Corte Permanente de Arbitragem desde 1950. Scelle é um dos importantes nomes da Escola Francesa do Direito Internacional, que reúne concepções antiformalistas e não-Estatistas do fenômeno jurídico internacional.

<sup>304</sup> SCELLE, 1919, p.75.

<sup>305</sup> VERZIJL, 1976, p. 344.

<sup>306</sup> POLITIS, 1927, p. 102.

<sup>307</sup> POLITIS, 1927, P.103.

<sup>308</sup> Cabe anotar que a delegação americana sempre foi uma das mais enfáticas na defesa da criação dos tribunais criados em Haia. Desta forma, o impulso ao seu funcionamento nada mais é do que uma tentativa de dar crédito à instituição recém criada.

<sup>309</sup> HUDSON, 1943, p.12. Para maiores informações sobre o Caso dos Pios Fundos (1902), ver HUDSON, 1902, p.12-14. E igualmente a obra sobre o caso: JACOBSON, J.A. Le Premier Grand Procès International a la Cour de la Haye. Paris: V. Giard & E Brière, 1904.

<sup>310</sup> Segundos Morris (1911, p.130) 33 tratados de arbitragem foram concluídos após a Convenção.

<sup>311</sup> FOSTER, 1904, p.45.



De igual modo, em 1902, um tratado de arbitragem compulsória submetido à jurisdição da Corte firmado entre México e Espanha dispunha que questões de “independência nacional e honra” estão excluídos<sup>312</sup>.

Acerca destes termos, afirma-se que são “tão vagos e elásticos que é difícil perceber quais casos eles não cobrem”<sup>313</sup>. Mais uma vez percebe-se que mesmo a práxis entre os Estados também limita o já rígido sistema arbitral que vem orquestrado nas Convenções. A inclusão de termos vagos deste calibre serve de segurança ao afastar da obrigatoriedade arbitral que os tratados representariam.

É neste sentido que se coaduna também a crítica de Dionísio Anzilotti<sup>314</sup>, ao afirmar que algumas normas que dão força às normas procedimentais são certamente inexatas, porque “como dependem da vontade dos Estados de recorrer à arbitragem ou de obrigar-se a ela recorrer, desta maneira é sempre a sua vontade que adota ou torna jurídica as normas propostas pela conferência”<sup>315</sup>.

Esta primeira problemática se desdobra mais uma vez ao se afrontar a questão da exequibilidade das sentenças arbitrais. O debate no seio das Conferências quanto à força executória também restou infrutífero quanto a uma forma compulsória de realizá-lo. Segundo Foster<sup>316</sup>, um senso de equidade e a força da opinião pública foram suficientes para assegurar a observância das sentenças. Assim, quanto a essa temática, restou consignado no art. 31 que

As Potências que recorrerem à arbitragem assinarão um ato especial (compromisso), no qual serão determinados, com precisão, o objeto de

---

<sup>312</sup> FOSTER, 1904, p.54.

<sup>313</sup> BARCLAY, 1917, p.61. Do original: “The term ‘national honour’ in fact, is so vague and elastic that it is difficult to see what cases it might not be made to cover” (61),

<sup>314</sup> Nascido em 1867, na cidade de Pescia (região da Toscana, província de Pistoia), Anzilotti faleceu em 1950 na mesma cidade, para onde se retirou após sua aposentadoria. Dionisio Anzilotti, que desde o início de seus estudos e carreira tratou de diversos aspectos do Direito Internacional, tanto público como privado, é considerado um dos pais da escola italiana de Direito Internacional, tendo influência direta nos internacionalistas italianos do século XX. Em 1919 foi conselheiro jurídico e delegado técnico do governo italiano na Conferência de Paris. Em 1916 nomeado subsecretário geral da Liga das Nações, e em 1920 participou nos trabalhos preparatórios do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Em 1921 foi juiz da corte e presidente da mesma de 1928 a 1930. Em 1930 foi eleito para um segundo mandato de nove anos. Além disto, fundou a Rivista di Diritto Internazionale, uma das principais publicações especializadas, membro do Instituto de Direito Internacional, do Curatorium da Academia de Direito Internacional de Haia.

<sup>315</sup> ANZILOTTI, 1915, p.53. Do original: “come dipende dalla volontà degli Stati di ricorrere all’arbitrato o di obbligarsi a ricorrervi, così è sempre la loro volontà che adotta e rende giuridiche le norme proposte dalla conferenza” Em igual sentido: “Elles [as convenções] représentaient la réglementation d’une liberté qui demeurait intacte et dont l’usage NE dépendait que du bon vouloir des États intéressés” (POLITIS, 1924, p.142

<sup>316</sup> FOSTER, 1904, p. 57.





litígio e a amplitude dos poderes dos árbitros. Esse ato implica a mútua obrigação para as Partes de se submeterem de boa fé à sentença arbitral.

O problema da força executiva das decisões internacionais encontra suas raízes também nesse período e mesmo aqui a ausência de solução também é flagrante. Cria-se um sistema que relega a metafísicos conceitos de “senso de equidade” e “força da opinião pública” a validade das decisões arbitrais. É um erro acreditar que a paz pode ser mantida por uma solução que fundamenta na “boa-fé” a submissão à sentença arbitral. É bem verdade que para o período uma solução distinta não poderia ser adotada. Não seria possível criar um sistema compulsório de execução de sentença. Seja porque os Estados não o adotariam, seja porque seria iníquo no campo prático.

Contudo, a problemática da ausência de força executória das decisões reabre a problematização acerca das reais dimensões do instituto e da lente segundo a qual se pode realizar uma escoreta apreciação do fenômeno no início do século.

Com as Convenções de Haia de 1907 (que serão pontualmente trabalhadas em momento posterior), a Corte Permanente de Arbitragem persevera no âmbito da Comunidade Internacional, mas sua prática vem severamente criticada pelos internacionalistas da época, que almejavam uma organização verdadeiramente permanente de arbitragem.

É inegável a sua importância ao direito internacional, entretanto. Entre 1900 e 1920 a CPA foi a maior organização de arbitragem. Segundo Ian Brownlie<sup>317</sup>, não uma corte, mas um maquinário para a composição de tribunais arbitrais<sup>318</sup>. E as palavras de do britânico representam bem a realidade daquela Corte. Era um maquinário que servia ao sistema arbitral do período, um fácil mecanismo de acesso à composição de arbitragens. É um sistema diretamente conexo com o sistema arbitral vivenciado pelo século XIX, mas não um sistema arbitral verdadeiramente permanente desejado pelos internacionalistas<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Ian Brownlie (1932-2010), britânico, é um dos maiores especialistas em Direito Internacional, sendo professor da matéria na Universidade de Oxford. Brownlie foi conselheiro legal de diversos casos perante a Corte Internacional de Justiça e seu livro "Principles of Public International Law" é um dos mais referenciados manuais da área. Foi utilizado neste trabalho para elucidar conceitos-chave e de mesmo modo na identificação atual de conceitos do passado.

<sup>318</sup> BROWNLIE, 1998, p.705.

<sup>319</sup> Cf. POLITIS, 1924, p.102:



Não por isso, falou-se que a Convenção de Haia era uma montanha que dava a luz a um rato (“*la montagne qui accouche d'une souris*”)<sup>320</sup>. Severamente crítico, Politis em sua obra *Justice Internationale* aguilhoa a Corte com acidez e realidade, afirmando que o nome excessivo de candidatos árbitros diminui a autoridade da instituição e torna ainda mais raro de estabelecer uma tradição jurídica ou a formação de uma jurisprudência<sup>321</sup>.

As decisões foram muito importantes para consolidar o tribunal de arbitragem como um meio de solução pacífica de litígios, contudo, contribuiu muito pouco para o desenvolvimento do direito internacional<sup>322</sup>. Esta é um dos decepcionantes resultados da Corte Permanente de Arbitragem. Esperava-se que a existência deste tribunal fizesse com que os laudos proferidos compusessem uma verdadeira jurisprudência no processo de legalidade e formação do direito internacional, o que não restou verificado. Segundo Oppenheim<sup>323</sup>, um tribunal arbitral não é uma corte no sentido real da palavra, uma vez que suas decisões não são necessariamente baseadas em regras de direito nem desenvolvem o direito porque existe um forte elemento de *ex aequo et bono*, ou seja, de equidade.

Em outras palavras, não há um compulsório enfrentamento do direito internacional tomando-o como sistema e sobre ele versando. Há uma análise pontual do caso concreto que muitas vezes serve inclusive para rearranjar interesses de uma forma pacífica e com base no princípio da equidade. Sem olvidar, de igual forma, a crítica já constante no período anterior de ausência de um corpo jurisprudencial contínuo<sup>324</sup> e orgânico entre si.

Ademais, Politis (1924, p.127) inclusive comenta que a Corte Permanente de Arbitragem é pouco acessível, não sendo responsável pela maioria dos processos de arbitragem do período. De 1902 até 1934 foram apenas 21 casos submetidos à Corte<sup>325</sup>. Segundo VERZIIL (1976, p.382) de 1902 a 1914 são registrados 70 casos de arbitragem

Esta falta de acesso, também segundo o juriconsulto francês, dá-se porquanto a confiança na Corte é limitada. A confiança é limitada porquanto os membros não são

---

<sup>320</sup> POLITIS, 1924, p.103.

<sup>321</sup> POLITIS, 1924, p. 104.

<sup>322</sup> WEHBERG, 1918, p.39.

<sup>323</sup> OPPENHEIN, 1921, p.46.

<sup>324</sup> “*The awards of the tribunal lack the continuity and consistency which would constitute them a body of cumulating jurisprudence.*”(HUDSON, 1943, p.34)

<sup>325</sup> HUDSON, 1943, p.31.



verdadeiros juízes. Não se conhecem entre eles. Não possuem uma confiança que é indispensável ao exercício da função judiciária<sup>326</sup>. Os tribunais formados durante sua atuação são como prolongamentos das chancelarias, não uma verdadeira corte judicante.

Ademais, outra crítica que se acopla ao montante já referenciado é a onerosidade da Corte em contrapartida à insatisfação gerada com seu desempenho. O funcionamento da Corte é particularmente oneroso. Há despesas gerais, repartida entre todos os Estados participantes para manutenção da secretaria e do Conselho, bem como despesas particulares a cada processo<sup>327</sup>.

As críticas esboçadas pelos internacionalistas à época (sobretudo aquela de que a Corte não era um órgão permanente verdadeiramente) restaram claras aos Estados no período imediatamente posterior. Contudo, a compreensão histórica desse fenômeno demonstra como o debate que circunscreve uma jurisdição internacional arbitral já visitava algumas questões que ainda hoje são problemáticas, sobretudo ao se pensar no caráter arbitral que ainda assume a jurisdição internacional.

## Referências bibliográficas

ALGER, Russel A. *The Spanish-American War*. New York and London: Harper & Brother Publishers, 1901.

ANZILOTTI, Dionísio. *Corso di Diritto Internazionale. Volume Terzo: I Modi di Risoluzione delle Controversie Internazionali*. Roma: Atheneum Società Editrice Romana, 1915.

BARCLAY, Sir Thomas. *New Methods Of Adjusting International Disputes And The Future*. London: Constable & Company Ltd, 1917.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5.ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

DUROSELLE, J.B., *A Europa de 1815 aos nossos dias: vida política e relações internacionais*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1976.

FOSTER, John. W. *Arbitration and The Hague Court*. London: Cambridge University Press, 1904.

HOLLS, Frederick W. *The Peace Conference at The Hague and its Bearings on International Law and Policy*. New York and London : Macmillan & Co, 1900

---

<sup>326</sup> POLITIS, 1924, p.128.

<sup>327</sup> POLITIS, 1924, p.105.



HUDSON, Manley O. *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*. New York: The Macmillan Company, 1943.

LANGE, Christian L. *Histoire de l'Internationalisme*. Vol. I. New York: G.P. Putnam's Sons, 1919.

LAWRENCE, 1920

LAWRENCE, T. J. *Les Principes de Droit International*. Oxford: Imprimerie de L'Université, 1920.

MORELLI, Gaetano. *Considerazioni sulla soluzione giudiziaria delle controversie internazionali*. *Comunicazioni e Studi, Volume Secondo*, pp. 109-127. Milano: Giuffrè, 1946.

MORRIS, Robert C. *International Arbitration and Procedure*. New Haven: Yale University Press, 1911.

NIPPOLD, Otfried. *The Development of International Law After the World War*. Oxford: Clarendon Press, 1923.

OPPENHEIM, Lassa. *International Law, a Treatise*, New York: Longmans Green and Co, 1921.

OPPENHEIM, Lassa. *The Future of International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1921.

POLITIS, Nicolas. *La Justice Internationale*. Paris: Librairie Hachette, 1924.

POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances Du Droit International*. Librairie Hachette: Paris, 1927

RICHET, Charles. *Le guerre e la Pace*. *Studi sull'arbitrato internazionale*. Napoli: Colonnese editore, 1899.

SCELLE, Georges. *Le Pacte des Nations et sa liaison avec Le Traité de Paix*. Paris: Recueil Sirey, 1919.

SCOTT, James Brown. *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*. Vol. 2 - Documents. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1909.

SMITH, F. E. *International Law*. London: Bedford Street, 1903.

VERZIIL, J.H.W. *International Law in Historical Perspective: Vol. IV, Inter-State Disputes and their Settlement*. Leyden: A.W.Sijthoff, 1976.

WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*. Brasília: Editora UNB, 2004.

WEHBERG, Hans. *The Problem of an International Court of Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1918.



## A CORTE EUROPEIA E A QUESTÃO DO CRUCIFIXO: ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O CASO LAUTSI CONTRA ITÁLIA.

*Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazi*<sup>328</sup>

### Resumo

O presente trabalho pretende desenvolver um estudo crítico sobre um caso jurisprudencial recém decidido pela Corte Europeia dos Direitos Humanos, o caso *Lautsi contra Itália*, de 2011. A temática enfrentada diz respeito aos símbolos religiosos e, em detalhe, à questão da exposição do crucifixo nos ambientes das escolas públicas. O trabalho ressalta como o episódio tem gerado reações bastante divergentes, algumas concordantes com a pronúncia da Corte e outras enxergando a situação como uma ocasião perdida por parte da Corte de ser corajosa nas avaliações das condutas estatais. Tenta-se retrair a questão desde o começo, com a primeira decisão da Corte de 2009 e a última de 2011, as duas tendo resultados totalmente opostos. Discute-se sobre secularismo, margem de apreciação e se ressalta como a Corte não consiga sair da intrincada questão, acabando por conferir demasiada deferência aos Estados.

**Palavras-chave:** Corte europeia dos direitos humanos, liberdade religiosa, símbolos religiosos, crucifixo.

### Abstract

This article intends to develop a critical study regarding a ruling given by the European Court of Human Rights, the case of *Lautsi v. Italy* of 2011. The subject matter dealt with in this article concerns religious symbols, and more specifically, the topic of the display of crucifix in state schools. The work emphasizes how this case engendered diverging opinions, some of which agreeing with the ruling, others seeing the whole thing as a wasted occasion by the Court in order to be bold in the evaluations of state conducts. The article tries to revisit the issue since the beginning, with the first ruling given by the Court in 2009 and the last one given in 2011, the two of them having utterly opposite results. The article discusses about secularism, margin of appreciation and it emphasizes how the Court isn't able to free itself from the intricate question, leading to give too much deference to the States.

**Key-words:** European Court of Human Rights, Religious freedom, religious symbols, crucifix.

---

<sup>328</sup> Mestranda em Direito, área Relações Internacionais na UFSC e membro do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional da UFSC, Bacharel em Direito pela Università degli Studi di Trento (Itália) em 2009.



## Introdução

No panorama europeu, o direito à liberdade religiosa é tutelado pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), instrumento internacional ao qual aderem 47 estados europeus, inclusive a Turquia. A CEDH possui três normas relevantes em matéria de liberdade religiosa, a saber, o artigo 9<sup>329</sup>, o artigo 2 do Protocolo n.º1<sup>330</sup> e indiretamente o artigo 14<sup>331</sup>. O artigo 9 da CEDH tutela o direito à liberdade religiosa, de pensamento e de consciência, apontando o conteúdo da mesma, as faculdades permitidas e os limites que podem ser postos à própria liberdade. O artigo 2 do Protocolo n.º1 estabelece que o Estado, quando exerce as funções assumidas no campo da educação e do ensino, deve respeitar o direito dos pais de que tal atividade seja providenciada conforme as convicções religiosas e filosóficas deles. Enfim o artigo 14 afirma que os direitos reconhecidos pela CEDH devem ser garantidos sem alguma discriminação com respeito às diferentes situações pessoais.

Desde o início das atividades da Corte Europeia – antes coadjuvada pela Comissão, agora não mais existente – a questão dos símbolos religiosos e da tutela acordada ao direito de liberdade religiosa tem representado tema bastante debatido e controvertido, sobretudo após o acórdão *Lautsi contra Itália*. Essa pronúncia tem suscitado reações diferentes e constitui um exemplo emblemático do fato que ainda hoje a questão da liberdade religiosa e de seus limites é bastante controvertida<sup>332</sup>. O artigo

---

<sup>329</sup> O artigo 9 assim recita: “O artigo 9, intitulado liberdade de pensamento, de consciência e de religião assim afirma: “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem”.

<sup>330</sup> O qual recita que “A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas”.

<sup>331</sup> O artigo 14 assim dispõe “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

<sup>332</sup> Nas palavras de Diletta Tega, esse caso oferece pelo menos dois planos de reflexão: antes de tudo, representa um exemplo paradigmático de como o constitucionalismo europeu contemporâneo tutele as liberdades fundamentais. Em segundo lugar, o caso faz com que se reflita sobre o conteúdo da liberdade religiosa, assim como individualizada no nível constitucional e internacional. A autora, neste propósito, ressalta como exista uma divergência no nível italiano e no nível europeu. A autora afirma que mesmo que em segunda instância seja confirmada a pronúncia de primeiro grau, não seria eliminado o crucifixo e que qualquer seja a decisão do Tribunal Pleno, o legislador deveria refletir de maneira mais corajosa





em questão analisa a contribuição dada pela jurisprudência europeia no âmbito da liberdade religiosa, considerada sob a ótica da laicidade e do necessário equilíbrio a ser alcançado entre essa última e o direito à liberdade religiosa, assim como definido pelos artigos 9 e 14 da CEDH e artigo 2 do Protocolo adicional nº1 à CEDH.

### **O acórdão Lautsi contra Itália**

O acórdão em questão representa o êxito de uma ação judicial que tem sido objeto de análise por parte da Corte durante alguns anos. De fato, a última pronúncia em matéria foi dada em 18 de março de 2011, após recurso interposto pela Itália contra a primeira decisão da Corte, pronunciada 3 de novembro de 2009<sup>333</sup>. Com a última pronúncia, a Corte Europeia conclui uma longa e controvertida batalha empreendida por uma cidadã atea italiana.

A pronúncia de 2011 foi ensejada pelo recurso interposto pelo Estado italiano, o qual conforme previsto pelo artigo 43 da CEDH<sup>334</sup>, recorreu contra a decisão da Corte que em primeira instância tinha acolhido as razões da recorrente. O Tribunal Pleno revirou completamente a decisão pronunciada em primeira instância, chegando a acolher o recurso interposto pelo Estado italiano.

A questão originou-se pela disputa acerca da presença do crucifixo em uma escola de ensino fundamental de Abano (Itália) em que os seus filhos estavam inscritos. A cidadã atea considerava-se ofendida pela presença desse símbolo religioso nas salas de aula frequentadas pelos filhos e, fundamentando-se sobre o princípio de laicidade, de igualdade, imparcialidade da pública administração, a recorrente recorreu ao Tribunal Administrativo Regional<sup>335</sup> (TAR) da região Vêneto. O TAR e, sucessivamente, o

---

sobre o tema. TEGA, Diletta. Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. In: *Quaderni costituzionali*, 2010, n.4, p.799-800.

<sup>333</sup> Recurso n.30814/06.

<sup>334</sup> O artigo 43 dispõe sobre a devolução ao Tribunal Pleno: “Num prazo de três meses a contar da data da sentença proferida por uma seção, qualquer parte no assunto poderá, em casos excepcionais, solicitar a devolução do assunto ao tribunal pleno. 2. Um coletivo composto por cinco juízes do tribunal pleno aceitará a petição, se o assunto levantar uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou ainda se levantar uma questão grave de caráter geral. 3. Se o coletivo aceitar a petição, o tribunal pleno pronunciar-se á sobre o assunto por meio de sentença.

<sup>335</sup> No ordenamento italiano, TAR é aquele órgão de justiça administrativa, competente para julgar recursos contra atos administrativos por particulares que se consideram ofendidos em seu interesse legítimo. Trata-se de juízes administrativos de primeiro grau, cujas pronúncias são apeláveis perante o Consiglio di Stato, órgão de última instância que no ordenamento italiano desempenha funções administrativas e jurisdicionais.



*Consiglio di Stato*<sup>336</sup> – a máxima instância de justiça administrativa na Itália – rejeitaram o recurso da recorrente, sustentando que, também em uma perspectiva de secularismo, o crucifixo reveste uma função simbólica educativa, apta a refletir os próprios valores que baseiam o princípio de laicidade<sup>337</sup>. A recorrente, perante as decisões negativas pronunciadas pelos órgãos de justiça administrativos italianos, interpôs recurso junto à Corte Europeia de direitos humanos, afirmando violação do artigo 9 da CEDH, artigo 2 do Protocolo 1 e enfim do artigo 14 da CEDH. A Corte emanou uma pronúncia acolhendo as queixas da recorrente e condenando a Itália por ter violado o artigo 2 do Protocolo nº1 e o artigo 9 da CEDH. Na sua primeira decisão, a Corte afirmou que a exposição do crucifixo em lugares onde são exercidas funções públicas, e, mais especificamente, nas salas de aula, limita o direito dos pais de verem os filhos educados conforme suas próprias convicções religiosas e filosóficas<sup>338</sup>. Como bem aponta Monica Lugato, questões referentes a símbolos religiosos têm constituído recorrente objeto de recursos junto aos órgãos de Estrasburgo, e pela primeira vez a Corte teve que se expressar sobre a compatibilidade da exposição de um símbolo religioso por parte do Estado com a liberdade religiosa dos particulares. A autora continua afirmando que mesmo antes do acórdão *Lautsi*, as pronúncias precedentes da Corte tinham como objeto avaliar a legitimidade de restrições à manifestação da liberdade religiosa por meio de símbolos imposta pelo Estado aos particulares à sua jurisdição<sup>339</sup>.

Cabe ressaltar como a Constituição italiana, diferentemente da francesa e da turca, não estabelece expressamente a separação entre Igreja e Estado, apesar de não existir uma religião de Estado, como acontece, por exemplo, no caso da Grécia. A Constituição italiana dedica seis artigos à matéria da liberdade religiosa<sup>340</sup>, enquanto

---

<sup>336</sup> Não é possível conseguir uma tradução em português desse órgão já que no Brasil não existe uma justiça administrativa separada com seus próprios órgãos como, pelo contrário, acontece na Itália. Por isso tentei colocar junto à palavra italiana, uma explicação para identificar o papel da instituição.

<sup>337</sup> Ver a contribuição de PACINI, Marco. *La Cedu e il crocifisso nelle aule scolastiche*. In: *Giornale Diritto Amministrativo*, 2011, II, p.853.

<sup>338</sup> Conforme dispõe o artigo 2 do Protocolo nº1, cujo texto é citado numa nota de rodapé acima.

<sup>339</sup> Esse interessante aspecto da questão é ressaltado por LUGATO, Monica. *Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del crocifisso*. In: *Rivista di diritto internazionale*, 2010, I, nº93, p.403.

<sup>340</sup> O artigo 2 que tutela os direitos invioláveis das pessoas, individual e coletivamente; o artigo 3 afirma o princípio de igualdade e não discriminação por motivações religiosas; o artigo 7 expressa a independência e soberania, cada um na sua esfera, de Estado e Igreja; o artigo 8 declara liberdade igual para todas as denominações religiosas; o artigo 19 garante a liberdade de professar e promover suas próprias crenças, individual e coletivamente; enfim o artigo 20 especifica como os princípios de igualdade e não discriminação devem também ser aplicados às associações de natureza religiosa. Ver RONCHI, Paolo.



que, no tocante ao princípio do secularismo, faz-se necessário destacar que esse não é expressamente afirmado no texto constitucional. Contudo, o Tribunal Constitucional italiano preencheu essa lacuna por meio da súmula 203/89, ao afirmar que tal princípio existe e representa um dos princípios fundamentais que sustentam o Estado italiano<sup>341</sup>.

No caso em pauta, precisa observar que o marido da recorrente pediu aos juízes administrativos para remeter a questão ao Tribunal Constitucional italiano para avaliar a constitucionalidade dos dois decretos reais emanados durante a época fascista que impunham a presença do crucifixo como mobília de sala de aula. Ao longo da audiência perante o Tribunal Constitucional italiano, o Governo italiano discursou sobre o valor do crucifixo como símbolo da Igreja Católica Romana e do Estado italiano. O Tribunal Constitucional rejeitou o pedido de avaliação dos dois decretos régios já que eles não eram nem leis nem tinham força de lei. A questão foi remetida, portanto aos juízes administrativos já que eram os únicos competentes para anular as disposições em pauta. Os juízes administrativos de primeira e última instância rejeitaram o recurso do cidadão italiano e a questão chegou perante os juízes europeus.

A Corte Europeia em 2009 acolheu o recurso, reconhecendo a violação dos artigos sobre os quais se sustentava a ação do recorrente. A Corte reconheceu que a exposição de um símbolo religioso como o crucifixo constituía ingerência incompatível com a liberdade religiosa e de consciência e do direito dos pais de educarem os seus próprios filhos conforme as próprias convicções religiosas e filosóficas. As motivações por meio das quais a Corte acolheu as razões do recorrente foram as seguintes: no tocante ao artigo 2 do Protocolo 1, a Corte argumenta que o Estado não pode, sequer indiretamente, impor uma crença religiosa em lugares onde há pessoas particularmente vulneráveis e a exposição do crucifixo constitui expressão de uma escolha por parte do Estado de uma determinada fé religiosa, não cumprindo a obrigação de assegurar a divulgação objetiva crítica e pluralista dos conhecimentos<sup>342</sup>. No tocante ao artigo 9 da

---

Crucifixes, Margins of Appreciation and Consensus: The Great Chamber ruling in *Lautsi v. Italy*. In: *Ecclesiastical Law Journal*, 2011, v.13, p.288.

<sup>341</sup> Conforme pensamento do Tribunal Constitucional italiano, o princípio de laicidade não implica indiferença para com a religião, mas, ao contrário, promove uma atitude positiva em relação a todas as religiões. O Tribunal constitucional garante que esse princípio visa proteger a liberdade religiosa em um contexto de pluralismo confessional e cultural e isso implica equidistância e imparcialidade da legislação em relação a todas as confissões religiosas. Para aprofundamentos, ver RONCHI, Paolo. Crucifixes, Margins of Appreciation and Consensus, *Opus cit.*, p.288-289.

<sup>342</sup> Além da consideração de que um símbolo religioso como o crucifixo pode constituir instrumento de pressão sobre os alunos que não seguem aquela religião. Ver LUGATO, Monica. Simboli religiosi, *Opus cit.*, p.404.



CEDH, a Corte afirma que a exposição obrigatória do crucifixo entra em conflito com as convicções da recorrente e que em se tratando de um “símbolo religioso forte”<sup>343</sup>, os alunos podem perceber de se encontrarem em um ambiente religiosamente determinado. A Corte sustenta que a exposição do crucifixo nas escolas evidencia o alinhamento do Estado italiano à Igreja Católica e isso afetava o dever de neutralidade. O autor Ronchi afirma nesse sentido que:

A exposição de um ou mais símbolos religiosos não pode ser justificada pelos pedidos dos pais, já que isso limita as crenças dos demais pais. Nem mesmo pode ser justificada pela necessidade de um compromisso político com partidos inspirado pelo Cristianismo. O Estado é vinculado pela neutralidade religiosa em questões que dizem respeito à educação pública obrigatória: a frequência das aulas é obrigatória apesar das diferenças religiosas e a educação pública deve implementar o pensamento crítico entre os estudantes.<sup>344</sup>

A pronúncia da Corte tem sido objeto de um debate complexo e articulado por parte da doutrina, além de ter gerado reações acaloradas por parte das instituições do Estado italiano. A doutrina tem se posicionado de modo diferente em relação ao acórdão, com autores explicitamente a favor da pronúncia<sup>345</sup> e outros bastante críticos. Os autores críticos da pronúncia argumentam que a Corte parece ter em mente um estado secular e que essa separação Estado-Igreja não está presente no texto da CEDH. Em consequência disso, é ignorado o contexto italiano, sua cultura e instituições que deveriam ser levados em consideração no raciocínio da Corte. Países como Turquia e França que preveem expressamente o dever de respeitar o princípio de laicidade, possuem um contexto diferente do existente no território italiano e isso justifica a tomada de diferentes medidas. O autor Ian Leigh contesta o raciocínio da Corte, segundo a qual, para acatar o princípio de laicidade, é necessário que o Estado aja de consequência, por meio da remoção de símbolos religiosos dos espaços públicos. Ele

<sup>343</sup> A expressão remonta ao acórdão *Dahlab c. Suisse* de 15 de fevereiro de 2001.

<sup>344</sup> “The display of one or more religious symbols cannot be justified by parents’ requests, since this limits other parent’s beliefs. Nor can it be justified by the necessity of a political compromise with Christian-inspired political parties. The state is bound by religious neutrality in matters concerning compulsory public education: class attendance is compulsory notwithstanding religious differences and public education must foster critical thinking among students”. RONCHI, Paolo. *Crucifixes, Margins of Appreciation and Consensus*, *Opus cit.*, p.292.

<sup>345</sup> Incluímos entre esses autores Susanna Mancini, que ressalta como a questão da exposição dos símbolos religiosos na esfera pública espelhe as angústias e contradições que agitam as democracias ocidentais na época da globalização. A autora ressalta como a novidade positiva do acórdão *Lautsi* está em que a Corte não confere deferência exagerada aos Estados, atrás do escudo da margem de apreciação. MANCINI, Susanna. *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro maggioritario delle corti*. In: *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n°54, v.5, p 4057- 4083.



afirma que “O secularismo pode ser um modo para proteger a liberdade religiosa, mas certamente há motivo para debater se ele é o único ou o melhor modo.”<sup>346</sup> Outros autores, como Monica Lugato, sustentam que a pronúncia da Corte não parece ser coerente com sua jurisprudência anterior e não tem prova que exista uma única noção de princípio de neutralidade confessional. A mesma autora critica a abordagem da Corte já que ela, ao invés de avaliar a legitimidade da exposição do crucifixo, avaliou a oportunidade da exposição do mesmo<sup>347</sup>, excedendo desse modo as suas competências.

Os autores que se alinham no sentido de se contrapor às determinações do acórdão da Corte ficaram surpresos quando a Itália viu as suas razões acolhidas no momento em que o Tribunal Pleno inverteu a pronúncia emanada em primeira instância. O Tribunal Pleno reformou a primeira decisão da Corte, com maioria de quinze votos contra dois, afirmando que a escolha de expor o crucifixo nas salas de aula nas escolas não violava os direitos garantidos pela CEDH já que é expressão da discricionariedade conferida aos Estados no exercício das suas próprias funções educativas<sup>348</sup>. Embora destacando que o Estado deva respeitar os direitos dos pais a que os filhos sejam educados conforme as suas convicções filosóficas e religiosas, a Corte argumenta que o crucifixo não causa nem doutrinação nem proselitismo já que ele é um símbolo essencialmente passivo. De fato, os recorrentes não tinham alegado que a exposição do crucifixo tivesse originado práticas de proselitismo cristão e, ademais, eles tinham permanecido completamente capazes de desempenhar a sua função de pais e educadores.

Os juízes europeus afirmaram que o Estado italiano demonstra-se tolerante para com os crentes de outras religiões já que permite o ensino de outras religiões, dispensas os não cristãos do ensino da religião etc. Na sua pronúncia de 2011 a Corte cita muito frequentemente o precedente *Dahlab contra Suíça*, onde os estudantes em questão

---

<sup>346</sup> “Secularism may be one way to protect religious liberty but there is certainly room for debate about whether it is the only or the best way.” O autor se pergunta se a neutralidade de um Estado requer que sejam removidos os símbolos religiosos dos espaços públicos. LEIGH, Ian. New trends in Religious Liberty and the European Court of Human Rights. In: *Ecclesiastical Law Journal*, 2010, 12, p.273.

<sup>347</sup> LUGATO, Monica. Simboli religiosi, *Opus cit.*, p. 403.

<sup>348</sup> Como aponta Luca Vanoni, que se considera satisfeito com o acórdão do Tribunal Pleno já que os juízes europeus levam em consideração a doutrina da margem de apreciação, deixada de lado na primeira decisão. VANONI, Luca. La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: é una pronuncia corretta. In: *Quaderni costituzionali*, 2011, n.2, p.420. Ver também a contribuição da Valentina Fiorillo, que afirma que o Tribunal Pleno permitiu o retorno da doutrina da margem de apreciação. A autora ressalta como o Tribunal Pleno conseguiu afastar-se das tendências neutralistas de matriz turco-francês presentes na primeira decisão, demonstrando uma atenção maior em relação ao contexto italiano e à concepção italiana de laicidade. FIORILLO, Valentina. La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: il ritorno del margine di apprezzamento. In: *Quaderni costituzionali*, 2011, n.2, p.424.



tinham entre quatro e oito anos de idade, enquanto que no caso em pauta, os filhos da recorrente tinham na época entre oito e doze anos.<sup>349</sup>

Diferentemente da primeira pronúncia, os juízes europeus asseveraram que não cabia a eles a tarefa de julgar o modelo de laicidade italiano e contestar as soluções que o Estado italiano fornece em relação ao sistema escolar, mas apenas averiguar uma possível concreta violação da CEDH. Eles sustentaram que o Estado, mantendo aquela margem de apreciação necessária para o desenvolvimento das suas funções, tem discricionariedade na organização das escolas e a Corte não pode desrespeitar tal margem, devendo sempre levar em conta as tradições que os Estados pretendem perpetuar. Contudo, essa discricionariedade não é ilimitada, podendo a Corte intervir para sindicatar a ação de um Estado quando essa ultrapassar tais limites.

A Corte acolheu as explicações do Governo italiano no momento em que esse último tinha descrito o crucifixo como símbolo passivo, inócuo em relação à liberdade de religião negativa dos estudantes e de seus pais. Não existindo provas concretas que o crucifixo tinha causado constrição e pressões sobre os estudantes de outras religiões, não era possível afirmar que a manutenção da exposição desse símbolo estivesse em contraste com a liberdade de religião.

Segundo o raciocínio da Corte, não existindo um único modelo de laicidade europeu, não se pode afirmar que a exposição de um símbolo religioso viole o dever de neutralidade dos espaços públicos. A presença de um crucifixo em uma sala de aula não contrasta com o princípio de neutralidade, mas sim fortifica essa ideia de um ambiente escolar pluralista e tolerante. Os juízes europeus prosseguiram afirmando que o crucifixo exposto em uma sala de aula pode claramente contrastar com as opiniões divergentes de um ateu o de um não cristão, mas isso não é suficiente para determinar a ocorrência de uma lesão de um direito. Apesar de ser o símbolo da religião da maioria e de poder ofender a sensibilidade religiosa ou filosófica de outros, ele permanece um símbolo passivo cuja prova de influência sobre alunos de outras crenças religiosas não é demonstrada.

---

<sup>349</sup> Essa diferença de idade, segundo Conforti, não justifica a diferença de tratamento que a Corte reservou nos dois casos. Segundo qual critério, alunos com idade entre 8-12 anos são menos influenciáveis de alunos entre 4-8 anos? In CONFORTI, Benedetto. *Crocifisso nelle scuole, una sentenza che lascia perplessi*, disponível em <http://www.affariinternazionali.it/articolo.asp?ID=1705>, acesso em 9 de agosto de 2012.





Para reforçar tal decisão, a Corte ressaltou como não existe consenso comum sobre o significado de laicidade e mais em detalhe, sobre a temática da simbologia religiosa. Não existindo um único modelo de laicidade concebível, a Corte afirmou que a exposição de símbolos religiosos em ambientes públicos não viola os direitos garantidos na CEDH, e que isso é abrangido no interior da margem de apreciação concedida aos Estados.

### **Considerações finais**

O acórdão pronunciado em 2011 representa uma novidade na jurisprudência da Corte já que se descobre que algumas orientações restritivas são modificadas. No caso *Dahlab contra Suíça*, a Corte tinha definido o véu islâmico como um “símbolo religioso poderoso”, justificando a proibição de utilização de véu islâmico a uma professora de uma escola primária já que os direitos dos alunos a verem sua liberdade religiosa protegida e a conservação da neutralidade de um ambiente público eram mais dignos de tutela. Mas uma pergunta pode surgir a esse respeito: retomando as considerações do Governo italiano o crucifixo é um símbolo religioso passivo, mas segundo qual critério a Corte justifica a aceitação desse raciocínio? Na hipótese do véu, segundo a jurisprudência da Corte, esse apresenta uma presunção de doutrinação, enquanto o crucifixo é um símbolo passivo o qual exclui a produção desses efeitos prejudiciais aos não cristãos: onde está a coerência no raciocínio da Corte? Retomando outro caso da Corte, no famigerado acórdão *Sahin contra Turquia* de 2005, a Corte tinha acolhido as pretensões do Estado turco quando esse tinha proibido uma estudante de vestir o véu no ambiente da Universidade, justificando essa restrição conforme o segundo parágrafo do artigo 9. Imprescindível se faz considerar o contexto cultural e institucional. Ao avaliar a legitimidade de uma escolha ou de ato por parte de um Estado membro da CEDH se faz imprescindível considerar o seu contexto cultural e institucional e com certeza o a realidade turca é peculiar no sentido que se requer mais cautela e sensibilidade quando existe confronto com possíveis ameaças de fundamentalismo religioso. Em consequência disso, se proibiu uma estudante de manifestar a sua religião para tutelar a sensibilidade dos outros estudantes e para salvaguardar a exigência de neutralidade do espaço público e o acatamento do princípio de laicidade, constitucionalmente previsto e tutelado no ordenamento turco. Uma estudante que não tinha algumas pretensões de



exercer pressões ou condutas fundamentalistas vê o seu direito à manifestação da liberdade religiosa negado, diferentemente do caso em pauta onde é o Estado – segundo uma normativa de mais de 70 anos – que obriga a presença de um símbolo religioso em um ambiente público, como a escola, de certo não frequentado apenas por cristãos. As justificativas de que o crucifixo representa um símbolo não apenas religioso, mas também cultural, até certo ponto são suficientes para legitimar a presença do mesmo em sala de aula. Com certeza, é necessário respeitar as convicções religiosas da maioria do povo italiano que se define cristão, mas é necessário também tutelar os direitos das minorias.

Contudo, tanto a remoção de todos os símbolos quanto a presença simultânea dos mesmos constituem soluções não completamente admissíveis e ideais. Paradoxalmente, até a remoção total de um símbolo pode se tornar uma imposição de um modelo de laicidade que vira laicismo, isto é, de atitude neutral a ser tomada por um Estado chega a se tornar uma atitude indiferente para com a religião<sup>350</sup>.

Parece ser criticável a atitude da Corte quando, ao se entrincheirar atrás da justificativa de que não existe um consenso europeu sobre a questão dos símbolos religiosos, ela acaba por deixar demasiada margem de liberdade em favor do Estado. No caso em pauta, a Corte tem efetuado algumas considerações de caráter abstrato, sem efetivamente averiguar se a exposição de um símbolo religioso como o crucifixo é compatível com os princípios de neutralidade e laicidade do Estado e sem realizar comparações entre a valência simbólica do crucifixo e a de outro símbolo como o véu islâmico.

Se o Estado deve desempenhar um papel imparcial e neutral, especialmente no campo da educação estatal, ele deveria evitar algumas atitudes e escolhas que ocasionem a transgressão desses princípios norteadores. A liberdade religiosa deve ser protegida e entendida como uma das garantias mais eficazes em prol do pluralismo e da tolerância para com a diversidade e o secularismo representa um dos modos por meio do qual acordar tutela ao direito de liberdade religiosa. A preocupação maior de um Estado deveria ser a de tutelar as minorias, tratando-se sempre de uma questão de operar um balanceamento entre direitos, avaliando os interesses em jogo e os bens que se privilegiam em detrimento de outros. Contudo, a Corte não pode ser tímida, pelo

---

<sup>350</sup> Para aprofundamentos nesse sentido, aconselha-se a leitura de WEILER, Joseph. Il crocifisso a Strasburgo: una decisione “imbarazzante”. In: *Quaderni costituzionali*, 2010, n.1, p.151.



contrário, deve se arriscar e avaliar com mais vigor as ações dos Estados membros da CEDH que podem constituir graves lesões às liberdades proclamadas pela Convenção. Na esteira do caso *Sahin contra Turquia*, a Corte se demonstra bastante relutante em avaliar e julgar as atitudes empreendidas pelos Estados e assim resulta uma tutela pouco incisiva do direito à liberdade religiosa. Afinal, o sistema internacional de direitos previsto pela CEDH é funcional à correção das lacunas que podem existir até nos sistemas democráticos, para evitar que as minorias não sejam tuteladas adequadamente frente às maiorias.

## Referências

CONFORTI, Benedetto. *Crocifisso nelle scuole, una sentenza che lascia perplessi*, disponível em <http://www.affariinternazionali.it/articolo.asp?ID=1705>, acesso em 9 de agosto de 2012.

FIORILLO, Valentina. La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: il ritorno del margine di apprezzamento. In: *Quaderni costituzionali*, 2011, n. 2, p. 422-425.

LEIGH, Ian. New trends in Religious Liberty and the European Court of Human Rights. In: *Ecclesiastical Law Journal*, 2010, n. 12, p.266-279.

LUGATO, Monica. Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del crocifisso. In: *Rivista di diritto internazionale*, 2010, I, n. 93, p. 402-420.

MANCINI, Susanna. La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro maggioritario delle corti. In: *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n°54, v.5, p 4057- 4083.

PACINI, Marco. La Cedu e il crocifisso nelle aule scolastiche. In: *Giornale Diritto Amministrativo*, 2011, II, p.851-861.

RONCHI, Paolo. Crucifixes, Margins of Appreciation and Consensus: The Great Chamber ruling in *Lautsi v. Italy*. In: *Ecclesiastical Law Journal*, 2011, v.13, p. 287-297.

TEGA, Diletta. Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. In: *Quaderni costituzionali*, 2010, n.4, p. 799-813.

VANONI, Luca. La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: é una pronuncia corretta. In: *Quaderni costituzionali*, 2011, n.2, p. 419-422.

WEILER, Joseph. Il crocifisso a Strasburgo: una decisione “imbarazzante”. In: *Quaderni costituzionali*, 2010, n.1, p.148-152.



## INTEGRAÇÃO LATINOAMERICANA: ESTANCAMENTO DE PROPOSTAS?

*David Fernando Santiago Villena Del Carpio*<sup>351</sup>

### RESUMO

Na tentativa de integrar a América Latina, diversos blocos regionais têm sido conformados. Desde o ALALC em 1960 até o UNASUL em 2004. Estes esforços de integração têm tentando abranger a totalidade dos países do hemisfério, mas sem muito sucesso. Na atualidade, existem dois blocos com forte infraestrutura institucional, a CAN e o MERCOSUL, mas que parecem estancados nos seus objetivos. A integração do subcontinente, que seria conduzida pela Argentina e pelo Brasil, como aconteceu na Europa entre a França e a Alemanha, não é mais possível. A crise argentina da década passada deixou o Brasil como único líder, no entanto, a atenção dele está mais centrada na pretensão de adquirir uma cadeira permanente no Conselho de Segurança da ONU. Devido a este desinteresse, o processo de integração parece estar suspenso, e por enquanto, os países da região agem de forma isolada para se inserir no sistema internacional.

**Palavras-chave:** integração regional, blocos econômicos, livre comércio.

### ABSTRACT

The political integration in Latin America has been long: since ALALC and its importation's substitution politic to the free-trade. In Latin America, this integration's projects would like to include all countries but unsuccessfully. Now, in South America there are two blocs, the Andean Community and the Southern Common Market, with strong infrastructure but they seem going nowhere. The integration's processes that would be leaded by Argentina and Brazil is not more possible. The Argentine's crises the past decade let Brazil as the only one leader. But he gives more priority to him pretention to get a chair in the Security's Council of the UNO. Because of this, the integration process seems to be suspense, and the Latin American countries proceed alone to get into the international system.

**Key words:** regional integration, economics blocs, free-trade.

---

<sup>351</sup> Aluno de Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis-SC, Brasil.



## INTRODUÇÃO

O processo de construção de blocos regionais na América Latina é uma tarefa não concluída de todos os governos do hemisfério. As múltiplas tentativas regionalistas experimentadas no nosso continente parecem acabar em declarações de boas intenções. Contudo, nenhuma leva a acreditar que seja uma proposta fatível, capaz de criar sinergia para gerar desenvolvimento econômico e social.

Os blocos que se formaram começaram com grande impulso, mas a incapacidade de gerar consenso nas políticas econômicas no seio destes determinou seu fracasso. Assim, vários países decidiram conformar outros grupos tendo em vista as proximidades de interesse nas políticas econômicas. Mas, nos anos seguintes mudaram-se as condições econômicas do mercado, passando da política da substituição de importações à de livre mercado, gerando divergências no interior dos blocos.

Neste contexto é possível indicar que o processo de integração encontra-se suspenso enquanto os países decidem executar políticas isoladas para se inserir no sistema internacional.

O presente artigo tem por objetivo apresentar alguns dos blocos regionais construídos até hoje e como influi a política externa dos países membros.

### 1. DA ALALC À ALADI

Segundo Oliveira (2009), na década de 50

foram firmando-se propostas de criação de um mercado comum para a região dentro do modelo de liberação comercial e união aduaneira, incluindo favorecimentos aos países-membros menos desenvolvidos (p. 469).

Destes acordos nasceu em 1960 a ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio), com vigência desde o ano seguinte. Com 11 países como membros, o objetivo principal era a construção de uma zona de livre comércio<sup>352</sup> num prazo de 12 anos<sup>353</sup>. Porém, esta iniciativa não teve sucesso. Alguns dos fatores foram a falta de vontade política dos Estados-membros; a crise dos anos 70; e, a procura de outras alternativas econômicas.

<sup>352</sup>Tratado de Montevideu de 1960, artigo 1.

<sup>353</sup>Tratado de Montevideu de 1960, artigo 2.



Segundo Prazeres (apud Barral, 2010) o bloco em questão “não levava em consideração a heterogeneidade econômica e industrial da região e a de visão quanto ao perfil a ser conferido à integração regional” (p. 92). Não existindo, inclusive, um sistema de solução de controvérsias.

A experiência da ALALC foi utilizada para construir a ALADI (Associação Latino-Americana de Integração). Criada em 1980 pelo Tratado de Montevideu, estabeleceu-se com o objetivo de criar um mercado comum latino-americano gradativamente<sup>354</sup>. No entanto, tal como a ALALC, a ALADI não contemplou um sistema, seja judicial ou extrajudicial, destinado à solução de controvérsias. Seu objetivo principal também não foi atingido. As razões do fracasso do ALADI são indicadas por Oliveira (2009): a falta de vontade política; a dívida externa da Argentina, Brasil e México, seus maiores associados; disparidades econômicas e financeiras de seus Estados-membros; ou antigas rivalidades entre alguns dos associados.

## 2. COMUNIDADE ANDINA DE NAÇÕES (CAN)

Em 1969 assina-se o Acordo de Cartagena, pelo qual nasce o Pacto Andino, conformado pela Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru. Os objetivos eram promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico dos países membros. Com condições de equidade, aprofundando a integração regional, procurou-se a formação de um mercado comum latino-americano<sup>355</sup> a partir de 1996 e tendo como ponto de partida o Protocolo de Trujillo, sendo denominado de Pacto Andino.

O modelo inicial da CAN foi a substituição das importações tendo como inspiração os conselhos da Cepal (Comissão Econômica Para America Latina) e a teoria da dependência. Anos depois, o bloco “foi incorporando elementos próprios do esquema de um regionalismo mais aberto” (Oliveira, p. 502).

O objetivo principal da CAN foi a conformação de um bloco político, sobre o qual deveria estruturar-se uma política externa comum. Apoiava-se no regionalismo aberto, o qual “caracteriza-se, entre outras coisas, por promover a liberalização intra-bloco dos intercâmbios, enquanto diminui as barreiras ao comércio com os países não-

<sup>354</sup>Tratado de Montevideu de 1980, artigo 1.

<sup>355</sup>Acordo de Cartagena, artigo 1.





sócios”<sup>356</sup> (Gutiérrez, 2001, p. 45). O processo visava à criação de uma união aduaneira e conformar um mercado comum.

Os principais sucessos do bloco são a criação do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, Parlamento Andino, Tribunal de Justiça, além da Universidade Andina Simón Bolívar, com sede na cidade de Sucre, na Bolívia. Foi criada, também, a Corporação Andina de Fomento para dar impulso aos projetos na região.

O número de parlamentares que conformam o Parlamento Andino não tem relação com o PIB dos seus membros ou com a população deles, como acontece no Parlamento Europeu, senão que todos possuem o mesmo número de parlamentares (5 por cada membro). Ainda que sua função não seja legislativa, ele dá conselhos e opiniões sobre qualquer assunto que afete algum membro da Comunidade Andina<sup>357</sup>.

Numa primeira etapa, o Parlamento Andino era composto pelos representantes dos Estados-membros designados pelos Parlamentos nacionais. Agora, pelo Protocolo de Trujillo, ficou estabelecido o sufrágio universal como direito para escolher os representantes dos Estados-membros.

No entanto, são poucas as informações que os governos repassam sobre as atividades que irão desenvolver os parlamentários andinos. Por isso, o fato de ser eleitos por sufrágio universal não representa necessariamente a vontade do povo.

Por outro lado, os organismos capazes de legislar são o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e a Comissão da Comunidade. As normas, chamadas Decisões, são

“juridicamente vinculantes” –de aplicação direta e obrigatória- em cada um dos países membros. Este ordenamento jurídico é só comparável com o atingido pela União Europeia<sup>358</sup>

O ponto fraco da CAN é que os mercados dos países membros não tem o mesmo potencial do MERCOSUL. A crise econômica dos anos 80 “atingiu profundamente o processo de integração andino, levando a sua quase total paralisação” (Oliveira, p. 502). O processo da substituição das importações não foi acompanhado por uma transferência de tecnologia, por isso não foi atingido o desenvolvimento projetado.

---

<sup>356</sup> Do original: “*se caracteriza, entre otras cosas, por promover la liberación intrabloque de los intercambios mientras que disminuye las barreras al comercio con los países no socios*”.

<sup>357</sup> [http://www.congreso.gob.pe/parlamento-andino/\\_historia.htm](http://www.congreso.gob.pe/parlamento-andino/_historia.htm)

<sup>358</sup> Secretaria-Geral da Comunidade Andina de Nações.



Além disso, existe uma confrontação na política externa como no caso do Peru e da Colômbia, ambos afins a uma abertura do mercado, interesses que entram em conflito com as visões “nacionalistas” impulsionadas pela Bolívia, pelo Equador e, ainda quando formava parte do grupo, pela Venezuela. Esta última decidiu sair da CAN, quando o Peru e Colômbia assinaram, de forma isolada, Tratados de Livre Comércio com os Estados Unidos da América.

### 3. MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL)

Em 1991, mediante o Tratado de Assunção, criou-se o MERCOSUL, baseado no mesmo princípio de “regionalismo aberto” da CAN. O MERCOSUL tem a vantagem de ter como membro a maior e mais diversificada economia da região: o Brasil.

O principal órgão do bloco é o Conselho do Mercado Comum, encarregado da condução política cujas “decisões, de caráter obrigatório, são tomadas por consenso e com presença de todos os países membros” (Oliveira, p. 522)

O Parlamento do MERCOSUL desempenha-se como órgão de “consulta e controle sobre matérias que tratam sobre o processo de construção da integração” (Arslanian, 2012, p. 89). Num primeiro momento, cada bancada nacional teve 18 membros, contudo, em decorrência do acordo de 2010 entre os quatro países fundadores, essa configuração mudou. Agora o Brasil passou a ter 37 membros titulares, a Argentina 26, e o Uruguai e o Paraguai 18 cada um.

Entre os outros órgãos podem indicar-se: o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, destinado à solução de controvérsias entre os estados-membros; e, o Grupo Mercado Comum, coordenado pelos ministros de Relações Exteriores e de Economia e pelos Bancos Centrais, que faz cumprir as decisões do Conselho do Mercado Comum.

O MERCOSUL encontra, também, sérias dificuldades no seu processo de integração. De um lado, estão as grandes assimetrias, tanto econômicas quanto institucionais, entre os países-membros; do outro está o fato de o Brasil, segundo Mello (2010), não ter

aceitado a criação de instituições ou normas supranacionais que reduzam sua autonomia e o sujeite às decisões dos outros países-membros do Mercosul. A ausência da supranacionalidade é agravada pela incapacidade ou indisposição desses países de internalizarem as regras por eles acordadas. De acordo com a Representação Brasileira no Parlamento do Mercosul, das 120 decisões do



Conselho do Mercado Comum (CMC), somente 36 (o que corresponde a 30%) foram aprovadas nos legislativos dos quatro países” (p. 8)

### Bernal-Meza analisando o bloco e conclui que

O Brasil pôde ter feito avançar o MERCOSUL e, ainda, fazê-lo funcional às suas grandes objetivos da política mundial – ser considerado como uma indiscutida potência regional – mas, não quis pagar o custo. Sem uma visão estratégica de longo prazo, a elite política e os grupos de poder brasileiros têm acreditado que se podia alcançar a liderança e hegemonia sem pagar os custos econômicos. Nesse fato não acertaram. Fizeram uma leitura errada das relações internacionais. O conceito de hegemonia é fazer acreditar aos outros que o líder executa suas políticas para beneficiar a todos. Levando está lógica ao MERCOSUL e a América do Sul em geral: onde está essa percepção nos países sul-americanos?<sup>359</sup> (p. 173).

## 4. UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS (UNASUL)

Em dezembro de 2004 foi assinada a “Declaração de Cuzco”, criando a “Comunidade Sul-Americana de Nações”. No ano 2006 seu nome foi mudado para “União de Nações Sul-Americanas”

Cabe mencionar que na UNASUL, segundo Serbín (2010), destacam-se duas visões referidas à multipolaridade emergente global e estratégia de integração regional

A primeira é uma visão geoestratégica e militar, carregada de elementos ideológicos, ilustrada pela política exterior de Hugo Chávez. Mediante uma diplomacia proativa que utiliza os recursos energéticos em iniciativas como Petrocaribe, Chávez tem procurado, por uma parte, robustecer sua liderança na América Latina e o Caribe e, por outra, tem tentando assumir um rol global mais importante por meio de alianças com o Irã, Rússia e China, e a utilização da OPEP como um foro de incidência mundial<sup>360</sup> (p. 233).

A segunda visão e estratégia que está se desenvolvendo na América do Sul é multidimensional e baseada no desenvolvimento produtivo, industrial e comercial. Seu principal impulsor é o Brasil (...) por meio de uma liderança regional baseada no “pragmatismo responsável” e em uma “liderança

---

<sup>359</sup> Do original: “Brasil pudo haber hecho avanzar el MERCOSUR e, incluso, haberlo hecho funcional a sus grandes objetivos de política mundial – ser considerado como una indiscutida potencia regional – pero no estuvo dispuesto a pagar el costo. Faltos de una visión estratégica de largo plazo, la dirigencia política y los grupos de poder brasileños han creído que se puede alcanzar el liderazgo y la hegemonía sin pagar costos económicos. En eso se equivocaron. Leyeron mal la historia de las relaciones internacionales. La racionalidad que conlleva el concepto de hegemonía es hacer creer a los demás que el líder ejecuta sus políticas en beneficio de todos. Llevando esta lógica al MERCOSUR y a Sudamérica en general: ¿dónde está esa percepción por parte de los países sudamericanos?”

<sup>360</sup> Do original: “La primera es una visión geoestratégica y militar, cargada de elementos ideológicos, ilustrada por la política exterior de Hugo Chávez. A través de una diplomacia pro-activa que utiliza los recursos energéticos en el marco de iniciativas como Petrocaribe, Chávez ha buscado, por una parte, fortalecer su liderazgo en América Latina y el Caribe y, por otra, ha intentado asumir un rol global más relevante mediante alianzas con Irán, Rusia y China, y la utilización de la OPEP como un foro de incidencia mundial”.



cooperativa” que, porém, ainda tem sérias resistências nas elites domésticas<sup>361</sup> (p. 234).

A primeira é uma visão militarista e de confrontação direta contra os Estados Unidos da América, onde a Venezuela procura estabelecer relações com países qualificados “hostis” como o Irã. Esta política está baseada nos recursos financeiros que podem ser obtidos do comércio do petróleo.

A visão desenvolvida pelo Brasil é mais prudente e equilibrada, pois não confronta diretamente com os Estados Unidos da América, sendo que ele pode ser visto como seu principal competidor pela liderança regional. No entanto, o Brasil dedica mais esforços em consolidar suas alianças fora da região, como o BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e a África do Sul), e assim poder aceder a uma cadeira permanente no Conselho de Segurança da ONU.

A UNASUL ainda não possui uma forte estrutura política e institucional porque este bloco não tem caráter econômico. Este fato ocasiona que os países prefiram desenvolver relações comerciais cujo benefício é mais visível. No entanto, cabe mencionar que o bloco teve sucesso quando interveio na crise política da Bolívia em 2008, conseguindo resolver o conflito existente entre as províncias da meia lua, as mais ricas, e o governo do presidente Evo Morales.

## 5. ALIANÇA BOLIVARIANA PARA AS AMÉRICAS (ALBA)

Este modelo de integração possui grandes diferenças em relação ao MERCOSUL ou à UNASUL. É contrário à liberalização do mercado e mostra grande ênfase na intervenção do Estado no mercado. A ALBA está sustentada, segundo Altmann (2006) em três princípios:

1. Oposição às Reformas do Livre Mercado.
2. Não limitar a ação reguladora do Estado em benefício da liberalização econômica.
3. Harmonizar a relação Estado-Mercado<sup>362</sup> (p. 313).

Para Serbín (2007)

---

<sup>361</sup> Do original: “*La segunda visión y estrategia que se desarrolla en América del Sur es multidimensional y se basa en el desarrollo productivo, industrial y comercial. Su principal promotor es Brasil (...) a través de un liderazgo regional basado en el ‘pragmatismo responsable’ y en un ‘liderazgo cooperativo’ que, sin embargo, aún confronta serias resistencias a nivel de sectores de las elites domésticas*”.

<sup>362</sup>Do original: “*1. Oposición a las Reformas de Libre Mercado. 2. No limitar la acción reguladora del Estado en beneficio de la liberalización económica. 3. Armonizar la relación Estado-Mercado*”.



o possível sucesso desta proposta, além dos abundantes recursos financeiros da Venezuela, é a comum matriz socialista dos seus países membros e o antagonismo para com os Estados Unidos da América<sup>363</sup> (p. 194)

Uma crítica feita a este bloco é que não propicia uma inserção vantajosa no sistema econômico internacional, pois, segundo Serbín (2007)

o Estado assume um papel protagonista como diretor, tanto do mercado quando da sociedade, em função de um desenvolvimento endógeno fortemente crítico com a globalização, entendida como neoliberal, e de uma reivindicação do socialismo<sup>364</sup> (p. 196)

Sendo que a política dos demais países sul-americanos é de livre mercado e não apresentam o antagonismo para com os Estados Unidos da América, parece difícil que este bloco possa influenciar aos outros existentes na região.

## 6. ALIANÇA DO PACÍFICO

Em 2011 foi assinada a “Declaração de Lima”, pelo qual se estabelecia a “Aliança do Pacífico”, integrada pelo México, Colômbia, Chile e Peru. Neste novo bloco todos os países-membros tem a mesma política econômica.

Como indica o presidente chileno, Sebastián Piñera (apud Oppenheimer, 2012)

a Aliança do Pacífico será diferente, entre outras coisas porque começa com uma grande vantagem: seus membros já têm assinado tratados de livre comércio entre eles, e por isso podem se concentrar em objetivos mais ambiciosos, como a criação de um único frente para negociar pactos de livre comércio com a Ásia<sup>365</sup>.

Os quatro membros fundadores têm assinado Tratados de Livre Comércio, de forma coletiva e também individual, com os Estados Unidos da América. Este fato outorga maior estabilidade ao bloco, pois nenhum deles está executando políticas protecionistas ou que rejeitam a abertura de mercado.

---

<sup>363</sup>Do original: “lo que hace viable esta propuesta en el marco del ALBA, más allá de los abundantes recursos financieros de Venezuela, es la común matriz socialista de sus países miembros y el antagonismo contra Estados Unidos”.

<sup>364</sup>Do original: “el Estado asume un papel protagonista como rector tanto del mercado como de la sociedad, en función de un desarrollo endógeno fuertemente crítico con la globalización, entendida como neoliberal, y de una reivindicación del socialismo”.

<sup>365</sup>Do original: “la Alianza del Pacífico será diferente, entre otras cosas porque empieza con una gran ventaja: sus miembros ya tienen acuerdos de libre comercio entre ellos, y por lo tanto pueden concentrarse en metas más ambiciosas, como la creación de un frente unido para negociar pactos de libre comercio con Asia”.



Por enquanto três países (Peru, Colômbia e Chile) participam da experiência do Mercado Integrado Latino-Americano, o qual agrupa as bolsas de valores destes países, esperando a futura incorporação do México. Segundo Roberto Hoyle, presidente da Bolsa de Valores de Lima (apud El Comercio, 2012)

Seria um passo quantitativo e qualitativo muito importante, passaríamos a ser o número um em emissões (na América Latina), ainda que já o sejamos, mas, dobraríamos mais o tamanho; além disso, seríamos o número dois em volume de negociação.<sup>366</sup>

Ainda é muito cedo para avaliar o desenvolvimento deste novo bloco. Mas, o fato de todos os países terem políticas econômicas muito parecidas, pode levar a acreditar na sua capacidade de sucesso.

## CONCLUSÃO

O caminho à integração latino-americana não tem sido fácil. As tentativas para atingir esse objetivo parecem repetir as mesmas falhas dos seus predecessores.

Um problema que afetava este processo era a falta de continuidade nas políticas dos países. A instabilidade dos governos democráticos não permitia estabelecer políticas de longo prazo. Aliás, as crises econômicas impediram que os países centrassem seus esforços na constituição de um bloco econômico forte. Assim, deram mais preferência às negociações isoladas, do qual poderiam obter mais benefício do que agir em conjunto.

Os dois maiores blocos da região, o MERCOSUL e a CAN, enquanto mostraram grandes avanços na década dos 90, agora parecem estar estancados e sem visos de avançar no seu aprimoramento. Em ambos os blocos existe divergência respeito às políticas econômicas a adotar: um debate entre o protecionismo e a forte presença do Estado ou o livre mercado com pouca presença estatal. Este fato pode significar os seus desmoronamentos, fracassando na sua inserção com sucesso no sistema internacional.

---

<sup>366</sup> Do original: “*Sería un salto cuantitativo y cualitativo bastante importante, pasaríamos a ser los número uno en emisores (en América Latina), aunque ya lo somos, pero duplicaríamos más el tamaño; y además pasaríamos a ser el número dos en volumen de negociación*”.





O Brasil, país chamado a ser líder da região, concentra mais os seus esforços para cimentar alianças de alcance global, como é o caso BRICS, do que investir na liderança regional.

A Aliança do Pacífico significa um novo desafio para o Brasil, pois traz a presença do México à região, um competidor forte pela liderança na América Latina. E enquanto a UNASUL não estabeleça um projeto econômico viável, a “Aliança” poderá atrair mais países à órbita mexicana.

Sem dúvida, uma maior integração regional para a América do Sul é o alvo que deve ser perseguido pelos países integrantes de qualquer bloco. Este formato passa pela concordância entre as políticas externas e econômicas dos países da região. A consolidação de alguns destes grupos mencionados significaria um grande avanço na nossa institucionalidade, além de potencializar nossa força negociadora com os diferentes países e blocos existentes.

## REFERÊNCIAS

ALTMANN BORBÓN, Josette. Integración en América Latina: Crisis de los modelos regionales y ausencia de certidumbres. In: ROJAS, Francisco; SOLÍS, Luís (Org.). **La integración latinoamericana visiones regionales y subregionales**. San José. JURICENTRO, 2006, p. 309-324.

Acordo de Cartagena DE 1969.

ARSLANIAN, Regis. O Mercosul, do Tratado de Assunção até hoje. In: A América do Sul e a integração regional. Brasília, 2012, p. 85-92.

BARRAL, Welber; BOHRER, Carolina Pancotto. A Integração Latino-Americana em Foco: 50 anos de ALALC/ALADI. In: **Integração Latino-Americana: 50 Anos da ALALC/ALADI**. Brasília: FUNAG, 2006.

BERNAL-MEZA, Raúl. Argentina y Brasil en la Política Internacional: regionalismo y Mercosur (estrategias, cooperación y factores de tensión); *Revista Brasileira de Política Internacional*, 51, 2, 154-178. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v51n2/v51n2a10.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2010.

CAN, La Comunidad Andina: una apuesta por nuestro futuro, Lima, Publicación de la SG de la CAN, noviembre/2006, Disponível em: [http://www.comunidadandina.org/public/libro\\_CAN\\_nov2006.pdf](http://www.comunidadandina.org/public/libro_CAN_nov2006.pdf). Acesso em: 13 mar. 2010.

DE LA REZA, Germán A.; El Congreso Anfictiónico de Panamá. Una hipótesis complementaria sobre el fracaso del primer ensayo de integración Latinoamericana; *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 5, 10.



Disponível em: [http://institucional.us.es/araucaria/nro10/monogr10\\_4.htm#\\_ftnref30](http://institucional.us.es/araucaria/nro10/monogr10_4.htm#_ftnref30).  
Acesso em: 20 jul. 2010.

EL COMERCIO. Alianza del Pacífico acuerda avanzar en desgravación arancelaria y libre tránsito. Disponível em: <http://elcomercio.pe/actualidad/1448567/noticia-alianza-pacifico-acuerda-avanzar-desgravacion-arancelaria-libre-transito>. Acesso em: 29 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Bolsas latinoamericanas quieren sumarse al MILA. Disponível em: <http://elcomercio.pe/economia/1448406/noticia-bolsas-valores-latinoamericanas-interesadas-sumarse-al-mila>. Acesso em: 29 jul. 2012.

GUTIÉRREZ, Alejandro. Globalización y regionalismo abierto. *Aldea Mundo*, 8, 4, 44-52. Disponível em: [http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/17947/1/art5\\_am\\_n8.pdf](http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/17947/1/art5_am_n8.pdf). Acesso em: 20 jul. 2010.

MELLO e SOUZA, André de; MACHADO OLIVEIRA, Ivan Tiago; GONÇALVES, Samo. Integrando Desiguais: Assimetrias Estruturais e Políticas de Integração no Mercosul. *Texto para Discussão*, 1477. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td\\_1477.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1477.pdf). Acesso em: 30 jun. 2010.

SERBÍN, Andres. Entre UNASUR y ALBA: ¿Otra integración (ciudadana) es posible?. In: MESA, Manuela (Org.). **Paz y conflictos en el siglo XXI: tendencias globales**. Madrid: CEIPAZ, 2007, p.183-207.

\_\_\_\_\_. Multipolaridad, liderazgos e instituciones regionales: Los desafíos de la UNASUR ante la prevención de crisis regionales. *Anuario CEIPAZ*, 2009-2010, 3. Disponível em: <http://www.ceipaz.org/images/contenido/AndresSerbin.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2010

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Velhos e Novos Regionalismos*. Ijuí-Brasil: Editora Unijuí. 2009.

OPPENHEIMER, Andrés. El nuevo bloque latinoamericano. **El nuevo Herald**. Disponível em <http://www.elnuevoherald.com/2012/06/09/v-fullstory/1224957/el-nuevo-bloque-latinoamericano.html>. Acesso em: 9 jun. 2012.

Tratado de Asunción de 1991.

Tratado de Montevideo de 1980.



## A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

*Camila Dabrowski de Araújo Mendonça*\*

*Luiza Zuanazzi França*\*\*

**Resumo:** Partindo do debate a respeito da fragmentação do Direito Internacional, busca-se analisar as perspectivas referentes ao Direito Internacional Penal nesse grande processo. Após apresentar o desenvolvimento histórico do Direito Internacional Penal, dos tribunais pós-Segunda Guerra até a entrada em vigor do Tribunal Penal Internacional, serão analisadas as perspectivas da fragmentação no âmbito do Direito Internacional Penal.

**Palavras-Chave:** Fragmentação, Direito Internacional, Direito Internacional Penal

**Abstract:** Based on the debate about the fragmentation of International Law, this paper aims to analyze the prospects for the International Criminal Law throughout this process. After presenting the historical background of International Criminal Law, from the courts after World War II until the entry into force of the International Criminal Court, focus will be given on the fragmentation's outcomes in the scope of International Criminal Law.

**Keywords:** Fragmentation, International Law, International Criminal Law

### 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar como o Direito Internacional Penal tem se portado frente ao fenômeno da fragmentação do Direito Internacional. Para o desenvolvimento da análise proposta, inicialmente iremos abordar a questão da fragmentação, tema amplo e bastante controverso na doutrina. Na sequência, apresentaremos um breve histórico dos principais momentos do processo de desenvolvimento do Direito Internacional, passando pelos Tribunais de Nuremberg e Tóquio e culminando na entrada em vigor do Tratado de Roma, em 2002, que dá início aos trabalhos do Tribunal Penal Internacional.

---

\* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC (Área de Concentração Direito e Relações Internacionais). Bacharel em Relações Internacionais pelo UNICURITIBA. Bacharel e Licenciada em História pela UFPR. Bolsista do CNPq.

\*\* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC (Área de Concentração Direito e Relações Internacionais). Bacharel em Direito pela UFSC. Bolsista da Capes.



A escolha por esta área do direito não foi em vão. Atualmente Direito Internacional Penal possui uma corte internacional que poderia muito bem ser considerada um dos sistemas legais mais sofisticados em funcionamento. Em que pese se tratar de uma Corte relativamente nova, possui potencial para firmar-se como legitimadora de uma eventual unificação do Direito Internacional Penal.

## **2 A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL**

A discussão sobre a fragmentação do Direito Internacional se apresenta entre dois polos. Por um lado, há autores que acreditam que esta seja prejudicial à unidade e à coerência do Direito Internacional. Por outro lado, há outros autores que entendem esse processo como algo inerente ao Direito Internacional, que reflete suas características próprias. A fragmentação se caracteriza pela proliferação de tribunais e cortes internacionais, nas mais diversas áreas.

Em um primeiro momento, apresentaremos um panorama geral acerca das discussões teóricas sobre a fragmentação para, na sequência, analisar o desenvolvimento histórico do Direito Internacional Penal e, por fim, identificar, dentro dessa área específica, quais são as tendências e perspectivas de desenvolvimento futuro.

### **2.1 Fragmentação do Direito Internacional**

A fragmentação do Direito Internacional, exemplificada pela proliferação de tribunais internacionais, sobreposição de jurisdições e fragmentação das ordens normativas em campos específicos do direito, pode ser entendida como um fenômeno, tanto mais do que uma ideia. Esta é a posição adotada no Relatório do Grupo de Estudo presidido por Martti Koskenniemi na Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI), cujo enfoque o fenômeno da fragmentação.

Enquanto fenômeno, a fragmentação faz parte de um movimento maior, uma tendência de crescente especialização e autonomização nos mais diversos setores sociais, características inerentes ao paradoxo da globalização<sup>367</sup>. Se por um lado este

---

367 KOSKENNIEMI, Martti., LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?. *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002) pp. 553-579. Cf. SCHIFF BERMAN, Paul. *The Globalization of International Law*. Aldershot ; Burlington, VT: Ashgate, 2005.



movimento global implica a propagação de padrões sociais quase uniformes, de outro lado ocorre a mencionada especialização e fragmentação de diversos setores, também conhecida por diferenciação funcional<sup>368</sup>. No campo do Direito Internacional essa fragmentação torna-se clara pela crescente subdivisão das mais variadas áreas do direito, as quais se pressupõe autonomia legal, institucional e prática. Como o próprio Relatório destaca

O que antes parecia ser governado pelo 'direito internacional geral' se tornou campo de operação para sistemas especializados, tais como 'direito do comércio', 'direitos humanos', 'direito ambiental', 'direito do mar', 'direito europeu', e até conhecimentos exóticos e altamente especializados, tais como 'direito dos investimentos' ou 'direito internacional dos refugiados', etc. - cada um com seus próprios princípios e instituições<sup>369</sup>.

A questão, como bem levantado pelo referido Relatório, é que esta especialização e autonomização frequentemente vêm acompanhadas de razoável desconhecimento a respeito das atividades legislativas e institucionais dos outros ramos do direito e das próprias regras e princípios do Direito Internacional geral. Neste cenário, a ascensão de conflitos jurisdicionais e normativos é iminente, e a compreensão global sobre o Direito Internacional resta ameaçada.<sup>370</sup>

O fenômeno da fragmentação não está imune a críticas e até mesmo ceticismo. Entre os fatores que contribuem para este panorama está o receio da dissipação do Direito Internacional geral, da emergência de conflitos de jurisdição, da disposição desta como uma mercadoria em uma vitrine na qual os Estados podem escolher livremente a que melhor lhes aprouver<sup>371</sup> e, até mesmo, a ameaça à segurança jurídica advinda de decisões e instâncias conflitantes. Contudo, conforme sustenta Koskenniemi<sup>372</sup>, a base do problema não se situa tanto na emergência de novos subsistemas legais, mas na utilização do Direito Internacional geral por organismos representando visões e/ou interesses diversos daqueles anteriormente aplicados.

---

368 United Nations International Law Commission (KOSKENNIEMI, Martti). Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission, *U.N. Doc. A/CN.4/L682*. (Apr. 13, 2006). Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/guide/1\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2012.

369 United Nations International Law Commission (KOSKENNIEMI, Martti). *Op. cit.* Tradução nossa; no original: “*What once appeared to be governed by “general international law” has become the field of operation for such specialist systems as “trade law”, “human rights law”, “environmental law”, “law of the sea”, “European law” and even such exotic and highly specialized knowledges as “investment law” or “international refugee law” etc. - each possessing their own principles and institutions.*”

370 KOSKENNIEMI, M.; LEINO, P. *Loc. cit.*

371 Frequentemente é utilizado o termo “*forum-shopping*” para identificar esta prática, Vide KOSKENNIEMI, M.; LEINO, P. *Op. cit.* e United Nations International Law Commission (KOSKENNIEMI, M.). *Op. cit.*

372 *Op. cit.*, 2002, p. 561.



Nesse sentido, o referido autor defende que a fragmentação se trata menos da aplicação de má técnica jurídica ou da ocorrência de efeitos indesejados de uma lógica globalizadora e mais do resultado de escolhas políticas.<sup>373</sup> O interesse de cada parte em um processo é pressionar para alterar o direito até que esse esteja em conformidade com seus interesses particulares; cada parte sai em busca do “fragmento de jurisdição” que mais facilmente cederá ao jogo de forças de identificar o interesse particular da parte com o interesse (supostamente) geral da norma. Este raciocínio é parcialmente compartilhado por Cogan<sup>374</sup> quando esse defende que a fragmentação é uma linguagem pela qual grupos com interesses opostos demonstram seu poder relativo e colocam em prática as agendas políticas internas.

O pensamento majoritário da doutrina admite a existência de fraquezas no fenômeno, mas o trata como um problema menor e inevitável, uma tendência natural resultante do aumento da participação do Direito Internacional na sociedade global. Por outro lado, há quem advogue que suas consequências negativas podem ser atenuadas com racionalização técnica e coordenação global, tendo em vista que a fragmentação seria nada mais que a resposta inovadora do direito para uma mudança social.<sup>375</sup>

Não se quer com isso dizer que não existem problemas com a fragmentação do Direito Internacional. Os problemas existem, mas não são necessariamente novos a ponto de não se cogitar a aplicação de soluções análogas a outros conflitos normativos e jurisdicionais que fazem parte do cotidiano ou da história do Direito Internacional. Este raciocínio é desenvolvido no supramencionado Relatório da CDI, embora admita-se também que a coerência do Direito Internacional pode estar ameaçada enquanto não houver adoção de práticas jurídicas que racionalizem a solução dos problemas.

A respeito da busca da uniformidade do direito por sistemas legais sofisticados, Koskenniemi e Leino<sup>376</sup> chamam a atenção para a realidade da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Os autores defendem que o destaque dado pela Corte ao fenômeno da fragmentação do Direito Internacional têm mais fundamento no receio de perder o seu posto privilegiado do que relação com os problemas da pluralidade jurídica inerente à

---

373 KOSKENNIEMI, M.; LEINO, P. 2002, *Loc. cit.*

374 COGAN, Jacob Katz. The Idea of Fragmentation, *Proceedings of the American Society of International Law*, Pannel: Fragmentation of international Legal Orders and International Law: Ways Forward, 2011. p. 123-125.

375 COGAN, J. K. *Op. cit.*, 2011; KOSKENNIEMI, M.; LEINO, P. *Op. cit.* e United Nations International Law Commission (KOSKENNIEMI, M.). *Op. cit.*

<sup>376</sup> KOSKENNIEMI, M.; LEINO, P. *Op. cit.*





fragmentação. Para os autores, a uniformidade do Direito Internacional não é uma realidade, mas uma forma de legitimar a atuação da Corte enquanto instância superior.

Alternativamente ao posicionamento supra, Cogan defende que esses sistemas legais aprimorados teriam mais confiança na sua própria capacidade para crescer e se afirmar no cenário internacional<sup>377</sup>. Como consequência, não se sentiriam ameaçados pela possibilidade de mitigação da autoridade de suas normas e instituições em razão do aparecimento de tribunais menores. A realidade, para este autor, coloca normas e instituições em uma competição por competência e fixação de jurisdição<sup>378</sup>. Embora afirme que já houve o triunfo da diversidade sobre a uniformidade e da competição sobre a coerência normativa, Cogan mostra-se cético quanto à preservação de valores e padrões mínimos de Direito Internacional por esta nova realidade. Fragmentação não significa necessariamente progresso e o autor externa esta preocupação ao mesmo tempo que relega ao surgimento de novas normas *ius cogens* e *erga omnes* a tarefa de imposição de padrões mínimos em um cenário fragmentado pelo pluralismo<sup>379</sup>.

## 2.2 O desenvolvimento do Direito Internacional Penal

Após a apresentação desse panorama teórico a respeito da fragmentação do Direito Internacional, passamos para a análise do Direito Internacional Penal. Partindo do processo histórico de desenvolvimento dos princípios que fundamentam a prática do Direito Internacional Penal, buscamos demonstrar quais perspectivas se apresentam para a análise dessa área específica do Direito Internacional no processo mais amplo da fragmentação.

### 2.2.1 Os Tribunais de Nuremberg e Tóquio

Com o fim da Primeira Guerra Mundial se manifestou entre os Estados a vontade de criar um tribunal penal internacional para julgar o Kaiser Guilherme II<sup>380</sup> e

---

<sup>377</sup> COGAN, *Op. cit.* p. 123.

<sup>378</sup> Cf. COGAN, Jacob Katz. Competition and Control in International Adjudication. *Virginia Journal of International Law*. Vol. 48, Issue 2, p.411-449. Disponível em: <[http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol48/issue2/48\\_411-449.pdf](http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol48/issue2/48_411-449.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2012.

<sup>379</sup> COGAN, J.K. *Op. cit.*, 2011, p. 124.

<sup>380</sup> Conforme disposto no art. 227 do Tratado de Versalhes.



criminosos de guerra alemães<sup>381</sup>. Conforme o previsto no Tratado de Versalhes de 1919, a Alemanha deveria reconhecer a competência desse tribunal e entregar documentos e dados importantes que possibilitassem o julgamento dos acusados. Porém, em decorrência de questões políticas, inclusive a estabilidade da República de Weimar, o que havia sido determinado no Tratado de Versalhes não foi cumprido: por um lado, o Kaiser Guilherme II se refugiou na Holanda, onde foi considerado acusado de crime político e teve sua extradição negada; por outro lado, conforme apresenta Japiassú, o tribunal previsto para julgar crimes de guerra cometidos por alemães também não foi criado. Em seu lugar, uma lei alemã de 1919 "concedeu à Suprema Corte Alemã [...] competência excepcional para julgá-los"<sup>382</sup>. No entendimento de Marrielle Maia, "naquele momento, a justiça foi sacrificada em favor da política"<sup>383</sup>. O organismo criado ao fim da guerra, a Liga das Nações, tinha como um de seus objetivos evitar futuros confrontos entre os Estados. A eclosão da Segunda Guerra Mundial foi a mais clara demonstração de sua ineficácia.

As atrocidades cometidas pela Alemanha nazista em toda a Europa e pelo Império Japonês no sudoeste da Ásia foram ainda mais chocantes do que os crimes cometidos na Primeira Guerra, levando os Estados a buscarem formas efetivas e eficazes de punir os criminosos de guerra. Ao fim da guerra criaram-se dois importantes tribunais, o Tribunal Internacional Militar (1945), mais conhecido como Tribunal de Nuremberg, e o Tribunal Militar para o Extremo Oriente (1946), mais conhecido como Tribunal de Tóquio.

Criado em 1945, a partir do Acordo de Londres entre as quatro potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial (Estados Unidos, União Soviética, França e Grã-Bretanha), o Tribunal de Nuremberg, é considerado o primeiro grande passo para a consolidação do Direito Internacional Penal<sup>384</sup>. Seu objetivo era julgar os grandes criminosos de guerra alemães, responsabilizados pelas atrocidades cometidas durante o regime nazista. Com base nesse primeiro tribunal foi instaurado, em 1946, o Tribunal

---

<sup>381</sup> Conforme disposto nos art. 228 e 229 do Tratado de Versalhes.

<sup>382</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 67.

<sup>383</sup> MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional*. Aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47.

<sup>384</sup> Segundo Jankov, "os tribunais militares internacionais de Nuremberg e Tóquio, criados para julgar e punir os grandes criminais da Segunda Guerra Mundial, serviram de elemento catalisador para o desenvolvimento do direito internacional penal". JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.



de Tóquio. Estando o Japão sob ocupação dos Estados Unidos, o general norte-americano MacArthur foi o responsável pela implementação do Tribunal.

O Tribunal de Nuremberg tinha competência para julgar crimes de guerra, além de duas novas categorias de crimes: contra a paz e crimes contra a humanidade. Mas o elemento principal desses dois tribunais foi a possibilidade de julgamento de indivíduos como responsáveis pelos crimes. Nesse sentido, o Tribunal de Nuremberg trouxe uma grande inovação para o Direito Internacional. Para Piovesan, "o julgamento do Tribunal de Nuremberg consolidou o entendimento de que, tal como Estados, indivíduos poderiam ser sujeitos de Direito Internacional"<sup>385</sup>. Lima e Brina complementam essa perspectiva ao afirmarem que "tanto o Estatuto quanto as sentenças dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio estabeleceram, de forma expressa, a responsabilidade penal individual nos crimes internacionais de guerra das potências do Eixo Europeu, desconsiderando as imunidades dos representantes estatais"<sup>386</sup>. Esses dois tribunais lançaram, portanto, os fundamentos de que, posteriormente, se consolidaria como o Direito Internacional Penal. Antonio Cassese entende que, "enquanto a experiência da pós-Primeira Guerra Mundial demonstrou até que ponto a justiça internacional pode ser comprometida em nome da conveniência política, o pós-Segunda Guerra revelou, contrariamente, o quanto essa justiça 'internacional' pode ser eficaz quando há vontade política de apoiá-la e recursos necessários para fazê-la funcionar"<sup>387</sup>.

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial e da criação dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, a Sociedade Internacional percebeu a necessidade de desenvolver de uma jurisdição penal internacional permanente. Nesse sentido, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) solicitou, em 1947 que a CDI elaborasse uma proposta para o Estatuto de um Tribunal Penal Internacional Permanente<sup>388</sup>.

Já no início da década de 1950, a CDI apresentou uma proposta, que viria a ser revisada alguns anos mais tarde, para a criação do dito tribunal. Porém, a tensão entre

---

<sup>385</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

<sup>386</sup> LIMA, Renata Mantovani; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 30-31.

<sup>387</sup> CASSESE, Antonio. "De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares aos Tribunal Penal Internacional". In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. *O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 8

<sup>388</sup> CASSESE, A. *Op. cit.*, p. 8-9. JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.* p.82-3; LIMA, R. M.; BRINA, M. M. C. *Op. cit.* p. 41-6; MAIA, M. *Op. cit.* p. 50; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 393.



Estados Unidos e União Soviética, no âmbito da Guerra Fria, desacelerou este processo. Naquele momento, a criação de normas que interferissem na atuação desses países ou que pudessem comprometer a posição dos Estados como sujeitos principais do Direito Internacional não era interessante. Assim sendo, durante aproximadamente quatro décadas, a criação de normas internacionais penais foi relegada, prevalecendo o poder político das grandes potências. Para Lima e Brina, "o contexto de divergências ideológicas da Guerra Fria dificultava a formação de consenso sobre os valores considerados fundamentais para a humanidade"<sup>389</sup>, que deveriam servir de base para a construção de normas penais internacionais, impedindo a aceitação de qualquer proposta no âmbito global.

### 2.2.2 Os Tribunais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda

Apesar desse hiato temporal entre o fim da década de 1940 e a década de 1990, ao fim da Guerra Fria e com surgimento de uma nova dinâmica internacional, os Estados se voltam novamente para o Direito Internacional como uma ferramenta efetiva. É importante ressaltar que durante a Guerra Fria as potências assistiram à ocorrência de diversos conflitos internos em países nas suas respectivas áreas de influência sem dar qualquer resposta, como, por exemplo, no caso do Camboja<sup>390</sup>. Já na década de 1990, após a queda do muro de Berlim, a Sociedade Internacional, inserida na nova dinâmica internacional, testemunha o surgimento de violentos conflitos internos em diversos Estados<sup>391</sup>.

Em resposta às graves violações ocorridas na ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança decide, por meio da Resolução 827, de 25 de Maio de 1993<sup>392</sup>, criar o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY). Esse tribunal *ad hoc*, foi criado com a "competência para processar e julgar violações graves às Convenções de Genebra de 1949, violação às leis e aos costumes da guerra, genocídio e crimes contra a humanidade"<sup>393</sup> "cometidas no território da ex-Iugoslávia entre o primeiro dia de janeiro

<sup>389</sup> LIMA, R. M.; BRINA, M. M. C. *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>390</sup> Ver LIMA, R. M.; BRINA, M. M. C. *Op. cit.*, p. 33 – 34.

<sup>391</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.* p. 92. CASSESE, A. *Op. cit.*, p. 12 - 16.

<sup>392</sup> O texto original em inglês da Resolução está disponível para acesso no endereço eletrônico: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_827\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf)>.

<sup>393</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 94-5.



de 1991 até uma data que seria determinada pelo próprio Conselho de Segurança depois de alcançada a paz"<sup>394</sup>.

Nos mesmos moldes, em 1994, o Conselho de Segurança cria o segundo tribunal *ad hoc*, para julgar atrocidades cometidos na guerra civil de Ruanda, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), através da Resolução 955, de 8 de novembro de 1994<sup>395</sup>. Esse tribunal tem a competência para "processar e julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, violações das Convenções de Genebra e de seu Protocolo Adicional II [...], cometidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994, por cidadãos ruandeses no território de Ruanda e de seus vizinhos, bem como de cidadãos estrangeiros, por crimes cometidos naquele país"<sup>396</sup>.

A criação desses tribunais é justificada com base no Capítulo VII da Carta de São Francisco, segundo o qual, o Conselho de Segurança tem como função a manutenção da paz e da segurança internacional. Nesse sentido, os conflitos da ex-Iugoslávia e de Ruanda foram interpretados como ameaças à paz e à segurança internacionais, dando legitimidade para a ação do Conselho de Segurança visando sua solução.

Contudo, essa atuação do Conselho de Segurança é passível de diversas críticas, principalmente no que diz respeito à sua forma de atuação - optando por criar tribunais pela via de resolução e não através de tratados - e a sua discricionariedade sobre os casos que receberiam o apoio das Nações Unidas para a criação de tribunais para julgar criminosos internacionais e de guerra. Os casos de Serra Leoa e do Camboja são exemplos dessa segunda escolha, uma vez que, ao invés da criação de tribunais internacionais nos moldes dos criados para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, foram instituídos tribunais mistos, que enfrentam dificuldades de funcionamento e financiamento maiores do que seus antecessores puramente internacionais<sup>397</sup>.

### 2.2.3 O Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional

---

<sup>394</sup> LIMA, R. M.; BRINA, M. M. C. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>395</sup> O texto original em inglês da Resolução está disponível para acesso no endereço eletrônico: <<http://www.unict.org/Portals/0/English/Legal/Resolutions/English/955e.pdf>>

<sup>396</sup> JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 97-8.

<sup>397</sup> "Esses Tribunais têm como características serem formados por pessoal internacional e pessoal nacional, além de terem sido constituídos a partir de acordos bilaterais entre os Estados e as Nações Unidas. São diversos dos Tribunais *ad hoc*, que são organismos no seio da ONU". JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.* p. 98-9.



Uma segunda resposta surge dentro do âmbito da ONU com o fim da Guerra Fria. Paralelamente à criação dos tribunais *ad hoc*, foi possível retomar os projetos da CDI acerca da criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente.

Nos primeiros anos da década de 1990 foi solicitada à CDI a elaboração de um novo projeto de Estatuto, finalizado em 1994. Após a apreciação da Assembleia Geral da ONU, esta criou um Comitê Especial, do qual poderiam participar todos os Estados membros da ONU, com o objetivo de analisar e ajustar algumas questões relativas ao projeto elaborado pela CDI, para que, enfim, fosse convocada uma Conferência Internacional Plenipotenciária. Em 1995, o Comitê Especial emite um relatório<sup>398</sup> e, no mesmo ano, a Assembleia Geral decide pela criação de um Comitê Preparatório, encarregado de elaborar um texto final para o Estatuto, a ser apresentado na Conferência de Plenipotenciários.

Tendo realizado seis reuniões entre 1996 e 1998, o Comitê Preparatório elaborou um anteprojeto final<sup>399</sup>, apresentado na Conferência Diplomática de Plenipotenciários para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, realizada em Roma entre 15 de junho e 17 de julho de 1998. Ao fim desta Conferência, e após algumas modificações realizadas no texto elaborado pelo Comitê Preparatório<sup>400</sup>, a criação do Tribunal Penal Internacional foi aprovada, com o voto favorável de 120 delegações, o voto contrário de 7 delegações e a abstenção de 21 delegações<sup>401</sup>. Trazendo em seu texto o mecanismo para sua entrada em vigor, o Estatuto de Roma obteve em 11 de abril de 2002 o número mínimo de ratificações para sua efetivação, que seu deu em 1º de julho de 2002<sup>402</sup>.

### 2.3 As perspectivas para o Direito Internacional Penal frente ao processo de fragmentação

<sup>398</sup> Para uma descrição mais detalhada dos trabalhos do Comitê Especial, vide JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p.99-100.; e MAIA, M. *Op. cit.*, p. 57-8.

<sup>399</sup> Para uma descrição mais aprofundada dos trabalhos realizados pelo Comitê Preparatório vide LIMA, R. M.; BRINA, M. M. C. *Op. cit.* p. 47-9.; JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 100-2.; e MAIA, M. *Op. cit.*, p. 57-9.

<sup>400</sup> Para uma descrição mais aprofundada das discussões realizadas no âmbito da Conferência Diplomática de Plenipotenciários para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional vide LIMA, R. M.; BRINA, M. M. C. *Op. cit.*, p. 49-51.; JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 102-4.

<sup>401</sup> LIMA, R. M.; BRINA, M. M. C. *Op. cit.*, p. 50.; JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 102.

<sup>402</sup> Através do Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002 o Estatuto de Roma passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro, após ter sido aprovado pelo Congresso Nacional. Sobre o debate a respeito da incompatibilidade entre o texto do Estatuto de Roma e o ordenamento jurídico brasileiro, vide LIMA, R. M.; BRINA, M. M. C. *Op. cit.*, p. 149-177; e JAPIASSÚ, C. E. A. *Op. cit.*, p. 105-124.





O que se percebe na área de Direito Internacional Penal não é o aumento contínuo no número de tribunais com competência restrita e específica, mais sim um processo de desenvolvimento de normas e procedimentos que permitem, por fim, a criação de um tribunal de competência universal e de caráter permanente. O TPI, enquanto proposta de jurisdição única e universal, visa suprir as necessidades percebidas em diversos momentos pela humanidade. Para Cassese, “[...] espera-se que o TPI venha a anunciar uma nova era para o processo e a punição efetivos de violações graves do direito internacional humanitário, onde quer que tais abusos possam ocorrer e seja qual for seu autor. Ao fazê-lo, o TPI provavelmente se tornará o pilar central na comunidade mundial para sustentar os preceitos fundamentais da humanidade”<sup>403</sup>. E, nesse sentido, pode proporcionar uma unificação das decisões no âmbito do Direito Internacional Penal ao invés de sua fragmentação.

O entendimento de Fausto Pocar difere dessa perspectiva. Para o Juiz e Vice-Presidente do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY),

O objetivo final é, portanto, evitar novas violações e alcançar respeito pelas normas e princípios dos ramos [...] do direito internacional. Enquanto a unidade de jurisdição pode certamente ser considerada como útil neste contexto, não pode ser tida como uma prioridade, tendo em vista a estrutura atual da comunidade internacional, a qual está dando seus primeiros passos no combate à impunidade em âmbito internacional. Nesse sentido, é muito mais importante que a comunidade internacional mostre a sua capacidade de reagir à prática de crimes por meio do exercício de uma jurisdição independente e imparcial, independentemente de onde esta última toma lugar<sup>404</sup>.

Seja pela expectativa demonstrada por Cassese ou pela observação de Pocar sobre os rumos que se tem dado a diversos casos, inclusive com a perspectiva de criação de novos tribunais - de natureza puramente internacional ou mistos - para questões

---

<sup>403</sup> CASSESE, A. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>404</sup> POCAR, Fausto. The Proliferation of International Criminal Courts and Tribunals: A Necessity in the Current International Community. *Journal of International Criminal Justice*, n. 2, 2004. p. 307. Tradução nossa. No original: “The ultimate goal is, therefore, to prevent further violations and to achieve respect for the norms and principles of the above-mentioned branches of international law. While unity of jurisdiction can certainly be regarded as useful in this context, it cannot be deemed a priority in light of the current structure of the international community, which is taking its first steps towards combating impunity at the international level. To this effect, it is far more important that the international community shows its ability to react to the commission of crimes through the exercise of independent and impartial jurisdiction, irrespective of where the latter is carried out.”



específicas, pode-se afirmar que o Direito Internacional Penal ainda está se desenvolvendo. Dentro de um contexto de fragmentação do Direito Internacional e, apesar da possibilidade do surgimento de novos tribunais, a criação de um tribunal de competência universal pode ser um indicador de uma tendência de centralização, se não da jurisdição, mas pelo menos dos princípios aplicáveis.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo não sendo um fenômeno recente, a fragmentação do Direito Internacional é uma questão presente na pauta de debate dos internacionalistas. Demonstração clara dessa preocupação é o fato de a Comissão de Direito Internacional da ONU ter elaborado um relatório específico sobre os desafios colocados por esse fenômeno.

A criação de tribunais e cortes internacionais específicos para lidar com cada área do Direito Internacional fica bastante evidente quando se analisa o processo de desenvolvimento do Direito Internacional Penal. Seus princípios basilares surgem como respostas jurídicas às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Principalmente a partir da década de 1990, esta área sofre um constante desenvolvimento, buscando responder, de forma bastante dinâmica, às necessidades da Sociedade Internacional. A criação do TPI é percebida como o ápice do desenvolvimento das normas penais internacionais, porém, se abordada por outra perspectiva, pode ser entendida também como um grande avanço no processo, não seu fim definitivo.

Se no âmbito geral da fragmentação do Direito Internacional, o Direito Internacional Penal exemplifica a dinâmica de criação de tribunais para lidar com as questões específicas de cada área, enquanto uma área específica, ainda nos deparamos com incógnitas. Ao mesmo tempo que a criação do TPI aponta para a unificação em torno de apenas uma jurisdição, a possibilidade de criação de novos tribunais faz com que a questão de disputas de competências e entendimentos contrários se mantenha. Somente a prática evidenciará quais as reais necessidades para que uma punição efetiva punição seja possível.



## REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASSESE, Antonio. "De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares aos Tribunal Penal Internacional". In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. *O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COGAN, Jacob Katz. Competition and Control in International Adjudication. *Virginia Journal of International Law*. Vol. 48, Issue 2, p.411-449. Disponível em:  
<[http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol48/issue2/48\\_411-449.pdf](http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol48/issue2/48_411-449.pdf)>.

\_\_\_\_\_. The Idea of Fragmentation, *Proceedings of the American Society of International Law*, Pannel: Fragmentation of international Legal Orders and International Law: Ways Forward, 2011.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

KOSKENNIEMI, Martti., LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?. *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002) pp. 553-579.

LAGE, Délber Andrade. *A Jurisdicionalização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LIMA, Renata Mantovani; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional*. Aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006



POCAR, Fausto. The Proliferation of International Criminal Courts and Tribunals: A Necessity in the Current International Community. *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004. p. 304-308.

SCHIFF BERMAN, Paul. *The Globalization of International Law*. Aldershot ; Burlington, VT: Ashgate, 2005

## Documentos

REPORT of the Study Group on Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international Law. *International Law Commission*. Fifty-sixth session. 2 May - 3 June and 11 July - 5 August 2005. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/guide/1\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2012.

SECURITY COUNCIL. Resolution 827 - Adopted by the Security Council at its 3217th meeting, on 25 May 1993. New York, 1993. Disponível em:  
<[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_827\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf)>  
Acesso em 08 de Maio de 2011.

SECURITY COUNCIL. Resolution 955 - Adopted by the Security Council at its 3453rd meeting, on 8 November 1994. New York, 1994. Disponível em:  
<<http://www.unict.org/Portals/0/English/Legal/Resolutions/English/955e.pdf>>  
Acesso em 08 de Maio de 2011.



## CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXTRADIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

*Natasha Karenina de Sousa Rego\**

**Resumo:** O artigo se dedica à análise da extradição, instituto de Direito Internacional, na legislação brasileira a partir de referenciais históricos e contemporâneos que o situam nos ordenamentos jurídicos e ensejam sua ressignificação ao longo do tempo. As raízes históricas da extradição são ressaltadas bem como de outras formas – atuais ou em desuso - de saída compulsória de estrangeiros e de nacionais do país. Aborda-se o modo como este instituto é recepcionado no Direito doméstico e os procedimentos de estilo que lhes são próprios. Tenta-se apontar ainda os requisitos, as características, os elementos e os atores do processo extraditório. O estudo é desenvolvido a partir de uma pesquisa bibliográfica e faz uma abordagem qualitativa das informações coletadas. Conclui-se ressaltando a importância do instituto enquanto exteriorizador da cooperação e da solidariedade entre os povos no combate à criminalidade internacional e à impunidade com a transposição de uma fronteira.

**Palavras-chave:** Extradição; saída forçada de estrangeiros; Direito Internacional; Direito Constitucional.

**Abstract:** The article is devoted to assay extradition, institute of International Law, in Brazilian law through historical and contemporaneous references that are located in their jurisdictions and motivates reinterpretation over time. The historical roots of extradition are highlighted as well as other forms - current or unused - compulsory exit of foreigners and nationals of the country. It addressed how this institute is approved in domestic law and extradition procedures. They are still pointing requirements, features, elements and actors of the extradition process. The study is developed from a literature review and a qualitative approach makes the information collected. We conclude stressing the importance of the institute by externalizing cooperation and solidarity among peoples in the fight against international crime and impunity with the crossing of borders.

**Keywords:** Extradition; compulsory exit of foreigners; International Law; Constitutional Law.

---

\*Mestranda em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, membro do Projeto de Extensão Universidade Sem Muros e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí.



## INTRODUÇÃO

As nações e povos contemporâneos vivenciam um intenso e irremediável processo de globalização: os capitais se movimentam de forma mais fluída e rápida, o trânsito de pessoas e bens se acentua, a interdependência entre países se aprofunda, as realidades locais sofrem uma diversidade de impactos. Conceitos como o de *aldeia global* realmente não soam como um absurdo e sim como uma realidade aparentemente inevitável.

A extradição é um dos muitos institutos do Direito Internacional que têm tomado uma dimensão diferente com o decurso do tempo e se resignificado. Recentemente os brasileiros e as brasileiras puderam acompanhar o pedido de extradição (e de prisão preventiva), feito pelo governo italiano ao brasileiro, de Cesare Battisti, condenado em seu país de origem à prisão perpétua por quatro homicídios. Por se tratar, ao menos à primeira vista, de um crime político impróprio, estar repleto de minúcias e mergulhado em obscuridades, o caso ganhou destaque internacional, colocou o nome do italiano na mídia hegemônica e na alternativa e trouxe à baila uma série de discussões sobre a extradição.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXTRADIÇÃO

Não há clareza ou precisão sobre o marco inicial da utilização deste instituto: a doutrina divide-se em opiniões. Artur de Brito Gueiros Souza identifica que o primeiro tratado de extradição teria sido firmado em 1376, entre o Rei da França Carlos V e o Conde de Sabóia, que almejava impedir a fuga de criminosos para territórios alheios<sup>405</sup>. Já Celso D. Albuquerque de Mello enxerga uma origem mais antiga, remontando a um tratado firmado entre as civilizações egípcia e hitita, em 1291 a.C.<sup>406</sup>. Concordando com esse entendimento e trazendo à baila a importância deste tratado, Francisco Rezek aduz:

O primeiro registro seguro da celebração de um tratado, naturalmente bilateral, é o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIXª dinastia. Esse tratado, pondo fim à guerra nas terras

---

405

1998, p. 47

406

2000, p. 947

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*.





sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição. Releva observar o bom augúrio que esse antiqüíssimo pacto devera, quem sabe, ter projetado sobre a trilha do direito internacional convencional: as disposições do tratado egipto-hitita parecem haver-se cumprido à risca, marcando seguidas décadas de paz e efetiva cooperação entre os dois povos. E assinalando-se, na história do Egito, a partir desse ponto da XIX<sup>a</sup> dinastia, certo refinamento de costumes, com projeção no próprio uso do idioma, à conta da influência hitita. As duas grandes civilizações entrariam, mais tarde, em processo de decadência, sem que haja notícia de uma quebra sensível do compromisso.<sup>407</sup>

Ainda para registro histórico, podemos citar três outras formas compulsórias de afastamento de um indivíduo em relação ao estado onde se encontra: banimento, degredo e desterro.

O primeiro consiste na expulsão de um nacional pelo seu próprio Estado. Repulsiva e mal vista pelas nações democráticas, esta prática não é incomum nos regimes ditatoriais; é inadmitido pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 5º, XLVII, “d” da CF). Del’Olmo e Kampf<sup>408</sup> trazem como exemplo o caso emblemático do decreto de 21.12.1889 que banuiu a Princesa Isabel, o Conde d’Eu e seus filhos, privando-os do direito de ir, vir e permanecer em território brasileiro.

O degredo<sup>409</sup> era uma pena cruel, prevista, na legislação penal das Ordenações Filipinas que enviava o condenado para as colônias portuguesas no ultramar.

O desterro, por sua vez, consiste na reclusão de um nacional em determinado lugar do próprio Estado. O último caso que se tem notícia é do ex-presidente Jânio Quadros, desterrado em 1968, durante quatro meses numa cidade do atual Mato Grosso do Sul<sup>410</sup>.

Indo além desse resgate, é mister citar ainda as três medidas coercitivas vigentes e as duas emergentes de forçar a saída do estrangeiro do território nacional. O trio é formado por deportação, expulsão e a extradição, de forma que as duas primeiras

---

407

REZEK, Francisco. *Direito Internacional: curso elementar*. 2010, p.11.

408

DEL’OLMO, Florisbal de Souza. KAMPF, Elisa Cerioli Del’Olmo. *A extradição no Direito Brasileiro*. 2006, p.01

409

A modalidade está, presente, inclusive na oração católica Salve-Rainha, no bem escrito verso “A vós suspiramos os degredados filhos de Eva”.

410



são sanções administrativas e a última é um ato político-jurídico, que será degustado ao longo deste trabalho.

A deportação atinge estrangeiros, que estando em situação irregular no país, não sanam no prazo determinado tal irregularidade e são afastados para o país de origem ou para outro que lhe seja mais conveniente. Há a possibilidade de retorno, contanto que não se repita a contrariedade ou se incorra em outra.

A expulsão condiciona-se ao cometimento de delito ou atentado contra a segurança nacional, a ordem pública e a moralidade pelo estrangeiro; tem o condão de impedir o retorno do estrangeiro ao país, enquanto durarem seus efeitos.

Nosso ordenamento jurídico proíbe a expulsão de estrangeiro que tiver constituído família no Brasil (cônjuge ou infantes brasileiros). Como a expulsão é uma questão de Estado tal qual a preservação da entidade familiar preferiu o legislador priorizar esta em detrimento de qualquer dano que o estrangeiro tenha causado à nação. Disposição diferente é a que tutela os interesses da família de um extraditando: relegada a tutela da família à segundo plano, tem prevalecido a punição extraterritorial e a entrega ao país requerente. A boa doutrina considera tal entendimento de mau alvitre: mesmo acusado ou de fato condenado, o estrangeiro deve ser preservado no seu direito humano de constituir família assim como esta não deve ser privada do convívio de seu genitor ainda mais se este for para outro país.

As duas formas emergentes são o mandado de detenção europeu e a entrega. Em 15 de julho de 2002, o Conselho de Ministro adotou uma decisão-quadro (2008/583/JAI) que visa impedir que acusados de terrorismo refugiem-se em países europeus com a legislação mais branda: é o chamado mandado de detenção europeu. Tal medida figura como a substituta da extradição por ter procedimento mais simplificado de entrega de pessoas condenadas e por promover a livre circulação de decisões de material penal nos estados membros<sup>411</sup>.

A entrega, por sua vez, aproxima-se da extradição por também exteriorizar o combate à criminalidade internacional, contudo a solicitação não parte de uma nação e sim do Tribunal Penal Internacional. Assim o Estado requerido coloca o indivíduo a disposição desta corte imparcial e de jurisdição permanente para julgá-lo.

Uma forma controvertida de retirada de estrangeiro do país onde se esconde é a abdução internacional, que se caracteriza pelo seqüestro ou outra forma de captura

---

411

irregular de estrangeiro por sua própria pátria ou outra para fins de julgamento e condenação. Esta prática é um atentado explícito e ultrajante ao país que teve seu território violado e a tradição e prática do Direito Internacional que se fulcra no respeito a soberania e aos Direitos Humanos. Os direitos do procurado não são tão devassados porque, antes de partir para esta busca, os países expedem mandados regulares de prisão, que indicam, que de alguma forma ou outra, o foragido seria preso.

O respeito à soberania dos Estados estrangeiros é o maior fundamento contrário ao direito de caça e conseqüente sequestro de um criminoso em outros Estados. Além de infringir direitos dos Estados o faz com o estrangeiro. É curioso notar que a legislação norte-americana autoriza aos representantes das autoridades estadonidentes a prender em qualquer parte do mundo qualquer estrangeiro perseguido pela justiça americana. É a aplicação elucidativa e exemplo clássico do princípio *male captus bene detentus*: a precariedade da prisão não a exclui. Apesar de, infelizmente, comum tal prática tem sido condenada por afrontar princípios basilares do Direito Internacional Público e coadunar com prisões arbitrárias e desrespeito aos Direitos Humanos.

Não é prática distante de nossa realidade a perseguição política de Estados estrangeiros a nacionais seus que venha a estar em outro Estado. Pedido de extradição com fulcro em crime comum sucede à busca, o que implica em uma extradição política disfarçada – modalidade proibida.

Observamos que, da mesma forma que os Estados fixam critérios para a admissão do estrangeiro, também podem prever, em suas legislações domésticas, medidas compulsórias de saída forçada do estrangeiro de seus territórios. O Direito Internacional não proíbe a utilização de eventuais medidas, contanto que tais procedimentos estatais estejam previstos em lei, com o fito de prevenir a arbitrariedade.

Em prol do combate à intolerância, à perseguição dos dissidentes, à violação dos Direitos Humanos e outras mazelas infelizmente presentes no mundo, o Direito Internacional protege o estrangeiro, flagelado ou não. A Declaração Universal dos Direitos Humanos garante uma série de direitos e liberdades fundamentais a qualquer indivíduo, indistintamente, sendo ela nacional ou estrangeira. Assim, a discriminação do estrangeiro perante o nacional pode existir contanto que se funde somente em motivos de interesse público, vitais ao bom funcionamento do Estado. Quanto às normas aplicadas somente aos estrangeiros, trata-se de uma faculdade do Estado de restringir os



direitos destes em relação ao nacional decorrente de sua soberania. Deve-se garantir, contudo, o respeito, independente de nacionalidade, aos Direitos Humanos.

Nesse contexto de aumento de fluxos e processos migratórios, a criminalidade tem se mostrado cada dia mais hábil em se adaptar às mudanças tecnológicas e econômicas contemporâneas: sua expansão transnacional é um desafio; compete ao Estado reprimir toda delinquência que surgir em seu território. Muitos acusados ou condenados da Justiça aproveitam para se esconder em outros países, crenças de que o simples fato de transpor uma fronteira e deixar o país onde cometeu o crime trará a impunidade. A extradição, assim, é um dos mais eficazes instrumentos de combate ao ato do foragido homiziar-se e, conseqüentemente, restar isento de julgamento e punibilidade.

Pode ser conceituada como o processo oficial de entrega de um indivíduo para ser processado ou para a execução da pena por crime cometido fora do território em que reside, a outro Estado que o reclama e que é competente para o julgamento, condenação e aplicação da pena. Nos dizeres de Accioly, Nascimento e Silva e Casella:

extradição é o ato pelo qual um estado entrega a outro estado indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se acha condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos. A instituição da extradição, tem por objetivo principal evitar, mediante, cooperação internacional, que um indivíduo deixe de pagar pelas conseqüências de crime cometido. Atualmente, a extradição procura garantir ao acusado um julgamento justo, de conformidade com o art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo o qual “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”.<sup>412</sup>

Exterioriza a cooperação judicial internacional no combate à criminalidade e é de praxe que seja regulada por tratados e convenções internacionais bilaterais ou multilaterais celebrados - por meio dos quais os países resolvem extraditar pessoas em condições equivalentes. Sua falta não causa embaraço e pode ser substituída por promessa ou declaração de reciprocidade em casos análogos, feita entre nota verbal entre diplomatas que vincula seus Estados.

A existência do tratado não necessita de promessa de reciprocidade: sua inexistência torna a declaração imprescindível. Neste caso, não há um dever jurídico internacional oriundo de um tratado consagrado e sim um dever moral. Existe

---

412

divergência doutrinária que se dá em razão da obrigatoriedade ou não da concessão extradição quando houver tratado entre os dois ou mais países. Entende-se que, como o consentimento em se extraditar ou não um estrangeiro é ato de soberania nacional por mais que a existência de um tratado internacional crie a possibilidade de se exigir determinada postura de uma nação não há que se falar em obrigatoriedade em qualquer caso e sim na possibilidade de um posicionamento determinado em havendo adequação entre o disposto no tratado com a realidade, atentando sempre para os casos proibidos.

A extradição é um instituto de natureza complexa porque entrelaça necessariamente diversos ramos do direito - o Direito Internacional Público, o Direito Penal Internacional, o Direito Internacional Penal, o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Processual - e, devido às crescentes inserções em tratados de extradições de cláusulas relativas à extradição por crimes fiscais deve-se acrescer a este rol o Direito Tributário.

Pressupõe ainda o cometimento de um crime de certa gravidade. Seu objetivo imediato é levar a julgamento ou fazer cumprir pena uma pessoa acusada ou condenada por haver ofendido um bem jurídico precioso a determinado Estado e protegido por sua lei penal, após aquela pessoa evadir-se, homiziando-se no território de outro Estado. O objetivo mediato do instituto é evitar-se a impunidade e punir o indivíduo onde cometeu o crime. Brownlie consegue, com maestria, esclarecer as relações existentes entre o Estado, o indivíduo e o fulcro da extradição, *in verbis*:

Os interesses do indivíduo aparecem noutra relação complexa que mantêm com o seu próprio Estado e com outros Estados no Direito respectante à extradição e ao asilo político. Em regra, o processo de extradição está de acordo com o interesse público. Preservam-se os valores da justiça e reconhece-se o interesse do Estado requerente no exercício da jurisdição. Além disso, não se permite ao indivíduo subtrair-se à responsabilidade que advém da prática de crimes comuns *mala in se*.<sup>413</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o principal dispositivo internacional a respeito da extradição. No âmbito latino americano, o amparo à extradição dá-se, principalmente, através do Código Bustamante, Convenção sobre Extradição (Montevideu, 1932) e Tratado de Direito Penal Internacional (Montevideu, 1940). No ordenamento pátrio, é recepcionado por nossa Constituição Federal (art. 5º, LI e LII, art. 22º, XV, art. 102º, I, g) e pela legislação infraconstitucional (Lei nº 6.815/80, Lei Federal nº 6.964/81, Decreto nº 86.715/81, Regimento Interno do STF e

---

413

Tratados). Considerado, em nosso ordenamento jurídico, direito e garantia fundamentais, de forma que somente nas hipóteses constitucionais será possível a concessão da extradição, podendo, contudo, a legislação federal infraconstitucional determinar outros requisitos formais.

A CF em consonância com o Estatuto do Estrangeiro consolidou em disposições constitucionais e infraconstitucionais o entendimento das constituições de 1946 e de 1967, da boa doutrina e das entidades internacionais a respeito da não-concessão de extradição em razão de crimes políticos.

O princípio da territorialidade, do Direito Penal, advém da soberania, que o autoriza a decidir e aplicar as leis patentes ao que ocorre dentro de seu território: com seu *jus puniendi* o Estado, que tendo um bem jurídico violado por uma conduta delituosa, pode punir o infrator em seu próprio território para assegurar a paz social e impedir novas condutas similares.

Olhar a extradição a partir destes dois princípios nos permite compreender os dois sentidos dos pedidos, consubstanciados na relação bilateral entre os países: a extradição ativa e passiva.

Em virtude do princípio da territorialidade, quando o crime é cometido em solo nacional e há a fuga do autor para Estado estrangeiro cabe àquele país a solicitação da extradição, o que configura sua modalidade ativa. Também justifica esta modalidade extradicional, a aplicação do princípio da extraterritorialidade: quando o agente comete crime no exterior e ofende bem jurídico brasileiro, o que traz o interesse brasileiro em puni-lo e enseja também a extradição ativa.

Em igual prisma, se o delito é cometido em território estrangeiro e o fugitivo esconde-se em território brasileiro, cabe ao país estrangeiro requerer sua extradição ao Brasil, o que caracteriza a modalidade passiva. Em suma, esta é quando o pedido é feito por autoridade estrangeira ao Brasil e ativa quando o foragido é requerido a outro país pelo Brasil.

No que tange a extradição ativa, o Ministério da Justiça recebe o pedido e a documentação do Poder Judiciário. O Departamento de estrangeiros verificará a admissibilidade do pedido com base em tratado celebrado ou na Lei. Sendo admissível, será encaminhado através de aviso ministerial ao Ministério das Relações Exteriores para que formalize frente ao país onde está o foragido. Se deferida a extradição, as autoridades brasileiras devem retirar o indivíduo do país no prazo previsto no tratado ou na legislação interna do país. Havendo urgência pode ser solicitada a prisão preventiva





para fins de extradição antes até da formalização do pedido – o Ministério da Justiça já encaminha logo o pedido da preventiva junto da decisão do Poder Judiciário e do Mandado de prisão por via diplomática. Atualmente, nos novos tratados, com base nos mesmos documentos se querer isso via Interpol.

Em relação à extradição passiva, o Departamento de estrangeiros recebe o pedido do Ministério das Relações Exteriores e verifica a admissibilidade com base em tratado e na Lei. Se admissível, encaminha via Aviso Ministerial ao Supremo Tribunal Federal que fará a análise do mérito. Se deferida a extradição, o país deverá retirar o estrangeiro do país no prazo da lei ou do Tratado – não o fazendo o indivíduo é considerado livre no Brasil que não o deterá em razão do mesmo fato.

Geralmente, o país requerente solicita junto com o pedido extraditório a prisão preventiva do fugitivo (enquanto medida cautelar), que tão logo se inicie este processo deve ser preso e colocado à disposição da justiça.

Tanto a extradição passiva quanto a ativa devem ser feitas através de via diplomática, se não, o requerimento é feito diretamente governo a governo: é pressuposto que seja requerida por governo de país estrangeiro e não por autoridade estrangeira. Como o tratado é lei especial e a legislação doméstica geral, em havendo situações conflituosas e obscuras, aplica-se a compreensão do tratado, já que este prevalece por ser mais específico.

A decisão emanada pelo STF não aceita recurso, pois a análise se dá pelo Plenário, composto por todos os ministros; Tem o caráter constitutivo e objetiva a formação de um título jurídico hábil para entregar o estrangeiro ao Estado requerente. Não vincula a decisão do Poder Executivo que se trata de ato discricionário, a menos nos casos de negativa do STF que não autoriza a extradição por nenhum ato daquele poder.

A defesa do extraditando é limitada e seu processo corre com prioridade – exceto em relação ao hábeas corpus – no STF. Basicamente, como não se discute o mérito do crime cometido, os pontos alegados pela defesa será formais: ilegalidade do pedido, erro quanto a identidade do extraditando e defeito quanto aos documentos apresentados pelo Estado Requerente.

No caso da extradição passiva, não cabe ao STF reanalisar os elementos de mérito a ele apresentados. O que pode ser feito – até para identificar-se a natureza do crime – é a análise de outras circunstâncias inclusive extrajurídicas para firmar a convicção sobre a politização ou não do fato. O exame feito é dos pressupostos para a



concessão do pedido ao Estado Requerente. O STF deve se pronunciar sobre a legalidade e a procedência do pedido, zelar pela regularidade procedimental, e manifestar-se sobre o deferimento ou indeferimento do pedido.

Ao ter a concessão do extraditando julgada procedente, o Estado requerente se compromete ao que está disposto no art, 91 da Lei 6.815/80: não prender ou julgar o extraditando por fato diverso do pedido; computar o tempo de prisão no Brasil em virtude da extradição; comutar eventual pena de morte ou pena corporal em pena privativa de liberdade; não entregar o extraditando a outro estado, exceto com o consentimento do governo brasileiro; excluir agravação de pena por motivos políticos.

Como regra geral não se pode distinguir o nacional, do naturalizado do estrangeiro. Contudo, a própria Constituição Federal ressalva nos seu próprio texto as hipóteses em que a distinção é permitida: prevê diferença na extradição de brasileiro nato, naturalizado e aos estrangeiros. Os primeiros nunca podem ser extraditados – corolário do princípio geral da inextraditabilidade do brasileiro. Os segundos no caso de crime comum cometido antes da naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei. Os terceiros não poderão ser extraditados por crime político ou de opinião.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O instituto da extradição é um instrumento indispensável para a vida globalizada, na medida em que exterioriza a cooperação e solidariedade entre os povos no combate à criminalidade internacional e à impunidade com a transposição de uma fronteira.

Mesmo sua origem mais remota, a natureza do instituto da extradição sempre exteriorizou a cooperação entre os povos, mesmo que antes o foco fosse a perseguição dos criminosos políticos e agora dos comuns. Mudou-se a perspectiva relacionada a que tipo de crimes se deveria atingir e outras questões acessórias, mas não se modificou a essência.

Outras formas manifestam as relações que o Estado tem com os estrangeiros que viandam ou permanecem. Exteriorizam a soberania, a preservação da jurisdição nacional e o cuidado que o Estado tem com sua nação no sentido de controlar a entrada e o afastamento coercitivo de estrangeiros sem que isso desrespeite os forasteiros ou suas pátrias de origem. É preciso que estejamos atentos para as nuances que permeiam



as medidas de saída compulsória de estrangeiros, especialmente a extradição, para não causar desconforto externo ou interno. No caso da extradição, por estar diretamente ligada à soberania, só há manifestação válida através de boas relações diplomáticas, seja via Tratado ou via promessa de reciprocidade.

O estudo desses institutos beira o confronto entre Tratados Internacionais e Constituições, assim como entre soberania e as tentativas e construções de supranacionalidade - vivenciada pela União Européia. Democracia, Diplomacia e Direitos Humanos não podem ser esquecidos nesse processo.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de direito internacional público**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Extradição**. 3.ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Estrangeiros, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 272-4. Alemanha *versus* Stangl. Relator Min. Vítor Nunes Leal. RTJ 43/193

\_\_\_\_\_. Extradição nº 417. Argentina *versus* Eduardo Firmenich. Rel. p/ o acórdão Min. Oscar. Corrêa DJU 21 set. 1984

\_\_\_\_\_. Extradição nº 1085. República Italiana *versus* Cesare Battisti. Relator Min. Cezar Peluso. DJ 14/04/2010.

\_\_\_\_\_. Mandado de Segurança nº 27.875. Governo da Itália *versus* ato do Ministro da Justiça. Relator Min. Min. Cezar Peluso. DJ 09/09/2009.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste, 1997

DAL RI Jr, Arno. **O Estado e seus inimigos**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. KAMPF, Elisa Cerioli Del'Olmo. **A extradição no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: GZ, 2006.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 2º vol., 12ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 947

REZEK, Francisco. **Direito Internacional**: curso elementar. 12.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.



SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **As novas tendências do direito extradicional**. Rio de Janeiro, Renovar, 1998. p. 47



## O NÃO USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL E A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

*Patrícia Fernanda Scalco*<sup>414</sup>

### RESUMO

Pretende-se, por meio desse trabalho, realizar uma análise do conceito do não uso da força no Direito Internacional contemporâneo. Posteriormente, será estudada a sentença da Corte Internacional de Justiça no julgamento das atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua envolvendo o uso da força. A partir deste caso, verificar-se-á quais mudanças ocorreram no âmbito jurídico internacional, pois criou-se um novo paradigma: as questões envolvendo o não uso da força passaram a ter um viés jurídico e não apenas político.

**Palavras-chave:** Não uso da força, Corte Internacional de Justiça, Direito Internacional, Nações Unidas.

### ABSTRACT

By means of this article it's meant to realize an analysis of the concept of non use of force in contemporary international law. Posteriorly, it will study the judgment of the International Court of Justice involving Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua involving the use of force. Starting from this case, the article will verify which changes occurred in the international legal framework, since it was created a new paradigm: the questions involving non use of force now have a legal bias, not only a political one.

**Keywords:** Non use of force, International Court of Justice, International Law, United Nations.

### INTRODUÇÃO

A ameaça ou uso da força codificado na Carta das Nações Unidas, artigo 2(4), mostra-se um assunto extremamente atual e que suscita debates acerca dos posicionamentos de países com um grande poder militar e suas atitudes frente a um conflito internacional.

---

<sup>414</sup> Bacharel em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC, membro do Grupo de Pesquisa Ius Gentium de Direito Internacional, UFSC/CNPq



A Corte, denominada como “principal órgão jurídico das Nações Unidas”, possui o papel, em conjunto com o Conselho de Segurança, manter a paz e segurança internacionais. A partir do posicionamento de julgar os casos envolvendo o uso da força criou-se uma inovação no âmbito do Direito Internacional, uma vez que países tidos como “fracos” militarmente no cenário internacional possuem uma maior possibilidade de verem os seus conflitos sendo resolvidos de maneira mais equânime.

Diante desse novo posicionamento, o número de casos levados a Corte Internacional de Justiça aumentou significativamente. Atualmente, 16 de 25 casos envolvem o uso da força de maneira direta ou indireta<sup>415</sup>.

Como consequência, a CIJ, hoje, como órgão jurídico, atua na restauração e manutenção da paz e ordem internacional, possibilitado uma maior aproximação com a ideia de justiça, pois as decisões não acabam ficando atreladas ao possível veto dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança.

## O NÃO USO DA FORÇA NA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

O uso da força é comumente a maneira de resolução dos conflitos internacionais, e deve ser usada de maneira legítima e obedecendo aos critérios da proporcionalidade. Está codificada na Carta das Nações Unidas, no artigo 2 §4º.

“[...] a força é necessária em qualquer sociedade para obrigar a respeitar o Direito, para punir quando necessário aqueles que o ignoraram. [...] Mas esta deve estar a serviço da ordem e não do desejo de hegemonia dos Estados<sup>416</sup>.”

A sociedade internacional é anárquica, ou seja, todos os Estados encontram-se justapostos, não há um poder acima deles, sendo o Estado soberano detentor do monopólio da força, este dispõe da ampla possibilidade para defender seus interesses ou realizar intervenções<sup>417</sup>.

Os escritores de Direito Internacional<sup>418</sup>, no decorrer da história, criaram paliativos sobre o uso da força. Um ponto convergente entre os doutrinadores da

---

<sup>415</sup> Ver artigo: The Use and Abuse of the International Court of Justice: Cases concerning the Use of Force after Nicaragua. EJIL, 2003.

<sup>416</sup> DUPUY, René- Jean. **O Direito Internacional**, 1993, pp. 79; 149-151.

<sup>417</sup> O doutrinador Dupuy em sua obra, *O Direito Internacional*, (1993), é céptico quanto à ideia do recurso à força ser usado de maneira legítima. Para ele, “[...] Cada um argumentará com a legitimidade da sua defesa, ainda que este seja preventiva, e que ele tenha atacado primeiro. No entanto, a doutrina não perdeu a coragem.” (p. 84).

<sup>418</sup> Os primeiros escritores da modernidade que tratam do Direito da Guerra e trazem o elemento “justo” são, dentre outros, Francisco de Vitória (Salamca, 1546), Hugo Grotius (1625). No decorrer dos séculos, a





modernidade diz respeito ao elemento “justo” para recorrer à guerra na resolução de conflitos internacionais.

Na prática, no século XIX, para os Estados Europeus, a guerra representava o último recurso, isto é, como uma forma de resolver conflitos. [...] a guerra era um atributo da soberania e era aceita como uma conquista de título produzido<sup>419</sup>.

Em 1928, foi concluído o Tratado Geral de Renúncia à Guerra ou Pacto Kellongg-Briand, primeiro documento que codificou a condenação da guerra como meio de resolução de conflitos internacionais<sup>420</sup>. No entanto, possuía lacunas, “[...] pois não proibia, por exemplo, a legítima defesa ou o recurso à guerra para a defesa do direito”<sup>421</sup>.

Em 1939, após a ratificação por 63 Estados, eclodiu a II Guerra Mundial. Posteriormente, ao fim da Guerra, iniciou-se uma nova ordem internacional, a noção de crime contra a paz<sup>422</sup>, e duas novas regras: “[...] a regra da proibição da guerra de agressão e a da responsabilidade dos autores dos crimes contra a paz”<sup>423</sup>.

O artigo 2º, §4º, da Carta das Nações Unidas (2012) dispõe sobre o uso da força:

Os Estados membros da Organização abstém-se, nas suas relações internacionais, de recorrerem à ameaça ou ao emprego da força, quer contra a integridade territorial ou a independência política de todo e qualquer Estado, quer de qualquer outra forma incompatível com os objetivos das Nações Unidas.

A partir da compilação na Carta da ONU, a política de intervenção dos Estados deixou de ser praticada resultando no processo de descolonização, conforme é possível verificar nos dispositivos 1º e 2º da Carta que promulga “[...] o direito dos povos a

---

doutrina condena cada vez mais a Guerra como forma de resolução dos conflitos e passa a limitar o uso da força chegando a atual codificação da Carta da ONU.

<sup>419</sup> In the practice of States in nineteenth-century Europe, war was often represented as last resort, that is, as a form of dispute settlement. [...] to war was an attribute of statehood and it was accepted that conquest produced title”. BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. 6. ed. New York: Oxford University, 2003. 742 p p. 697

<sup>420</sup> BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. 6. ed. New York: Oxford University, 2003. 742 p p. 697

<sup>421</sup> TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Portugal: Publicações Europa - América, Lda,1993.p. 357).

<sup>422</sup> O que é inédito, no sistema estabelecido pela Carta é o papel fundamental confiado a alguns grandes Estados – os vencedores do segundo conflito mundial, tidos por responsáveis da manutenção da paz [...] a ideia de um sistema jurídico suficientemente repressivo para ser dissuasivo: a primazia concedida à ideia de regressar ao *status quo ante* conduziu as Nações Unidas a procurar técnicas inéditas que permitissem pôr fim aos conflitos armados abertos através de compensações equilibradas por necessidade de permitirem aos Estados agressores “salvar a sua face”. (PELLET, 2003, p. 1011)

<sup>423</sup> TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Portugal: Publicações Europa - América, Lda,1993. p. 357



autodeterminação e a sua igualdade sem distinção de raça, de língua ou de religião [...]. Foi assim que a ONU passou a exercer a sua função, reconhecendo as nacionalidades e extraindo competências diretas de intervenção a partir da resolução de 14 de dezembro de 1960<sup>424</sup>.

A regulamentação jurídica do recurso ao não uso da força proíbe os Estados de iniciarem uma guerra de agressão. O artigo 3º da Carta enumera quais atos podem ser considerados de agressão. Não é uma lista taxativa, pois devem ser analisadas também as agressões de natureza política, econômica e militar seja ela de maneira direta ou indireta, conforme disposto no artigo 5º<sup>425</sup>.

Os casos em que o recurso ao uso da força é lícito são impossíveis precisar, pois variam bastante dependendo das concepções teocráticas, éticas e morais. Com a criação da teoria de “Guerra Justa” por Tomás de Aquino, século XII, somente é legítima a guerra defensiva. Francisco de Vitória, século XV, instituiu o elemento proporcionalidade<sup>426</sup>.

Todos os Estados possuem o direito de recorrer à força como maneira de legítima defesa contra represálias e ataques armados e aplicar contramedidas contra outro Estado para assegurar a sua defesa, atuando de maneira individual ou coletiva, conforme disposto no artigo 51 da Carta da ONU.

Existe a possibilidade de intervenção de um Estado em território de outro. No entanto, é complexo precisar quando tal atuação é lícita. É necessário um acordo entre os Estados antecipadamente estabelecendo em quais circunstâncias poderá ocorrer. Atualmente, a única intervenção juridicamente válida sem prévio acordo é a humanitária, devendo ser solicitado aos mecanismos de segurança coletiva<sup>427</sup>.

Conforme está previsto na Carta da ONU, quem possui competência para analisar os casos envolvendo o não uso da força é o Conselho de Segurança, a Assembléia Geral e a Corte Internacional de Justiça, todos dentro de seus limites e funções na manutenção da paz<sup>428</sup>.

<sup>424</sup> DUPUY, René- Jean. **O Direito Internacional**, 1993, p.144

<sup>425</sup> TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Portugal: Publicações Europa - América, Lda,1993. p. 359

<sup>426</sup> TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Portugal: Publicações Europa - América, Lda,1993. p. 361

<sup>427</sup> TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Portugal: Publicações Europa - América, Lda,1993. pp. 364-365

<sup>428</sup> PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick. **Direito Internacional Público**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. 1518 p.



## A DECISÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: NICARÁGUA VERSUS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O caso julgado pela Corte Internacional de Justiça no ano de 1986 envolvendo as atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua suscitou um novo paradigma na comunidade internacional: As decisões sobre o não uso da força passam a ter um viés jurídico e não apenas restrito as decisões do Conselho de Segurança da ONU. Os dois órgãos assumem competências “complementares e não excludentes<sup>429</sup>”.

Em 1984, a Nicarágua ajuizou uma demanda na Corte contra os Estados Unidos da América alegando a violação da Carta da ONU e alguns princípios do Direito Internacional consuetudinário, dentre eles: o princípio da não intervenção em assuntos internos, violação de Direitos Humanos e de não recorrer ao uso da força contra outro Estado.

Os EUA, em sua defesa, alegaram que a Corte não possuía competência para decidir com relação ao não uso da força, sendo o Conselho de Segurança da ONU responsável em dirimir o conflito. Alegou ainda que, como o conflito na época do ajuizamento da ação estava ocorrendo, não cabia um órgão jurídico decidir sobre o assunto.

Com base no artigo 36 de seu Estatuto, a Corte indeferiu todas as exceções de incompetência levantadas pelos Estados Unidos e afirmou que ela possui competência para decidir sobre todos os assuntos que as partes a ela submeterem, conforme previamente acordado entre os Estados membros das Nações Unidas<sup>430</sup>.

Posteriormente a análise dos argumentos de ambas as partes, na fase do mérito, a Corte condenou os Estados Unidos da América por inúmeras violações do Direito Internacional e, em especial, pelo uso da força por meio da manutenção, apoio logístico, apoio financeiro de um grupo de mercenários que ficou conhecido como contrarrevolucionários. Descaracterizou a legítima defesa argüida pelos EUA, constante ao artigo 51 da Carta da ONU<sup>431</sup>.

Os Estados Unidos não cumpriram a decisão emanada pela Corte de cessar os ataques de maneira imediata para restabelecer a paz e a ordem internacionais, e não efetuaram o pagamento da indenização ao país pelos danos causados, violando o artigo

<sup>429</sup> Nicarágua v. Estados Unidos da América. Relatórios da Corte, 1986.

<sup>430</sup> *Nicarágua v. Estados Unidos da América*. Relatórios da Corte, 1986. §§ 36 a 56.

<sup>431</sup> *Nicarágua v. Estados Unidos da América*. Relatórios da Corte, 1986. §§ 187 a 201



94 §1º da Carta da ONU, que obriga todos os países a conformarem-se e cumprirem com as decisões da Corte.

## MANUTENÇÃO DA ORDEM E PAZ INTERNACIONAL E A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho de Segurança detém o monopólio do recurso do uso da força, conforme descrito no artigo 53 da Carta das Nações Unidas, bem como, desempenha o poder de constatar uma agressão armada e assim, agir de maneira a solucionar a “ruptura da paz”, quando achar necessário<sup>432</sup>.

No entanto, a partir de 1986, os conflitos internacionais envolvendo direta ou indiretamente a ameaça ou uso da força passaram a ser resolvidos também no plano jurídico. A Corte alterou o seu posicionamento passando a desempenhar no cenário internacional, em conjunto com os demais órgãos das Nações Unidas, o papel de defender a ordem internacional e contribuir na manutenção da paz. Contudo, essa mudança, trouxe modificações no âmbito jurídico do Direito Internacional.

A Corte, ao analisar a sua competência com relação ao uso da força no julgamento das atividades militares e paramilitares na Nicarágua afirmou:

É notório que as questões que usam a força coletiva de auto-defesa levantadas no caso situam-se fora dos limites do tipos de questões que a Corte pode lidar, em outras palavras, não estão sujeitas a sua jurisdição. No entanto, em primeiro lugar, as partes não argumentaram que o presente litígio não é uma “disputa legal” na acepção do artigo 36, parágrafo 2º do Estatuto, em segundo lugar, a Corte considera que neste caso não envolve avaliação de matérias políticas ou militares, as quais poderiam ultrapassar os limites judiciais adequados. Portanto, possui legitimidade para julgar este litígio<sup>433</sup>.

Resta claro que a Corte possui a intenção de analisar somente as questões jurídicas acerca do não uso da força, não envolvendo questões políticas ou militares, delimitando assim a sua atuação e evitando possíveis conflitos de competências com o Conselho de Segurança ou até mesmo com a Assembléia Geral.

<sup>432</sup> DUPUY, René- Jean. **O Direito Internacional**, 1993, pp. 79; 149-151

<sup>433</sup> “The Court considers it appropriate to deal with a preliminary question. It has been suggested that the questions of the use of force and collective self-defence raised in the case fall outside the limits of the kind of questions the Court can deal with, in other words that they are not justiciable. However, in the first place the Parties have not argued that the present dispute is not a “legal dispute” within the meaning of Article 36, paragraph 2, of the Statute, and secondly, the Court considers that the case does not necessarily involve it in evaluation of political or military matters, which would be to overstep proper judicial bounds. Consequently, it is equipped to determine these problems. *Nicarágua v. Estados Unidos da América*. Relatórios da CIJ, 1986. §§ 32-35



Na verdade, a Corte, ao declarar que como órgão jurídico também é responsável pela manutenção da paz e da ordem, assumiu uma posição totalmente consoante com seu papel na aplicação do Direito Internacional.

As decisões sobre o não uso da força emanadas pelo Tribunal ascendem uma nova busca pela justiça internacional, uma vez que os vieses políticos que constam nas resoluções do Conselho de Segurança não se tornam presentes nos julgados da Corte, cuja análise deve-se limitar a aplicação do Direito.

Como destaque é possível observar que grande parte dos Estados não aderiram à cláusula opcional dos Tratados Internacionais que excluem a competência da Corte em assuntos sobre o uso da força<sup>434</sup>, isso significa que os Estados têm aceitado que questões envolvendo o não uso da força sejam decididas juridicamente e reflète a confiança dos países no papel do Tribunal.

A Corte, quando assim requerido pelas partes, pode emanar medidas provisórias solicitando as partes - posteriormente a confirmação do conflito armado e da ameaça ou uso da força - que até a decisão final abstenham-se de atos que possam aumentar o conflito e que serão responsáveis por todas as violações posteriores ao ajuizamento da ação pelo Tribunal.

Outro papel importante desenvolvido pela Corte foi a criação do precedente do uso da força de maneira indireta, ou seja, quando o Estado utiliza de meio não oficiais para recorrer à força em face de outro Estado, o que ocorreu especificamente no caso *Nicarágua versus Estados Unidos da América* e posteriormente no julgamento do *Congo versus Uganda*<sup>435</sup>.

No entanto, a condenação do Estado pelo uso da força de maneira indireta apenas vai ocorrer quando efetivamente ficar comprovado que o Estado estava apoiando atores não-estatais de maneira direta.

Na atualidade, os casos decididos pela Corte envolvem disputas oriundas de questões territoriais e marítimas; destruição de plataformas de petróleo; atividades militares e paramilitares; uso de armas biológicas que estão entrelaçadas com o uso da força pelos Estados beligerantes. Ou seja, o Tribunal atua na resolução dos conflitos jurídicos e ajuda na manutenção da paz ao limitar o uso da força pelos Estados não

---

<sup>434</sup> Ver artigo: *The Use and Abuse of the International Court of Justice: Cases concerning the Use of Force after Nicaragua*. EJIL, 2003.

<sup>435</sup> *Congo v. Uganda*. Relatórios da CIJ, 2005.



tratando as disputas como assuntos isolados, independentes, mas ao contrário, considerando todos os elementos jurídico-processuais envolvidos no conflito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio do não uso da força, descrito no artigo 2(4), é uma das mais importantes disposições da Carta das Nações Unidas no sentido da perspectiva histórica<sup>436</sup>, e, vem evoluindo consideravelmente desde o início da modernidade, posteriormente, com as Conferências de Paz de Haia de 1899 e 1902.

O modo indiscriminado do uso da força pelos Estados em todo o mundo tem como consequência uma violência generalizada que esteve presente, principalmente, no século XX, após a Iª e IIª Guerras Mundiais. No entanto, atualmente, inúmeros tratados internacionais e demais instrumentos estão preconizando o desarmamento e a manutenção da paz e segurança internacionais<sup>437</sup>.

No julgamento do caso *Nicarágua v. EUA*, a Corte reafirmou sobre a importância o princípio do não uso da força, “[...] ser não apenas um princípio de direito internacional consuetudinário, mas também um princípio fundamental ou cardeal da tal lei”<sup>438</sup>.

Com a inovação pela Corte Internacional de Justiça em decidir com relação ao não uso da força, observou-se, principalmente, a possibilidade dos países com menor poder militar serem tratados de maneira justa, não ficando atrelados, principalmente, ao poder de veto dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança.

Claro que há ainda sérias dificuldades na efetivação das decisões como foi possível acompanhar no caso *Nicarágua v. EUA*, uma vez que o Conselho de Segurança não tomou as medidas necessárias para o cumprimento da sentença judicial conforme preconiza o artigo 41(2) do estatuto da Corte.

Porém, não podemos deixar de reconhecer que houve um grande avanço para o Direito Internacional, pois mesmo não sendo executadas as decisões, há um reflexo perante os demais Estados no cenário internacional quanto às violações dos preceitos legais pelos países que descumprem as sentenças da Corte.

<sup>436</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**, 2006, p. 177

<sup>437</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**, 2006, pp. 181-182

<sup>438</sup> “[...]being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law”. *Nicarágua v. EUA*. Julgamento do mérito, 1986, Relatórios da CIJ, §§ 188-189.



O uso da força de maneira indireta reconhecida pelo Tribunal trouxe, sem dúvidas, uma possibilidade muito maior de punição do Estado violador do Direito, mas mais do que isso, a possibilidade de preencher uma lacuna presente nos conflitos armados e assim, restaurar a paz e a segurança internacionais.

Nesse sentido é que vem se consolidando a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, na ideia de decisões mais equânimes no âmbito jurídico e na tentativa das soluções das controvérsias internacionais evitando maiores conflitos. O doutrinador Antônio Trindade<sup>439</sup> assinalou que, “[...] a via judicial constitui efetivamente a forma *par excellence* de solução pacífica das controvérsias internacionais, que deve efetuar-se com base no Direito e não na força.”

## BIBLIOGRAFIA

BROWNLIE, Ian. Principles of public international law. 6. ed. New York: Oxford University, 2003. 742 p

DUPUY, René-jean. **O Direito Internacional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 175 p.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Judgment of 27 June 1986 - Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 9 de agosto de 2012.

\_\_\_\_\_. *Judgment of 19 December 2005 - Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>>. Acesso em: 9 de agosto de 2012.

GRAY, Christine. The Use and Abuse of the International Court of Justice: Cases concerning the Use of Force after Nicaragua. **The European Journal Of International Law**, Oxford, p. 867-905. 2003, vol. 14, nº 5. Disponível em: <<http://www.ejil.org/article.php?article=451&issue=28>>. Acesso em: 30 maio 2012.

PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick. **Direito Internacional Público**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. 1518 p.

TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Portugal: Publicações Europa - América, Lda, 1993. 394 p.

---

<sup>439</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006, p. 26





TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**.  
Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 436p.



## UMA ANÁLISE JURÍDICA DA RELAÇÃO DO BRASIL COM O INVESTIMENTO EXTRANGEIROS DIRETO.

Ana Luiza Becker Salles<sup>440</sup>

### Resumo

Principalmente a partir da década de 1980, os posicionamentos acerca das políticas de financiamento internacional para Estados em desenvolvimento mudaram. E os investimentos estrangeiros diretos passaram a constituir-se de importante fator indicativo de sustentabilidade e confiabilidade de políticas econômicas estatais. Essa relevância adquirida leva Estados a desregularizar seus aparelhamentos jurídicos traz reflexos profundos nas capacidades de atrações de IEDs. No contexto brasileiro, apesar de se poder observar o fenômeno, verifica-se a existência de pormenores, como sua total desvinculação normativa internacional, que devem ser analisados.

**Palavras-Chave:** Direito Internacional Econômico; Investimentos Estrangeiros Diretos; IEDs e Brasil.

### Abstract

Especially since the 1980s, the position on policies for international funding for developing economies has changed. And the foreign direct investment began to establish itself as an important indicative factor of sustainability and reliability of State's economic policies. This given importance leads states to deregulate their legal framework, brings deep reflexes on the capabilities of FDIs attractions. At the Brazilian context, in spite of the usual positive observation of the FDIs phenomenon is the existence of verifiable details such as untying international norms, which should be analyzed.

**Key-Words:** International Economic Law; Foreign Direct Investment; FDIs and Brazil.

### Introdução

Na atualidade, o financiamento externo, em sua maioria, não detêm sua origem nos tradicionais instrumentos públicos de financiamento, mas de fontes privadas de investimento, dentre as quais destaca-se a modalidade de Investimento Estrangeiro Direto (IEDs).

---

<sup>440</sup> Título: “O Brasil e sua Inserção como Receptor de Investimentos Internacionais – Aspectos Jurídicos”. Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Graduanda em Relações Internacionais, pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Membro do Grupo de Estudos *Ius Gentium* da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: aninha\_salles@hotmail.com



Por sua vez, organismos internacionais, como o FMI e o Banco Mundial, passaram a esboçar suas políticas de desenvolvimento e de financiamento, muito em função da quantidade de IEDs que um Estado é capaz de atrair, baseando-se na noção de que sem investimento não há crescimento econômico e sem crescimento econômico não há a possibilidade de existência de uma política econômica sustentável.

Então, a partir de 1989, observa-se que os investimentos estrangeiros, principalmente os IEDs, constituem - além de mecanismo de financiamento das contas estrangeiras de seu Estado receptor -, importantes indicadores da saúde econômica de um Estado. Deste modo apregoa-se que uma grande intensidade na recepção de investimentos estrangeiros produz por si só inúmeros efeitos positivos na economia nacional. Mais do que isso, o montante anual de recepcionamento de IEDs constitui efetivamente um dos mais poderosos índices acerca da confiabilidade do investidor em determinado contexto econômico, e demonstra à comunidade internacional a sustentabilidade da política econômica de determinado Estado.

É nesse contexto que, a partir do final da década de 1980, a regulação dos fluxos de capitais estrangeiros começa a ser flexibilizada, principalmente nas regulações relacionadas com a recepção de investimentos produtivos.

O Brasil, economia bastante internacionalizada e há época fragilizada, passa a tratar o fenômeno dos investimentos estrangeiros, mesmo que superficialmente, dentro de sua normatização interna. Política essa que possivelmente gerou a solidificação de uma das mais promissoras economias do mundo. Devido à importância do tema, o presente trabalho se propõe a definir o investimento estrangeiro, sua origem, regulação e utilização no Brasil.

## **1. Origem dos Investimentos Estrangeiros**

Para se tratar de investimentos estrangeiros é preciso observar sua origem resultante do movimento dos fatores de produção: distribuição de riquezas, trabalho e população.



No mundo existe uma desigual distribuição de riquezas decorrentes de características geográficas distintas. A distribuição natural dos recursos ou sua capacidade de transformação é o que leva aos países comercializarem entre si.

Da mesma forma, o trabalho e suas diferentes características locais comportam classificações conformes a: exigência, capacidade diferente na execução de tarefas e distribuição da propriedade de produção, o que leva a remunerações diferenciadas em países diferentes.

A diferença na estrutura das populações se refere principalmente em relação à idade. Um país em que a maior parte da população é jovem tem uma força de trabalho futura mais significativa do que um com maioria mais próxima da aposentadoria. Então, tem-se capital e sua distribuição desigual entre os países.

Ademais, é denominado “capital real” a infraestrutura destinada a melhorar o sistema produtivo, as mercadorias-capital e os bens empregados na produção e na melhoria de suas condições. Concluem Brum e Heck:

A posse, sua melhor utilização e a capacidade de absorvê-los corretamente dentro de um processo de deslocamento internacional cada vez mais amplo, fazem desses fatores um ponto central de diferenciação qualitativa, e mesmo quantitativa, entre os diferentes países do mundo, tanto mais quanto suas fronteiras se abrem para o comércio<sup>441</sup>.

Nemê<sup>442</sup> traz a análise de três ordens para a mobilidade dos fatores de produção, admitidas pela teoria econômica. De acordo com abordagem neoclássica, essa mobilidade ocorre devido a diferença dos preços e salários para os trabalhadores, as taxa de lucro e de juros para o capital. Segundo a abordagem keynesiana, seria devido a diferença das rendas, o desemprego e penúria dos trabalhadores e a insuficiência de poupança para o capital. E de acordo com a marxista, seria a diferença de nível de desenvolvimento que leva a trocas de desiguais.

Independentemente da teoria abordada é uma constatação a mobilidade dos fatores de produção. E com ela a noção de internacionalização dos fatores, de mundialização do capital e de globalização econômica. De acordo com Brigitte Stern<sup>443</sup>:

---

<sup>441</sup> BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. . *Economia internacional: uma síntese da análise teórica*. Ijuí: UNIJUI, 2005. P. 198.

<sup>442</sup> Apud BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. . *Economia internacional: uma síntese da análise teórica*. Ijuí: UNIJUI, 2005. P. 199.

<sup>443</sup> STERN, Brigitte. *O Contencioso dos Investimentos Internacionais*. Manole: Barueri, 2003, p.2.



A Globalização econômica apresenta três aspectos principais: a internacionalização das trocas econômicas de mercadorias, em outras palavras, a internacionalização do comércio, a globalização de empresas que tendem, todas, a se tornarem “empresas globais”, por causa de fusões e aquisições, e a globalização dos fluxos de capitais por meio do sistema financeiro internacional.” E ainda que: “A globalização só é uma realidade se considerarmos as trocas econômicas de bens, de fluxos financeiros e de estratégias das empresas multinacionais.

Como é possível observar, o movimento dos capitais ganha um papel relevante nesse contexto. E os empréstimos internacionais funcionam bem e dão o mesmo tipo de satisfação aos países que o comércio internacional. Porém, da crise mundial de pagamentos (1992) adveio da constatação pelos países receptores dos empréstimos que o pagamento em dia não garantia novas entradas de fundos, o que levava-os a repudiar as dívidas para evitar a saída de recursos<sup>444</sup>. Como solução os credores passaram a ligar os empréstimos a ativos, permitindo que, em caso de não pagamento, o credor os assumisse. Isso aliado à privatização dos bens públicos, ocorrida em grande escala nos países em desenvolvimento, deriva dos empréstimos internacionais o papel das sociedades multinacionais e a análise de investimento externo direto.

## 2. Definição de Investimento Estrangeiro.

De acordo com Pucci<sup>445</sup> “a noção de investimento estrangeiro<sup>446</sup> é de origem econômica e implica a afetação de bens de nacional de um país ao exercício de uma atividade econômica, de caráter duradouro e com objetivo de lucro, a ser desenvolvida em país estrangeiro”. E, de acordo com Chesnais<sup>447</sup>, é uma das dimensões da internacionalização do capital.

Por sua vez, a internacionalização do capital consiste em três dimensões. A primeira delas é o comércio internacional, a segunda, o investimento produtivo no

---

<sup>444</sup> BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. . *Economia internacional: uma síntese da análise teórica*. Ijuí: UNIJUI, 2005.

<sup>445</sup> *Apud* COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento*. 2006. 223 f. p.24.

<sup>446</sup> O artigo 1º da Lei 4.131/62 define investimento estrangeiro direto como sendo “os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior”.

<sup>447</sup> CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.



exterior e a terceira, os fluxos de capital monetário ou financeiro. O investimento estrangeiro possui características como: falta de liquidez imediata, a dimensão intertemporal e a transferência de direitos patrimoniais, que o privilegia frente aos outros dois. Ele divide-se em duas categorias principais: investimento estrangeiro direto (IED) e investimento de portfólio.

A definição trazida pelo Fundo Monetário Internacional<sup>448</sup> sobre os investimentos estrangeiros diretos é no sentido de que eles são uma categoria de investimento internacional realizado por parte de uma entidade residente de uma economia, pessoa física ou jurídica, cujo objetivo é obter uma participação duradoura em uma empresa residente de outra economia. Para caracterizar o interesse duradouro deve vir a existir entre o investidor e a empresa na qual investe uma relação a longo prazo e um importante grau de influência do investidor na gestão desta empresa. E, além das transações iniciais, serão consideradas investimento direto as transações realizadas entre investidor e empresa, e entre estes e empresas filiadas, incorporadas ou não<sup>449</sup>.

Os investimentos de portfólio, também chamados de carteira de investimentos, são os aqueles que buscam unicamente a obtenção de rendimentos, não havendo, via de regra, participação ativa do investidor na empresa<sup>450</sup>. De acordo com o FMI esta modalidade consiste em “aplicações financeiras sob a forma de títulos públicos e privados, inclui ações, bônus, debêntures, títulos de dívida pública<sup>451</sup>”.

O primeiro possui especial ênfase por ser considerado um importante mecanismo de crescimento econômico, e o meio utilizado pelas empresas transnacionais para construção de suas cadeias globais.

### 3. Regulação Internacional dos Investimentos Estrangeiros.

A regulação dos investimentos é realizada por intermédio de legislações nacionais, seja de âmbito constitucional ou infraconstitucional e também dentro do âmbito

---

<sup>448</sup> FMI. Balance of Payments Manual. New York: IMF, 5ª Ed.,1993.

<sup>449</sup> COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento*. 2006.

<sup>450</sup> MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Centro de Solução de Controvérsias de Investimento (ICSID)*. In: BARRAL, Welber. *Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Boiteux, 2004. Cap. 1, p. 14-30.

<sup>451</sup> FMI. Balance of Payments Manual. New York: IMF, 5ª Ed.,1993.



internacional, através de convenções internacionais, podendo estas serem multilaterais, regionais ou bilaterais.

Os acordos bilaterais são comumente celebrados entre os países que originam e os países que recebem os investimentos. Eles são fundamentais para encorajar o investimento dos nacionais de um dos Estados contratantes na economia do outro. Para tanto, fixam-se mecanismos de proteção ao investidor, os quais: garantem o tratamento nacional não discriminatório justo e equitativo; concedem garantias relacionadas à repatriação do capital e do lucro; protegem o investimento de expropriações e nacionalizações e preveem a solução de controvérsias por meio da arbitragem internacional<sup>452</sup>.

Os acordos regionais (ou multilaterais de âmbito regional) objetivam a criação de áreas de cooperação e integração econômica. No que tange aos investimentos, como nos acordos bilaterais, possuem definições amplas, que facilitam a circulação de capitais e são voltados para a realização de atividades econômicas a longo prazo no âmbito do bloco.

Em âmbito multilateral, não existe um acordo generalizado sobre investimento que abarque de modo amplo o tema, embora tenha se tentado elaborar um Acordo Multilateral de Investimentos na Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE). De acordo com Kleinheisterkamp<sup>453</sup>:

Já em paralelo aos trabalhos do Banco Mundial para a Convenção de Washington, a OCDE tentou – sem sucesso – promover em 1967, uma convenção para uniformizar os direitos materiais conferidos aos investidores, que aparentemente também previa a solução de controvérsias via arbitragem.

Desta forma, os acordos multilaterais existentes sobre investimentos são específicos. É caso da Convenção de Washington de 1965 que instituiu, junto ao Banco Mundial, o Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID), que é destinado à resolução de conflitos envolvendo investidores e Estados hospedeiros, por meio de arbitragem e conciliação. Da Convenção de Seul de 1985, que instituiu a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), que destina-se a proteger

---

<sup>452</sup> COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento*. 2006. 223 f. P.25

<sup>453</sup> KLEINHEISTERKAMP, Jan. *O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros*. In: Di Sena Júnior, Roberto and Costa Sousa Cherem, Mônica Teresa, (eds.) *Comércio internacional e desenvolvimento: uma perspectiva Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156-187. P.169





contra riscos políticos, os investimentos de longo prazo, realizados em países em desenvolvimento. E do Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (TRIMS)<sup>454</sup> que objetiva impedir a restrição à livre gestão do investimento em matérias vinculadas ao comércio<sup>455</sup>.

#### 4. Regulação de Investimentos Estrangeiros no Brasil

Ao se tratar de países em desenvolvimento encontra-se uma constante quanto a problemas nos âmbitos político, econômico e estrutural, o que costuma resultar no impedimento de prover sua infraestrutura de forma autônoma. Então, face à grande liquidez internacional em função da formação dos mercados europeus e dos petrodólares, a partir da década de 60, até meados de 80, muitos países em desenvolvimento realizaram empréstimos internacionais em grandes somas. Surgindo, nessa época, as grandes dívidas externas dos países em desenvolvimento<sup>456</sup>.

E assim, com intuito de honrar suas obrigações externas, o Estado devedor passa a constantemente buscar moeda forte. Inicialmente, o país endividado saldava as dívidas com novos empréstimos, porém, com as alterações nas políticas das instituições financeiras internacionais, os países devedores passam a reservar o equivalente a grande parte de seu PIB para o pagamento dessas obrigações, o que acarreta duas consequências: a) o país necessita comprar moeda forte com essa grande previsão orçamentária, e para isso, necessita da entrada de novos investimentos estrangeiros; b) com essa reserva orçamentária, o governo não tem como investir em infraestrutura, o que acaba ficando a cargo do setor privado, abrindo então, oportunidades para novos investimentos de empresas estrangeiras, consequentemente Empresas Transnacionais, possibilitando assim, novas entradas de capital estrangeiro.

Além disso, dentro dos novos horizontes da economia internacional e do fluxo de capitais transfronteiriços, que se delineiam a partir dos abalos impingidos pelas crises econômicas deste final da década de 2000, os países em desenvolvimento passaram a

---

<sup>454</sup> Integra os acordos que instituíram a Organização Mundial do Comércio (OMC).

<sup>455</sup> COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento*. 2006. 223 f.

<sup>456</sup> VELOSO, Paulo Potiara. *Investimentos Estrangeiros Diretos Face à Ética da Responsabilidade de Hans Jonas: Os Paradoxos das Políticas de Atração*. 2006.



protagonizar um papel bastante relevante. Economias em desenvolvimento e em transição atraíram mais da metade de todo o fluxo de IEDs no ano de 2010 e de 2011. Além disso, adquirem rapidamente um papel importante como fontes de investimentos estrangeiros, enviado fluxos para o exterior, tendo como destino, em grande parte, outros países em desenvolvimento.

Neste cenário nacional de liberalização de investimentos, mas que se complexifica em âmbito internacional, face a contínua criação de Acordos Internacionais de Investimentos, os marcos regulatórios dos Estados, principalmente daqueles países em desenvolvimento que têm efetivamente atuado como protagonistas, merecem ser avaliados. Nesse horizonte, o Brasil exerce papel preponderante.

É possível, portanto, afirmar-se que hoje o Brasil possui uma economia internacionalizada. E de acordo com Brum e Heck<sup>457</sup>, “tem sido o segundo país, após a China a mais receber investimentos externos entre os países emergentes”. Todavia, inexistente no país uma regulação a altura da importância que os Investimentos Externos Diretos representam. A legislação brasileira sobre o assunto é esparsa e pouco objetiva, pode ser dizer que “não há um interesse patente pelo seu tratamento efetivo, o que dá face a incapacidade legislativa à negligência dos poderes públicos e aos fundamentos históricos da política nacional<sup>458</sup>.”

Este país latino-americano foi, no ano de 2010, o quinto maior receptor mundial de IEDs, recepcionando cerca de 48 bilhões de dólares<sup>459</sup>. No ano de 2011, segundo dados preliminares do Banco Central, este montante sofreu um expressivo acréscimo, atingindo patamares que se aproximam de 66 bilhões de dólares<sup>460</sup>. Além disso, o país demonstra ser uma importante fonte de IEDs, tendo apresentado um fluxo de cerca de 11 bilhões de dólares em 2010<sup>461</sup>.

Apesar da patente relevância dos IEDs, evidenciada pelos expressivos montantes anuais, o quadro normativo deste Estado, como já salientado, é bastante

---

<sup>457</sup> BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. . *Economia internacional: uma síntese da análise teórica*. Ijuí: UNIJUI, 2005. P. 319

<sup>458</sup> VELOSO, Paulo Potiara. *Investimentos Estrangeiros Diretos Face à Ética da Responsabilidade de Hans Jonas: Os Paradoxos das Políticas de Atração*. 2006. 143 f. p. 74

<sup>459</sup> BRASIL. Banco Central do Brasil. Censo de Capitais Estrangeiros no País. Base de dados. Disponível em < <http://www.bcb.gov.br/?CENSOCE>>. Acessado em 15 de maio de 2012.

<sup>460</sup> BRASIL. Banco Central do Brasil. Censo de Capitais Estrangeiros no País. Base de dados. Disponível em < <http://www.bcb.gov.br/?CENSOCE>>. Acessado em 15 de maio de 2012.

<sup>461</sup> BRASIL. Banco Central do Brasil. Censo de Capitais Estrangeiros no País. Base de dados. Disponível em < <http://www.bcb.gov.br/?CENSOCE>>. Acessado em 15 de maio de 2012.



limitado e confuso. Internamente, as legislações nacionais centralizam-se em torno de normas administrativas do seu Banco Central, tendo alguns fundamentos traçados na Constituição da República e em poucas legislações infraconstitucionais, como é o caso da Lei 4.131/62 e Lei 11.371/2006.

Pode-se seguramente afirmar que o cenário normativo brasileiro, por conta desta limitação regulamentatória, compactua com a liberalização quase que irrestrita aos IEDs. Salvo algumas restrições constitucionais, o investidor estrangeiro tem ampla margem de direcionamento para seus investimentos, principalmente após as reformas liberalizantes da Constituição, ocorridas em 1995, que suprimiram, dentre outras limitações, a distinção constitucional entre capital nacional e estrangeiro presentes no artigo 171<sup>462</sup> da Carta.

Pode-se salientar que a Lei 4.131/62 já continha esse viés liberal, pois trata, desde 1962, a entrada de IEDs em território nacional, como um evento que não necessita de autorização prévia para ocorrer. O IED deve apenas ser registrado<sup>463</sup> junto ao Banco Central do Brasil, em até 30 dias após a sua efetiva entrada. Além disso, o artigo 2<sup>o</sup><sup>464</sup> do diploma legal já promovia o tratamento igualitário entre investidor estrangeiro e nacional.

Porém, pode-se visualizar que, a partir de meados da década de 1990, o processo de liberalização se intensificou, pois os procedimentos administrativos para a

---

<sup>462</sup> O artigo 171 da CR de 1988 era disposto com os termos seguintes:

Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

<sup>463</sup> Art. 5º O registro do investimento estrangeiro será requerido dentro de trinta dias da data de seu ingresso no País e independente do pagamento de qualquer taxa ou emolumento.(...)

<sup>464</sup> Art. 2º Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.



remessa de lucros, royalty e ganhos de capital com o IED investido no Brasil e regulamentados pela lei 4.131, deixaram de ser exigidos. Além disso, a regulamentação de todos os efeitos econômicos originados com os IEDs passa a ocorrer quase que exclusivamente por meio de regulamentação administrativa, a partir das resoluções do Banco Central<sup>465</sup>.

E quanto à regulação internacional, observa-se que a vinculação brasileira também é superficial. Em muitos casos o país assina o acordo ou convenção, porém ela não é posteriormente ratificada pelo Congresso nacional. E isso se observa em acordos bilaterais de investimento direto (BITs) e em acordos regionais, dentro do âmbito do Mercosul, bem como em acordos mais amplos, multilaterais.

Nesse sentido, no âmbito internacional, pode-se tranquilamente afirmar que o cenário normativo é ainda mais rarefeito que o nacional. O Brasil demonstra certa repulsa em firmar tratados internacionais sobre o assunto, mesmo em se tratando de questões indiretas, como acordos de bi-tributação. Exemplos desse posicionamento podem ser vistos pela omissão do país em firmar acordos importantes, como o Acordo contra bi-tributação com os EUA; a Convenção Interamericana contra a Corrupção; a Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Cumprimento de Laudos Arbitrais Estrangeiros. Além disso, o Brasil também não é parte da Convenção de Washington, que criou o ICSID (*International Centre for Settlement of Investments Dispute*).

Também em relação aos Acordos Bilaterais sobre Investimentos (BITs), instrumento profícuo no âmbito das relações econômicas internacionais<sup>466</sup>, observa-se a irredutível posição do Estado brasileiro em rejeitar qualquer espécie de vinculação. De um total de 14 acordos envolvendo o Brasil, 6<sup>467</sup> foram vetados pelo Congresso

---

<sup>465</sup> Todo o procedimento administrativo relacionado com operações em moedas estrangeiras, inclusive aquelas oriundas de IEDs, estão regulamentados pelo BACEN, como se pode observar claramente, por exemplo, no RMCCI (Regulamento de Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais), que encontra-se em sua 51ª atualização, que entrou em vigor em abril de 2012, sendo estabelecida pela Circular/Bacen nº3.589.

<sup>466</sup> A Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento indica que no final do ano de 2010, o mundo contava com cerca de 6.100 BITs ratificados, número que está constantemente em crescimento. Além disso, o organismo internacional indica que para se cobrir todas as relações bilaterais em IEDs haveria a necessidade de cerca de 14.100 acordos. UNCTAD. **World Investment Report: 2011**. United Nations: Switzerland, 2011.

<sup>467</sup> Negociados com o Chile, França, Alemanha, Portugal, Reino Unido e Suíça. Veloso, PPA. Políticas de Atração. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis, 2006, p. 96



Nacional e outros 8<sup>468</sup> nem chegaram a ser enviados ao legislativo para aprovação. E, desde 1999 o Brasil não assina nenhum BIT.

No que tange às regulamentações regionais, no âmbito do Mercosul, o cenário é bem parecido. Não existem acordos regionais em vigor, apesar de se verificar a existência de três instrumentos sobre a temática, quais sejam: a) o protocolo de Colônia (MERCOSUL/CMC/DEC n.º. 11/93) que trata dos investimentos procedentes dos Estados-membros do processo integracional; b) o protocolo de Buenos Aires (MERCOSUL/CMC/DEC n.º. 11/94) que trata dos investimentos provenientes de Estados não-membros do Mercosul; c) decisão 08/93 do Conselho do Mercado Comum (CMC), que indica a necessidade de regulação mínima para os fluxos de capital.

De acordo com Kleinheisterkamp<sup>469</sup>, essa resistência brasileira justifica-se por dois fatores: o reativamento do projeto da OCDE, de elaborar um acordo global sobre investimentos, que ao ser levado a público gerou uma onda global de protestos, principalmente por ONGs que defendiam o desenvolvimento sustentável; e a crise econômica na década de 90 na América Latina, pontualizada no México em 1997, quando todo o capital estrangeiro volátil foi retirado do país, levando-o a uma catástrofe financeira, a desvalorização radical do real brasileiro em 1999 e a bancarrota da Argentina, que converteu-se no país mais levado à arbitragem internacional por investidores estrangeiros.

Dado importante parece ser o baixo índice de judicialização de questões atinentes à IEDs dentro da justiça nacional, o que pode indicar, de forma geral, o clima de liberalização presente na economia brasileira. Em pesquisas nos sites do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (principal Unidade da Federação receptora de IEDs), não se encontra nenhuma jurisprudência acerca da temática, ou que envolva a lei 4.131/62.

O que também se pode observar a partir dessa livre recepção de IEDs em território nacional é que, sem planejamento público, o que se busca no Brasil é quantidade de investimento e não qualidade. Mas não seria o caso de iniciar-se um movimento definitivo de planejamento administrativo, que guie o Estado a nortear sua

---

<sup>468</sup> Negociados com Bélgica, Cuba, Dinamarca, Finlândia, Itália, Holanda, Coréia do Sul e Venezuela. *Ibid*, p.97.

<sup>469</sup> KLEINHEISTERKAMP, Jan. *O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros*. In: Di Sena Júnior, Roberto and Costa Sousa Cherem, Mônica Teresa, (eds.) **Comércio internacional e desenvolvimento**: uma perspectiva Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156-187.



política para atrair investimentos que gerem renda e oportunidades à população e que, assim, contribuam para melhorar sua qualidade de vida?

## **Considerações Finais**

A questão dos IEDs é fundamental para se entender o funcionamento das sistemáticas internacionais dentro das práticas atuais do mercado integrado em nível mundial. Os IEDs são, via de regra, a principal fonte de financiamento estatal que garante o equilíbrio da balança de pagamentos e a integração de reservas internacionais em moeda forte. Além disso, o montante de IEDs atraído por uma economia, principalmente de Estados em desenvolvimento é, de fato, um dos mais efetivos indicadores de saúde econômica e de sustentabilidade de determinada política econômica. É por isso que organismos internacionais do Sistema Financeiro Internacional, como FMI e Banco Mundial incentivam o desenvolvimento de políticas estatais voltadas para a consolidação de movimentos de atração de IEDs.

Essa condição adquirida pelos investimentos produtivos acaba por imprimir às práticas jurídicas dos Estados, uma tonalidade liberalizante. As regulamentações que restringiam a entrada de investimentos estrangeiros em território nacional são cada vez mais reduzidas, em âmbito nacional, e cada vez mais intensificadas, em âmbito internacional, com a adoção dos mais variados acordos internacionais de investimento. Pode-se chegar a afirmar que há uma nítida substituição das regulações nacionais, por regulações internacionais, mais uniformes, liberalizantes e protetivas aos interesses dos investidores.

Porém, o Brasil, apesar de se constituir atualmente como um dos maiores receptores mundiais de IEDs (bem como importante fonte de investimentos), não respeita inteiramente essa lógica. O país possui, internamente, parca regulamentação, deixando aquela que existe a cargo de normatização administrativa do Banco Central, mas não se vincula a nenhum tipo de compromisso internacional sobre o assunto.

Isso pode se dar devido às mais variadas causas, dependendo do nível normativo internacional ao qual se refira. Pode-se falar em receio de protetividade exagerada ao investidor estrangeiro, em níveis multilaterais, bem como desinteresse e receio de perda de fatores de atração positiva, no caso de regulamentos regionais do



Mercosul. Mas, o que parece ser o ponto crucial é o fato de que, mesmo sem adotar as medidas internacionais sugeridas pelos grandes organismos do Sistema Financeiro Internacional, o Brasil continua sendo uma das vedetes da economia internacional, principalmente a partir de sua imensa capacidade de atração de IEDs.

Nesse sentido, apesar de se poder falar em seus potenciais macroeconômicos como tamanho do mercado consumidor, produção de commodities, expressivo crescimento econômico, etc.; um fator específico deve ser levado em consideração. Além de constituir-se de um Estado com nítidas características de desregulamentação normativa sobre o assunto, parece haver uma confiança do investidor estrangeiro acerca do cenário estrutural e, principalmente, jurídico brasileiro acerca da defesa de seus interesses e valores investidos. O fato de não se encontrar, com facilidade, provocações judiciais acerca de fatos relacionados aos IEDs e suas normativas legais dentro do judiciário nacional pode ser tido como um poderoso indicativo dessa segurança, pois: a) ou se está diante de um ambiente em que não se há conflitos que obriguem o acesso à tutela jurisdicional do Estado, ou; b) observa-se a utilização de outros meios de solução e controvérsias que escapam à jurisdição estatal, como é o caso da arbitragem. Em ambos os casos, os valores apregoados pela sistemática econômica internacional são visíveis e a presença ou não de vinculação brasileira às normativas internacionais nesse sentido, principalmente os BITs, acaba por se verificar secundária.

Em suma, parece ser possível afirmar que o Brasil é um Estado desregulamentado em relação aos IEDs, que se constituem, em nível normativo, apenas como um registro monetário. Além disso, apesar da pouca vinculação às normativas internacionais sobre a temática, o país constitui-se de ambiente juridicamente seguro aos interesses dos investidores internacionais.

Fica, no entanto, aberta a questão relacionada aos benefícios do país em relação à essa recepção significativa de IEDs sem, no entanto, uma política nacional bem definida nesse sentido. A seletividade de recepção de IEDs não se coaduna com a liberalização econômica, mas talvez seja, a longo prazo, uma necessidade imperativa para que se possa efetivamente absorver todos os benefícios advindos dessa prática econômica.





## Referências Bibliográficas

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Censo de Capitais Estrangeiros no País**. Base de dados. Disponível em < <http://www.bcb.gov.br/?CENSOCE>>. Acessado em 10 de maio de 2012.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI)**. Brasília: BACEN, versão n. 51, 10.abr.2012. Disponível em < <http://www.bcb.gov.br/?RMCCI>> Acesso em 10.mai.2012.

BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. **Economia internacional**: uma síntese da análise teórica. Ijuí: UNIJUI, 2005. 364p.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996.

COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI)**: uma análise sobre a autonomia do consentimento. 2006. 223 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis, 2006.

FMI. **Balance of Payments Manual**. New York: IMF, 5ª Ed.,1993.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: Di Sena Júnior, Roberto and Costa Sousa Cherem, Mônica Teresa, (eds.) **Comércio internacional e desenvolvimento**: uma perspectiva Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156-187.

MENDES, C. Cronemberger; TEIXEIRA, J. Rodolpho. **Desenvolvimento Econômico Brasileiro**: uma releitura das contribuições de Celso Furtado. Brasília: IPEA, 2004.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Centro de Solução de Controvérsias de Investimento (ICSID). In: BARRAL, Welber. **Tribunais Internacionais**: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias. Florianópolis: Boiteux, 2004. Cap. 1, p. 14-30.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

STERN, Brigitte. **O Contencioso dos Investimentos Internacionais**. Manole: Barueri, 2003.

UNCTAD. **World Investment Report**: 2011. United Nations: Switzerland, 2011.



VELOSO, Paulo Potiara. **Investimentos Estrangeiros Diretos Face à Ética da Responsabilidade de Hans Jonas: Os Paradoxos das Políticas de Atração**. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis, 2006.



## A PROBLEMÁTICA DOS SUJEITOS NO PENSAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL: DO VOLUNTARISMO DE TRIEPEL AO POSITIVISMO KELSENIANO

*Guilherme Bedin*

**Resumo:** A temática dos sujeitos do direito internacional possui particular importância e apresenta muitas variantes nas diversas escolas do pensamento jurídico. Será aqui descrito o pensamento jurídico que concerne ao afim do século XIX, representado por Heinrich Triepel, até a primeira metade da década de 1950, quando Hans Kelsen publica sua obra, “Princípios de Direito Internacional” e avaliar em que o autor se assemelha ou diverge de seu antecessor, bem como observar possíveis contribuições para esta temática.

**Palavras-chave:** Heinrich Triepel; Hans Kelsen; sujeitos de direito internacional.

**Abstract:** The argument about the subjects of international law has a particular significance and produces many variations in the several schools of legal thought. This paper will describe the legal thought that concerns at the end of XIX century, represented by Heinrich Triepel, until the first half of the 1950's decade, when Hans Kelsen published "Principles of International Law" and evaluate wherein the author resembles or diverges of his predecessor, as observe possible contributions for this theme.

**Key words:** Heinrich Triepel; Hans Kelsen; subjects of international law.

### Introdução

Durante boa parte do século XIX, o pensamento jurídico alemão ainda observava o direito internacional com uma postura muito mais próxima da filosofia do que da ciência jurídica. Poucos eram os autores que se debruçavam sobre o fenômeno jurídico internacional para tentar compreendê-lo, sendo que a postura de muitos era a de ignorar sua existência.

Neste cenário, as principais obras variavam entre dois extremos: enquanto de um lado ainda havia autores de postura jusnaturalista, com uma visão idealizada do direito internacional, que se ocupavam de tratar o direito como um dever ser, muitas vezes sem se preocupar em observar a realidade sobre a qual faziam suas construções.



O outro extremo pode ser representado por um autor que, embora de um momento posterior, ficou conhecido por suas construções que atribuíam ao Estado uma visão totalitária na história europeia: Kaufmann, que firmava grande parte de seu entendimento no princípio da autopreservação do Estado<sup>470</sup>.

Uma postura intermediária foi traçada por Heinrich Triepel, que busca identificar o fenômeno do direito internacional e apontar suas relações com o direito interno, considerando dois sistemas jurídicos diversos, que não se misturam, mas se tangenciam.

Em uma etapa muito posterior, Hans Kelsen irá propor uma nova visão do direito internacional, tanto na sua relação com o direito interno, quanto com relação aos sujeitos dessa ordem jurídica.

### **O Voluntarismo de Heinrich Triepel**

Logo na introdução de sua obra *Völkerrecht und Landesrecht* (1899) – que será aqui chamada de “Direito Internacional e Direito Interno” – Triepel chama a atenção para a falta de estudos na doutrina jurídica alemã acerca do direito internacional e, em especial, ao tema central de sua obra: os conflitos entre normas internas e normas internacionais.

Ao tratar do estado atual da ciência do direito internacional, critica a falta de precisão nos termos até então utilizados pelos autores, bem como a necessidade de um estudo dogmático acerca dessa temática, especialmente para tornar possível a solução dos problemas mais complexos, em especial, aqueles que ficavam na fronteira entre o direito internacional e o direito público<sup>471</sup>.

Para que seja possível traçar qualquer conclusão acerca dos sujeitos de direito internacional, faz-se necessário apresentar alguns elementos essenciais acerca do pensamento do autor sobre o mesmo.

A princípio, cabe assumir a hipótese de que direito internacional e direito interno são fenômenos distintos. Esta distinção se dá, em especial por dois motivos: primeiro, o direito internacional regula relações sociais diversas das regidas pelo direito interno; ademais, há uma distinção com relação às fontes desses fenômenos jurídicos, enquanto

---

<sup>470</sup> KOSKENNIEMI, 2005, p. 179-180

<sup>471</sup> TRIEPEL, 1920, p. 4-5



no direito interno a fonte é seguramente a lei, nota-se que a lei de um Estado, por si só, não cria direito internacional<sup>472</sup>.

Cabe observar que toda norma jurídica é destinada a reger relações sociais. Tais relações são aquelas exercidas entre sujeitos, sendo estes capazes de receber poderes e obrigações. É, pois, função da regra jurídica estabelecer direitos e obrigações entre os sujeitos. Estas normas jurídicas podem variar tanto em função dos direitos e obrigações por elas criados, quanto com relação aos sujeitos a que se destinam<sup>473</sup> – distinção que interessa especialmente a este trabalho.

O direito interno é o direito produzido por um único Estado, rege os assuntos sobre os quais este julga exercer sua autoridade de forma soberana e se destina aos indivíduos e associações que o Estado considere como sujeito<sup>474</sup>. Cabe ressaltar que as normas jurídicas emanadas unilateralmente por um Estado com relação a outro continua a ser considerado direito interno, uma vez que não se realizou no âmbito das relações entre uma comunidade coordenada de Estados<sup>475</sup>.

Contudo, as relações entre os Estados não permitem que se realize o mesmo raciocínio, uma vez que não há uma autoridade soberana acima dos membros da comunidade<sup>476</sup>. Como o direito interno e o direito internacional surgem de fontes distintas, não pode haver um conflito entre estas normas, uma vez que elas integram sistemas jurídicos diversos<sup>477</sup>.

Com o que foi exposto, já é possível fazer uma importante reflexão acerca do tema proposto: se o direito internacional é destinado a regular as relações entre uma comunidade coordenada de Estados, fica claro que o indivíduo não pode ser sujeito de direito internacional, uma vez que não é possível a ele assumir os direitos e deveres próprios desta comunidade. O fato de ele ter interesse nas questões reguladas não é, portanto, suficiente para conferir-lhe o caráter de sujeito, mas tão somente de objeto no cenário internacional<sup>478</sup>.

---

<sup>472</sup> TRIEPEL, 1920, p.7-9; 19

<sup>473</sup> TRIEPEL, 1920, p.11

<sup>474</sup> TRIEPEL, 1920, p.9-11

<sup>475</sup> TRIEPEL, 1920, p.18; 22

<sup>476</sup> TRIEPEL, 1920, p.18

<sup>477</sup> TRIEPEL, 1920, p.23

<sup>478</sup> TRIEPEL, 1920, p.20



## A Doutrina Positivista kelseniana

Kelsen introduz a temática dos sujeitos de Direito Internacional ao tratar dos domínios de validade do direito – mais especificamente, do domínio de validade pessoal. Inicialmente, é apresentada a seguinte ressalva: “Como todo Direito, também o Direito Internacional é a regulamentação da conduta humana. É às pessoas que se aplicam as normas de Direito Internacional.” E complementa “Se obrigação, responsabilidade e direito não se referirem à conduta das pessoas, obrigação, responsabilidade e direito são apenas fórmulas vazias, palavras sem sentido.” (KELSEN, 2010, p. 140).

É importante observar que estas ressalvas não tem por objetivo referir-se ao conteúdo do Direito – uma vez que esta discussão é traçada no domínio material de validade<sup>479</sup> –, mas tão somente reforçar que “[...] pode o Direito impor obrigações e responsabilidades, ou conferir direitos, apenas a indivíduos.” (KELSEN, 2010, p. 140) É essencial ter esta distinção em mente pois, apesar de os possíveis conteúdos de uma ordem jurídica já delimitarem de alguma forma quais são seus possíveis sujeitos, isto não se confunde com o fato de que existe uma limitação na escolha dos destinatários da norma para que esta possa ser adjetivada de jurídica.

Tendo então por base que os sujeitos últimos do Direito Internacional são os indivíduos, a doutrina clássica que propõe como sujeitos apenas os Estados é tida como insustentável; nas palavras do próprio autor:

A afirmação de que os sujeitos de Direito Internacional são os Estados, como pessoas jurídicas, não significa que os sujeitos do Direito Internacional não sejam indivíduos; significa que indivíduos são sujeitos do Direito Internacional de forma específica, de forma diferente que a ordinária, em que indivíduos são sujeitos do Direito nacional. KELSEN, 2010, p. 140-141.

Isto se reforça pelo fato do pensamento do autor considerar a pessoa jurídica uma ficção<sup>480</sup>. Nesse sentido, o Estado representa uma comunidade que se une por meio de uma mesma ordem jurídica, não sendo tão relevante o fato de ser centralizada, mas sim o de possuir o monopólio da força<sup>481</sup>. Faz-se ainda relevante observar que teorias

<sup>479</sup> Kelsen considera o domínio material do direito internacional como sendo ilimitado, podendo, pois, tratar de qualquer assunto (mesmo aqueles tipicamente regulados pelo direito nacional) p. 249ss

<sup>480</sup> “A pessoa jurídica não é realidade do Direito Positivo ou da natureza” (Kelsen, 2010, p. 141). Kelsen apresenta mais detalhadamente seu entendimento sobre Pessoa Jurídica, na obra Teoria Pura do Direito (1988, p. 122-133). Esta se caracteriza, dentre outros fatores, por possuir direitos e deveres que não se confundem com aqueles das pessoas naturais que a compõe, mas que surtem efeito sobre elas e o fato desses direitos e obrigações poderem ser tanto de ordem interna – decorrem da própria pessoa jurídica – quanto externa.

<sup>481</sup> Isto se demonstra pelas passagens: “Estado é ordem social, ou a comunidade constituída por essa ordem”(p. 144); “A diferença entra a ordem jurídica ou comunidade jurídica que chamamos Estado e uma ordem jurídica primitiva ou a ordem jurídica internacional que negamos chamar de Estado aparece no



personalistas do Estado são também rechaçadas, uma vez que o autor entende que são os indivíduos que cometem atos que podem (ou não) ser imputados ao Estado<sup>482</sup>, isto não significa, contudo, que os Estados não sejam também sujeitos de Direito Internacional, argumenta-se que “Estados como pessoas jurídicas são sujeitos de Direito Internacional na mesma forma que corporações, como pessoas jurídicas, são sujeitos de Direito Nacional” (KELSEN, 2010, p.161).

Após tratar o tema em abstrato, parte-se para uma análise do direito positivo, na qual são apresentados elementos e condutas que visam afirmar que existem normas de Direito Internacional que se aplicam diretamente aos indivíduos, envolvendo apenas indiretamente os Estados. Dentre estas condutas, há especial relevância a pirataria<sup>483</sup>, o uso indevido da bandeira do Estado (por embarcações que descumpram o direito nacional do Estado ofendido), os crimes de guerra<sup>484</sup> e a espionagem<sup>485</sup>.

A seguir, é apresentada a outra característica que é essencial nos debates acerca dos sujeitos de direito: a personalidade jurídica internacional, que se traduz pelo acesso à jurisdição internacional. Como nesse sentido a condição dos Estados é incontroversa, cabe observar que no tocante ao indivíduo argumenta-se que “O Direito Internacional, particularmente um tratado, confere direitos a indivíduos ao autorizar pessoas privadas a levar perante um tribunal nacional ou internacional um procedimento judicial contra um Estado.” (KELSEN, 2010, p. 191).

Após tratar dos pontos extremos da discussão acerca dos sujeitos –Estados e indivíduos – são abordados os demais ‘possíveis sujeitos’ do Direito Internacional, a começar pela Igreja, na figura da Santa Sé. É a ela reconhecida a condição de sujeito,

---

grau de centralização.” (p. 144-145) “distinção bem mais importante do que o grau de centralização é a monopolização do emprego da força” (p. 146)

<sup>482</sup> KELSEN, 2010, p.152-154

<sup>483</sup> de onde se extrai a seguinte passagem: Por ser de Direito Internacional a norma que proíbe pirataria, os sujeitos imediatos de Direito Internacional são os indivíduos, sujeitos de obrigações internacionais. O ato de coerção, a sanção, dirige-se diretamente contra o pirata que viola sua obrigação sob o Direito Internacional. Não se dirige contra um Estado(...) (KELSEN, 2010, p.174)

<sup>484</sup> É interessante observar na seguinte passagem: “(...) o Direito Internacional geral impõe a indivíduos, na qualidade de pessoas privadas, a obrigação de se abster de cometer crimes de guerra, estabelecendo responsabilidade penal individual pela prática de tais crimes por pessoas privadas”. (KELSEN, 2010, p.178) que se adjetiva de penal a responsabilidade do indivíduo, demonstrando que sua condição de sujeito além de ultrapassar a esfera da responsabilidade civil, torna clara a distinção nas sanções que podem ser sofridas por indivíduos e Estados (uma vez que este é naturalmente incapaz de receber sanção penal).

<sup>485</sup> Aqui é particularmente interessante observar, conforme a seguinte passagem: “O Estado que emprega espões em seu próprio interesse não é responsável por esses atos. O indivíduo, contudo, que comete esses atos, pode, de acordo com o Direito Internacional, ser punido pelo Estado ofendido. Nesse caso, o Direito Internacional geral estabelece apenas a responsabilidade individual do agressor.” (KELSEN, 2010, p. 179) que a responsabilidade é exclusiva do indivíduo, mesmo que haja a mando do estado.





porém com certas peculiaridades, em especial no que tange as sanções<sup>486</sup>. É também ressaltada a distinção entre a Igreja Católica e o Estado do Vaticano – que possui todos os elementos constitutivos e prerrogativas de um Estado – em especial com relação à questão territorial.

Já os territórios na condição de mandato ou tutela não são considerados sujeitos de direito internacional, isto porque estão submetidos à ordem jurídica de outro Estado e não diretamente a ordem jurídica internacional<sup>487</sup>. Raciocínio semelhante é apresentado com relação ao Estado federal, à União real e aos Estados-membros de uma Confederação (nesse último caso, a depender de sua centralização).

O entendimento apresentado em relação às Organizações Internacionais é particularmente interessante: surgidas do acordo entre diversos membros de uma comunidade internacional organizada – formalizado por meio de um Tratado –, a condição de sujeito de direito internacional de uma Organização Internacional será determinada de acordo com os atos que podem ser por ela praticados. Nesse sentido, exige-se como condição mínima para ser considerada sujeito, o poder de celebrar tratados<sup>488</sup>.

Esta figura da Organização Internacional – sobretudo a Organização das Nações Unidas – é especialmente interessante por trazer novos elementos ao debate dos sujeitos de direito internacional, que até então se ocupava ‘apenas’ de possíveis sujeitos com características bem definidas. Uma vez que representa um sujeito ‘criado’ pelos Estados, mas ao mesmo tempo, independente deles, não lhes sendo superior ou inferior, apenas distinta no plano de direitos e obrigações, plano este que será preenchido de acordo com as funções que a Organização deva desempenhar na comunidade internacional.

---

<sup>486</sup> Acerca deste ponto: “Há, contudo, diferenças entre a Igreja Católica e um Estado como sujeitos de Direito Internacional, particularmente no que toca às sanções a serem executadas por eles ou contra eles.” (KELSEN, 2010, p. 213).

<sup>487</sup> KELSEN, 2010, p. 216-223, destaque para o trecho “Os territórios tutelados não são, portanto, sujeitos de Direito Internacional.” (ibid., p. 233)

<sup>488</sup> KELSEN 2010, p. 227-230 destaque para o trecho: “Uma comunidade internacional que é sujeito de Direito Internacional está sempre sob obrigação do Direito Internacional geral no sentido de respeitar tratados por ela concluídos, porque comunidade internacional é sujeito de Direito Internacional apenas se sua Constituição lhe conferir ao menos poder para celebrar tratados.” (Ibid., p. 229)



## Considerações Finais

Mesmo fazendo as devidas ressalvas históricas que impediam Triepel de analisar a relevância de alguns possíveis sujeitos no direito internacional, é muito claro que Kelsen se opõe a sua doutrina, em especial no tocante aos sujeitos.

Isto pode ser atribuído ao fato de que Triepel, ao mesmo tempo que se encontra ‘preso’ a um paradigma de Estado forte, atribui ao direito internacional um caráter qualitativamente distinto do direito interno no que diz respeito ao feixe de relações que cada um deles regula. Enquanto o direito interno trata de questões envolvendo indivíduos, o direito internacional se ocupa das relações entre Estados. Este afastamento entre os dois ramos do direito permite, com maior facilidade, atribuir sujeitos distintos para cada uma dessas ordens jurídicas.

Kelsen, por sua vez, parte de uma análise uma das ordens jurídicas nacional e internacional. Uma vez que ambos os fenômenos jurídicos pertencem à mesma esfera, é muito mais coerente tratar os sujeitos de forma mais ampla, partindo daquele que sempre será o destinatário final da norma, o indivíduo, e subindo para os Estados – e Organizações Internacionais – abrangendo, quando couber, os agrupamentos de indivíduos intermediários a estes dois grupos.

Cabe, contudo, ressaltar que esta oposição não implica no fato de que um dos autores tenha analisado o fenômeno jurídico internacional de forma mais (ou menos) coerente ou complexa que outro, tratam-se, ambas as análises, de contribuições jurídicas relevantes, até hoje utilizadas, a depender do ponto de vista a ser adotado ou defendido.

## Referências Bibliográficas

KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Tradução: Ulrich Dressel; Gilmar Bedin; Revisão da tradução: Arno Dal Ri Júnior. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The rise and Fall of International Law 1870-1960**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2005

TRIEPEL, Heinrich. **Droit International et Droit Interne**. Tradução: de René Brunet. Paris Editora: A. Pédone, 1920



Congresso Internacional  
“Jurisdições Internacionais: Fragmentação e Obrigatoriedade”  
20 e 21 de Agosto de 2012  
Auditório do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC



## AS ILHAS FALKLAND/MALVINAS: UMA ABORDAGEM BILATERAL ENTRE A SOBERANIA TERRITORIAL E O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

*Gustavo Carnesella*<sup>489</sup>

### RESUMO

O presente artigo busca traçar as características do conflito, entre Argentina e Reino Unido, em relação às Ilhas Falkland (Malvinas), sobre o qual não existe um consentimento, na comunidade internacional, acerca do legítimo Estado que exerce ou deve exercer a soberania sobre o território. Para tanto, procura-se remeter aos séculos passados (ao começo do conflito), analisar os argumentos dos quais as partes se utilizam para afirmar sua posse sobre as Ilhas, bem como verificar a validade da aplicação de cada um deles: o princípio da autodeterminação dos povos e a soberania territorial.

**Palavras-chave:** Ilhas Falkland; Ilhas Malvinas; Princípio da Autodeterminação dos Povos; Soberania Territorial

### ABSTRACT

This article seeks to draw the features of the conflict, between Argentina and the United Kingdom, in respect of the Falkland Islands (Malvinas), about which there is no consent, in the international community, about the legitimate State which has or shall exercise sovereignty over the territory. To do so, refer to the past centuries (at the beginning of the conflict), parsing the arguments used by the parties to assert their possession over the Islands, as well as to verify the validity of application of each one of them: the principle of self-determination of peoples and the territorial sovereignty.

**Keywords:** Falkland Islands; Malvinas Islands; Principle of Self-Determination; Territorial Sovereignty

### INTRODUÇÃO

Por mais de dois séculos, o território correspondente às Ilhas Falkland<sup>490</sup>, ou Ilhas Malvinas, é motivo de disputa e controvérsia que não parece perto de chegar ao

---

<sup>489</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq *Ius Gentium*.

<sup>490</sup> Para efeitos de conveniência, o presente artigo usará o termo “Ilhas Falkland” sempre que referir-se ao território. Vale a ressalva de que a Organização das Nações Unidas, sempre que faz menção às ilhas, utiliza ambos os nomes – “*Falkland Islands (Malvinas)*”. Todavia, é de grande importância ponderar que a escolha do autor não implica em consentimento com uma ou outra parte.



fim. Argentina<sup>491</sup> e Reino Unido, depois de todas as mudanças coloniais acontecidas na América do Sul no início do século XIX, vêm, desde então, e mais precisamente a partir de 1833, travando uma batalha que já extrapolou as vias governamentais e diplomáticas, culminando na Guerra das Falkland, em 1982. Mesmo após o fim da guerra, nunca foi atingido um consenso (não só entre as duas nações como na própria comunidade internacional) acerca de qual Estado soberano deveria exercer sua soberania perante às Ilhas.

Reino Unido e Argentina lançam mão de argumentos inevitavelmente conflitantes do Direito Internacional para buscar o reconhecimento do seu direito sobre as Ilhas Falkland – no caso britânico, de manutenção do status vigente e do lado argentino, de revisão da situação. O Reino Unido sustenta, fundamentalmente, o respeito ao princípio da autodeterminação dos povos, consagrado na Carta das Nações Unidas e em Resoluções subsequentes da sua Assembleia Geral. A Argentina, por sua vez, alega que seu território foi invadido por outro Estado, fazendo com que o princípio da autodeterminação se tornasse ineficaz, pois infringiria a integridade territorial de um país soberano.

Embora os pontos das duas nações sejam conflitantes, é impossível abordar a questão apenas por um lado, analisando somente um dos argumentos de forma isolada. O presente artigo não possui a intenção de buscar o “vencedor” da questão, uma razão absoluta entre os países litigantes, ou um determinado posicionamento que deslegitime uma das partes. Pretende, sim, uma abordagem da controvérsia sobre as Ilhas Falkland por um viés bilateral, analisando os argumentos conjuntamente – os princípios da autodeterminação dos povos e da soberania territorial, comparando-os em seus pontos fundamentais, bem como analisando o contexto histórico no qual a contenda transcorreu, para compreender de maneira mais profunda a razão de tal litígio ser de tão difícil resolução.

## 1. QUESTÕES PRELIMINARES

### 1.1 Contexto histórico: descobrimento, povoamento e início da disputa por soberania no território

---

<sup>491</sup> A Argentina obteve este nome a partir de 1831 – logo após sua independência da Espanha, chamava-se “Províncias Unidas do Rio da Prata”. Contudo, dado o contexto histórico, o autor opta por utilizar “Argentina” sempre que referir-se ao país soberano subsequente à Coroa Espanhola, no século XIX.



No fim do século XVI, registraram-se os primeiros avistamentos de ilhas no atlântico sul por embarcações europeias (britânicas e holandesas)<sup>492</sup>. Contudo, o primeiro registro de desembarque nas ilhas, para fins de reconhecimento, data de 1690, pelo capitão britânico John Strong. Foi Strong, inclusive, quem cunhou o nome originário das Ilhas Falkland<sup>493</sup>. A partir do início do século XVIII, as Falkland passam a ser motivo de interesse das potências coloniais europeias, a saber: Reino Unido, Espanha<sup>494</sup> e França. Esta última, através de expedições mais constantes na época, foi a nação responsável pelo outro nome utilizado ao se fazer menção às ilhas, as “Malvinas”<sup>495</sup>.

A França foi, inclusive, o primeiro país a exercer controle *de facto* sobre o território – em 1764, através de um assentamento oficial (Fort. St. Louis), capitaneado por Bougainville. Em um ano, porém, ocorre a chegada britânica às ilhas, e de outro assentamento próprio (Port Egmont) – os dois grupos não tiveram conhecimento um do outro até 1766, quando ambos expressaram a vontade de exercer soberania perante o território. A Espanha, crédula de que também teria sua parcela de razão, foi a terceira parte a adentrar a controvérsia.

Verifica-se, a partir deste ponto, a facilidade com que os franceses saíram da contenda, cedendo o assentamento de Bougainville, em troca de uma quantia pelos esforços dispostos. Com isso, Espanha e Reino Unido entram em tensão pela soberania sobre as Falkland, e a disputa passa a ser somente bilateral. Contando com um contingente naval maior, após uma pretensão resistida por ambas as partes, o Reino Unido, em 1770, deixa as terras, que ficam nas mãos da Coroa Espanhola, administradas através de seu Vice-Reinado do Rio da Prata (Governo de Buenos Aires). Porém, a disputa pela soberania permaneceu, visto que o Reino Unido não recusou o título de soberania sobre as Ilhas Falkland.

---

<sup>492</sup> Richard Hawkins, em 1594, e Sebald de Weert, em 1600, respectivamente. Contudo, como jamais desembarcaram nas ilhas, não é consenso de que avistaram as terras em questão.

<sup>493</sup> Strong nomeou o canal entre as ilhas de “*Falkland Sound*”, em homenagem ao *Visconde de Falkland*, escocês, que financiou a viagem. Pelo costume, a nomenclatura estendeu-se às ilhas. GREIG, D.W. *Sovereignty and the Falkland Islands Crisis* – devido à constância com a qual a obra será citada ao longo deste ensaio, as citações posteriores serão feitas apenas ao nome do autor.

<sup>494</sup> Dada a proximidade da costa sulamericana das ilhas, a Espanha, baseada no Tratado de Tordesilhas (1494) e no Tratado de Utrecht (1713), reivindicou soberania sobre o território. A Inglaterra, entretanto, rejeita a afirmação de soberania espanhola com base nestes tratados – GUSTAFSON, Lowell. *The Sovereignty Dispute over the Falkland (Malvinas) Islands*. New York: Oxford University Press. pp. 7.

<sup>495</sup> As expedições francesas zarpavam do porto de St. Malo, na Bretanha, fazendo a ilha ser chamada de *Îles Malouines* (adapta-se o nome francês para “*Malvinas*”, espanhol).



Até 1810, a situação permaneceu estanque, sem que houvesse maiores manifestações das partes ou mudanças na política relacionada às ilhas. A partir deste ponto, porém, com os movimentos de independência aflorando na América do Sul, o cenário passaria por constantes mudanças, desocupações, retomadas de posse e conflitos – quando a Espanha, não mais metrópole das colônias sul-americanas, dá lugar à sua sucessora no litígio, as Províncias Unidas do Rio da Prata, ou Argentina<sup>496</sup>.

## 1.2. Pós-independência argentina: o retorno à indefinição da soberania sobre as Falkland

Antes mesmo da oficial independência argentina da Coroa Espanhola (1816), as ilhas já haviam sido desocupadas pelos habitantes remanescentes, em 1811<sup>497</sup> – a instabilidade política no continente era, de longe, assunto mais importante a se tratar do que a posse das ilhas, restando estas desabitadas – mas não livres do interesse da nação recém-concebida.

Em 1820, através do mercenário norte-americano David Jewitt, proclama-se que as ilhas são argentinas<sup>498</sup>. As Falkland, lugar propício para a atividade pesqueira e baleeira, eram constante alvo de navios do ramo, que, na ausência de uma reivindicação mais veemente ou mesmo da presença física de alguma nação, usavam as ilhas para fins comerciais. A chegada de Jewitt possuía, de certa forma, o cunho de intimidação aos baleeiros que frequentemente utilizavam a costa do território.

Enfim, em 1828, inicia-se a ocupação efetiva das Ilhas Falkland por parte da Argentina. Uma concessão da terra foi garantida ao comerciante francês Louis Vernet, cinco anos antes, para o desenvolvimento econômico das ilhas. Após tentativas malsucedidas, por motivos diversos<sup>499</sup>, o assentamento finalmente começa a prosperar, e o embate sobre a soberania perante as Falkland volta à tona. O Reino Unido, então,

---

<sup>496</sup> “En 1816, luego del camino iniciado por la Revolución de Mayo en 1810, el país proclamó en un Congreso en Tucumán la existencia de una nación libre e independiente de la Corona Española, inaugurando el largo proceso de unificación nacional.” Disponível em: <[argentina.ar/\\_es/pais/C2118-9-de-julio-dia-de-la-independencia.php](http://argentina.ar/_es/pais/C2118-9-de-julio-dia-de-la-independencia.php)>

<sup>497</sup> “1811: The United Provinces of Rio de la Plata withdraw all settlers from Puerto Soledad” Disponível em: <[falklands.info/history/timeline.html](http://falklands.info/history/timeline.html)>

<sup>498</sup> “A circular was sent to the captains of all vessels in port and a personal letter was written to Captain Weddell of the British ship, ‘Jane’, advising them of Jewitt’s arrival to take possession of the Islands ‘in the name of the country to which they naturally appertain’.” GREIG, D.W. p.31.

<sup>499</sup> Quería-se explorar o gado selvagem, abundante nas ilhas; o terreno, contudo, era muito diverso dos pampas, irregular e pedregoso, causando acidentes em cavalos e nos *gauchos* levados por Vernet para a lida com o gado.





protesta formalmente<sup>500</sup> contra a presença de uma colônia, a seu ver, ilegal no território, visto que manteve sempre a convicção de que era o soberano das ilhas.

A partir deste ponto, criou-se um cenário favorável à tomada do território pela nação que, até então, apenas reivindicava a soberania sobre as Falkland, mas havia exercido-a muito menos do que a Espanha, e, subsequentemente, a Argentina - principalmente através da maneira pela qual a situação foi conduzida pelas partes envolvidas e das circunstâncias acarretadas pelas suas práticas de colonização e governo. Nas palavras de Donald W. Greig, estudioso da questão, “o que viria a ocorrer era impossível de se prever, mas os acontecimentos nas Ilhas deram aos britânicos uma oportunidade de afirmar sua reivindicação de forma mais direta”<sup>501</sup>.

Vernet, agora governador das ilhas, passa a monitorá-las contra baleeiros e caçadores de focas estrangeiros, especialmente norte-americanos, de forma que a exploração ia contra as pretensões argentinas de desenvolvimento econômico das ilhas. Mesmo após seus avisos contínuos, em 1831, navios norte-americanos descumpriram sua ordem, e foram capturados, tendo suas tripulações presas. Como resposta, os Estados Unidos exerceram sua força, através do Comandante Silas Duncan, e destruíram o assentamento argentino - sob a alegação de que Vernet não detinha poder sobre as Falkland, pois a Argentina nunca deteve a soberania das mesmas<sup>502</sup>. A quase totalidade dos assentados fugiu para Buenos Aires e Montevideo, novamente desguarnecendo o território das Falkland - abrindo caminho, por conseguinte, para a tomada e o exercício *de facto* da soberania britânica. Após alguns anos de incerteza, o Reino Unido toma controle total das Ilhas Falkland (inclusive estabelecendo população) em 1834, o qual permanece até hoje, com a ressalva do período de invasão argentina, em 1982, na Guerra das Falkland.

---

<sup>500</sup> “The undersigned, therefore, in Instructions of his Court, formally protests, in the name of His Britannic Majesty, against the pretensions set up, on the part of the Argentine Republic, against all acts which have been, or may hereafter be, done to the prejudice of the just rights of sovereignty which have heretofore been exercised by the Crown of Great Britain.” BRITISH AND FOREIGN STATE PAPERS, Vol. 20. p.346-347.

<sup>501</sup> Do original, numa tradução livre: “what might have followed is impossible to guess, but events on the Islands gave the British an opportunity to assert their claim more directly.” GREIG, D.W. p.32.

<sup>502</sup> “Vernet...’having been guilty of piracy and robbery’, should be ‘delivered up to the United States to be tried, or that he be arrested and punished by the laws of Buenos Aires.’”

“that the Falkland Islands do not constitute any part of the dominions within the sovereignty of Buenos Ayres...beyond the competency of the Buenos Ayrean government to regulate, prohibit or punish”. BRITISH AND FOREIGN STATE PAPERS, Vol. 20. p.319-320.



## 2. DO SÉCULO XIX À ATUALIDADE: O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS EM CHOQUE COM A SOBERANIA TERRITORIAL

Assim como existe, desde 1834, estabilidade no exercício da soberania do Reino Unido sobre as ilhas – a ocupação do território foi efetiva e o crescimento populacional é, em linhas gerais, constante<sup>503</sup>, é possível afirmar que existe um povo, de fato, único das Ilhas Falkland. Ao longo de 180 anos, seria impreciso alegar que os únicos habitantes das ilhas são britânicos<sup>504</sup> - que a população teria sido “transplantada” do Reino Unido para o território. Embora as ilhas mantenham seus costumes intrinsecamente ligados aos dos britânicos e falem o mesmo idioma, após um período de tempo tão longo de ocupação ininterrupta e pacífica, a população já criou raízes no território, sente-se conectada a ele. Sob essa perspectiva, seria possível afirmar que a vontade daquela população ganha certa autonomia em relação a qualquer Estado que pretenda unilateralmente o domínio do território.

Nesse ponto que se funda a argumentação britânica para a sua administração das ilhas até hoje: as Falkland seriam um território ultramarino<sup>505</sup> da Coroa Britânica porque os *falkland islanders* desejaram que fosse. Esse respeito à livre escolha por parte dos habitantes se baseia no princípio da autodeterminação dos povos.

O princípio da autodeterminação consta na Carta das Nações Unidas<sup>506</sup>, bem como em várias resoluções do órgão sobre temas pontuais<sup>507</sup>. De forma simplificada, a

---

<sup>503</sup> “POPULATION AS AT CENSUS” Disponível em:

<[falklands.gov.fk/documents/Census%20Report%202006.pdf](http://falklands.gov.fk/documents/Census%20Report%202006.pdf)> Pg.1, Table 1.

<sup>504</sup> Ver nota 16. “POPULATION BY COUNTRY OF BIRTH” Pg.6, Table 11.

<sup>505</sup> “The Islanders' right to determine their own future has been reinforced, as self-determination is now embedded in the main body of the Constitution.” Disponível em: <[falklands.gov.fk/assembly/The\\_Constitution.html](http://falklands.gov.fk/assembly/The_Constitution.html)>

Consequentemente, as Ilhas Falkland são chamadas de “*an overseas british territory by choice*”, ou um território ultramarino britânico por escolha.

<sup>506</sup> Carta da ONU: “Art 1º: Os objetivos das Nações Unidas são:

2. Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;” Disponível em: <[un.org/spanish/Depts/dpi/portugues/charter/index.htm](http://un.org/spanish/Depts/dpi/portugues/charter/index.htm)>

<sup>507</sup> ONU, 15ª GAOR, Resolução 1514: “The General Assembly...

*Conscious of the need for the creation of conditions of stability and well-being and peaceful and friendly relations based on respect for the principles of equal rights and self-determination of all peoples...*

*Recognizing that the peoples of the world ardently desire the end of colonialism in all its manifestations,*

...Declares that:



autodeterminação é o direito dos povos de “determinar livremente seu status político e buscar livremente seu desenvolvimento cultural, econômico e social” (Res. 1514 ONU, Parágrafo 2).

O conceito, porém, tem um espectro amplo demais nos textos da ONU, gerando diversas interpretações, que acompanham a linha de raciocínio pela qual se quer atingir determinado fim. Reside, no conflito inevitável entre países colonialistas (à época da formação das Nações Unidas) e países anticolonialistas, muitos deles ex-colônias dos primeiros, o principal motivo para a ONU deixar em aberto o âmbito de aplicação dessa norma<sup>508</sup>. A doutrina, fonte subsidiária de Direito Internacional, tem papel fundamental nesse sentido, visto que ela clarifica e diminui a abrangência do texto, como percebemos nesta definição de James Crawford:

o princípio da autodeterminação como princípio geral do Direito Internacional (...) demanda um substancial suporte acadêmico. Na ausência de quaisquer ponderações convincentes de princípios, haveria pouca justificativa para rejeitá-lo como parte do Direito Material<sup>509</sup>.

A autodeterminação aflorou como princípio fundante do Direito Internacional no período de descolonização, de enfraquecimento das potências coloniais tradicionais<sup>510</sup>

---

2. *All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.*” ONU, 20ª GAOR, Resolução 2065: “*The General Assembly...*”

Having examined *the question of the Falkland Islands (Malvinas)*,

1. *Invites the Governments of Argentina and the United Kingdom...to proceed without delay with the negotiations recommended...with a view to finding a peaceful solution to the problem, bearing in mind the provisions...of GA resolution 1514 (XV) and the interests of the population of the Falkland Islands (Malvinas).*”

<sup>508</sup> Carta da ONU: “Art. 73: Os membros das Nações Unidas que assumiram ou assumam responsabilidades pela administração de territórios cujos povos ainda não se governem completamente a si mesmos reconhecem o princípio do primado dos interesses dos habitantes desses territórios e aceitam, como missão sagrada, a obrigação de promover no mais alto grau, dentro do sistema de paz e segurança internacionais estabelecido na presente Carta, o bem-estar dos habitantes desses territórios, e, para tal fim:

b. Promover o seu governo próprio, ter na devida conta as aspirações políticas dos povos e auxiliá-los no desenvolvimento progressivo das suas instituições políticas livres, de acordo com as circunstâncias peculiares a cada território e seus habitantes, e os diferentes graus do seu adiantamento.”

Ainda nesse sentido, evidenciando a falta de clareza sobre o referido tema, SCHWED, Alejandro. *Territorial Claims as a Limitation to the Right of Self-Determination in the Context of the Falkland Islands Dispute*. p.449. “*Therefore, if the Charter clearly sets out a right of self-determination for colonial peoples, this would place it within international law. However, a literal reading of article 73 (carta da ONU) does not appear to support this view. There are no explicit references to self-determination, and implicit ones seem to refer to an internal, not external, right.*” Devido à constância com a qual a obra será citada ao longo deste ensaio, as citações posteriores serão feitas apenas ao nome do autor.

<sup>509</sup> Do original: “(...) *the principle of self-determination, as general principle of international law (...) commands substantial academic support. In the absence of any compelling considerations of principles there would be little justification for rejecting it as part of a substantial law.*” CRAWFORD, J. *The Creation of States in International Law*. p.98. 1979.

<sup>510</sup> “*The desintegration of the old colonial empires and the emergence of a complex interacting world community has led directly to changes in international law. (...) The right to self-determination is an*



na África, Sudeste Asiático e América. Novas nações surgiram<sup>511</sup>, se desmembrando ou simplesmente libertando-se das suas metrópoles europeias; elas necessitavam de garantias, por parte dos órgãos internacionais, de que seu direito de dispor do seu próprio futuro seria verificado.

Constar que o princípio da autodeterminação se aplica aos *falkland islanders*, todavia, não é suficiente para solucionar o caso e decretá-lo como encerrado – se assim fosse, o litígio jamais tomaria as proporções que tomou (culminando na guerra, em 1982), tampouco transcorreriam quase dois séculos de indefinição e desacordo entre as partes envolvidas.

O argumento argentino na contenda, de igual importância, diz respeito à sua integridade territorial, sua soberania perante o território no momento da tomada definitiva das ilhas pelo Reino Unido, em 1834. A Argentina alega que sua soberania territorial foi desrespeitada na época, razão pela qual, desde então, jamais reconheceu qualquer título britânico de detentor das Ilhas Falkland.

O comportamento das autoridades argentinas em relação à reivindicação, embora o assunto não seja constantemente abordado, é homogêneo no que diz respeito ao discurso e suas práticas. Independentemente dos rumos políticos que são escolhidos pelos diversos presidentes que passam pela Casa Rosada, a própria Constituição Nacional trata do assunto, em um texto taxativo, sem margem para interpretações diversas: “A Nação Argentina ratifica sua legítima e imprescritível soberania sobre as Ilhas Malvinas, Georgia do Sul e Sandwich do Sul e os espaços marítimos e insulares correspondentes, por sendo parte integrante do território nacional”<sup>512</sup>.

A Argentina sustenta seu posicionamento de acordo com a mesma Resolução das Nações Unidas que versa sobre a autodeterminação dos povos, alegação da parte britânica. A Resolução 1514, elaborada na décima quinta sessão da Assembleia Geral, declara também, em seu parágrafo sexto, o que seria uma exceção à capacidade de um povo se autodeterminar:

A Assembleia Geral (...) declara que:

---

*integral part of this changes*”. BOKOR-SZEGÓ, H. *The Role of the United Nations in International Legislation*. p. 46-47. 1978.

<sup>511</sup> “The creation of at least seventy newly independent states, all former colonies, demonstrates that most nations have honored the resolutions on self-determination.” SCHWED, A. pg.454.

<sup>512</sup> “Primera: La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescritible soberania sobre las Islas Malvinas, Georgias do Sul y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes por ser parte integrante del territorio nacional.” La Constitución Nacional – Disposiciones Transitorias. Disponível em: <senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>



6. Qualquer tentativa voltada à ruptura total ou parcial da unidade nacional e da integridade territorial de um país é incompatível com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas.<sup>513</sup>

Este trecho da Resolução constitui um limite à aplicação do princípio da autodeterminação dos povos, especialmente em possíveis casos de secessão de uma certa região de um Estado<sup>514</sup>, mas também em conflitos territoriais não resolvidos entre dois ou mais Estados soberanos.

A Corte Internacional de Justiça, através de uma opinião consultiva requisitada pela própria ONU, interpretou o texto da Resolução aplicado ao litígio sobre o Saara Ocidental<sup>515</sup>. Verificando que os laços históricos de outros países<sup>516</sup> (soberanos à época) não eram fortes e inequívocos o bastante, definiu-se que as nações referidas não tinham argumentos históricos suficientes para sobrepujar a capacidade do povo saarauí de autodeterminação.<sup>517</sup> Todavia, Alejandro Schwed, analisando o caso em artigo publicado no *Fordham International Law Journal*, adverte com bastante clareza que a opinião da Corte não é “uma declaração definitiva de limitação territorial como a Argentina alega. As limitações foram definidas apenas *in dicta*, e faltou à Corte dar uma linha de raciocínio para determinar quando estes laços suficientemente existem”<sup>518</sup>.

---

<sup>513</sup> Do original: “Any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations.” ONU, 15ª GAOR, Resolução 1514, parágrafo 6:

<sup>514</sup> “The speeches in the General Assembly emphasized the right of self-determination, not its limitations. However, many delegates seemed to fear that the right to self-determination could be used as an excuse for secession.” SCHWED, A. p.459

Também neste sentido: “Most states voting for Resolution 1514's paragraph 6 probably did so in the belief that they were creating a sort of “grandfather clause”: setting out the right of self-determination for all colonies but not extending it to parts of decolonized states and seeking to ensure that the act of self-determination occur within the established boundaries of colonies rather than within sub-regions.” FRANCK, T.M. & HOFFMAN, P. *The Right of Self-Determination in Very Small Places*. p.370.

<sup>515</sup> 1975 I.C.J. 12 (Advisory Opinion of Oct. 16). Disponível em <icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=69&case=61&code=sa>

O território espanhol de Ifni, localizado na costa marroquina, também foi objeto de disputa entre Espanha e Marrocos, e também se enquadra no quadro de limitações territoriais ao princípio da autodeterminação. Contudo, “porque a disputa entre os países pelo Saara Ocidental veio à tona aproximadamente ao mesmo tempo, a Assembleia Geral frequentemente tratou dos casos conjuntamente.” SCHWED, A. p.464.

<sup>516</sup> Os países que reivindicavam soberania sobre o território eram Espanha, Marrocos e Mauritânia.

<sup>517</sup> “The Court decided that the historical ties between Western Sahara and Morocco and Mauritania were not sufficient to apply any territorial limitations, but the Court implied that in other appropriate cases historical ties might require territorial reintegration. (...) Specifically, the Tribunal concludes that ‘the Court has not found legal ties of such a nature as might affect the application of Resolution 1514 (XV) in the decolonization of Western Sahara and, in particular, of the principle of self-determination through the free and genuine expression of the will of the peoples of the Territory.’” SCHWED, A. p.458-460 e nota nº 93.

<sup>518</sup> “The Western Sahara opinion, however, is not as definitive a statement on territorial limitations as Argentina professes it to be. The limitations were set out only *in dicta*, and the Court failed to provide guidelines for determining when sufficient ties might exist.” SCHWED, A. p.459



Não se prescreve uma regra geral do que se entende por limitações à autodeterminação decorrentes de disputas anteriores por soberania territorial, visto que cada caso traz suas particularidades<sup>519</sup> geográficas, históricas e políticas – a homogeneização da regra poderia acarretar diversos problemas nas interpretações dos argumentos de partes litigantes. Contudo, as lições da Corte sobre o Saara Ocidental trouxeram, implicitamente, alguns pré-requisitos para que a soberania territorial limite a autodeterminação dos povos.

O Estado soberano reclamante deveria existir como tal à época da colonização ou ocupação do território em questão<sup>520</sup>, bem como deveria exercer laços evidentes de soberania com o mesmo<sup>521</sup>. Evidentemente, o Estado que busca retomar o território que julga seu jamais deve ter renunciado por meios pacíficos seu título de soberano<sup>522</sup>.

Retornando às Falkland, percebemos que o caso é parecido com os anteriormente citados. Cabe a apreciação, portanto, destes três requisitos básicos da limitação territorial para que o argumento argentino seja norteado.

A Argentina, como vimos anteriormente<sup>523</sup>, existia como Estado soberano à época da ocupação definitiva das Ilhas Falkland pelo Reino Unido. Sua independência ocorreu em 1816, enquanto que a retomada britânica do território se deu dezoito anos depois. Também é muito claro o posicionamento da Argentina em relação à contenda ao longo dos anos, declarando-se inclusive soberana sobre as Ilhas Falkland, chamando-as, inclusive, de “Islas Malvinas”<sup>524</sup>.

---

<sup>519</sup> Ainda sobre o tema, SCHWED cita o juiz da corte, Sture Petré: “*It seems however that questions of this kind are not yet considered ripe for submission to the Court. The reason is doubtless the fact that the wide variety of geographical and other data which must be taken into account in questions of decolonization have not yet allowed of the establishment of a sufficiently developed body of rules and practice to cover all the situations which may give rise to problems.*” p.459.

<sup>520</sup> “*In finding that Morocco and Mauritania lacked sufficient ties to supersede the Saharans' right of self-determination, however, the Court implied a requirement that the claimant state must have existed at the time of colonization of the territory.*” SCHWED, A. p.468.

Embora se considerasse que existia uma conexão entre o Saara Ocidental e a entidade mauritana à época, esta não compunha um Estado soberano, não preenchendo, portanto, este requisito. 1975 I.C.J. 12 (Advisory Opinion of Oct. 16).

<sup>521</sup> “*It (o Estado reclamante) must also have asserted valid sovereign ties over that territory at the time.*” SCHWED, A. p.468.

O autor cita o juiz da corte, Nagendra Singh, sobre a matéria: “*(...) at the time of Spanish colonization, there was no evidence of the existence of one single State comprising the territory of Western Sahara and Morocco, or Western Sahara and Mauritania, which would attract the provisions of paragraph 6 of resolution 1514 (XV).*” p.468.

<sup>522</sup> “*A requirement in accordance with general practice is that a claimant state must not have peacefully and voluntarily surrendered its rights.*” SCHWED, A. p.451.

<sup>523</sup> Ver nota 9.

<sup>524</sup> Ver nota 25.





Finalmente, o que não é inteiramente claro são os laços fortes e inequívocos da República Argentina sobre as ilhas quando o Reino Unido as ocupou - a conexão histórica da Argentina com o território é, no máximo, tão forte e constante quanto a ligação britânica. O próprio conflito com os Estados Unidos, razão que possibilitou a retomada britânica sem maiores dificuldades, exemplifica uma discordância sobre a titularidade das terras: um terceiro Estado soberano, não participante no litígio, não reconhecia o status argentino de soberano sobre as Falkland – levantando a dúvida, inclusive, da sucessão automática de posse espanhola para argentina.<sup>525</sup> Parece claro que o exercício britânico de soberania nas ilhas ao longo de 180 anos é um argumento muito forte, se posto em comparação com o exercício argentino de cerca de 15 anos, não pelo seu tempo de duração (ainda que a diferença seja gritante), mas pela conexão *de facto* com o território.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disputa entre a Argentina e o Reino Unido, com relação às Ilhas Falkland, certamente é dotada de uma carga valorativa e histórica muito grande, devido à sua extensão ao longo dos séculos. Não há, no cenário internacional, questão de tamanha complexidade e que permanece por tanto tempo em discussão, sem que se atinja consentimento entre as partes, ou uma decisão superveniente de um órgão internacional competente para dirimir a questão. O assunto nos demonstra o quão difícil alguns casos são para o Direito Internacional prover suas diretrizes de resolução, e como é trabalhoso e, por vezes, impossível de definir regras gerais para o julgamento de princípios de alto valor no âmbito internacional.

As Ilhas Falkland, ocupadas em definitivo pelo Reino Unido desde 1834, desfrutam hoje de uma condição socioeconômica satisfatória, seus habitantes se sentem parte do território, as ilhas desfrutam de uma existência pacífica, harmoniosa, enfim, a qual é respeitada inteiramente pelo seu Estado soberano - de forma muito salutar. Entretanto, a opinião da população do território não pode ser o único fator a ser estudado para decidir a respeito do litígio. A soberania territorial de outro Estado

---

<sup>525</sup> “Indeed, at the time of the original U.S. confrontation with Argentina in the early 1830s, the United States formally asked: as the ‘ancient Vice Royalty of Rio de la Plata is now divided between several distinct Nations’ (Bolivia, Paraguay and Uruguay as well as Argentina), if ‘the sovereign rights of Spain to those Southern Islands descended to the ancient Vice Royalty of Rio de la Plata, by virtue of the Revolution’, how was it possible to decide ‘to which one of these several Sovereignities’ should these rights be assigned?” GREIG, D.W. p.59.





(Argentina), anteriormente à ocupação, é tida como um limite ao princípio da autodeterminação dos povos.

Diferentes argumentos jurídicos, presentes em outros casos similares, se tornam úteis para vislumbrarmos no horizonte a possibilidade de um desfecho. A opinião da Corte Internacional de Justiça no caso do Saara Ocidental nos brindou, se não com regras definitivas e gerais, com uma guia para que se possa verificar a existência (ou não) de uma limitação territorial.

No caso em estudo, claramente compreende-se que a Argentina era um Estado soberano quando as Falkland foram ocupadas pelos britânicos, assim como a Argentina jamais renunciou ao direito que entende por seu. O problema, porém, reside no mais difícil pré-requisito a ser preenchido: a existência de laços históricos de soberania fortes o bastante à época da ocupação britânica. Aqui reside o ponto fraco da argumentação Argentina no caso: a conexão de qualquer Estado com as Falkland, à época, era muito nebulosa, ainda não provada de maneira definitiva, inequívoca. Pelo menos por enquanto, a Argentina não conseguiu completar essa exigência.

Sabe-se, porém, da presença pacífica de um Estado soberano nas ilhas, que data de 180 anos, com a breve exceção de 70 dias da Guerra das Falkland, em 1982. O Reino Unido, que exerce a soberania sobre o território desde o século XIX, parece ter um argumento mais forte caso a contenda seja levada a instâncias internacionais judiciais, como a Corte Internacional de Justiça. Entretanto, é de certa forma paradoxal ter a alegação mais contundente e melhor fundada se o país mantém-se irredutível (de maneira equivocada) quanto à aplicação absoluta do princípio da autodeterminação ao povo. Talvez, o melhor método para afirmar definitivamente sua posse sobre o território seja ceder um pouco nas discussões com a Argentina, respeitando mais efetivamente as Resoluções da ONU a respeito do tema, para que a incerteza sobre o futuro das Ilhas Falkland transforme-se em convicção.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVISORY PROCEEDINGS – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE – CASES - WESTERN SAHARA. Disponível em: <[icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=69&case=61&code=sa](http://icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=69&case=61&code=sa)>. Acesso em: 22 mai. 2012.



ARGENTINA - 9 DE JULIO, DÍA DE LA INDEPENDENCIA. 2011. Disponível em: <[argentina.ar/\\_es/pais/C2118-9-de-julio-dia-de-la-independencia.php](http://argentina.ar/_es/pais/C2118-9-de-julio-dia-de-la-independencia.php)>. Acesso em: 22 mai. 2012.

BOKOR-SZEGÓ, Hanna. *The Role of the United Nations in International Legislation*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company. 1978

BRITISH AND FOREIGN STATE PAPERS, 1832-1833 – Vol.20, London: James Ridgway and Sons, Piccadilly. 1836.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <[un.org/spanish/Depts/dpi/portugues/charter/index.htm](http://un.org/spanish/Depts/dpi/portugues/charter/index.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2012.

CONSTITUCIÓN ARGENTINA – SENADO DE LA NACIÓN ARGENTINA – *Disposiciones Transitorias*. Disponível em: <[senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php](http://senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php)>. Acesso em: 22 mai. 2012.

CRAWFORD, James. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford University Press. 2006.

FALKLAND ISLANDS – CENSUS STATISTICS. 2006. Disponível em: <[falklands.gov.fk/documents/Census%20Report%202006.pdf](http://falklands.gov.fk/documents/Census%20Report%202006.pdf)>. Acesso em: 15 mai. 2012.

FALKLAND ISLANDS GOVERNMENT, THE – FALKLANDS LEGISLATIVE ASSEMBLY – *The Constitution*. Disponível em: <[falklands.gov.fk/assembly/The\\_Constitution.html](http://falklands.gov.fk/assembly/The_Constitution.html)>. Acesso em 23 mar. 2012.

FALKLAND ISLANDS INFO PORTAL – CHRONOLOGY – *A Chronology of events in the history of the Falkland Islands*. Disponível em: <[falklands.info/history/timeline.html](http://falklands.info/history/timeline.html)>. Acesso em: 23 mar. 2012.

FRANCK, Thomas. M. & HOFFMAN, Paul. *The Right of Self-Determination in Very Small Places*. In: 8 *N.Y.U. Journal of International Law & Politics*. 1975-1976. p.37

GREIG, Donald W. *Sovereignty and the Falkland Islands Crisis*. In: *Australian Year Book of International Law*. N.20. 1982. p.20-71

GUSTAFSON, Lowell. *The Sovereignty Dispute over the Falkland (Malvinas) Islands*. New York: Oxford University Press. 1988

RESOLUÇÃO 1514 DA ASSEMBLEIA GERAL, 15ª U.N. GAOR - U.N. DOC. A/4684 (1960). Disponível em: <[un.org/depts/dhl/resguide/r15.htm](http://un.org/depts/dhl/resguide/r15.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2012.

RESOLUÇÃO 2065 DA ASSEMBLEIA GERAL, 20ª U.N. GAOR, U.N. DOC A/6014 (1965) . Disponível em: <[un.org/depts/dhl/resguide/r20.htm](http://un.org/depts/dhl/resguide/r20.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2012.



SCHWED, Alejandro. – *Territorial Claims as a Limitation to the Right of Self-Determination in the Context of the Falklands Islands Dispute*. In: *Fordham International Law Journal*. Vol. 6, Issue 3. New York: Fordham University. 1982. p.443-471



## MEIO AMBIENTE E JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS: REALIDADES E PERSPECTIVAS

*Mariana Clara de Andrade*<sup>526</sup>

### Resumo

A discussão concernente à proteção ambiental tem crescentemente ganhado atenção na comunidade internacional, mas há grandes dificuldades a serem superadas em prol desta tutela. Paralelamente, ascende a questão da proliferação de tribunais internacionais de matérias específicas, e assim nasce a discussão sobre a possível criação de um tribunal internacional para o meio ambiente. Desta forma, cabe analisar a maneira como esta ideia se verifica atualmente no cenário internacional, bem como as perspectivas para o seu êxito.

### Palavras-Chave

Jurisdição Internacional; Pluralidade de Tribunais Internacionais; Tribunal Internacional para o Meio Ambiente.

### Abstract

The debates concerning the environmental protection have increasingly gained attention within the international community, but there are great difficulties to be overcome on behalf of such defense. In parallel, the issue of the proliferation of international courts for specific subjects ascends, and consequently the discussions on the possible creation of an international tribunal for the environment arises. Thus, it is profitable to analyze the way such idea is currently verified in the international scene, as well as the perspectives for its outcome.

### Keywords

International Jurisdiction; Proliferation of International Tribunals; International Environmental Court.

## 1. INTRODUÇÃO

As relações interestatais estão, hodiernamente, em um forte movimento de intensificação. Isto é devido, indubitavelmente, ao fenômeno da globalização, o qual, através da maior facilidade de intercâmbio de informações, bens, pessoas e capitais, dinamiza o cenário global. Este fato traz diversas conseqüências à comunidade internacional, e pode-se evidenciar, dentro do âmbito jurídico, a multiplicação de normas e tribunais internacionais.

---

<sup>526</sup>Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).



A especialização de tratados e maior complexidade nas matérias reguladas pelo Direito Internacional acabou, assim, por resultar na proliferação de órgãos de solução de controvérsias. Se, no passado, a jurisdição internacional possuía matérias específicas predominando na apreciação judiciária, verifica-se que este campo de abrangência temático se expandiu de maneira gradual.

Paralelamente, a comunidade internacional da atualidade tem também testemunhado a crescente importância que a discussão acerca de problemas e questões ambientais tem ganhado. A Rio +20, que teve lugar no Brasil no presente ano, é um exemplo do compromisso que diversos Estados têm assumido com relação a estes debates, seja por efetivo concernimento para com o meio ambiente, seja por mero posicionamento político.

Assim, o presente trabalho procura analisar a relação entre estes dois movimentos – quais sejam a proliferação de tribunais internacionais e a intensificação de debates sobre o meio ambiente, que pode ser percebido na jurisprudência dos diversos tribunais internacionais. Litígios interestatais passam a ser levados a tais cortes também revestidos de argumentos ambientais, e, assim, cumpre estudar como os distintos órgãos (desde a Corte Internacional de Justiça ao órgão de solução de controvérsias da OMC) têm tratado o tema. Cabe, ainda, analisar os fundamentos favoráveis e contrários a uma proposta que também merece atenção: a criação de uma corte internacional específica para o meio ambiente.

## **2. CONTEXTUALIZAÇÃO INTRODUTÓRIA: O FENÔMENO DA MULTIPLICAÇÃO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS**

Para o jurista italiano Sabino Cassese<sup>527</sup>, o fenômeno da fragmentação do direito internacional e da proliferação de instâncias permanentes para resolução de conflitos é consequência direta da globalização. O intensificar das relações interestatais bem como a superação de limitações Direito Internacional criaram um ambiente propício para a sedimentação de um elemento bastante definidor do ordenamento jurídico da comunidade dos Estados no século passado: o aumento do número de tribunais internacionais.

---

<sup>527</sup> CASSESE, Sabino. *I Tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Roma: Donzelli editore, 2009.



Examinando a primeira metade do século XX na busca de um tribunal internacional permanente, poderá se verificar tão somente a Corte Permanente de Justiça Internacional figurando neste rol. Ao se ampliar o critério de análise buscando sistemas internacionais de resolução de conflitos, ainda na primeira metade do século, a Corte Permanente de Arbitragem<sup>528</sup> vem somar esforços ao lado da antiga Corte da Liga das Nações.

Na contemporaneidade, o número de instâncias e procedimentos para resolução pacífica de conflitos ultrapassa a cifra de 142<sup>529</sup>. Tal dado, contudo, leva em consideração não apenas foros jurisdicionais permanentes, mas também privilegia metodologias de resolução de conflito de menor complexidade previstas em protocolos e tratados internacionais. Segundo Karen J. Alter, em ensaio sobre a “evolução” do sistema judiciário internacional, os dois principais marcos para essa proliferação foram o fim da Segunda Guerra Mundial e a queda do muro de Berlim, na medida em que serviram para flexibilizar as posições estatais de acesso às jurisdições internacionais dentro de um determinado contexto geopolítico<sup>530</sup>.

A multiplicação de instâncias jurisdicionais de resolução de conflitos traz em seu bojo uma característica intrínseca que se relaciona diretamente com o debate de uma possível jurisdição internacional ambiental: a especificidade das matérias que são abordadas e que definem o âmbito jurisdicional de determinado órgão. Pode-se verificar, desta maneira, que as Cortes surgidas no momento posterior à Guerra Fria<sup>531</sup> possuem um caráter eminentemente especializado, voltados a exaurir conflitos dentro de uma determinada realidade jurídica que demanda especialização técnica ante à singularidade da matéria sobre a qual versa.

---

<sup>528</sup> A Criada pelas Conferências Internacionais da Paz de Haia de 1899 e 1907, a Corte Permanente de Arbitragem (CPA) é um órgão de resolução de conflitos jurídicos entre Estados que ainda hoje encontra-se em funcionamento. A Corte representou o primeiro esforço de institucionalização de um tribunal permanente. De 1902 a 1934 foram submetidos 21 casos de arbitragem à CPA, que funcionava mais como um maquinário de composição de tribunais que propriamente como um órgão permanente e à disposição dos Estados.

<sup>529</sup> Segundo Cesare P. R. Romano: “*Yet, the sheer dimensions of the phenomenon, with well over 142 bodies and procedures, has defied many attempts to comprehensively map this fast growing sector of international relations.*” ROMANO, 2011, p. 1.

<sup>530</sup> ALTER, 2011, p.15.

<sup>531</sup> Para exemplificar, pode-se citar: Corte Europeia de Justiça em 1988; Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em 1994; Tribunal de Justiça Andino de 1996; Corte Europeia de Direitos Humanos em 1998; Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2001; Órgão de Solução de Controvérsias do Mercosul em 2002. Isto sem desconsiderar as Cortes Internacionais Criminais, com especial atenção à Corte Penal Internacional de 2002. Para uma completa análise das jurisdições internacionais permanentes, ver ROMANO, Cesare P. R. *A Taxonomy of International Rule of Law Institutions*. Journal of International Dispute Settlement, Vol 2, pp. 241–77, 2011.



Ainda que persevere o argumento de que o fenômeno possa ser visto como um processo de desenvolvimento do Direito Internacional<sup>532</sup>, o multiplicar de instâncias permanentes para dirimir conflitos coloca novos problemas de coordenação entre instâncias na ordem internacional. A ex-presidente da Corte Internacional de Justiça, Rosalyn Higgins<sup>533</sup> afirma que na contemporaneidade vive-se numa “babel de vozes judiciais” ante a ausência de coordenação entre estes tantos tribunais nascidos na segunda metade do século XX.

Contudo, cumpre salientar que, muito embora o fenômeno de pluralização crie uma ampla gama de possibilidades de resolução de litígios e, igualmente, reparações às violações ao Direito Internacional, estes tribunais também encontram severas limitações. Nas palavras de Allain Pellet, “cortes e tribunais internacionais são criações dos Estados. Estados instituem estas cortes e tribunais através de tratados emanados de suas vontades”<sup>534</sup>. Ou seja, a vontade dos Estados é uma das primordiais resistências que o surgimento de uma determinada instância jurisdicional internacional encontra para sua criação.

E não somente no momento de criação de um tribunal e na sua aceitação que a vontade dos Estados são sopesadas, como também na própria sobrevivência da estrutura. Nesse sentido também se coaduna a lição de Pellet ao afirmar que os tribunais são “inteiramente dependente do suporte que recebem dos Estados; estes Estados detêm, em último grau, a chave para o seu sucesso ou fracasso”<sup>535</sup>.

Diante desse contexto de pluralização de tribunais, que possui avanços e retrocessos, cabe conduzir à discussão à seara dos debates por uma jurisdição internacional ambiental. É de se conjecturar de que maneira os entraves estatais apontados por Pellet e a babel de vozes judiciais orquestrada pela juíza Higgins de alguma forma se relaciona com a especialização do debate por uma jurisdição internacional que tenha por escopo a proteção ambiental internacional.

---

<sup>532</sup> Nesse sentido, ver a obra de CHARNEY, Jonathan I. The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals, 31 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 697, 1999.

<sup>533</sup> HIGGINS, Rosalyn. A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 55(4), p. 791-804, 2006.

<sup>534</sup> Do original: “*International courts and tribunals are creations of States. States institute such courts and tribunals by treaties emanating from their will*”. PELLET, 2008, 287.

<sup>535</sup> Do original: “*Entirely dependent on the support that they receive from states, these states ultimately hold the key to their success or failure*”. PELLET, 2008, p. 287





### 3. OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E A DEFESA DO MEIO AMBIENTE VERSUS A NECESSIDADE DE UMA CORTE INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

A ideia para a criação de um tribunal de jurisdição internacional para o meio ambiente tomou sua forma mais bem delineada com o modelo criado pela Fundação da Corte Internacional do Meio Ambiente<sup>536</sup> (ICEF – International Court of the Environment Foundation<sup>537</sup>). De acordo com esta proposta, a Corte Internacional do Meio Ambiente seria composta por 15 juízes, e estaria vinculada à Organização das Nações Unidas, na medida em que tais magistrados seriam escolhidos pela Assembleia Geral da ONU dentre nomes que lhes fossem enviados pelo seu Secretário Geral<sup>538</sup> e seriam mantidos com o orçamento das Nações Unidas<sup>539</sup>. Uma das grandes vantagens desta corte em relação a demais jurisdições internacionais seria a possibilidade de não somente os Estados desfrutarem de acesso direto perante tal órgão<sup>540</sup>. Suas funções,

---

<sup>536</sup>Sobre o tema, Avgerinopoulou escreve: “Several proposals have been presented for the development of a court capable of judging exclusively environmental cases. The most detailed, well-developed proposal has been submitted by the International Court of the Environment Foundation (ICEF). The Foundation has already promoted worldwide the idea of establishing the court, which has gained support in both the political world and in academia”, afirmando que esta é a proposta de corte ambiental com maior chance de implementação no cenário internacional. Explica ainda: “ICEF was established in 1989 in order to promote development of the International Court of the Environment. ICEF launched an international campaign and made preparations to promote the proposal at the UN Conference in Rio de Janeiro, Brazil in 1992. As part of these preparations, ICEF presented its idea to the European Communities, which strongly supported the concept. In 1991, the European Parliament itself adopted a Resolution regarding the proposed court in order for the issue to be promoted at the Rio Conference. The EC Resolution, however, was never discussed, despite the presence of ICEF at the Rio Conference. Despite the setbacks at Rio, ICEF soon achieved the support of the UN Commission on Sustainable Development. Several states, departments of states, local authorities, NGOs, private corporations, and international organizations also have expressed their support”. Assim, mesmo tendo tido inicial apoio da comunidade europeia, nem mesmo a proposta da ICEF tem perspectivas de lograr êxito. AVGERINOPOULOU, 2003.

<sup>537</sup> Seu diretor, Amedeo Postiglione, é um dos mais ativos militantes pela criação de uma corte internacional do meio ambiente. Escreveu diversas obras com relação ao tema, como *Global environmental governance: the need for an international environmental agency and an international court of the environment* e *The Global Village Without Regulations: Ethical, Economical, Social and Legal Motivations for an International Court of the Environment*.

<sup>538</sup> No documento enviado por Amedeo Postiglione como proposta de uma corte permanente pelo meio ambiente desenhada pela ICEF para a Rio +20, o seguinte texto esclarece: “The Court shall be composed of 15 independent judges, elected by the United Nations General Assembly from a list submitted by the Secretary General.” Disponível em <<http://www.unctd2012.org/rio20/content/documents/120icef.pdf>>. Acesso em 28/05/2012, 23h13.

<sup>539</sup> No document original: “The judges shall enjoy the prerogative of absolute independence with regard to their States of origin and shall receive a salary which will be paid out of the budget of the United Nations”.

<sup>540</sup> No original: “Locus Standi. The following parties may appear before the Court: a) individuals; b) non-governmental organizations and environmental associations; c) States; d) supranational organizations, such as the European Union; e) international organizations under the United Nations and the individual organs of the United Nations”.



dentre outras, além da atuação no âmbito contencioso, poderiam ser preventivas ou consultivas.

Independentemente do modelo da proposta, argumentos a ela delineiam-se favorável e contrariamente. Ellen Hey, uma das estudiosas do assunto, em didática explanação, resume que entre os fatores que impulsionam a ideia estão: 1) os crescentes problemas ambientais cuja responsabilidade é discutida na comunidade internacional; 2) a necessidade de especialistas em ambiental internacional para analisar tais casos; 3) o fato de se precisar expandir o acesso à justiça ambiental em uma jurisdição internacional a indivíduos, grupos e organizações; 4) e a imperatividade de procedimentos de resolução de controvérsia específicos para a defesa do interesse comum ao meio ambiente. Contrariamente, expõe a autora, têm-se: 1) a fragmentação do direito internacional pela proliferação de tribunais e cortes; 2) a abrangência de matérias de direito internacional afora o direito ambiental que tangenciam litígios envolvendo o meio ambiente e; 3) a existência de tribunais já capazes de tratar deste objeto.<sup>541</sup>

Atualmente, litígios internacionais que envolvem questões ambientais são levados a tribunais internacionais já existentes. Entretanto, há uma severa limitação à defesa ambiental propriamente dita. A Corte Internacional de Justiça (CIJ), embora já tenha avançado no sentido de uma construção jurisprudencial que tutele o meio ambiente, é um exemplo dessas limitações. Seus dois acórdãos paradigmáticos são o do litígio entre Uruguai e Argentina, concernente à instalação de usinas de celulose à margem do rio Uruguai<sup>542</sup>, e o caso Gabčíkovo-Nagymaros, entre Eslováquia e Hungria, sobre a construção de barragens hidrelétricas no rio Danúbio.<sup>543</sup> Apesar de ser um foro onde se possa contestar o descumprimento de diversos tratados, inclusive ambientais, apenas Estados podem litigar e, como será abordado mais à frente, suas disputas podem ser motivadas por fortes interesses políticos.

---

<sup>541</sup>HEY, 2000, p. 3.

<sup>542</sup> Para maiores informações, ver julgamento da CIJ em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>>.

<sup>543</sup>Louka escreve: “*The Court made some statements in dicta that demonstrate that environmental considerations are playing an influential role in the Court’s reasoning. The Court repeated its conclusions in the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case: ‘The environment is not an abstraction but represents a living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment’*”. LOUKA, 2006, p. 186. Para uma análise mais detalhada do caso, ver LOUKA, 2006, p. 186-188.



A CIJ estabeleceu, em 1993, diante das demandas ambientais que já à época surgiam, uma Câmara especial para questões relativas ao Meio Ambiente – a Câmara Especial de Meio Ambiente. No início da década de 90, de sete casos em processo de análise da Corte, dois envolviam questões ambientais<sup>544</sup>. Sua existência, no entanto, não vincula as partes litigantes a ela recorrerem, trata-se apenas de uma alternativa<sup>545</sup>. Nenhum caso lhe foi submetido até o momento.

Outro tribunal com competência para julgar casos que podem envolver questões ambientais é o Tribunal Internacional do Direito do Mar, criado em 1996, e que possui jurisdição compulsória em litígios que envolvam as provisões de sua convenção (também conhecida como Convenção de Montego-Bay, firmada em 1982). O conhecimento técnico de seus magistrados é uma das vantagens do tribunal<sup>546</sup>. Dividido em cinco câmaras, uma delas trata especificamente de disputas marinhas ambientais (Chamber of Marine Environment Disputes), mas até o momento nenhum caso foi colocado a sua apreciação<sup>547</sup>. Duas limitações que podem ser apontadas quanto à jurisdição desse tribunal pela questão ambiental são a restrição de matérias à convenção do Direito do Mar e o caráter comercial que permeiam muitas das disputas<sup>548</sup>.

---

<sup>544</sup> BRANT, 2005, p. 140.

<sup>545</sup> BRANT, 2005, p. 142, leciona: “Esta iniciativa, contudo, não impede que as partes submetam uma controvérsia relacionada a questões ambientais a uma Câmara *ad hoc*, ou à sessão plenária da Corte. Tal fato simplesmente cria uma alternativa às partes para apresentarem seu caso perante um corpo de juízes com experiência e formação para lidar com questões relativas ao meio ambiente”.

<sup>546</sup> Avgerinopoulou escreve: “*The expertise of the judges is also one of the main advantages of the Tribunal*”. AVGERINOPOULOU, 2003, p. 7. Adiciona ainda a referência ao artigo 2º da Estatuto do Tribunal, que versa: “*The Tribunal shall be composed of a body of 21 independent members, elected from among persons enjoying the highest reputation for fairness and integrity and of recognized competence in the field of the law of the sea.*”. Disponível em

<[http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic\\_texts/statute\\_e.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/statute_e.pdf)>. Acesso em 29/05/2012, às 23:36.

<sup>547</sup> Rothwell (2007), no original: “*ITLOS [International Tribunal for the Law of the Sea] has clearly recognized this potential [to develop the law dealing with marine environmental protection and ultimately oceans governance] and the need for it to respond to the special challenges such disputes may raise. Judge Mensah played an important role in ITLOS taking the initiative in this area. During his time as foundation President of the Tribunal a “Chamber for Marine Environmental Disputes” was established under the Annex VI “Special chambers” mechanism. Judge Mensah described the organization of this chamber as evidence of the Tribunal being “‘user-friendly’ in respect of cases relating to the protection and preservation of the marine environment”. However, as this Chamber has yet to have any dispute to come before it, its potential for the time being remains unrealised*”. ROTHWELL, 2007, p. 678.

<sup>548</sup> Consta em texto publicado no website oficial do Tribunal Internacional do Direito do Mar: “*The International Tribunal for the Law of the Sea is an independent judicial body established by the United Nations Convention on the Law of the Sea to adjudicate disputes arising out of the interpretation and application of the Convention*”. Disponível em: <<http://www.itlos.org/index.php?id=15>>. Acesso em 29/05/2012, às 00h04.



O órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) é considerado, por diversos autores, como um dos órgãos mais efetivos e de maior alcance do sistema jurisdicional internacional<sup>549</sup>. Em matéria ambiental, este órgão serve como reforço à ideia já aqui salientada, de que a discussão sobre o meio ambiente vive, hodiernamente, um rápido crescendo – casos como *Tuna/Dolphin* demonstram a presença dessas questões na instituição<sup>550</sup>. No entanto, o órgão de solução de controvérsias da OMC ressalta com inquestionável vigor pressupostos econômicos, em consonância com o GATT, em detrimento de princípios ambientais.

De grande efetividade no cenário internacional é o Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual também tem competência para tratar de temas relativos ao meio ambiente. Não há uma câmara específica para questões ambientais, mas, mesmo assim, o tema é abordado com peculiar seriedade, tendo sido a primeira corte a reconhecer diversos princípios de direito internacional ambiental<sup>551</sup>. Está restrito, contudo, a litígios ligados aos Estados-membros da União Europeia e, embora siga previsões normativas que efetivamente tutelam interesses ambientais, é limitado por seu caráter regional.

Talvez os tribunais internacionais com maior inclinação para questões ambientais sejam os que tratam de matérias relativas à defesa dos Direitos Humanos, em particular a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O meio ambiente, não raramente, é tratado como direito fundamental a ser defendido. Segundo Sands, contudo, apenas a corte europeia tem abordado a matéria<sup>552</sup>. Uma importante vantagem da CEDH é o fato de que esta é apta a aceitar demandas de indivíduos, sindicatos e ONGs. A acessibilidade de outros entes além dos Estados a tribunais internacionais em matéria ambiental, deve-se ressaltar, é imprescindível para que se possa efetivar a defesa do meio ambiente.

Mesmo que algumas causas que envolvessem questões do meio ambiente tenham sido submetidas aos tribunais de direitos humanos, pode-se observar que a real tendência na jurisprudência destas cortes tão somente tange a defesa ambiental, o meio ambiente não é o real bem a ser tutelado. Paulo Potiara de Alcântara Veloso<sup>553</sup>, em trabalho sobre a jurisdicionalização ambiental internacional, apresenta o caso *López*

<sup>549</sup> SANDS, 2012, p. 177.

<sup>550</sup> Louka (2006), p. 386, pontua: “The *Tuna/Dolphin* cases were brought before the GATT panels to challenge the extraterritorial application of the environmental legislation of the United States.”

<sup>551</sup> AVGERINOPOULOU, 2003, p. 8.

<sup>552</sup> No original: “the human rights courts established under regional human rights conventions may also have jurisdiction over environmental matters, although so far only the European Court of Human Rights appears to have addressed such issues in a sustained manner”. Sands (2012), p. 181.

<sup>553</sup> VELOSO, 2010), p. 17.



*Ostra v. Espanha* como exemplo de tal abordagem superficial. Uma planta de tratamento de resíduos instalada sem devida licença ambiental por empresa privada próximo à casa da demandante, a sra. Gregória Lopez Ostra, estaria emitindo gases que causaram incômodo e problemas de saúde a diversos moradores da cidade. A sra. López Ostra ingressou com ações contra o Estado, o qual inclusive beneficiava a empresa privada com subsídios públicos. A CEDH deu provimento à demanda, fundamentada no direito à integridade física, à vida privada, à inviolabilidade do domicílio familiar e ao direito de escolher livremente um lugar de residência, constantes na Constituição da Espanha.

Veloso esclarece que é natural que tal seja o procedimento de uma corte que foi criada em um contexto pós-Segunda Guerra Mundial, ou seja, que tem por pretensão original tutelar primordialmente direitos civis e políticos<sup>554</sup>, os chamados direitos de primeira dimensão – e não os coletivos e difusos, conhecidos como direitos de segunda dimensão.

Em conclusão, as cortes supracitadas de fato podem funcionar de forma a proteger o direito ao meio ambiente sadio, mas nenhuma delas se mostra suficientemente apta a defender, na dimensão que o planeta atualmente necessita, tal bem e em escala internacional. Seja devido aos sujeitos de direito legitimados a litigar em cada um dos tribunais (uma vez que, importa frisar novamente, tal legitimação deve ir para-além dos Estados), à matéria tratada com especificidade em alguns deles (como o direito econômico e comercial na OMC, em detrimento de um direito ambiental unicamente subsidiário) ou o interesse político que é revestido por discursos supostamente verdes, entende-se que o meio ambiente não se encontra efetivamente tutelado no atual cenário jurisdicional internacional.

Daí advém a discussão de um tribunal especificamente ambiental. A especialização de tribunais tem por pressuposto, dentre outros fatores, o paralelo preparo técnico de seus magistrados para os temas que a eles são submetidos. Assim, uma das necessidades de uma corte específica de um tribunal ambiental se encontra ligada justamente à abrangência de matérias que o Direito Ambiental vincula. Para Hey<sup>555</sup>, entretanto, seria mais fácil recorrer ao procedimento reverso: ao invés de se

---

<sup>554</sup> VELOSO, 2010, p.18.

<sup>555</sup>“*I come to the conclusion that the special character of environmental disputes and the expertise required on the bench to consider such cases do not convincingly argue in favor of the establishment of an international environmental court. The reason is that a dispute that has an environmental aspect also will involve other aspects of international law and vice-versa. The argument that appropriate policies for*



criar um tribunal com conhecimento específico de direito ambiental, por que não garantir que os tribunais já existentes disponham de um corpo adequado de técnicos no assunto?

Cabe aqui uma referência a Phillippe Sands, que afirma que “litígios ambientais invariavelmente levantam alegações científicas diversas. Uma corte comumente será chamada para adjudicar através de duas visões diferentes, em que montanhas de argumentos científicos – vários milhares de páginas no caso Gabčíkovo-Nagymaros – podem ser apresentados de maneira igualmente persuasiva. Diversamente de muitos sistemas nacionais os quais providenciam que assessoria ambiental ou científica esteja presentes em litígios (*panels*) e ajudem a decifrar informações técnicas, o juiz internacional provavelmente irá, com frequência, encontrar-se em uma posição difícil quando da busca pela decisão sobre méritos relativos a uma alegação científica”<sup>556</sup>.

É a partir deste ponto que alguns autores defendem a participação apenas complementar da pretendida corte ambiental<sup>557</sup>. Isso quer dizer que o tribunal do meio ambiente teria função subsidiária em casos que não poderiam ser levados a nenhum outro órgão jurisdicional, como a Corte Internacional de Justiça ou a Organização Mundial do Comércio, seja por critérios formais ou materiais. Este é um argumento que, indubitavelmente, enfraquece a proposta para a criação da corte: uma vez que em matéria de jurisdições de direito internacional não há, em regra, uma hierarquia ou subsidiariedade presumida entre juízos concorrentes, é de se imaginar que não seria fácil regular precisamente os casos em que a Corte Internacional do Meio Ambiente teria competência definida.

Neste raciocínio, e em consonância com um dos pontos levantados por Hey contrários à criação da corte ambiental, Hinde adverte que a proliferação de tribunais

---

*the composition of the bench of an international environmental court could guarantee the availability of sufficient expertise in other areas of international law has merit, but it is not convincing either. Why not reverse the argument? It should be ensured that existing legal dispute settlement forums are so composed that sufficient expertise in international environmental law is available on their benches”. HEY (2002), p. 9.*

<sup>556</sup> No original: “A second feature is that environmental issues invariably raise competing scientific claims. A court will often be called upon to adjudicate on two sharply differing views, in which mountains of scientific arguments – several thousand pages in the case – may be presented in an equally compelling manner. Unlike many national systems that provide for environmental or scientific assessors to join panels and assist in deciphering technical information, the international judge likely will often find herself in a difficult position when seeking to decide on the relative merits of a scientific claim. Again, this problem is not unique to the environmental field, but it calls for a specialized approach”. SANDS, 2008, p. 4.

<sup>557</sup> “The solution is an IEC of limited jurisdiction, addressing only the gaps in current jurisdictions of existing courts, that will curtail forum shopping, not encroach on existing courts, and will address international environmental harms. Such a court of limited jurisdiction is more likely to become a reality than the current broadbased proposals for a court of general jurisdiction”. HINDE (2004), p. 757





internacionais pode levar ao que se chama *forum shopping*, ou seja, “o exercício da opção do demandante de levar um litígio em uma das diversas cortes”, o que poderia resultar na tentativa de se escolher o tribunal onde se tenha a maior possibilidade de um julgamento favorável<sup>558</sup>. *Forum shopping* pode se dar na escolha do tribunal mais favorável à própria causa, na simultaneidade de processos com a mesma causa em diferentes foros e na busca sucessiva por um julgamento positivo<sup>559</sup>. Tal processo inquestionavelmente leva a uma inconsistência nas decisões dos diferentes tribunais. O que a autora argumenta, portanto, é que a criação de mais um tribunal internacional poderia fomentar este tipo de prática, especialmente quando se considera que questões ambientais podem ser levadas a tribunais já existentes.

O cerne da questão, enfim, parece encontrar-se no caráter político dos litígios ambientais. Nesse sentido, Veloso pontua:

discussões ambientais nunca vêm desacompanhadas de conflitos de valores e de necessidades humanas, principalmente aquelas de caráter socioeconômico, que, como valores legítimos da sociedade, também têm no Estado sua necessária proteção<sup>560</sup>.

Não é raro que o discurso verde venha mascarando interesses políticos dos Estados. Cesare Romano, ao discorrer sobre a importância de fatores ambientais em relação à paz internacional tem sido “crescentemente reconhecida”, explica que há uma “crescente demanda e necessidade de acesso a recursos naturais, associada a uma base de recursos limitada ou, no mínimo, em diminuição”<sup>561</sup>. Assim, entende-se que a proteção do meio ambiente, intrinsecamente associada à disponibilidade de recursos naturais, estará invariavelmente revestindo pretensões políticas, na medida em que os Estados entram em litígio defendendo bens ambientais de seu interesse econômico –

---

<sup>558</sup> Jueger *apud* Hinde (2004), p. 751, apresenta a seguinte definição para o conceito de *forum shopping*: “*is the “exercise of the plaintiff’s option to bring a lawsuit in one of several different courts. Forum shopping can also be defined as the attempt “to have [an] action tried in a particular court or jurisdiction where [one] feels [one] will receive the most favorable judgment or verdict”*”.

<sup>559</sup> HINDE, 2004, p. 755.

<sup>560</sup> VELOSO, 2010, p.17.

<sup>561</sup> Romano introduz este e outros fatores para o maior interesse da comunidade internacional no tema ambiental: “*Four considerations seem to justify heightened attention to the prevention and settlement of environmental disputes. First, there is the growing demand and need for access to natural resources, coupled with a limited or at least shrinking resource base. Second, the nature and extent of international environmental obligations has enormously increased as states assume broader and deeper commitments. The thickening web of agreements and norms increases the likelihood that disputes might arise about how to interpret the scope of these obligations. Third, as these increasing international environmental obligations affect national interests, and impose on states large administrative, economic, and political burdens, states that do not comply with environmental obligations are perceived to gain an unfair competitive advantage. Fourth, as national economies are increasingly globalizing, states are more likely than ever to be dragged into international disputes caused by environmentally degrading activities of their nationals or in defence of nationals affected by activities elsewhere*”. ROMANO, 2003, p. 1037.





fontes energéticas, rios, florestas, entre outros. Os casos previamente neste mencionados, julgados pela CIJ, são exemplos desse argumento na medida em que ponderações de cunho ambiental são apenas complementares, a decisão da Corte baseia-se primordialmente em fatores diversos.

Ademais, cabe fazer uma analogia ao que Pellet escreve sobre tribunais penais – sua “eficiência depende inteiramente na cooperação estatal, que em geral é necessária para localizar evidência necessária para condenar ou absolver o acusado; somente Estados têm os meios necessários para reter ou prender indivíduos, ou mesmo dar procedência à sentença daqueles julgados culpados”<sup>562</sup>. Deste modo, da mesma forma que em cortes criminais, também vale ao direito ambiental internacional o raciocínio de que o Estado tem monopólio sobre a punição de empresas e indivíduos poluidores.

#### 4. CONCLUSÃO

A integração de dois fatores, quais sejam o fortalecimento de discussões ambientais em escala internacional e a tendência de pluralização de tribunais internacionais, explica o contexto em que surge a sugestão e as controvérsias de se criar um tribunal específico para o meio ambiente. Os principais argumentos favoráveis a esta proposta são a necessidade de uma corte que legitime, além de Estados, indivíduos e grupos para acionar a jurisdição e um corpo de magistrados com conhecimento técnico de matérias ambientais, as quais abrangem diversos campos além do Direito Ambiental propriamente dito.

São inquestionavelmente bem fundamentadas as críticas quanto à dificuldade de haver um litígio que envolva unicamente disputas de Direito Ambiental sem que outras matérias (em particular, o Direito Econômico) de Direito Internacional também estejam presentes. Daí advêm problemas como a dificuldade de se ter especialistas que possam ser capazes de analisar todos os temas envolvidos naquela disputa. Nesse sentido, no que concerne à possível jurisdição da corte, alguns autores acreditam que o máximo que a ela se pode delegar seriam funções subsidiárias a outras cortes, como sugere Susan Hinde.

Cabe ressaltar aqui um dos argumentos que se opõem à criação de uma Corte Internacional para o Meio Ambiente, qual seja aquele que afirma que se fomenta assim

---

<sup>562</sup> Pellet, 2008, p. 287. No original: “*efficiency depends entirely on state cooperation which in general is needed for locating necessary evidence to condemn or acquit the accused; only states have the necessary means to restrain or arrest an individual, or even to carry out the sentencing of those found guilty*”.



uma fragmentação do sistema jurisdicional internacional e que, em verdade, já existem foros com competência para julgar questões ambientais. Demonstrou-se, entretanto, que, apesar de diversos tribunais internacionais de fato já tratarem da matéria e já possuírem jurisprudência a tutelar este bem, estes não têm sido suficientes para suprir as necessidades ambientais do planeta. Não há, nestas cortes, um interesse direto pela defesa do meio ambiente.

A partir dessas ponderações, e do atual posicionamento dos Estados quanto à matéria ambiental (aqui cabe frisar novamente o importante peso dos intuitos políticos estatais), conclui-se que não se tem perspectivas da efetiva implementação de um tribunal deste gênero nos próximos anos. Em documento publicado pelo Parlamento do Reino Unido no que tange às preparações para a Rio +20, há um trecho que versa especificamente sobre as propostas da coalizão por uma Corte Internacional Ambiental, e segundo o qual não há previsão para o estabelecimento do referido tribunal. De acordo com este texto, recentemente, em 2010, a proposta para a criação do tribunal foi apresentada no Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Nairobi-Helsinki) e não foi recebida com interesse pela comunidade internacional<sup>563</sup>.

É inegável que a proteção do meio ambiente em escala internacional é uma ideia que ainda deve ser debatida e cujos procedimentos ainda precisam de amparo, especialmente quando se considera o meio ambiente como um bem cujas repercussões não têm fronteiras. É certo que, ao menos da maneira como se apresentam atualmente, as jurisdições internacionais não o protegem de maneira adequada, pelas mais diversas limitações, algumas das quais este artigo explicou. Como exposto, algumas barreiras também se opõem à criação de um tribunal específico para o meio ambiente. Entretanto, pode-se conjecturar que talvez as vozes que hoje pugnam por uma jurisdição ambiental sejam como a de Nicolas Politis no início do século: diagnostiquem a insuficiência do

---

<sup>563</sup> No documento, em parte específica sobre as propostas de uma Corte Internacional do Meio Ambiente, lê-se: “*Indeed, it was taken by many as an attempt to align the international environmental system with the procedures of the World Trade Organisation (where there is a binding dispute settlement mechanism in place), and this was opposed vigorously by a number of countries who see such mechanisms as an erosion of their sovereignty, even if the findings of any such body would not be legally binding on the States involved. Others see such a Court as a manifestation of a very strong system of international environmental governance, which they oppose, either because they believe the focus needs to be on a wider and more balanced system based on sustainable development involving social and economic pillars as well, or simply that the current arrangements are adequate and do not need reforming. There is consequently no appetite internationally for such a Court and the Government believes that negotiating efforts would be better directed towards those institutional reforms that command greater support and therefore are more likely to be part of any Rio+20 outcome*” Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmenvaud/1737/173704.htm>>. Acesso em 29/05/2012, às 23:16.



sistema jurisdicional internacional para o momento, mas constituam um bom augúrio do porvir.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTER, Karen J. **The Evolving International Judiciary**. Working Paper Series of Buffet Center for International and Comparative Studies. Working Paper No 11-002. Junho de 2011.

AVGERINOPOULOU, Theodora. **The role of the international judiciary in the settlement of environmental disputes and alternative proposals for strengthening international environmental adjudication**. 2003. Yale, 23 out. 2003.

BRANT, Leonardo Nemer CALDEIRA. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. 1ª ed, Belo Horizonte: CEDIN, 2005.

CASSESE, Sabino. **I Tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale**. Roma: Donzelli editore, 2009.

HEY, Ellen. **Reflections on an international environmental court**. Haia: Springer, 2000.

HIGGINS, Rosalyn. **A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench**. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 55(4), p. 791-804, 2006.

HINDE, Susan. **The International Environmental Court: Its. Broad Jurisdiction as a Possible Fatal Law**, 32 *Hofstra Law Review*. Vol. 32:727, 2003.

HOLDER, Jane; LEE, Maria. **Environmental protection, law and policy**. New York: Cambridge University Press, 2007.

LOUKA, Elli. **International environmental law: Fairness, Effectiveness, and World Order**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

MONTEGO BAY, **Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea**, 1982. Disponível em <[http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic\\_texts/statute\\_e.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/statute_e.pdf)>. Acesso em 25/05/2012.

PELLET, Alain. **The Anatomy of Courts and Tribunals**. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7, pp. 257-287. Martinus Nijhoff Publishers: 2008.

POLITIS, Nicolas. **La Justice Internationale**. Paris: Librairie Hachette, 1924.

POLITIS, Nicolas. **Les Nouvelles Tendances Du Droit International**. Librairie Hachette: Paris, 1927.

ROMANO, Cesare P. R. **A Taxonomy of International Rule of Law Institutions**. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol 2, pp. 241–77, 2011.



ROTHWELL, Donald R. **Oceans Governance Through Marine Environmental Dispute Resolution**. In: NDIAYE, Tafsir Malick; WOLFRUM, Rüdinger. Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah . Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

SANDS, Philippe. **Litigating environmental disputes: Courts, tribunals and the progressive development of International Environmental Law**. In: VII OECD GLOBAL FORUM ON INTERNATIONAL INVESTMENT. Paris: Oecd, 2008. 10 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/45/7/40311090.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2012.

SANDS, Philippe; PEEL, Jacqueline. **Principles of international environmental law**. New York: Cambridge University Press, 2012.

STEPHENS, Tim. **International courts and environmental protection**. New York: Cambridge University Press, 2009.

**The Tribunal. International Tribunal for the Law of the SEA** [acesso em 25/05/2012]. Disponível em: <http://www.itlos.org/index.php?id=15>

UK Parliament. Appendix: **Government response**. 16 de janeiro de 2012. Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmenvaud/1737/173704.htm>>. Acesso em 25/05/2012.

VELOSO, Paulo. P. A. **Jurisdicionalização do Direito Internacional do Meio Ambiente - Tribunais e Perspectivas**. In: VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente, 2010, Florianópolis. VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente, 2010. v. 1. p. 983-1016.



## O PROCESSO DE EXTRADIÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO

*Giulia Manccini Pinheiro*<sup>564</sup>

### RESUMO

A extradição é considerada como um dos mais importantes modelos de cooperação penal internacional. E, apesar de o Brasil adotar o instituto da extradição, ainda o faz de forma lenta e burocratizada, o que pode prejudicar o princípio da justiça e da liberdade. Assim, por meio da análise de instâncias pelas quais o processo de extradição brasileiro tramita, em comparação ao novo modelo de transferência de pessoas instaurado na União Europeia, é sugerido um modo de agilizar e trazer maior segurança à sua realização no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Extradição. Cooperação Penal Internacional. Processo de Extradição Brasileiro. Transferência de Pessoas.

### ABSTRAT

The extradition is considered how one of the most important model of international cooperation in criminal matters. And, although Brazil adopts the institute, still does it in a slow and bureaucratic way, what can harm the principle of justice and liberty. Then, by analyzing the instances where the Brazilian extradition process course, and comparing with the new model of people's transference provide in European Union, is suggested a way to accelerate and bring more security to his fulfillment in Brazil.

**KEYWORDS:** Extradition. International Cooperation in Criminal Matters. Brazilian Extradition Process. People's transference.

### INTRODUÇÃO

A extradição é o principal modelo de cooperação penal<sup>565</sup>, pois envolve não somente uma intrusão na soberania de um determinado país, como uma interferência no direito humano mais fundamental, a liberdade do indivíduo. Além disso, é um importante instituto do direito internacional e das relações internacionais, pois pode ser usada como instrumento político a fim de garantir a não impunidade de um criminoso

---

<sup>564</sup> Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) desde agosto de 2011. Membro do *Ius Gentium* – Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq.

<sup>565</sup> A extradição é o modelo de cooperação penal por excelência, pois tal instituto pode causar gravame irreparável aos direitos e liberdades do indivíduo, além de interferir na existência de fronteiras formais entre os Estados como o princípio da territorialidade e da soberania do Estado. CASTRO, 2003, Pg. 6.



que tenha se aproveitado da atual relativização das fronteiras físicas<sup>566</sup> e se encontre sob outra jurisdição, ou firmar a posição política de um país.

O funcionamento da extradição dentro do ordenamento jurídico brasileiro tem como linha mestra a Constituição Federal, possuindo outros suportes legislativos que também serão abordados. Já no âmbito regional, mais precisamente no MERCOSUL, a extradição tem como fundamento os acordos multilaterais entre os países do bloco. Entretanto, em comparação com o novo processo de transferência de pessoas existente na União Europeia, convencionado após a entrada em vigor da Decisão Quadro N. 2002/584/JAI, que substituiu a extradição pelo mandado de detenção, será possível perceber que há muito que aprimorar ainda. Porém, não copiar, pois o mandado de detenção relativizou o conceito de soberania estatal a um nível inédito, e apesar da agilidade adquirida, só é possível em um nível de integração da União Europeia, a qual apresenta um ordenamento jurídico próprio, com órgãos legislativos e judiciários.

Por meio de uma análise das instâncias pelas quais passa o processo de extradição no ordenamento jurídico brasileiro, é possível perceber a sua morosidade e a evidente necessidade de seu aprimoramento e celeridade, sem diminuir a soberania estatal ou por em cheque o princípio da territorialidade (dentro dos pressupostos da extradição). Com o intuito de que a justiça brasileira aja de forma mais rápida, trazendo maiores garantias para futuras negociações com outros países, que acreditarão que seus acordos de reciprocidade serão executados em tempo hábil e de forma segura.

## 1. EXTRADIÇÃO

A extradição é um ato de soberania estatal recorrente ao longo da história, tomando força nos tempos atuais devido ao alto processo de integração de certas regiões que facilitou a livre circulação de pessoas, sendo um instituto que tem como objetivo principal evitar, mediante cooperação internacional, que um indivíduo deixe de sofrer as consequências jurídico-penais de um crime cometido.

É, também, o mais antigo e tradicional instrumento de cooperação internacional. Já era conhecido na Antiguidade<sup>567</sup>, quando seu objetivo era a transferência dos presos

---

<sup>566</sup> O atual nível de integração que alguns blocos econômicos se encontram permite a livre circulação de pessoas, no caso do Mercosul, e no caso da União Europeia, a livre circulação de trabalhadores, mercadorias, bens e capitais, facilita a criminalidade transfronteiriça.



políticos, e não dos criminosos comuns, utilização completamente contrária àquela dada ao instituto na atualidade<sup>568</sup>. Nesse sentido, é possível encontrar exemplos de extradição entre os Romanos<sup>569</sup> e na experiência medieval<sup>570</sup>. Porém, apesar de ser considerada uma das mais antigas formas de relação internacional entre dois territórios soberanos, o modo de organização da sociedade internacional antiga e as relações entre as nações eram diferentes do que conhecemos hoje, sendo a soberania dos territórios bem diversa da soberania dos Estados Modernos, de modo que a extradição tomou a forma atual somente com o advento do Estado Constitucional<sup>571</sup>.

A entrega de um indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade envolve diretamente o princípio da territorialidade e da extraterritorialidade<sup>572</sup>, de forma que o Estado abre mão de parte de sua soberania para permitir que uma pessoa residente em seu território seja transferida. O conceito de extradição é definido por Florisbal de Souza Del’Olmo da seguinte forma:

Processo pelo qual um Estado entrega, mediante solicitação do Estado interessado, pessoa condenada ou indiciada nesse país requerente, cuja legislação é competente para julgá-la pelo crime que lhe é imputado. Destina-se a julgar autores de ilícitos penais, não sendo, em tese, admitida para processos de natureza puramente administrativa, civil ou fiscal. (DEL’OLMO, 2011, p. 34).

De modo que uma das características essenciais a extradição é o pedido feito por um país a outro, não se considerando extradição outras formas de retirada do indivíduo do território em que não haja essa demanda de outro país, como a deportação e a expulsão<sup>573</sup>. O crime que justifica a abertura do processo de extradição deve ter natureza

---

<sup>567</sup> A mais antiga manifestação do instituto é encontrada em um tratado concertado entre egípcios e hititas, em 1291 a.C, que dispunha sobre paz, aliança contra inimigos comuns, comércio, migração e continha uma cláusula sobre a extradição de refugiados políticos. (DEL’OLMO, 2012, p. 30).

<sup>568</sup> Atualmente a extradição é vedada em casos de crimes políticos.

<sup>569</sup> “Os romanos já conheciam a extradição como ato administrativo (Deditio), representando, em face do Estado juridicamente independente, uma declaração de guerra condicional e, em face do Estado dependente, um exercício do Poder Soberano (Mommsen).” (FRAGOSO, 1976, p.146).

<sup>570</sup> “Na Idade Média, em muitos países, vigoravam tratados cuidado da extradição de criminosos, mas as guerras causavam, frequentemente, rupturas nas relações, fazendo com que a prática da extradição tivesse escassa e caprichosa aplicação até fins do séc. XVII.” Loc cit.

<sup>571</sup> Estados soberanos cuja norma fundamental se encontra na Constituição e seu governo é limitado por esta. Sendo “A Constituição, de fato, a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem.” (BOBBIO, 2006, p. 247).

<sup>572</sup> “Caso alguém cometa crime em solo nacional (territorialidade), refugiando-se em país estrangeiro, cabe ao Brasil solicitar a sua extradição, a fim de que possa responder criminalmente pelo que fez. Em igual prisma, se o agente comete o crime no exterior, mas ofendendo interesse ou bem jurídico brasileiro, aplicando-se a regra da extraterritorialidade, terá o Brasil interesse em puni-lo, havendo necessidade de utilizar o instituto da extradição”. (NUCCI, 2006, p. 120-121).

<sup>573</sup> Sobre o instituto da deportação e o instituto da expulsão, ver DEL’OLMO, 2011, pp. 10 – 15.





essencialmente penal, não podendo um país pedir a extradição de um indivíduo por este ter cometido algum crime civil ou fiscal. Por fim, o pedido é feito quando o país que manifestou a demanda da entrega da pessoa possui, em seu ordenamento jurídico, a legislação e os procedimentos necessários para julgar ou executar a pena da pessoa requerida. No caso do direito Brasileiro, Francisco Rezek defende que a extradição, como forma de resguardar o princípio da justiça, não requer relações diplomáticas anteriores entre o país requerente e o país requerido, mas sim um objetivo comum.

A extradição não pressupõe relações diplomáticas entre os Estados envolvidos, e sim, um concurso de vontades e o reconhecimento do interesse recíproco de ambos os países na defesa mundial contra o crime. (REZEK, 2010, p. 237).

Trata-se, assim, de uma relação executiva e diplomática com envolvimento judicial de ambos os lados: o governo requerente da extradição só toma essa iniciativa em razão de um processo penal (findo ou em curso) e o governo do Estado requerido não pode tomar sua decisão final, em geral, sem um pronunciamento da justiça local. O instituto da extradição possui seu fundamento jurídico em um tratado específico, entre dois ou mais países, no qual se estabeleça que, cumprido determinados pressupostos, ocorrerá a extradição da pessoa reclamada<sup>574</sup>. Quando não há tratado, há a possibilidade de invocar uma promessa de reciprocidade.

Não há diferença entre o tratado de extradição ou a promessa de reciprocidade, no que concerne a obrigação de entregar o extraditando, caso seu processo seja deferido pelo Supremo Tribunal Federal. Em ambos os casos, o executivo é obrigado a entregar a pessoa ao país requerente sem o poder de impedir a extradição. A principal diferença entre essas situações é que no caso de promessa de reciprocidade, a extradição será regida exclusivamente pelas normas de Direito Interno do país requerido, já em casos de existência de tratados, será regida pelas disposições desse, como uma norma especial em relação às normas internas de caráter geral. Portanto, depois de autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, o Estado requerente tem a garantia de que a extradição será efetivada.

Os pressupostos da extradição devem respeitar, além de suas principais fontes que são os tratados e a promessa anterior de reciprocidade, a lei interna do país requerido e as normas de direito internacional, entendidas como o disposto em convenções das quais o país faça parte, bem como aos princípios gerais do direito e ao costume, que norteiam o Direito Internacional (KLEEBANK, 2004, p. 105). Frisa-se a



dependência constante da decisão final política nesses casos. É necessário ter sempre em vista que “os tratados de extradição não criam direito, que preexiste à extradição, mas apenas estabelecem as condições para a sua efetivação”. (MAZZUOLI, 2012, p. 737).

Com o surgimento do Estado Constitucional, o processo de extradição passou a ser subordinado às normas constitucionais do Estado requerido que disponham sobre o assunto, de forma a firmar a soberania do país. Contudo, vivemos sob o fenômeno de diminuição de fronteiras e integração de regiões. Esse tipo de integração envolve, em maior ou menor grau, a livre circulação de pessoas, bens e serviços e acaba por facilitar a ocorrência de crimes mais complexos que afetem dois ou mais territórios, tais como o tráfico de seres humanos, drogas e armas e terrorismo. Assim, para evitar que a relativização de fronteiras entre as nações não promova impunidade e criminalidade transnacional, faz-se necessário analisar os instrumentos de cooperação que auxiliam na garantia de segurança e adaptá-los à realidade interconectada, de modo a agilizar e facilitar os processos e evitar a impunidade.

## **2. A EXTRADIÇÃO NO BRASIL**

A extradição possui dois significados amplos para a diplomacia brasileira: no cenário internacional, ela representa forma ativa de participação do Brasil no combate ao crime transnacional; e no plano interno, ela confirma o esforço governamental de combater a impunidade de crimes graves<sup>575</sup>. Para a legislação brasileira, a extradição é um ato essencialmente político, cabendo ao executivo a decisão final sobre o pedido, restando ao judiciário apenas julgar se o pedido obedece às formalidades requeridas pelo princípio da legalidade e pelas disposições legislativas do ordenamento jurídico interno. Desse modo, prossegue-se à análise desse instituto no âmbito da legislação pátria.

### **2.1 o processo extradicional**

A extradição ocorre preferencialmente sob a égide de um tratado e específico com o país que a requer. Contudo, o Brasil não possui tratados desse tipo com todos os

---

<sup>575</sup> KLEEBANK, 2004 p.133.



países, dependendo, nesse caso, do uso do *princípio da reciprocidade*<sup>576</sup> para resolver os casos em que haja pedido de extradição. Em matéria de extradição, a reciprocidade pode ser acolhida ou rejeitada pelo governo brasileiro, sem a obrigatoriedade de uma fundamentação (MAZZUOLI, 2012, p. 742). Contudo, se a extradição tem por base um tratado, o pedido não comporta recusa infundada, pois a existência de um tratado marca um compromisso que o governo brasileiro deve honrar, sob a pena de perder sua credibilidade no cenário internacional.

O procedimento extradicional no Brasil compreende duas fases administrativas e uma jurisdicional, tratando-se, pois, de um processo misto. A primeira fase é a administrativa ou governamental e se inicia com o recebimento do pedido pelo Ministério das Relações Exteriores. Quando o governo brasileiro não nega de início a extradição, a decisão sobre o destino da pessoa reclamada passa à fase judiciária, mais precisamente ao Supremo Tribunal Federal, devido ao fato de ser matéria que trata sobre um dos direitos fundamentais do ser humano: a liberdade, tendo, por isso, prioridade de decisão, juntamente ao pedido de *habeas corpus*. Quando recebe o pedido de extradição, o presidente do Supremo determina a prisão do extraditando<sup>577</sup> como condição para que o processo se inicie. A prisão decretada pelo STF tem caráter preventivo, entretanto, devido as suas disposições internas, não são aceitos liberdade vigiada, prisão domiciliar ou prisão albergue<sup>578</sup>. O Supremo Tribunal Federal examina a legalidade, a procedência e a regularidade do pedido, não cabendo apreciar o mérito quanto à condenação do acusado ou eventuais vícios processuais apurados no Estado requerente. A decisão do STF é de natureza apenas autorizatória, uma vez que apenas declara a possibilidade legal do ato, autorizando o Presidente da República a, posteriormente, efetivar ou não a entrega do extraditando.

Entretanto, há certa contradição ao invocar o direito à liberdade, nesse caso, pois os processos de extradição costumam possuir uma demora significativa, até sua decisão final, período no qual o extraditando fica encarcerado, aguardando a decisão. Caso a pessoa em questão seja extraditada e cumpra pena, esse período em que ficou

---

<sup>576</sup> A reciprocidade determina que “a extradição será concedida se o governo requerente, em condições idênticas, puder prometer, de acordo com a lei de seu país, a entrega futura de delinquente que venha a ser solicitado pelo governo requerido”. (CASTRO, 2003, p. 29).

<sup>577</sup> A prisão do extraditando visa possibilitar a entrega, se a extradição vier a ser deferida, possuindo natureza acautelatória, sendo, assim, condição para o andamento do pedido de extradição no STF. – Regulada pelo Art. 208 do Regimento Interno do STF. Publicado no Diário da Justiça da União, de 27 de outubro de 1980.

<sup>578</sup> Art. 89. Da lei Nº 6.815, DE 19 DE AGOSTO DE 1980. \_A qual define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração.



detida será descontado de sua pena final (instituto da detração), todavia, se não condenado, ou sua extradição for impedida pelo executivo, na fase final, terá seu direito a ir e vir tolhido desnecessariamente.

A segunda fase administrativa tem início com a análise da entrega do extraditando pelo Chefe do Poder Executivo, o que pressupõe que o STF deferiu o pedido de extradição<sup>579</sup>. A entrega só pode ser efetivada se o Estado requerente assumir o compromisso de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido (princípio da especialidade), de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição (detração), de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação (caso de guerra declarada), de não ser o extraditando entregue a outro Estado que o reclame sem o consentimento do Brasil; e, finalmente, de não considerar qualquer motivo político para agravar a pena<sup>580</sup>.

A concessão da extradição no Brasil tem tratamento constitucional, cabendo ao STF “*processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada pelo Estado estrangeiro*”, conforme o artigo 101, I, g, da Constituição vigente. De acordo com o artigo 83, do Estatuto do Estrangeiro, o pronunciamento do plenário do Supremo não se limita a julgar a extradição legal ou ilegal, procedente ou improcedente, mas sim, se pronuncia em termos definitivos, deferindo ou negando o pedido.

Sendo, portanto, irrecurável tal decisão. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da Corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento. (DEL’OLMO, 2011, p. 57-58).

A possibilidade de recusar a extradição após o julgamento da Suprema Corte, conhecida como faculdade de recusa sumária, só pode acontecer em casos nos quais não há tratado ou promessa de reciprocidade, ou quando há apenas a proposta superveniente dessa promessa, mas ainda não efetivada. Contudo, quando há tratado, este pode prever exceções ao deferimento da entrega, o que ocorre, não com pouca frequência, em casos de haver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a

---

<sup>579</sup> “ A decisão do STF, autorizando a extradição, não vincula o Poder Executivo, cujo ato passa a ser discricionário”. (NUCCI, 2006, p. 121).

<sup>580</sup> Lei 6.815/80, art. 86 e art. 91, Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Também conhecida como Estatuto do Estrangeiro.



perseguições, discriminações ou terá seus direitos fundamentais violados no país requerente<sup>581</sup>.

Nesse último caso, o poder do Presidente não é discricionário, pois terá como base uma norma posta, o tratado, e requer uma fundamentação para a negação final, como forma de respeito às relações diplomáticas. Ressalta-se que a fundamentação para a recusa da extradição é aconselhada em todos os casos para a manutenção das boas relações entre os países, mas só é obrigatória nos casos da existência de tratado ou promessa de reciprocidade.

Diante do contexto, percebe-se que uma das razões pela demora do processo, de uma forma geral, são seus ritos burocratizados e alternância de instâncias, visto que a fase judiciária está localizada entre duas fases governamentais<sup>582</sup>. Assim, há a indagação da real necessidade dessa passagem de instâncias, e se não poderia o executivo colocar sua posição em apenas um momento, anterior ou posterior a decisão judicial, como já ocorre nos casos de tratados bilaterais ou regionais ou da promessa de reciprocidade, de forma a trazer celeridade e mesmo segurança ao processo e causar uma melhor impressão sobre a justiça brasileira, trazendo credibilidade a futuros acordos.

## 2.2 Requisitos para a concessão da extradição

Sob a ótica do direito comparado, as leis brasileiras sobre extradição são condizentes com grande parte leis internas de outros países e com os textos convencionais contemporâneos sobre o tema. A extradição propriamente dita depende de alguns pressupostos, entre eles, o primeiro diz respeito à pessoa, mais especificamente sobre a nacionalidade. O Brasil, assim como a maioria dos outros países, não extradita nacionais, com exceção a naturalizados acusados por crimes anteriores a sua naturalização, conforme preceitua o artigo 5, inciso LI, da Constituição

---

<sup>581</sup> “Quando não há tratado de extradição entre os dois países é discricionário (e não arbitrário) do Presidente da República efetivar ou não a entrega do extraditando, devendo analisar a conveniência e a oportunidade do ato. (...) Quando há tratado de extradição entre os dois países, não é mais discricionário do Presidente da República o ato de efetivação da extradição, posto que deve ser cumprida (fielmente) a norma convencional em rigor na República. (...) Salvo se o próprio tratado prever exceções e atribuir ao Chefe de Estado uma margem de apreciação sobre determinada questão de fato, o que não é incomum ocorrer.”( MAZZUOLI, 2012, p. 746-747).

<sup>582</sup> “Inerente a primeira (fase governamental) à recepção e ao encaminhamento do pedido e a segunda à efetivação da medida, ou, indeferida esta, à simples comunicação do fato ao Estado interessado”. (REZEK, 2010, p. 205).



Federal<sup>583</sup>. Contudo, a legislação brasileira não determina a impunidade, se habilitando, nos termos do art.7º do Código Penal, a julgar crimes praticados por brasileiro no exterior.

O segundo pressuposto analisa o fato a que a pessoa está sendo imputada. Este precisa possuir alguns requisitos como: a) ser considerado crime no Brasil e no Estado requerente (dupla incriminação) e a pessoa ser punível nos dois países; b) não ser acusado de crime político ou de opinião, devendo o ser exclusivamente de crime comum, cabendo ao tribunal subsumir se o fato se enquadra em crime comum; c) o fato deve ser considerado grave e punível com pena privativa de liberdade com duração maior que um ano pelo ordenamento interno brasileiro; d) o pedido deve estar sujeito à jurisdição penal do Estado requerente; e) deve ser verificada se a ação penal não está prescrita, tanto pela lei Brasileira quanto do Estado requerente.

O último pressuposto para a extradição relaciona-se com o processo penal, e requer que a sentença final seja a privação de liberdade. Ou seja, não que ele seja condenado sempre, mas se o for, seja com pena privativa de liberdade, e não executória, e que a pessoa será sujeita a um Tribunal comum, vedando a possibilidade de participar de um Tribunal ou juízo de exceção<sup>584</sup>.

Caso a extradição seja deferida, o Estado requerente deve formalizar alguns compromissos como condição final a entrega, como o de não punir o extraditando por fatos anteriores ao pedido e dele não constantes, que executará a detração, ou seja, descontará da pena o período em que ficou detido no Brasil. Se a pessoa for condenada a pena de morte, esta será substituída pela privativa de liberdade, bem como que não entregará a pessoa em questão a outro Estado, sem prévia autorização do Brasil e que não levará em conta, caso exista, motivação política para agravar a pena. Se concordar com tais compromissos, o Estado requerente poderá retirar a pessoa do território nacional. Cumprindo tais compromissos, o governo, pela voz do Itamaraty, colocará o extraditando a disposição do Estado requerente, por um prazo de sessenta dias improrrogáveis, salvo disposição diversa em tratado, para retirá-lo, por sua conta, do território nacional, sem o que será solto, não se podendo renovar o processo<sup>585</sup>.

---

<sup>583</sup> Constituição Federal: art. 5º, parágrafo LI – “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

<sup>584</sup> Art.77. Lei Nº 8615/80.

<sup>585</sup> (REZEK, 2010. p. 212).



### 2.3 O Brasil e os acordos internacionais

Os pressupostos do processo de extradição brasileiro costumam ser os mesmos nos diversos acordos nos quais o Brasil é signatário. As existências dos tratados<sup>586</sup> de extradição são, em sua maioria, responsáveis por uma maior rapidez no processo do julgamento da extradição. Nesse sentido, Susan Kleebank (2008, p. 127) sugere que a existência de instrumentos internacionais assegura o encaminhamento das solicitações pelo Poder Executivo dos países requeridos às respectivas justiças, reduzindo os riscos de obstáculos administrativos que possam aumentar a demora ou mesmo inviabilizar o processo.

No âmbito regional, não há um ordenamento normativo comum no MERCOSUL, nem um órgão supranacional com o poder de legislar. O que não enfraquece a necessidade de intensificar a cooperação na luta contra o crime organizado, sendo indispensável harmonizar as legislações entre os componentes do bloco. Diante desse contexto, foi assinado o Acordo de Extradição entre os Estados-partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, por Decisão 14/98, de 10.12.98<sup>587</sup>.

As disposições materiais do Acordo de Extradição entre os Estados-partes do MERCOSUL (AEM), em poucas palavras, estão em perfeita sintonia com a legislação brasileira e os princípios universais em matéria de extradição adotados pelos países membros do MERCOSUL. Dispõe sobre a obrigação dos Estados-partes entregarem reciprocamente as pessoas que se encontrem em seus respectivos territórios, que o extraditando seja procurado pelas autoridades competentes de outro Estado, para ser processado pela prática presumida de algum delito, que responda a processo já em curso ou para a execução de uma pena privativa de liberdade, respeitando alguns limites coincidentes com a legislação brasileira. A única diferença substancial no Acordo de Extradição do MERCOSUL é no caso da extradição de nacionais, pois como dispõe o art. 11, § 1º do referido acordo, a nacionalidade da pessoa reclamada não poderá ser invocada para denegar a extradição, salvo disposição constitucional em contrário. O que

---

<sup>586</sup> Países que possuem tratados de extradição vigentes com o Brasil: Argentina (1968), a Austrália (1996), a Bélgica (1957), a Bolívia (1942), o Chile (1937), a Colômbia (1940), a Coréia (1996), o Equador (1938), a Espanha (1990), os Estados Unidos da América (1964), a França (1960), a Itália (1993), o México (1938), o Paraguai (1925), o Peru (1999), Portugal (1994), Reino Unido e Irlanda do Norte (1997), a Romênia (2007), a Rússia (2007), a Suíça (1934), a Ucrânia (2006), a Venezuela (1940). E o Mercosul (2006). –< <http://www.stf.jus.br/portal/tratadoExtradicao/tratadoExtradicao.asp?> >. Acesso em 10 maio 2012.

<sup>587</sup><http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoTratadoExtradicaoTextual&pagina=IndiceTratadoExtradicao>. Acesso em 24 abr. 2012.





significa que o Brasil poderá negar a extradição de seus nacionais, pois possui um dispositivo constitucional que veda tal extradição. Contudo, caso o Estado-parte não possua disposição constitucional, também poderá negar a extradição de seus nacionais, pois é previsto no acordo essa faculdade. (AEM, art. 11, § 2º).

É possível notar que a existência desses tratados acelera o processo de extradição, principalmente no que diz respeito à jurisdição política e diplomática, pois traz um pressuposto de aceitação, devido a existência de reciprocidade, cabendo ao judiciário analisar somente a legalidade do processo e o cumprimento de seus pressupostos. Tem-se, portanto, mais um exemplo de como a menor passagem de instâncias, visto que a existência do tratado diminui o poder discricionário do Chefe de Estado, agiliza o processo de extradição, sendo o modo mais adotado no caso das integrações regionais, devido a celeridade e segurança que traz, principalmente porque seu contraponto é a relativização das fronteiras para o trânsito de pessoas.

### 3. O MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU

O objetivo de analisar o novo processo de extradição da União Europeia é pela sua agilidade (média de 24 horas, quando se sabe o paradeiro da pessoa requerida. Constituída inicialmente com objetivos prioritariamente econômicos, hoje a União Europeia possui um nível de integração política avançado, alcançado por meio de tratados de política externa comum e, principalmente, pelo aumento da competência comunitária, que aprofundou sua jurisdição para corresponder à diminuição de suas fronteiras. Diante disso e da crescente impunidade de ações criminosas transfronteiriças, principalmente atos terroristas, nasceu o mandado de detenção europeu, através da decisão quadro nº 2002/584/JAI, o qual aboliu o instituto da extradição, substituindo-o pelo da detenção. Assim, dispõe Henrique Lago Silveira<sup>588</sup> em análise própria sobre o novo dispositivo:

O mandado de detenção europeu é um instituto a ser utilizado diretamente entre autoridades judiciárias, visando a entrega de uma pessoa procurada para fins de viabilizar o início e/ou continuação de um processo penal ou, então, execução de sentença condenatória ou medida de segurança privativa de liberdade no Estado-Membro requerente. O novo instrumento, portanto, independe da atuação direta do Poder Político, seja para a averiguação da regularidade do processo penal havido no Estado requerente, seja para decidir sobre a conveniência de se entregar o procurado.

---

<sup>588</sup> SILVEIRA, 2010, p. 77.



A entrega da pessoa solicitada é obrigatória e independe de dupla incriminação caso seja cometido algum crime disposto no tratado<sup>589</sup>. O processo se dá de maneira rápida, principalmente porque a autoridade judiciária competente, no âmbito interno, de emitir um mandado de detenção, o faz e o transmite diretamente às autoridades competentes do Estado requerido, em caráter de urgência, por qualquer meio escrito que permita conferir a autenticidade do mandado. De forma que, ao receber o mandado, tal autoridade competente ordena sua execução<sup>590</sup>. Assim, não há a intermediação do Poder Executivo ou do Chefe de Estado, como costuma acontecer no procedimento tradicional de extradição.

É certo que esse procedimento só é possível em uma integração ao nível da União Europeia que possui o direito comunitário e órgãos legislativos e judiciários próprios. Contudo, o objetivo da comparação é mostrar como a substituição do processo de extradição tradicional que envolve uma enorme burocracia, marcada pela dependência do relacionamento diplomático entre os países, com controle de constitucionalidade realizado por um Tribunal Supremo, por outro processo mais simplificado, no qual as autoridades judiciárias se comunicam diretamente, sem a intromissão de órgãos do Poder Executivo, promove celeridade ao processo e assegura a garantia da punição dos criminosos, aumentando a segurança jurídica dos cidadãos que convivem com a realidade da integração. Entretanto, o nível de integração econômica e política que se encontra a União Europeia é sólida e mais avançada, sendo, por isso, mais propensa a uma legislação comum, ainda mais por possui órgãos legislativos comunitários que facilitam essa integração normativa e procedimental.

No caso do MERCOSUL a solução possível para a demora do processo é a, já iniciada, uniformização da legislação interna dos países de modo a se adequarem ao tratado, a curto prazo, e a médio e longo prazo a diminuição de instâncias deliberativas, de modo a agilizar a circulação interna do processo de extradição e fortalecer a

---

<sup>589</sup> Tais crimes são descritos pela decisão-quadro, em seu art.2, §2º Entre eles estão o terrorismo, tráfico de órgãos humanos, exploração sexual e pornográfica infantil, crime ambiental, cibercrime, racismo, xenofobia, corrupção, lavagem de dinheiro, participação em organização criminosa, narcotráfico, falsificação de moeda, entre outros.

<sup>590</sup> “Para viabilizar o mandado de detenção europeu, devem ser prestadas informações à autoridade judiciária requerente, tais como a identidade da pessoa, a decisão judiciária definitiva, a natureza da infração e a pena. Em geral, a autoridade requerente comunica o mandado diretamente à autoridade requerida, havendo, ainda, previsão de colaboração com o sistema de informação Schengen e com os serviços da Interpol. O mandado elimina a via diplomática e a interferência dos Poderes Executivos dos países envolvidos, ficando o processo restrito aos Judiciários do Estado que requer a entrega da pessoa acusada e do país em que ela se encontra”. DEL’OLMO, 2011, p.17.



cooperação judiciária em matéria penal. O primeiro passo já foi tomado: a ratificação do tratado de extradição entre os Estados-partes. Porém, é preciso, também, criar meios que facilitem o andamento interno do processo, diminuindo a burocracia.

## CONCLUSÃO

Ao abordar como o instituto de extradição funciona no Brasil em comparação direta ao novo modelo europeu de mandado de detenção, percebe-se excessiva morosidade devida, principalmente, a circulação entre diversas instâncias (processo formal), atrasando uma resposta definitiva e causando insegurança ao Estado requerente que além de esperar muito tempo pela resposta final, não tem confiança nas decisões intermediárias, por estas dependerem de uma decisão final discricionária do Presidente da República. Entretanto, entende-se impossível aplicar integralmente o modelo do mandado de detenção europeu ao território brasileiro ou no caso do MERCOSUL, devido, não só as suas disposições constitucionais contrárias<sup>591</sup>, como a situação política brasileira em relação aos outros Estados-partes do MERCOSUL é bem diferente daquela em que se encontram os Estados-Membros da União Europeia.

Não obstante, a questão que pretende ser levantada por esse trabalho é se a faculdade de recusa exercida pelo governo poderia ser realizada em apenas um momento do processo, sugerindo seu acontecimento no primeiro momento, no qual o Estado requerente se comprometeria com as condições exigidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, para posteriormente encaminhar ao judiciário. Isso porque a pessoa permanece encarcerada durante todo o processo, tendo o seu direito à liberdade cerceado desnecessariamente. Dessa forma, caso o chefe do executivo cogite o indeferimento da extradição, faça-o antes de ir para o julgamento no Tribunal Supremo, evitando desgaste político e uma falsa esperança, tanto por parte do extraditando como do país requerente<sup>592</sup>. Assim, a sentença proferida pelo STF atualmente, seria mais

---

<sup>591</sup> Por exemplo o art. 5º, parágrafo LI da CF, no qual é vedada a extradição de nacionais. Caso permitido na União Europeia, quando o crime cometido estiver no rol dos 32 crimes destacados pelo art. 2º, §2º da Decisão Quadro 2002/584/JAI.

<sup>592</sup> O pronunciamento do Supremo, por meio do plenário, sobre a legalidade e a procedência do pedido, não se limita a julgar a extradição legal ou ilegal, procedente ou improcedente, mas, sim, se pronuncia em termos definitivos, deferindo ou denegando o pedido. (...)Por isso, Francisco Rezek explica prevalecer generalizada impressão de que “ a transmissão do pedido ao Tribunal traduz aquiescência da parte do Governo. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da Corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento”. DEL’OLMO, 2011, p. 57-58.



apropriada como decisão final, de forma que, mesmo não sendo a última instância, esse órgão o faz com a impressão de caráter definitivo. Restaria ao Governo apenas os procedimentos referentes à entrega do extraditando ou, em caso de indeferimento pelo STF, comunicar ao Estado a negativa.

Por fim, diante do contexto brasileiro, é fundamental que a política externa nacional tenha presente a conveniência de atribuir prioridade política sistemática a este tema, mesmo nas situações em que há tratados, por meio de promoções de gestões diplomáticas e o acompanhamento atento dos trâmites locais por parte das embaixadas brasileiras. Em momento nenhum é sugerido a exclusão completa da instância executiva do processo de extradição, por se entender que essa visa garantir os direitos e garantias fundamentais do cidadão, evitando que, caso a pessoa seja extraditada, se encontre submetida a atrocidades. Além da missão de proteger posições diplomáticas, utilizando, por vezes, do instituto até como meio de negociação política e afirmação de sua soberania diante do cenário internacional, desde que o faça no primeiro momento.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. Trad. João Ferreira – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 2007, 2008, 2009 (reimpressão). Volume I.

BORCHARDT, Dr. Klaus Dieter. **El ABC del Derecho de la Unión Europea**. Luxemburgo. Unión Europea, 2011.

BRASIL, Lei nº 6.815, **ESTATUTO DO ESTRANGEIRO**, de 19 de Agosto de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm)>. - Acesso em: 30 abr. 2012.

CASTRO, Joelíria Vey de. **Extradição: Brasil & Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza, KÄMPF, Elisa Cerioli Del'Olmo. **A extradição no direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio – **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

KLEEBANK, Susan. **Cooperação Judiciária por via diplomática: avaliação e propostas de atualização do quadro normativo**. Brasília: Instituto Rio Branco: Fundação Alexandre Gusmão, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Coletânea de direito internacional**. Ed. ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.



\_\_\_\_\_. **Curso de direito internacional público**. 6. Ed. ver. , atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MERCOSUL, **Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul**, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d4975.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4975.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 2. ed. rev. atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 12. Ed. rev. E atual – São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Geral Eulálio do Nascimento ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15 ed. rev. e atual. por Paulo Borba Casella – São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVEIRA, Henrique Lago. **Dilemas da Cooperação Judiciária em Matéria Penal na União Europeia: A Decisão-Quadro N. 2002/584/JAI – Que instituiu o Mandado de Detenção Europeu – Como instrumento de Erosão da Soberania Nacional**. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis, 2010.



## A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O CONFLITO DAS COREIAS<sup>593</sup>

Marina Demaria Venâncio<sup>594</sup>

### RESUMO

O conflito entre Coreias, bem como as atuais tensões entre esses dois países no cenário internacional, são fruto de um passado marcado por atritos e divergências políticas e ideológicas. A Guerra da Coreia ocorreu entre os anos de 1950 e 1953, e resultou na conclusão de um Tratado de Armistício que não implicou no desarmamento e no fim das hostilidades na Península da Coreia. Dessa forma, por meio da análise das resoluções emanadas pela Assembleia Geral e o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas durante o conflito, busca-se analisar a atuação e a influência destas entidades sobre os rumos da Guerra e refletir sobre as divergências que conformam a atual tensão vivida pelas Coreias do Sul e do Norte

**Palavras Chave:** Guerra da Coreia, resoluções, Conselho de Segurança, Assembleia Geral, ONU.

### ABSTRACT

The conflict between the Koreas, as well as the current tensions lived by these two countries at the international scenery, are results of a past marked by political and ideological differences. The Korean War occurred between 1950 and 1953, when an Armistice Treaty was signed. However, it didn't represent the disarmament and the end of the hostilities. Thus, through the analysis of the resolutions adopted by the General Assembly and the Security Council of the United Nations during the conflict, it is tried to analyze the influence of those entities over the course of the War and to reflect about the current problems and conflicts lived by the South Korea and North Korea.

**Keywords:** Korean War, resolutions, Security Council, General Assembly, UN.

---

<sup>593</sup> Artigo apresentado como comunicação no Congresso Internacional, “Jurisdição Internacional: Fragmentação e Obrigatoriedade”, realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, nos dias 20 e 21 de agosto de 2012.

<sup>594</sup> Graduanda da Quarta fase do Curso de Direito da UFSC e bolsista de Iniciação Científica.



## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca apresentar brevemente a atuação da ONU e de seus organismos no Conflito das Coreias, com ênfase na atuação do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral, reforçando a importância de suas Resoluções para o encaminhamento da questão e a busca da pacificação.

Os conflitos na região da península da Coreia, que culminaram com a Guerra, e as divergências militares, políticas e ideológicas conformaram a atual tensão vivida pelas Coreias do Sul e do Norte.

Procura-se, dessa forma, abordar as principais Resoluções emitidas no período da Guerra da Coreia e nos anos que a sucederam, a fim de melhor compreender os fatos que influenciaram a história da região. Para tanto, apresentar-se-á a questão em três momentos: a Guerra propriamente dita, a atuação da ONU, bem como de seus órgãos, e o Conflito nas proporções atuais, por meio de uma breve análise dos fatos mais marcantes dos últimos anos.

## 2 A GUERRA DA COREIA

A Guerra da Coreia ocorreu entre os anos de 1950 e 1953, na península da Coreia. Apesar do conflito nunca ter assumido a característica mítica da Segunda Guerra Mundial, é imprescindível para a compreensão da Guerra Fria. A Coreia, no período anterior a 1945, possuía uma nação homogênea e unificada, com uma cultura idêntica, de mínimas variações entre norte e o sul, e um idioma universal – o Hangul. Assim, não se encontravam minorias excluídas e suas fronteiras estavam delimitadas há séculos, sendo a divisão da península uma das “grandes ironias da história” (SANDLER, 2009, p. 16, p.18).

A Coreia foi transformada em colônia do Japão a partir de 1910, em função de sua relevância econômica e de sua importância estratégica para os interesses nipônicos. Já a divisão da península no Paralelo 38<sup>595</sup> foi produto norte-americano, decorrente do seu receio de que a União Soviética, após declarar Guerra contra o Japão pudesse

---

<sup>595</sup>“ Os avanços e retrocessos da Guerra da Coreia relacionam-se com uma linha do mapa-múndi: o paralelo de número 38. Essa linha separou, em 1945, a península coreana em uma porção norte, de domínio soviético, e outra sul, com tropas norte-americanas estacionadas. “ (FOLHA DE SÃO PAULO, 25 de dezembro de 2011)





avançar e ocupar toda a península. Dessa maneira, após a decisão arbitrária, a península passa a contar com uma ocupação soviética no Norte, que se aliou ao Partido Comunista Coreano e a Kim Il Sung, e com uma ocupação norte-americana no Sul. Esta, desconhecida dos costumes e do idioma, inicialmente apoiou-se nos quadros da burocracia colonial e da força policial. Da mesma maneira, na insatisfação com a ocupação norte-americana sucedendo a japonesa e com a divisão da península, o Comitê para a Preparação da Independência da Coreia, liderado pelo centro-esquerdista Yo Un-hyong, tentou estabelecer um governo popular, sendo reprimido por John Hodge, comandante do Governo Militar Americano na Coreia do Sul (OLIVEIRA, 2009).

Os militares americanos, a CIA e o Governo Truman, que em 1947 decidiu retirar as forças americanas da Coreia se preocupavam muito pouco com a possibilidade de um conflito armado entre a República Democrática Popular da Coreia e a República da Coreia, que já cometiam violações mútuas de fronteira por mais de um ano. A atenção de Washington estava voltada para a Europa Ocidental, ao fim da ponte aérea para Berlim (1949), à explosão do primeiro artefato nuclear soviético (1949) e à OTAN, criada no mesmo ano (SANDLER, 2009, p.17).

Em uma tentativa de unificação, em 25 de junho de 1950, tropas norte-coreanas invadiram o Sul, dando início à Guerra da Coreia que marcou o fim da era pós Segunda Guerra Mundial (OLIVEIRA, 2009).

No mesmo dia, o Conselho de Segurança emitiu a sua Resolução 82 (1950), de 25 de Junho, na qual notificou o conhecimento do ataque armado da Coreia do Norte e determinou que este ato configurava uma violação da paz, solicitando o fim imediato das hostilidades, convocando as autoridades da Coreia do Norte para retirar as forças armadas do paralelo 38, invocando a Comissão das Nações Unidas na Coreia a mantê-lo informado sobre as ações e convocando todos os Estados Membros a fornecer todo o tipo de assistência às Nações Unidas para o cumprimento dessa resolução.

Já em 27 de Junho, o Conselho de Segurança emitiu sua Resolução 83 (1950), constatando que apesar de ter informado que o ataque armado à República da Coreia constituía uma ameaça à paz e de ter solicitado o imediato fim das hostilidades, as autoridades da Coreia do Norte não cumpriram nenhuma das solicitações. Assim, conforme o apelo da República da Coreia para que se assegurasse a paz e a segurança, o Conselho de Segurança indicou que medidas militares urgentes eram necessárias para restaurar a paz internacional e recomendou a todos os Membros das Nações Unidas a fornecer toda a assistência necessária à República da Coreia para repelir o ataque



armado, colocando a Coreia do Norte na condição de agressora. É importante ressaltar que estas resoluções só foram aprovadas pelo Conselho, graças à abstenção da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (SHAW, 2003, p. 1134).

Assim, em 7 de Julho de 1950, o Conselho de Segurança, por sua vez, expediu a Resolução 84 (1950), por meio da qual agradeceu o vigoroso apoio fornecido pelo Governo e Pessoas das Nações Unidas para à República da Coreia, na defesa do ataque armado e na busca da restauração da paz e da segurança internacional. Da mesma forma, autorizou o Comando Unificado a utilizar a bandeira das Nações Unidas durante as operações contra as forças norte coreanas e solicitou aos Estados Unidos que enviassem relatórios do curso das ações tomadas no Comando. Nota-se, assim, a influência dos Estados Unidos na conformação das decisões.

Neste mesmo mês, através da Resolução 85 (1950), o Conselho expressou sua aprovação às ofertas espontâneas de auxílio humanitário de Governos, Agências Especializadas e Organizações Não Governamentais, e delega funções para que esse auxílio seja empregado.

Em 7 de outubro desse mesmo ano, a Assembleia Geral emitiu sua Resolução 376 (1950), tratando do problema da Independência da Coreia. Neste documento, o referido órgão recomenda que sejam tomados todos os passos para assegurar condições de uma estabilidade na Coreia, que se realizem eleições a fim de estabelecer um governo democrático unificado, que as forças das Nações Unidas permaneçam em território coreano apenas para cumprir as determinações da ONU, e que seja estabelecida uma “Comissão para a reabilitação da Coreia”.

Já em 7 de novembro, a Assembleia Geral aprovou a sua Resolução 377 (1950), que representou a “solução” ao veto da URSS no Conselho de Segurança, que será elucidado mais adiante. Essa Resolução, intitulada “União para a Paz”, foi aprovada por 52 votos e estabeleceu que

- a) em caso de veto no Conselho, a Assembleia poderá reunir-se dentro em 24 horas; b) a Assembleia poderá fazer recomendações aos Estados-membros, para medidas coletivas, inclusive, no caso de ruptura da paz ou ato de agressão, o uso de força armadas; c) recomenda-se a cada Estado-membro que mantenha, dentro das respectivas forças armadas, elementos nacionais treinados, organizados e equipados para serem prontamente utilizados em serviço como unidades das Nações Unidas, em consequência de recomendação quer do Conselho, quer da própria Assembleia. (ACCIOLY; SILVA, 2002, p.221–222).

Dessa maneira este dispositivo, organizado pelas nações ocidentais mais influentes na Assembleia à época, baseou-se na visão de que a Assembleia Geral



possuía uma responsabilidade secundária na manutenção da paz, estabelecida pelo artigo 24 da Carta das Nações Unidas. É importante ressaltar que estas medidas coletivas previstas pela Resolução 377 (1950) incluem o uso da força necessária, no caso de ameaça à paz ou atos de agressões (SHAW, 2003, p. 1152).

Assim, em decorrência dessa Resolução, houve uma mudança no cenário da atuação da ONU, no qual a Assembleia Geral assumiu um papel de destaque no Conflito da Coreia.

No dia 8 de novembro de 1950, o Conselho de Segurança através da sua Resolução 88 (1950) realiza uma de suas últimas notificações a cerca do conflito, convidando um representante da república popular da China para fazer-se presente durante o debate do Conselho sobre o relatório especial do Comando das Nações Unidas na Coreia.

Ainda em 1950, em 12 de dezembro, através da sua Resolução 483 (1950), a Assembleia Geral passou a fazer considerações mais ativamente sobre a Coreia, ocasião na qual estabeleceu uma insígnia, ou medalha, em honra àqueles que participaram na Coreia em defesa dos Princípios da Carta das Nações Unidas.

Já em 1951, em decorrência da volta da URSS ao Conselho de Segurança e dos efeitos da Resolução 377 (1950) da Assembleia Geral, o Conselho através da sua Resolução 90 (1951), de 31 de janeiro de 1951, removeu o item “Denúncia de agressão sobre a República da Coreia” da lista de assuntos sobre os quais o se debruça.

Dessa maneira, em 1951, por meio da Resolução 498 (1951) de 1º de fevereiro, denominada *Intervention of the Central People’s Government of the People’s Republic of China in Korea*, a Assembleia Geral constatou que o Conselho de Segurança deixou de exercer sua responsabilidade primária de manutenção da paz e segurança internacional, em virtude da falta de unanimidade entre seus membros permanentes, e tratou da questão da intervenção da China comunista na Coreia. Assim, afirmou que a China, ao fornecer assistência humanitária para aqueles que cometeram agressões na Coreia, unindo-se às hostilidades, causou por si própria uma agressão. Dessa forma, solicitou ao país que encerrasse as hostilidades contra as forças das Nações Unidas e que se retirasse da Coreia.

Na resolução 500 (1951) da Assembleia Geral, de 18 de maio do mesmo ano, denominada *Additional measures to be employed to meet the aggression in Korea*, este órgão, não satisfeito com os poucos progressos na região, recomendou a todos os Estados Membros das Nações Unidas que aplicassem um embargo de armas, munição,



implementos de guerra, materiais de energia atômica, petróleo, materiais de transporte de valor estratégico e itens úteis na produção de armas nas áreas controladas pela China e Coreia do Norte.

Já em 1952, negociações entre o Comando das Nações Unidas e o Comando Chinês e Norte Coreano para um armistício estavam sendo desenvolvidos. No dia 5 de fevereiro desse mesmo ano, a Assembleia Geral emite uma nova Resolução, a 507 (1952), denominada *The problem of the independence of Korea: report of United Nations Commission for the Unification and Rehabilitation of Korea, Relief and rehabilitation of Korea: report of United Nations Agent General for Korean Reconstruction*, no sentido de facilitar as negociações do armistício em Panmunjom e encaminhar a Guerra ao fim.

Já no final de 1952, através da resolução 610 (1952), de 3 de dezembro, a Assembleia Geral aprovou o progresso para a concretização deste acordo, tendo em mente as vidas humanas perdidas e a necessidade de suspensão das hostilidades. Esse dispositivo tratou também da situação dos prisioneiros de guerra e de suas repatriações, estipulando que deveriam se realizar conforme a Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de Guerra, de 12 de Agosto de 1949. Realizou, assim, propostas aos Governos da China e da Coreia do Norte no sentido de estabelecimento de uma Comissão de Repatriação, auxiliada por grupos da Cruz Vermelha.

Em 1953, ano que marcou o fim do conflito armado, a Assembleia Geral emitiu as resoluções 701 (1953) - de 11 de março, 705 (1953) - de 18 de abril, 711 – de 28 de agosto e 804 – de 3 de dezembro. Por meio da primeira, a Assembleia solicitou auxílio a todos os Governos, Agências Especializadas e Organizações não Governamentais para o povo coreano. Já na segunda, este órgão mencionou que confiava que um justo e honrável armistício na Coreia, contribuiria para o alívio da pressão internacional.

Assim, a “paz” na região da Coreia foi postergada por quase dois anos. Em meados de 1951 ambos os lados notaram que a vitória apenas poderia ser alcançada a um preço que nenhum dos dois lados estava disposto a pagar. O desgaste provocado pela luta e a insatisfação com um conflito que parecia interminável, sem vencedores, levou às duas Coreias a um cessar fogo de longo prazo, apenas depois da morte de Stalin, em 27 de julho de 2003 (SANDLER, 2009, p. 25).

Este cessar fogo de longo prazo foi selado através de um tratado de armistício. O armistício, em sentido amplo, compreende todo ajuste entre beligerantes para a



cessação temporária das hostilidades. É um acordo de efeitos amplos e de caráter não somente militar, mas também, ocasionalmente político e econômico. É geralmente formulado em documento escrito, firmado por chefes de exército e até por agentes diplomáticos. Não vale por si só ao termo da guerra, não alterando a situação jurídica dos neutros, mas constitui, na maioria dos casos, ato preliminar da paz (ACCIOLY; SILVA, 2002, p.548).

Contudo, o Tratado de Armistício da Coreia não provocou o desarmamento que caracterizou os meses pós-guerra na América (SANDLER, 2009, p.22). Milhares de americanos permaneceram na Europa Ocidental e na península da Coreia que, em decorrência dos conflitos desse período de hostilidades, líderes marcantes e ideologias dominantes, permanecem em Conflito até os dias atuais.

A localidade de Panmunjon, na qual foi celebrado o Tratado, permanece dividida em dois, com soldados sul e norte coreanos separados por uma linha no chão e representa o único ponto vívido de contato entre a Coreia comunista e a capitalista (BBC Brasil, 07 de abril de 2002).

Ainda no ano em que o Acordo foi celebrado, a Assembleia por meio da resolução 711 (1953), proferiu que com a aprovação do Armistício em 27 de Julho de 1953, um grande passo foi tomado em direção à completa restauração da segurança e da paz internacionais na área, enaltecendo a importância da Conferência de alto nível para negociar a retirada de todas as forças estrangeiras na Coreia e a resolução pacífica das questões, que foi prevista pelo Tratado.

Já por meio da resolução 804 (1953), expressou sua grave preocupação em relação ao emprego de práticas inumanas pelas forças norte-coreanas e comunistas chinesas contra soldados e forças das Nações Unidas na Coreia, condenando os atos de tortura.

Os resultados da Guerra foram terríveis. Esta representou a morte de mais de 3 milhões de coreanos, a fuga de 5 milhões de pessoas da área em conflito e mais de 155 mil mortos, dentre chineses e norte americanos. A divisão da península em 1945 criou discrepâncias enormes entre as economias que marcaram profundamente essas sociedades mais tarde (OLIVEIRA, 2009).

Evidencia-se que em 1954, através da Resolução 906 (1953) de 10 de dezembro, a Assembleia Geral condenou uma violação do armistício por parte da Coreia do Norte, com o aprisionamento de membros do Comando das Nações Unidas.



Assim, apesar dos progressos na região, pode-se observar que as hostilidades não cessaram, situação que será mais bem abordada adiante.

### **3 A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)**

A Organização das Nações Unidas é uma associação de Estados, resultante da Segunda Guerra Mundial, que veio substituir a Liga das Nações. Sua norma básica é a Carta das Nações Unidas e seus propósitos expressos fundamentais são manter a paz e a segurança internacionais, desenvolver relações amistosas entre as nações, alcançar uma cooperação internacional para resolver problemas internacionais, estimular o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais e constituir um centro que se destine a harmonizar as ações das nações para perseguir estes objetivos já mencionados (ACCIOLY; SILVA, 2002, p. 210).

Relacionando-a ao conflito em questão, ressalta-se que não são os mecanismos jurídicos que garantem a segurança internacional. A segurança coletiva, ideia consagrada pela Carta, é por definição defensiva e se caracteriza como o compromisso assumido por cada Estado de prestar apoio a uma decisão tomada coletivamente, de se opor a qualquer Estado que represente uma agressão ou ameaça à paz, tomada pelo juízo da maioria. Esta segurança nunca foi total, como se observa no caso do poder de veto do Conselho de Segurança, no qual os Membros permanentes do Conselho nunca se submeterão ao arbítrio das decisões. Assim, durante o período da Guerra fria, evidenciou-se que a Carta da ONU não poderia empreender “nada” contra as grandes potências. Dessa maneira, ao se analisar todas as sanções por ela previstas, é possível reconhecer que a maioria apenas teve uma utilização episódica. Vale ressaltar também que os Estados “tinham sempre alguns protegidos entre os responsáveis de um conflito”, o que alterou o curso de algumas decisões tomadas no âmbito das Nações Unidas, evidente na Guerra da Coreia (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 1010 e p. 1011).

#### **3.1 A ASSEMBLEIA GERAL**

A Assembleia Geral, cujas resoluções são objeto de reflexão neste artigo, é composta por todos os 193 Membros da Organização das Nações Unidas, cabendo a cada Estado Membro apenas um voto e, no máximo, cinco representantes. Reúne-se em sessões ordinárias anuais e, quando as circunstâncias o exigirem, em sessões



extraordinárias convocadas pelo Secretário-Geral a pedido do Conselho de Segurança ou pela maioria dos Estados Membros (ACCIOLY; SILVA, 2002, p. 211).

As decisões da Assembleia só podem vincular seus membros em certos assuntos internos, como no caso de seu orçamento. Dessa forma, suas resoluções são apenas recomendatórias, com exceção dos casos em que refletirem regras do direito internacional consuetudinário e que demonstrarem-se significativas como instâncias de práticas Estatais que podem levar a formação de novas regras consuetudinárias. Mesmo assim, é importante ressaltar que elas não podem por si próprias estabelecer obrigações legais para os Estados membros (SHAW, 2003, p. 1090).

Foi estabelecida em 1945, cinco anos antes da Guerra da Coreia, e ocupa uma posição central como órgão deliberativo e representativo das Nações Unidas, propiciando um fórum multilateral de discussão sobre todos os assuntos compreendidos pela Carta (ONU, 2012). Seu papel aumentou significativamente desde 1945, devido à existência do veto no Conselho de Segurança, que enfraqueceu seu âmbito de atuação na medida em que seus membros raramente concordavam em um conflito particular, e ao aumento do número de membros das Nações Unidas (SHAW, 2003, p.1105).

Com a resolução 377 (1950), União Para a Paz, a Assembleia Geral passou a ter também a atribuição de examinar questões e emitir recomendações aos membros nas questões que envolvam agressão ou ameaça à paz, no caso de carência do Conselho de Segurança. O âmbito jurídico de uma resolução da Assembleia é, nesse caso, ainda limitado ao de uma recomendação.

Assim, é importante ressaltar que alguns Estados sempre questionaram sua validade, como a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, uma vez que esta resolução contradiz a própria letra da Carta das Nações Unidas, com ênfase especial ao artigo 12.º (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 1020), o qual estabelece que enquanto

o Conselho de Segurança estiver exercendo, em relação a qualquer controvérsia ou situação, as funções que lhe são atribuídas na presente Carta, a Assembleia Geral não fará nenhuma recomendação a respeito dessa controvérsia ou situação, a menos que o Conselho de Segurança a solicite (Brasil, 1945).

Entretanto, apesar das divergências, o Conselho examinou diversas questões com base nesta Resolução, a qual possibilitou algumas das mais importantes Resoluções emitidas no período da Guerra da Coreia.





### 3.2 O CONSELHO DE SEGURANÇA

O Conselho de Segurança, composto por cinco membros permanentes e dez rotativos, foi criado inicialmente para ser o principal órgão das Nações Unidas. Este órgão se reúne periodicamente, e suas decisões são tomadas pelo voto afirmativo de nove de seus Membros, quando se trata de questões processuais. Nos demais assuntos, faz-se necessário o voto afirmativo de nove de seus Membros, com a inclusão de todos os Membros permanentes. Assim, essa exigência caracteriza o “direito de veto” dos Membros Permanentes contra a maioria, que por muitos anos paralisou o Conselho e acabou o enfraquecendo em detrimento da Assembleia Geral, a qual passou a opinar nos assuntos em que o Conselho de Segurança não conseguia alcançar uma solução (ACCIOLY; SILVA, 2002, p. 214).

Suas atribuições específicas são as enumeradas nos capítulos VI, VII, VIII, e XII da Carta. Dentre elas, cabe a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais.

A responsabilidade da manutenção da paz exerce-se numa série de tomadas de posições sucessivas do Conselho de Segurança. Cabe-lhe, portanto, o poder de sanção militar, através do qual é competente para adotar medidas de coação militar, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, em todo momento que lhes julgar necessárias à manutenção e reestabelecimento da paz e segurança internacionais, nos casos em que lhe parecer que as medidas não armadas seriam inadequadas (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 1012, p. 1020).

Reais definições de ruptura da paz ocorreram quatro vezes, destacando-se o conflito em questão, no qual o Conselho de Segurança adotou resoluções solicitando aos membros assistência à Coreia do Sul (SHAW, 2003, p.1124). Nesse sentido, a causa deflagrada da ruptura da paz residiu no desacordo entre os Estados Unidos e a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre a maneira de reconstituir a unidade e a independência da Coreia, sendo que duas autoridades políticas completamente distintas dividiam o território no paralelo 38. Dessa forma, os aspectos particulares da ação do Conselho de Segurança resultaram da ausência voluntária da URSS do seu cargo, em forma de protesto a não representação do governo de Mao Tse-Tung, e da necessidade de organizar uma resposta militar baseada em forças essencialmente americanas. A ausência da URSS a impediu de vetar a resolução 82 (1950) do Conselho de Segurança, que solicitava a retirada das tropas norte-coreanas para Norte do paralelo



38, bem como as duas outras seguintes (27 de Junho e 7 de Julho). Dessa maneira, a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas retornou ao Conselho de Segurança e empregou sistematicamente o seu poder de veto nos acontecimentos após 1º de agosto de 1950, o que paralisou o Conselho. Assim, como uma alternativa, os Estados Unidos utilizaram-se da resolução 377 da Assembleia Geral, acima estudada, para conseguir contornar a situação (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 1022).

#### 4 QUESTÕES REMANESCENTES DO CONFLITO DAS COREIAS

Como pode se observar, a Organização das Nações Unidas, no exercício de suas atribuições, teve um papel decisório no encaminhamento da Guerra da Coreia. Através da atuação dos seus órgãos, resoluções e intervenções, o conflito tomou as devidas proporções e alcançou os resultados acima observados.

Contudo, como foram bem observados, as hostilidades e conflitos não cessaram. Desde o Tratado de Armistício de *Panmunjon*, as duas Coreias passaram por momentos muito diversos. A Assembleia Geral manteve a Questão da Coreia por muito tempo em sua pauta de discussões e anualmente emanou Resoluções tratando, principalmente, da busca pela paz definitiva na região, da questão dos prisioneiros de Guerra e daqueles que necessitavam ser repatriados, do pedido de ajuda a todos os Membros das Nações Unidas para auxiliar o povo da Coreia, dos orçamentos da Agência de Reconstrução e da ajuda humanitária.

Já o Conselho de Segurança, só tratou novamente do assunto da Coreia em 1993, dada a mudança das circunstâncias no cenário internacional e a emergência da questão atômica da Coreia do Norte, em sua Resolução 825. Após, em especial, as suas resoluções 1540, 1695, 1718, 1874, 1928, 1985, e 2050 trataram especificamente sobre o tema.

Ambos os lados apresentaram um crescimento econômico expressivo até o final dos anos 70. Ao passo em que a Coreia do Sul se direcionou a um processo produtivo voltado à exportação, a Coreia do Norte investe na indústria pesada (OLIVEIRA, 2009).

Entretanto, a partir dos anos 80, a Coreia do Norte passou a apresentar problemas econômicos, que se agravaram com o processo de desagregação da União Soviética, na medida em que a sua companheira do Sul apresentava uma grande



capacidade econômica, que mais tarde lhe conferiu posição de destaque, dentro dos Tigres Asiáticos (OLIVEIRA, 2009).

Nessa mesma época, o regime norte coreano prosseguiu com a construção de um centro de pesquisa nuclear em larga escala. Em 1985, após sofrer forte pressão da União Soviética, assinou o Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares, do qual se retirou anos depois.

Em sua resolução 825 (1954), o Conselho trata da Carta do Ministro das Relações Exteriores da República Democrática da Coreia, datada de 12 de março de 1993, endereçada ao Presidente do Conselho, Tratando da intenção do seu Governo de se retirar do Tratado. Nessa ocasião, o Conselho solicitou à Coreia que reconsiderasse seu anúncio e reafirmasse seu comprometimento ao Acordo, bem como honrasse as obrigações às quais se submeteu no momento que o firmou pela primeira vez.

Em 1991, anos antes da retirada do Tratado de Não Proliferação, as Coreias do Norte e do Sul tornaram-se membros das Nações Unidas. Entretanto, em janeiro do ano seguinte, o presidente dos Estados Unidos, George Bush, relacionou a Coreia do Norte como integrante do “Eixo do Mal”, junto com o Iraque e o Irã. Em 1994, com a morte do presidente, King Jong-il assumiu o poder ocasionando uma significativa mudança de cenário. Em outubro de 2006, um ano depois de anunciar a construção de armas nucleares, a Coreia do Norte proclamou a realização do seu primeiro teste nuclear. (THE GUARDIAN, 23 de novembro de 2010).

Dessa maneira, em 14 de outubro, o Conselho de Segurança emitiu a sua Resolução 1718 (2006), expressando sua grave preocupação com a condução do teste de arma nuclear realizado pela República Popular Democrática da Coreia e o desafio que tal ação representa para o Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares. Por meio desse dispositivo, o Conselho decide que a Coreia do Norte deve abandonar todas as suas armas nucleares, armas de destruição em massa, seu programa nuclear e seu programa de mísseis balísticos. Bem como proíbe todos os Estados membros de vender, transferir ou fornecer uma série de produtos, tais como bens de luxo, e prevê uma série de medidas de isolamento, como o congelamento de fundos e recursos econômicos.

Nos anos que se seguiram as tensões na região elevaram-se significativamente, até que em 2009 a Coreia do Norte declarou não sentir mais submetida ao Tratado de Armistício que colocara um fim à Guerra há mais de meio século (BORGER; McCURRY, The Guardian, 27 de maio de 2009). Da mesma maneira, advertiu que poderia adotar uma ação militar em resposta ao anúncio da Coreia do Sul de aderir à



Iniciativa de Segurança contra Proliferação<sup>596</sup>, emitindo uma declaração de que qualquer ação hostil contra seus navios seria considerada uma violação imperdoável da sua soberania, passível de uma resposta militar (BBC BRASIL, 27 de maio de 2009).

Contudo, apesar das ameaças, no ano de 2010 a Coreia do Norte, isolada e sem ajuda internacional, chegou a manifestar a intenção de assinar um tratado de paz e de voltar às negociações multilaterais de desarmamento nuclear. Entretanto, os Estados Unidos condicionam esta negociação à suspensão do programa de armas nucleares do país, o que representou um grande entrave à questão (HERSKOVITZ, 2010).

Intensificando os conflitos na região, em 26 de março deste mesmo ano, um navio de guerra sul-coreano que deixava a ilha Baengnyeong, localizada perto da fronteira marítima entre as duas Coreias, afundou em decorrência de uma explosão que partiu o navio em dois, resultando na morte de 46 marinheiros. Na medida em que a Coreia do Norte negou seu envolvimento no possível ataque, a relação entre as Coreias piorou significativamente (BBC BRASIL, 23 de novembro de 2010). Ainda em 2010, Kim Jong-un, filho de Kim Jong-il, ganhou altos postos militares e políticos, criando indícios de que seria o sucessor de seu pai (THE GUARDIAN, 23 de novembro de 2010).

No ano que sucedeu esses fatos, a televisão estatal da Coreia do Norte anunciou a morte por ataque cardíaco de Kim Jong-il, líder do país desde 1994. Durante seu governo o país enfrentou uma época de muita fome, problemas econômicos e polêmicas relacionadas aos direitos humanos. Seu sucessor escolhido foi, de fato, Kim Jong-un. Esse fato colocou em alerta todos os militares da Coreia do Sul, os governos do Japão e Estados Unidos, bem como a Organização das Ações Unidas (BBC BRASIL, 19 de dezembro de 2011).

O analista da BBC, para assuntos de defesa e de diplomacia, Jonathan Marcus ressalta que o afundamento da embarcação sul-coreana e o ataque a tiros contra uma ilha pertencente à Coreia do Sul, que ocorreram em 2010, foram um prenúncio desta transição em Pyongyang (BBC BRASIL, 19 de dezembro de 2011).

Já em 2012, dias após o país ter realizado um malogrado lançamento de um foguete que em tese levaria ao espaço o primeiro satélite da Coreia do Norte, Kim Jong-Un realizou um pronunciamento sobre o fim da era de ameaças atômicas dos países

---

<sup>596</sup> Programa criado para impedir o tráfico mundial de armas de destruição em massa durante o governo do ex-presidente americano George W. Bush, que prevê a vistoria de embarcações suspeitas de transportar este tipo de armamento (BBC BRASIL, 27 de maio de 2009).



“inimigos”. Seus vizinhos temiam que o lançamento fosse, na realidade, um teste disfarçado de um míssil balístico de longo alcance. (BBC BRASIL, 15 de abril de 2012).

Tal fato alarmou a comunidade internacional e no dia 16 de abril, o Conselho de Segurança condenou o lançamento do foguete pela Coreia do Norte, através de um pronunciamento de seu presidente. Contudo, o referido documento não teve força de resolução e não aplicou nenhuma sanção adicional a Pyongyang. A embaixadora americana Susan Rice, alertou a Coreia do Norte que o país entrará em um caminho desastroso se decidir testar um míssil nuclear (BBC BRASIL, 16 de abril de 2012).

Atualmente, o Conflito das Coreias ainda constitui uma questão inacabada, reflexo das contradições surgidas antes de 1945 e das relações multilaterais destes países ao longo do último século.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As instabilidades na península da Coreia, como se observou no desenvolvimento desse trabalho, constituem uma questão complexa, que ainda hoje envolve diversas contradições políticas, econômicas e sociais, as quais mantêm a área em constante tensão.

Com a intervenção da ONU, através de suas resoluções, a história foi sendo delineada, sobre o pressuposto de manter a paz e a segurança internacionais, e tomou os rumos que hoje é possível verificar.

Assim, por meio da breve explanação das Resoluções, foi possível constatar as forças políticas que conformaram as decisões e alteraram o rumo da história. Cabe ressaltar que o papel desempenhado pela Organização das Nações Unidas foi, e ainda é, decisivo para a resolução de controvérsias em âmbito internacional, apesar de certas parcialidades conduzirem a algumas decisões passíveis de questionamento em função de seu alcance em favor das potências hegemônicas.

Finalmente, ainda há muito a refletir sobre a questão das Coreias. Seja no que concerne às decisões que conformaram o estágio observado atualmente no Conflito, seja na influência externa sofrida pelos povos coreanos que conduziram à sua separação, ou mesmo nos reflexos do que poderá advir. Avanços na direção de uma resolução pacífica



da situação foram feitos, mas ainda há muito que se caminhar para o reestabelecimento da paz na região.

## BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 566 p.

ASSEMBLEIA GERAL. **Resolução 376**, de 7 de Outubro de 1950. Aprovada na sua 294.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/059/74/IMG/NR005974.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 377**, de 3 de Novembro de 1950. Aprovada na sua 302.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/059/75/IMG/NR005975.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 483**, de 12 de Dezembro de 1950. Aprovada na sua 320.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/060/81/IMG/NR006081.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 498**, de 1º de Fevereiro de 1951. Aprovada na sua 327.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/744/45/IMG/NR074445.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 500**, de 18 de Maio de 1951. Aprovada na sua 330.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/744/47/IMG/NR074447.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 507**, de 5 de Fevereiro de 1952. Aprovada na sua 375.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/067/62/IMG/NR006762.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 610**, de 3 de Dezembro de 1952. Aprovada na sua 399.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/079/53/IMG/NR007953.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 701**, de 17 de Março de 1953. Aprovada na sua 415.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/199/97/IMG/NR019997.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 jun. 2012.



\_\_\_\_\_. **Resolução 705**, de 18 de Abril de 1953. Aprovada na sua 427.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/200/01/IMG/NR020001.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 711**, de 28 de Agosto de 1953. Aprovada na sua 430.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/200/40/IMG/NR020040.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 804**, de 3 de Dezembro de 1953. Aprovada na sua 467.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/086/69/IMG/NR008669.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 Jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 825**, de 11 de Dezembro de 1954. Aprovada na sua 510.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/095/60/IMG/NR009560.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 Jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 906**, de 10 de Dezembro de 1953. Aprovada na sua 510.<sup>a</sup> reunião plenária. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/096/41/IMG/NR009641.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 Jun. 2012.

BARRAL, Welber. Direito Internacional: normas e práticas. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. 453p

BBC BRASIL. **Panmunjon é palco de tensão e diálogo na fronteira**. 07 abr. 2002. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002/020310\\_coreiars2.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002/020310_coreiars2.shtml)>. Acesso em: 22 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Coreia do Norte rompe armistício e ameaça sul com ação militar**. 27 mai. 2009. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/05/090527\\_coreiaameacag.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/05/090527_coreiaameacag.shtml)>. Acesso em: 22 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Entenda a crise entre as duas Coreias**. 23 nov. 2010. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/11/101123\\_coreias\\_perguntaresposta\\_is.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/11/101123_coreias_perguntaresposta_is.shtml)>. Acesso em: 05 Ago. 2012

\_\_\_\_\_. **Líder norte-coreano diz que era de ameaças atômicas contra o país está encerrada**. 15 abr. 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas\\_noticias/2012/04/120415\\_kim\\_discurso\\_bg.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas_noticias/2012/04/120415_kim_discurso_bg.shtml)>. Acesso em: 22 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Morre aos 69 anos o líder da Coreia do Norte, Kim Jong-II**. 19 dez. 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/05/090527\\_coreiaameacag.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/05/090527_coreiaameacag.shtml)>. Acesso em: 10 Ag. 2012.





\_\_\_\_\_. **Morte de Kim Jong-il causa incerteza sobre futuro da Coreia do Norte.** 19 dez. 2011. Disponível em: <  
[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/12/111219\\_coreia\\_futuro\\_rp.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/12/111219_coreia_futuro_rp.shtml)>.  
Acesso em: 22 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **ONU condena lançamento de foguete na Coreia do Norte.** 16 abr. 2012.  
Disponível em:  
<[http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas\\_noticias/2012/04/120416\\_onu\\_coreia\\_norte.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas_noticias/2012/04/120416_onu_coreia_norte.shtml)>. Acesso em: 22 jun. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 19.841**, DE 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm)>. Acesso em: 15 Ago. 2012.

BORGER, Julian; MCCURRY; Justin. **North Korea withdraws from 1953 armistice ad escalates nuclear tensions.** The Guardian, 27 mai. 2009. Disponível em: <  
<http://www.guardian.co.uk/world/2010/nov/23/timeline-north-korea-south-korea?INTCMP=SRC>>. Acesso em: 10 Ago. 2012.

CONSELHO DE SEGURANÇA. **Resolução 82**, de 25 de Junho de 1950. Aprovada na sua 474.<sup>a</sup> sessão. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/064/95/IMG/NR006495.pdf?OpenElement> >. Acesso em: 25 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 83**, de 27 de Junho de 1950. Aprovada na sua 474.<sup>a</sup> sessão. Disponível em <  
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/064/96/IMG/NR006496.pdf?OpenElement> >. Acesso em: 25 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 84**, de 7 de Julho de 1950. Aprovada na sua 474.<sup>a</sup> sessão. Disponível em <  
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/064/96/IMG/NR006496.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 83**, de 27 de Junho de 1950. Aprovada na sua 474.<sup>a</sup> sessão. Disponível em <  
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/064/96/IMG/NR006496.pdf?OpenElement> >. Acesso em: 25 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 85**, de 31 de Julho de 1950. Aprovada na sua 476.<sup>a</sup> sessão. Disponível em <  
<http://www.un.org/documents/sc/res/1951/scres51>>. Acesso em: 27 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 88**, de 8 de Novembro de 1950. Aprovada na sua 520.<sup>a</sup> sessão. Disponível em <  
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/064/96/IMG/NR006496.pdf?OpenElement> >. Acesso em: 27 jun. 2012.



\_\_\_\_\_. **Resolução 90**, de 31 de Janeiro de 1951. Aprovada na sua 531.<sup>a</sup> sessão. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/072/09/IMG/NR007209.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução 1718**, de 14 de Outubro de 2006. Aprovada na sua 5551.<sup>a</sup> sessão. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/572/07/PDF/N0657207.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Paralelo 30 separa Coreia do Norte e Coreia do Sul**. 25 dez. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/16816-paralelo-38-separa-coreia-do-norte-e-coreia-do-sul.shtml>>. Acesso em: 22 jun. 2012.

DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; tradução COELHO, Vítor Marques. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. 1517 p.

OLIVEIRA, Henrique Altamani de. **A península Coreana: proposições para mudanças. São Paulo: 2009**. Disponível em: <<http://ceaa.colmex.mx/estudioscoreanos/images/altamani.pdf> >. Acesso em: 28 jun. 2012.

HERSKOVITZ, Jon. **Coreia do Norte quer substituir armistício por tratado de paz**. O Globo, 11 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2010/nov/23/timeline-north-korea-south-korea?INTCMP=SRC>>. Acesso em: 10 Ago. 2012.

ONU. Assembleia Geral. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ga/about/background.shtml>>. Acesso em: 10 Ago. 2012.

THE GUARDIAN. **Timeline: North Korea – Key events since the end of the Korean war**. 23 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2010/nov/23/timeline-north-korea-south-korea?INTCMP=SRC>>. Acesso em: 10 Ago. 2012.

SANDLER, Satanley; tradução BRÍZIDA, Joubert de Oliveira. **A Guerra da Coreia: nem vencedores nem vencidos**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2009. 400 p.

SHAW, Malcolm N. . **International Law**. 5 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 1288 p.



## INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E FLEXIBILIZAÇÃO DA SOBERANIA: TRAJETÓRIA E REFLEXOS ATRAVÉS DOS TEMPOS

*Simoni Ribeiro de Freitas*<sup>597</sup>

### RESUMO

A partir de um resgate das vocações do direito internacional dentro do contexto histórico bastante específico no qual surge, o presente artigo busca indicar a clara oposição entre direito e soberania, atualmente exemplificada pelo alto grau de internacionalização das normas jurídicas e dos espaços de discussão política, que flexibilizam o caráter soberano do Estado na mesma medida que o internacionalizam, principalmente dentro de seu âmbito político-normativo.

**Palavras-chave:** Direito internacional Público; Internacionalização normativa; Soberania Estatal

### ABSTRACT

From an initial approach on the vocations of international law within the very specific historical context in which it arises, the present article seeks to indicate the clear opposition between law and sovereignty. This opposition can be currently exemplified by the high degree of internationalization of legal normatization and of spaces of political discussion that makes State sovereignty flexible to the same extent that internationalize it, mainly within its political-normative context.

**Keywords:** International Law; Normative internationalization; State sovereignty.

### INTRODUÇÃO

Internacionalização, aldeia global, interdependência, são vocábulos que têm se tornado comuns no cotidiano. No entanto, isto é reflexo de um longo processo histórico de modificação social e política, que se estende também para o campo de estudo do direito. O presente trabalho busca realizar um breve apanhado histórico, apontando grandes eventos e citando teóricos de relevante importância, que contribuíram para que

---

<sup>597</sup> Acadêmica da 2ª Fase do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis/SC (CESUSC). Mestre em Tradução – Alemão, pela Universidade Federal de Santa Catarina.



hoje possamos dizer que efetivamente temos um Direito Internacional bastante específico.

Para que chegássemos ao que conhecemos hoje como Direito Internacional, um fator importante foi a flexibilização da soberania estatal. Pois apenas flexibilizando o poder do Estado, seria possível que assuntos de interesse mundial pudessem ser discutidos e decididos em uma instância “superior” ao Estado, refletindo de forma efetiva no direito interno de cada país. Limita-se, assim o poder do Estado que já há tempos deixou de possuir um poder ou pretensão de poder absoluto. Hoje conta-se com outras formas de poder, próximos da supra-estatalidade, como a ONU, que embora tenha suas falhas, consegue regulamentar a guerra de forma efetiva, evitando até agora, que novos conflitos que efetivamente coloquem a humanidade em risco, como os genocídios vividos com as grandes guerras mundiais, voltem a ocorrer.

A flexibilização da soberania tem suas marcas no contexto histórico mundial, no qual os países tendem a se adequar às exigências do mercado econômico internacional, para não se verem marginalizados, perante a estrutura mundial vigente. O Estado já não é mais o único regulador do seu ordenamento jurídico, existindo inúmeros organismos internacionais que influenciam na produção e aplicação das normas. A flexibilização faz emergir uma nova ordem social, com interdependências cada vez mais sólidas que condicionam as mais diferentes culturas.

## **1 RESGATE HISTÓRICO DO DIREITO INTERNACIONAL**

A sociedade modifica-se de forma geral ao longo da história, da mesma forma o direito que a regulamenta também sofre alterações, segundo as novas necessidades advindas das alterações sociais. O Direito Internacional não poderia ter seu surgimento pautado em outra razão se não uma forte modificação na estrutura da sociedade. Já no século XII com o a decadência do feudalismo surgem os primeiros Estados, sendo que o Reino de Portugal conseguiu reconhecimento de sua independência e soberania, por outorga papal (papa Alexandre III), em 1179, pela Bula *Manifestis probatum* (MENDONÇA, 2006, p.143 ). E, junto com estes Estados surgem as relações entre os mesmos. Desta forma passa a existir a necessidade de estabelecer regulamentações para além dos direitos internos, surgindo o Direito Internacional.

Como seria de se esperar, o início das relações entre os Estados, que fundamentaram a formação do Direito Internacional como o conhecemos, eram



principalmente regulamentadas pelo costume. Vale ainda ressaltar que este Direito não era profundamente público, contendo sim aspectos privados, uma vez que regulamentava também relações privadas legadas aos interesses econômicos dos sujeitos envolvidos, práticas estas ainda fortemente presentes no contexto internacionalista atual, como se pode verificar com a *Léx Mercatoria*, criticamente descrita por Huck (1994) como um comércio desvinculado das leis nacionais, um comércio sem barreiras políticas, configurando, desta forma, um imenso mercado mundial, regulado por regras autogeradas.

No contexto das relações entre Estados a mais complexa relação é a Guerra, e é justamente desde o surgimento dos Estados que se vem buscando a regulamentação das mesmas, estabelecendo-se critérios para justificar sua legalidade ou ilegalidade. No princípio esta regulamentação era pautada na moral religiosa, que se constituía no principal mecanismo regulamentador do medievo. Nesse sentido, no século XIII, São Tomás de Aquino estabelece princípios que valem por muito tempo. Segundo Costa e Souza São Tomás de Aquino define a Guerra da seguinte forma:

não é um mal em si, ela pode ser boa – até santa – e também pode ser má. Tudo depende da finalidade a que se ordena e depende, igualmente, do modo como é conduzida. Em suma, três são as condições para a liceidade da guerra. Que seja declarada por um príncipe, ou seja, por uma autoridade pública legítima, já que não compete ao particular declarar guerra, pois tem superiores a quem recorrer para a salvaguarda de seus direitos; Que sua causa seja justa, isto é, que seus inimigos realmente mereçam que se lhes declare guerra; Que haja reta intenção por parte dos combatentes, de modo que o bem seja promovido e o mal evitado. (COSTA; SOUZA, 2010)

Os princípios de São Tomás perduram até Francisco de Vitória que foi também influenciado por eles. Vitória é considerado um dos pais do Direito Internacional e surge num contexto de uma nova relação entre Estados, no caso a Espanha, e os povos da América, aos quais ele chama de Repúblicas. Ele escreve sobre o direito entre colonizadores e colonizados, que segundo Vitória se trata de direito entre repúblicas, ou seja entidades politicamente autônomas.

O livro de Francisco Vitória, “Os índios e o Direito da Guerra” vem para legitimar a guerra entre Espanha e os povos por eles conquistados. E define a Guerra como justa quando uma república sofre alguma ofensa grave, tendo nesse caso o direito de se defender. Como podemos ver no trecho abaixo:

Para Francisco de Vitória, a Guerra Justa é aquela que é declarada somente



após um país sofrer uma injúria grave. Portanto, a guerra defensiva é justa, por outro lado, a ofensiva não. Ademais, só uma ofensa grave poderia justificar uma guerra ofensiva, porém recorrendo a não utilização de armas nos primeiros momentos.

O ataque deve ser maior gravidade e, conseqüentemente, não é baseado em qualquer ataque que um país poderá declarar guerra a outro. Caso faça baseado em uma ofensa de menor proporção, tratar-se-á da guerra injusta. (DE SOUZA et al, 2012)

Mais tarde Hugo Grotius, racionaliza de fato a relação entre os Estados, colocando-a em regras jurídicas racionais, e por isso é considerado efetivamente o Pai do Direito Internacional. Sua obra “O direito da Guerra e da Paz” é a primeira obra que desenvolve a metodologia do Direito Internacional.

Além disso, em 1648, a Paz de Westphalia pôs fim ao conflito entre protestantes e católicos, conflito conhecido como a guerra dos 30 anos. Foram estabelecidas também as fronteiras no interior da Europa, formando assim um sistema definido por Estados. Nesse contexto, surge o Direito Internacional Clássico, tendo-se, entre 1648 a 1945 o que se convencionou chamar uma sociedade anárquica na qual ocorre uma absolutização do conceito de soberania externa, conceito este que será melhor discutido mais adiante.

Em 1920, logo após a Primeira Guerra Mundial, houve uma tentativa de regulamentação da guerra, através da criação da Liga das Nações (LND). Mas devido a uma série de problemas inerentes a sua criação, ela não obteve grande sucesso. Um dos grandes motivos da LND ter fracassado segundo Vianna (2001) foi o fato dos EUA não ter participado durante todo o período de existência da mesma, por acreditar que ao aderir estaria se desviando de sua política externa tradicional. A liga teve sua criação em 16 de janeiro de 1920, segundo Azevedo (1982), data da primeira reunião do Conselho em Paris e perdurou até 18 de abril de 1946, data da última reunião da Assembleia, em Genebra, quando foi declarada sua dissolução. Deixou de existir, definitivamente no dia 31 de julho de 1947, quando se encerraram as contas do comitê de liquidação (embora esta seja apenas uma data oficial, uma vez que sua atuação deixou de existir com o início da segunda Guerra Mundial).

Antes mesmo da dissolução da LND, já havia sido fundada a Organização das Nações Unidas (ONU). Ela foi criada para regulamentar as relações internacionais, e principalmente evitar a guerra entre as grandes nações, o que ela de fato consegue fazer até os dias de hoje.

### 1.1 Organização das Nações Unidas - ONU



Em 25 de junho de 1945 os Delegados de 50 Estados reuniram-se em Sessão Plenária, no Edifício da Ópera de São Francisco e aprovaram a Carta das Nações Unidas, também conhecida como Carta de São Francisco. No dia seguinte, em Sessão Plenária final, houve assinaturas das versões originais, nos cinco idiomas oficiais: chinês, francês, russo, inglês e espanhol. No entanto A Carta das Nações Unidas entrou em vigor apenas em 24 de outubro de 1945. E segundo Vianna (2001) em 31 de outubro de 1947, a Assembléia Geral da ONU, aprovou a Resolução nº 168 (II), declarando que 24 de outubro, aniversário da entrada em vigor das Nações Unidas, seria doravante oficialmente chamado, Dia das Nações Unidas.

Ainda segundo estudos de Vianna temos:

A finalidade primordial da ONU é fomentar a paz entre as nações, mantendo esta paz e a segurança internacionais, bem como desenvolver relações amistosas entre as nações, baseados no respeito e no princípio de igualdade de direitos e autodeterminação dos povos; cooperar com o desenvolvimento sustentável, para que possa solucionar, os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, monitorando o cumprimento dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais para todos e organizar reuniões e conferências em prol desses objetivos (VIANNA, 2001, p.9).

O principal motivo pelo qual a ONU consegue regulamentar a guerra efetivamente, é o fato de contar com um organismo específico para isso que conta com as grandes nações militares, o Conselho de Segurança. Outros organismos de extrema importância dentro da ONU e que devem ser lembrados são a Assembleia Geral e a Corte Internacional de Justiça.

Segundo dados encontrados no site oficial da ONU (ONU, 2012) temos as seguintes descrições para cada um dos organismos acima citados:

- **O Conselho de Segurança** - órgão responsável pela paz e segurança internacionais. Formado por 15 membros, dos quais cinco são permanentes, e possuem o direito a veto (Estados Unidos, Rússia, Grã-Bretanha, França e China) e dez membros não-permanentes, eleitos pela Assembleia Geral por dois anos. É o único órgão da ONU que tem poder decisório, isto é, todos os membros das Nações Unidas devem aceitar e cumprir as decisões do Conselho.
- ✓ Suas principais funções e atribuições são:
  - Manter a paz e a segurança internacional;





- Determinar a criação, continuação e encerramento das Missões de Paz, de acordo com os Capítulos VI, VII e VIII da Carta;
  - Investigar toda situação que possa vir a se transformar em um conflito internacional;
  - Recomendar métodos de diálogo entre os países;
  - Elaborar planos de regulamentação de armamentos;
  - Determinar se existe uma ameaça para a paz;
  - Solicitar aos países que apliquem sanções econômicas e outras medidas para impedir ou deter alguma agressão;
  - Recomendar o ingresso de novos membros na ONU;
  - Recomendar para a Assembleia Geral a eleição de um novo Secretário-Geral.
- **A Assembleia Geral** - é o principal órgão deliberativo da ONU. É lá que todos os Estados-Membros da Organização (193 países) se reúnem para discutir os assuntos que afetam a vida de todos os habitantes do planeta. Na Assembleia Geral, todos os países têm direito a um voto, ou seja, existe total igualdade entre todos seus membros.
    - ✓ As principais funções da Assembleia são:
      - Discutir e fazer recomendações sobre todos os assuntos em pauta na ONU;
      - Discutir questões ligadas a conflitos militares – com exceção daqueles na pauta do Conselho de Segurança;
      - Discutir formas e meios para melhorar as condições de vida das crianças, dos jovens e das mulheres;
      - Discutir assuntos ligados ao desenvolvimento sustentável, meio ambiente e direitos humanos;
      - Decidir as contribuições dos Estados-Membros e como estas contribuições devem ser gastas;
      - Eleger os novos Secretários-Gerais da Organização.
  - **A Corte Internacional de Justiça** - possui sua sede em Haia na Holanda, e é o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Todos os países que fazem parte do Estatuto da Corte, que é parte da Carta das Nações Unidas, podem recorrer a ela. Somente países, nunca indivíduos, podem pedir pareceres à Corte Internacional de Justiça. Além disso, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança podem solicitar



à Corte pareceres sobre quaisquer questões jurídicas, assim como os outros órgãos das Nações Unidas. Composta por quinze juízes chamados “membros” da Corte. São eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança em votos separados.

## **2 FLEXIBILIZAÇÃO DA SOBERANIA INTERNA E EXTERNA**

O conceito de soberania nasce no século XVI com Jean Bodin, que segundo o autor Ferrajoli (2002) “é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste”. Existindo por este fato, segundo o autor, ao longo da história jurídica uma antinomia entre direito e soberania, que existiu em nossa história tanto no âmbito interno quanto externo .

No âmbito interno a soberania significa que o Príncipe detêm o poder de decisão, não existe nada superior a sua vontade, ele não tem suas ações regulamentadas por nenhum poder. A soberania interna deixa de existir a partir do momento em que o direito submete o príncipe as suas regras. Este momento histórico segundo Ferrajoli (2002) ocorre com o surgimento do Estado constitucional de direito, proveniente da independência dos Estado Unidos.

A soberania externa, que consiste em um Estado com livre arbítrio no meio internacional, foi flexibilizada apenas com a criação da ONU em 1945. Por isso afirma-se que antes deste evento as relações internacionais eram anárquicas, pois cada Estado agia segundo sua vontade, o que condiz com o estado natural de Thomas Hobbes (HOBBS, 2003) no qual todos somos iguais e soberanos.

Com a carta da ONU ocorreu uma quebra de paradigma que vinha instalado no Direito Internacional desde o período do término da Primeira Guerra Mundial. Segundo Ferrajoli (2002), a Carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional com o qual o Direito Internacional pauta sua estrutura em um verdadeiro ordenamento jurídico supra-estatal. A partir desta carta a soberania externa perde seu brilho e passa a ter a presença de um sistema de normas internacionais, que vinculam diretamente os Estados membros, influenciando diretamente a produção jurídica nacional, com o que, salienta Ademar Pozzatti, que a “extensão dos domínios do Direito – nacional – extrapola a visão moderna de sua produção, linear e piramidal, restrita ao âmbito dos Estados nacionais.” (POZZATTI, 2009, p. 158)



Também nesse sentido, o surgimento do Sistema Financeiro Internacional (SFI) a partir da segunda metade do século XX, que será tratado a seguir, insere-se neste cenário de flexibilização da soberania extensa, e também interna, uma vez que assuntos tratados em âmbito internacional passam a ter reflexos claros e importantes no ambiente interno do direito. Principalmente nas áreas dos Direitos Humanos, Segurança, Trabalho, e na área Econômica.

### **3 REFLEXOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DA SOBERANIA NA ATUALIDADE**

Como já mencionado anteriormente, com a flexibilização da soberania externa, com o Direito Internacional, as decisões multilaterais passam a se refletir na produção e aplicação do Direito Interno. Principalmente em questões de extrema relevância como o meio ambiente, a energia, a segurança e fortemente a economia, assuntos estes que só podem ser resolvidos na esfera internacional (FERRAJOLI, 2002). Mas o Direito Internacional influencia o Direito Interno em questões menores, que de certa maneira não atingem a humanidade de forma geral, como foi o caso da Adoção Internacional no Brasil que abandonou sua regulamentação e modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por conta da Convenção de Haia de 29 de maio de 1993, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional.

O Direito Internacional é político, e tem como seus principais sujeitos de direito os próprios Estados, embora ele também trate como sujeitos de direito os povos e os indivíduos. Segundo Ferrajoli (2002) os indivíduos são titulares nos confrontos dos seus próprios Estados no que se refere aos direitos humanos a eles conferidos. Já os povos são titulares do direito de autodeterminação, no qual eles tem direito de constituir os seus próprios Estados e nações.

Uma das principais áreas de atuação do Direito Internacional é a economia. O Direito Internacional Econômico moderno é fundamentado pelo Sistema Financeiro Internacional (SFI) fundado em 1944 pela conferência de Bretton Woods. Nesta conferência surgem as principais organizações internacionais ligadas à economia, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e a Organização Internacional do Comércio (OIC). Esta última porém ficou apenas no plano teórico, pois os Estados Unidos votaram contra a sua aprovação. Seu artigo 17, que tratava da liberação do comércio, em 1947 tornou-se o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), acordo este que em 1994 tornou-se a



Organização do Comércio Mundial (OMC). Todos estes eventos caracterizam a globalização econômica, pois regulam todos os processos econômicos mundiais (SOUTH CENTER, 1999).

Na década de 80, após as crises do petróleo, o FMI assume um papel de relevante importância na disseminação das ideologias neoliberais na área Política/Econômica. Pois com a crise do petróleo os países pobres precisavam urgentemente de empréstimos financeiros do Banco Mundial, para evitar a quebra de suas economias. No entanto para que estes empréstimos fossem liberados, as políticas econômicas internas dos países deveriam estar em concordância com as exigências feitas pelo FMI, o Banco Mundial e a OMC, ocorrendo assim uma flexibilização das leis internas para adequar-se a um sistema internacional (SOUTH CENTER, 1999).

A flexibilização interna não é apenas um evento do passado, pois na atualidade elas ocorrem constantemente, como é o caso das flexibilizações das leis trabalhistas, a desregulamentação econômica, o endurecimento das leis tributárias, apenas para citar alguns eventos onde esta tendência pode ser observada. É fato que as decisões tomadas em âmbito Internacional influenciam e regulamentam muitas das decisões internas dos Estados.

No Brasil, a internacionalização recentetem início em 1990, com o presidente Fernando Collor de Melo, intensificando-se com o mandato de Fernando Henrique Cardoso, que a partir de 1995 apoiou amplamente a política de privatizações. Um dos principais reflexos disto foi a alteração da Constituição Federal em 1997 (UNCTAD, 2005) que suprimiu o artigo 171, que trazia em seu texto a diferenciação de tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras. Passou-se a aplicar, assim, o princípio do tratamento nacional, que faz tratar igualmente as empresas nacionais e estrangeiras.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Visualizando o desenrolar histórico dos acontecimentos que contribuíram para a flexibilização da soberania e a implantação de forma mais efetiva do Direito Internacional na Sociedade moderna, pode se concluir que se trata de um acontecimento inevitável, levando-se em consideração todos os eventos históricos que modificaram e influenciaram a sociedade, tornando o mundo interligado não apenas economicamente, mas também nas demais esferas como a cultural e a política. Todas estas interdependências segundo Ferrajoli (2002) transformaram o mundo em uma aldeia global.



Seria impossível imaginar os Estados vivendo nesta interdependência seguindo apenas com suas regulamentações internas, sem terem que se submeter a interesses superiores às suas vontades. Cada vez mais se torna necessário que haja uma integração mundial baseada no direito, para suportar as relações que constantemente se ampliam e intensificam entre os Estados das mais variadas esferas mundiais.

Luigi Ferrajoli nos presenteia com um pensamento que condiz perfeitamente com a realidade da sociedade atual “O estado já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes” (FERRAJOLI, 2002, P.50). Existem assuntos que não podem mais ser discutidos no âmbito nacional, pois através da internacionalização da economia e das internacionalizações, marcas crescentes da humanidade, acabam por refletir e tratar da vida de todos os povos e culturas. Ainda que as fronteiras geográficas delimitem os Estados, a humanidade tem se tornado cada vez mais semelhante em suas ações gerando uma única grande nação que se relaciona e tem interesse em comum.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, I. S. **Direito Internacional Público I e II**. Porto Alegre : Livraria Editora Acadêmica Ltda., 1982.

COSTA, Ricardo e SANTOS, Armando A. **O pensamento de Santo Tomás de Aquino (1225-1274) sobre a vida militar, a guerra justa e as ordens militares de cavalaria**. In: Revista Eletrônica Mirabilia. V. 10, 2010, ISSN 1676-5818. Disponível em: <[http://www.revistamirabilia.com/nova/images/numeros/2010\\_10/09.pdf](http://www.revistamirabilia.com/nova/images/numeros/2010_10/09.pdf)> Acesso em: 17 Jun. 2012.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDONÇA, Manuela. Introdução à História Medieval de Portugal, In: **Revista do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Estudos Culturais**. Universidade Federal de Goiás, v.6, 2006, ISSN 1519-3276.

POZZATTI, Ademar. Somos todos brasileiros: o instituto da Nacionalidade no direito interno brasileiro, In: **Revista Ius Gentium**. Universidade Federal de Santa Catarina, 2009, ISSN 1983-8638.



SOUTH CENTRE. **Financing Development: Issues for a South Agenda**. Geneva: ATAR, 1999.

UNCTAD. **Investment Policy Review: Brazil**. New York/Geneva: United Nations, 2005e.

VIANNA, R. C. e MOREIRA, F.K. *O Papel atual das Organizações Internacionais e a Inserção Brasileira*. In: **Revista Jurídica. Guarapuava**: Faculdade Novo Ateneu, 2001. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Informações do site. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/como-funciona/>>. Acesso em 17.jun.2012.

DE SOUZA, Mércia Cardoso; MENDES, Gabriela Flávia Ribeiro; VIEIRA FILHO, José Maurício. Considerações sobre a Contribuição de Francisco de Vitoria para o Direito Internacional Contemporâneo. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8185](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8185). Acesso em 17.jun.2012.



## DA INIMPUTABILIDADE DOS SOBERANOS À RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS CHEFES DE ESTADO

*\*Gabriela Vieira da Costa*

### RESUMO

O impacto causado pelas atrocidades e barbáries cometidas durante as duas grandes guerras, mudou a visão clássica que se tinha de soberania, vigorando a ideia de supranacionalidade e imperando a necessidade de uma corte criminal internacional permanente para julgar as constantes ocorrências de violações a direitos humanos pelos Estados. Em resposta a este anseio global, o Estatuto de Roma foi firmado, criando o Tribunal Penal Internacional (TPI), o qual, ainda que atuante de forma complementar a jurisdição dos Estados, representou a primeira resposta eficaz em direção ao fim da impunidade e à preservação e proteção dos direitos humanos. O Estatuto de Roma definiu competência específica ao TPI para julgar crimes contra humanidade, genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão, sendo o último definido em 2010, na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, em Kampala (Uganda), pelo qual, hoje, se vislumbra a possibilidade da responsabilização individual de um chefe de Estado.

**Palavras-Chave:** Chefe de Estado. Crimes de agressão. Flexibilização. Responsabilização individual. Soberania.

### ABSTRACT

The impact caused by the atrocities and barbarism committed during the two world wars, changed the classic vision of sovereignty, standing the idea of supranationality and the necessity of a permanent international criminal court to judge the continuous violations of human rights committed by the States and its Sovereign. As an answer, the Rome Statute was signed, creating the International Criminal Court (ICC), which act based on the principle of complementarity, subsidiary to the States, representing the first efficient step toward to the end of impunity and the preservation of human rights. The Rome Statute gave specific competence to the ICC to judge crimes against humanity, genocide, crime of war and crimes of aggression, which has been defined in the Conference from revision of the Rome Statute in Kampala (Uganda), promoting the possibility of individual responsibility of a head of state, for crimes that he had given rise.

**Keywords:** Crimes of aggression. Flexibility. Head of State. Individual Responsibility. Sovereignty.

---

\* Acadêmica do X semestre da Faculdade de Direito de Passo Fundo, RS.





## INTRODUÇÃO

A ideia clássica de soberania, conferindo ao Estado e ao seu Soberano independência plena além de suas fronteiras, influenciou o desenvolvimento do direito internacional e pode ter sido responsável pela impunidade, durante séculos, de barbáries e atrocidades cometidas contra nações e etnias. O choque tomado pela população mundial durante as duas grandes guerras iniciou um movimento de aceitação da supranacionalidade e a convicção da importância e da real necessidade de uma corte penal permanente e imparcial para julgar crimes contra a humanidade e as frequentes violações aos direitos humanos cometidas por Estados e seus representantes, que mostrava a vida, de forma descartável. A assinatura do Estatuto de Roma e a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) demonstrou o quanto à comunidade internacional se desenvolvia, mesmo que não dotado de total imparcialidade, eis que submetido, ainda, ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, o TPI foi o primeiro grande passo em direção ao fim da impunidade e a preservação e proteção dos direitos humanos. Atuando pelo princípio da complementaridade, ou seja, de forma subsidiária aos Estados, o TPI ganhou competência material específica para julgar crimes contra humanidade, genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão, sendo que o último apenas fora definido em 2010, na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, em Kampala (Uganda), gerando discussões e interpretações diversas, dando, pela primeira vez, a possibilidade da responsabilização individual de um chefe de Estado, por delitos que tenha dado ensejo. A soberania do Estado fora flexibilizada e a imunidade do chefe de Estado condicionada a sua ação digna e de respeito aos direitos humanos.

### 1 SOBERANIA E INIMPUTABILIDADE

Desenvolvida por reis e príncipes, apoiados pela burguesia e pela aristocracia feudal, a ideia de soberania nasceu no final da idade média, com o surgimento do Estado Moderno, eliminando a poliarquia característica da ordem política medieval, passando, o Estado, a exercer a *summa potestas* em relação aos demais poderes atuantes em seu território. Consolidando-se internamente, os governantes não mais estavam sujeitos a limitações em suas relações exteriores e às ingerências da Igreja Católica e do Sacro Império Romano Germânico, que visavam obter hegemonia decisória nos domínios espiritual e político (LEWANDOWSKI, 2002, p. 187).



A ideia de inalienabilidade e indelegabilidade da soberania estatal, considerando essencial à independência do Estado a sua autonomia frente aos demais entes internacionais, é apresentada por Emmerich de Vattel, o qual salienta que a população forma a sociedade para viver em conformidade com suas regras e não submissas à vontade de estrangeiros.

[...] Toda verdadeira soberania é inalienável por sua própria natureza. Podemos convencer-nos disso facilmente se prestarmos atenção à origem e à finalidade da sociedade política e da autoridade soberana. Uma nação toma forma de um corpo social para trabalhar para bem comum, como julgar melhor, para viver segundo suas próprias leis. Ela estabelece, nessa perspectiva, uma autoridade pública [...]. De fato, os cidadãos privados que formaram esta sociedade nela entraram para viver em um Estado independente e não, em absoluto, para ficar submisso a um jugo estrangeiro (VATTEL, 2008, p. 209).

Vattel, ainda, acentua que a soberania emana da própria sociedade, que delegou ao monarca seus direitos, a fim de buscar o melhor para todos, o bem comum.

[...] a soberania é essa autoridade pública que manda na sociedade civil, que ordena e dirige o que cada um deve nela fazer para atingir seus fins. Essa autoridade pertence original e essencialmente ao próprio corpo da sociedade, ao qual cada membro se submeteu e cedeu os direitos que auferia da natureza de guiar-se em todas as coisas seguindo suas luzes, por sua própria vontade e de fazer justiça por si mesmo (VATTEL, 2008, p. 179).

O princípio de soberania é tão antigo quanto o próprio Estado, sendo utilizado pelos monarcas para justificar o seu poder e sua autonomia frente às determinações da igreja católica, a qual detinha grande influência na administração e condução dos reinos/impérios.

De início, o seu papel era essencialmente o de consolidar a existência dos Estados que se afirmavam na Europa contra a dupla tutela do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Até o século XVIII, apoiados e encorajados por Bodin, por Vattel e pelos maiores filósofos do seu tempo, os monarcas encontraram naquele princípio a justificação do seu absolutismo (PELLET, 2003, p.433).

Entretanto, a soberania entendida como poder absoluto e supremo do Estado, impeditivo de qualquer tipo de submissão a uma ordem externa, impediria a existência e negaria o próprio direito internacional, causando sensação de insegurança quando em relações extraterritoriais.



A concepção medieval, ainda influencia o direito internacional, na medida em que baseou o princípio da não intervenção, invocado até os dias de hoje e claramente disposto no artigo 2º, 7, da Carta das Nações Unidas, que proíbe interferência, direta ou indireta, nos assuntos internos ou externos de outro Estado, ou seja, institui que as relações internacionais não afetarão interesses nacionais e a independência estatal será preservada. A observância estrita a este princípio, contudo, pode ser responsável pela falta de repressão eficaz às violações aos direitos humanos cometidas por Estados e/ou pessoas em seu nome.

No plano internacional, por falta de meios legais e institucionais para coibir crimes contra humanidade, genocídios, massacres, torturas e outras tantas violações aos direitos humanos, praticadas em grandes dimensões, sobretudo em razão da intangibilidade dos governantes por eles responsáveis, muito pouco se fez para reprimir esse tipo de conduta, até o final da Segunda Guerra Mundial (LEWANDOWSKI, 2002, p. 188). A inimputabilidade estava enraizada e fora difundida por pensadores e filósofos durante séculos, ganhando, ao longo dos anos, contorno jurídico.

Somente após a Primeira Guerra Mundial (IGM), período em que a comunidade global fora impactada com operações com armas de extermínio em massa, destruições e atrocidades causadas pelos Estados em conflito e a morte de cerca de 15 milhões de pessoas, a concepção acerca da impunibilidade dos chefes de Estados começou a se alterar, apesar de apresentar pouca efetividade.

Diante do quadro de total impunidade dos governantes e chefes de Estado, permitindo que atrocidades e violações freqüentes aos direitos humanos fossem cometidas, sem qualquer sanção, o cenário mundial requeria providências no intuito de evitar e punir aqueles que de barbáries se utilizavam para impor seu poder ao demais. Tratativas de um tribunal para julgar tais violações se iniciaram, resultando no estabelecimento de tribunais *ad hoc* e, por fim, na instituição de uma corte permanente.

## 2 SUPRANACIONALIDADE E JURISDIÇÃO

As tentativas de estabelecer um Tribunal Penal Internacional, ainda que ausente de imparcialidade, datam de 1474, pelo Sacro Império Romano, a fim de aplicar as “leis divinas e humanas” (LEWANDOWSKI, 2002, p. 189). A impunidade que preponderava sobre as atrocidades cometidas em conflitos internacionais tornava evidente a necessidade de um tribunal penal internacional livre de interesses políticos, e,



somente após o término da Primeira Guerra Mundial, em 1919, com Tratado de Versalhes, o surgimento de uma jurisdição internacional, efetivamente, começou a ser cogitada (BERNARDES, 2011, p.2).

Comissões internacionais e tribunais penais internacionais *ad hoc* foram criados, entre os anos de 1919 e 1994, a fim de investigar casos particulares de atrocidades cometidas em diversas localidades, ainda que de forma modesta.

Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o fenômeno da supranacionalidade, contrapondo-se ao caráter intergovernamental clássico e as correntes de organização internacional até então conhecidas, foi concebido e um novo conceito de soberania apareceu. A integração econômica internacional, pelo qual uma composição política, legislativa e jurídica, interna e externa, é o único meio capaz de se alcançar uma integração ideal, antagônico à Teoria Liberal do Estado, amplamente difundida à época, baseou o que daria ensejo à criação de um tribunal penal internacional permanente e, posteriormente, a responsabilização individual dos governantes/chefes de Estado.

A submissão dos Estados a um poder de punição do direito internacional é uma concepção que não se cogitava até o final do século XIX, quando se intensificou a ideia de um *jus puniendi* internacional, abrangendo crimes perpetrados contra o próprio Direito Internacional, cuja gravidade é tão grande, em decorrência do horror e da barbárie que determinam ou pelo perigo que representam ao mundo, que passam a ser de interesse de todos os Estados (MAZZUOLI, 2010, p.940-941).

Durante a Segunda Guerra Mundial (IIGM), as violações aos direitos humanos ultrapassaram os limites da crueldade, tendo nela perecido cerca de 55 milhões de pessoas (dados não oficiais). Entretanto, a forte influência política exercida pelos Estados, além das dificuldades logísticas, legais e burocráticas, impediram que maior avanço fosse dado a essas comissões e tribunais (BERNARDES, 2011, p.4).

O holocausto – perseguição e extermínio de judeus vivido na IIGM (1939 - 1945) – foi o ápice de desrespeito à dignidade e aos direitos inerentes à pessoa humana, apresentava o ser humano como descartável e destituído de quaisquer direitos. Esse quadro de atrocidades contribuiu para a internacionalização dos direitos humanos, uma vez que gerou uma preocupação com a repetição deste tipo de barbárie. Visava-se então, evitar qualquer tipo de desrespeito a direitos desta monta, resgatando-se a ideia de uma cidadania mundial e/ou de reconstrução dos direitos humanos.



O desenvolvimento, então, desta “humanização” do Direito Internacional pode ser atribuído às atrocidades cometidas na IIGM ou, também, à crença de que se existisse um “sistema internacional de direitos”, essas violações poderiam ter sido evitadas (MAZZUOLI, 2010, p. 942).

A magnitude das atrocidades cometidas durante a segunda Guerra Mundial, marcadas por uma lógica de descartabilidade dos seres humanos, instigou os aliados, todavia, a constituírem dois tribunais penais internacionais: em Nuremberg e em Tóquio (PIOVESAN, 2010, p. 203).

Em resposta às atrocidades cometidas pelos Nazistas, durante a Segunda Grande Guerra, fora criado, pelos governos da França, Estados Unidos, Grã-Bretanha e da antiga União das Republicas Socialistas Soviéticas (por acordo em Londres) o Tribunal de Nuremberg, que, com intuito de julgar os grandes “criminosos de guerra” do Eixo, acusados de colaboração direta para com o regime nazista, acabou por impulsionar a internacionalização dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2010, p.942).

Nesta mesma seara, foram criados o Tribunal Penal de Tóquio – para julgar os crimes perpetrados pelas antigas autoridades do Japão imperial – e, posteriormente, outros dois tribunais internacionais para julgar as atrocidades cometidas na antiga Iugoslávia e em Ruanda. Esses tribunais específicos (*ad hoc*) demonstraram ser possível a instauração de tribunais penais internacionais para responsabilizar indivíduos por graves violações de direitos humanos, em uma época marcada por conflitos étnicos e culturais (PIOVESAN, 2010, p.205).

A Carta do Tribunal de Nuremberg fora pioneira, na medida em que introduziu o indivíduo, pela primeira vez, nas questões penais internacionais e relativizou a soberania do Estado. Entretanto, em decorrência dos sistemas criminais distintos, ausência de definição de crimes e ausência de precedentes, muitas dificuldades impediram que a carta fosse melhor elaborada.

Em 1993, ante as notícias de violações constantes cometidas na guerra da ex-Iugoslávia (massacres, “limpeza étnica”, estupros, etc.), o Conselho de Segurança da ONU estabeleceu um Tribunal Penal *ad hoc* para julgar tais violações, o que não intimidou os criminosos, que continuaram a agir impunes até a metade do século XX. O quadro só mudou quando a comunidade internacional interveio na Ex-Iugolávia, onde a disputa entre sérvios contra croatas e outras etnias estava acirrada, bem como em Ruanda, em que extremistas hutus massacraram a nação tutsi. Diante de tais situações,



foram criados dois tribunais *ad hoc* – em 1993 e 1994 – no intuito de punir e evitar abusos e violações de tal monta (BERNARDES, 2011, p.8).

A necessidade de uma Corte Criminal Permanente era evidente, principalmente, para evitar que se selecionasse quem e quando será julgado por determinado tribunal, eis que os tribunais *ad hoc* dependem de decisão do Conselho de Segurança da ONU, sobre a qual cinco potências tem poder de veto, podendo ser parcial e optar por criar/delegar julgamento a um tribunal *ad hoc* em determinado caso.

Apesar da criação de tribunais não ser pacífica, eis que determinada por um órgão político e não por tratado multilateral, trouxe a responsabilidade penal individual por violações a direitos humanos e contribuiu, significativamente, para a construção de um ordenamento jurídico internacional.

As tratativas para o estabelecimento de uma corte criminal permanente, competente para julgar crimes graves à comunidade internacional, independente do local de seu cometimento, culminaram com a aprovação, em 1998, em Roma, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), demonstrando o interesse da comunidade global em punir os agentes antes intangíveis, dando à nova Corte Criminal competência de jurisdição sobre crimes considerados bárbaros, que afetam à dignidade de toda a humanidade, tais como: genocídio, crimes contra a humanidade, de guerra e de agressão, estando este último, dependente de definição, até o ano de 2010.

O principal elemento do TPI é que sua jurisdição é complementar ao sistema nacional de justiça criminal, ou seja, ele não prepondera sobre o tribunal nacional, ao contrário, é o tribunal nacional que tem a “prioridade” sobre o TPI, o qual atuará quando o Estado não tiver condições ou não demonstrar interesse na investigação ou no processo crime (CASSESSE, 2003, p. 456).

Sua jurisdição, assim, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas no que diz respeito ao processo e ao julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem a legislação penal e processual internas.

Quanto à sua competência material, segundo o artigo 5º do Estatuto de Roma, cabe ao Tribunal Penal Internacional averiguar a ocorrência e julgar crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e os crimes de agressão. Entretanto, no que tange ao último, a jurisdição do Tribunal estava condicionada a uma definição, a qual só se deu na Conferência de Kampala (Uganda), realizada em 2010 e trouxe mudanças ao cenário internacional.



O Crime de Agressão fora definido e imputada responsabilização aos agentes causadores da guerra de agressão.

Para existir um crime de agressão é necessário imprescindivelmente haver ocorrido um ato de agressão; ou seja, para se imputar responsabilidade criminal ao sujeito que gerou a agressão relacionada ao estado (e assim, cometeu o ilícito crime de agressão) é indispensável previamente haver sido determinada a agressão (AMBOS, 2005, p.90).

A possibilidade da responsabilidade individual do sujeito responsável por crimes contra o direito internacional, foi estabelecida como princípio na jurisprudência do Tribunal de Nuremberg, retirando o “escudo” da responsabilidade estatal, dos indivíduos que deram origem a crimes bárbaros, possibilitando esta duplicidade de responsabilização, tanto do Estado quanto do indivíduo, para crimes como os de agressão. A discussão na formação do conceito envolvia, inclusive, sua imputação, se o delito se restringia a pessoas com poder e controle político e/ou militar ou a todos aqueles indivíduos que o cometerem.

A definição e determinação dos crimes de agressão, entretanto, até a Conferência de Kampala (Uganda), ficou a critério da Organização das Nações Unidas – ONU, cujo artigo 39, de sua Carta, delega a competência ao Conselho de Segurança, órgão essencialmente político, para determinar a ocorrência ou não do crime, no intuito de manter a paz e a segurança internacional.

Artigo 39. O conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura de paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com o artigo 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

A interferência do Conselho de Segurança na atividade dos Tribunais Internacionais, sempre foi discutida. A Corte Internacional de Justiça já trabalhou com casos envolvendo agressão e, no caso Nicarágua, dispensou a determinação da existência de agressão pelo Conselho de Segurança (AMBOS, 2005, p.90).

A definição de agressão extrapola os limites de apenas uma ação, havendo divergências no que tange a sua consumação, se ocorre com a efetiva agressão, ou com mero planejamento ou ameaça. Ainda, incerta está a competência de jurisdição sobre tal crime, eis que, em Kampala, fora aprovada a Resolução nº 6, contendo a definição dos crimes de agressão e possibilitando o exercício da jurisdição do Tribunal (OLIVEIRA, 2011).





A controvérsia que se insurge da aprovação da resolução nº 6, no que tange ao papel do Conselho de Segurança é quanto à configuração e as medidas a serem tomadas quando da ocorrência de um ato de agressão. De acordo com o disposto no artigo 39, capítulo VII, da Carta da ONU, cabe ao Conselho de Segurança determinar a existência de um ato de agressão e, sobre ele, fazer recomendações ou decidir as medidas a serem tomadas, a fim de cessar a agressão. Os Membros Permanentes do Conselho de Segurança entendem que o artigo 39 da Carta confere a eles “exclusivo” poder para determinar a existência de um ato de agressão e, por isso, a determinação da agressão pelo Conselho é condição essencial para o exercício de jurisdição do TPI (CLARK, 2010, 1103-1015).

A ausência de necessidade de pronunciamento do Conselho de Segurança, entretanto, impossibilitaria que seus membros permanentes vetassem a remessa de determinado fato ao TPI, decidindo pela não ocorrência de agressão. E, assim sendo, certas ações dos enviados de paz da Organização das Nações Unidas poderiam ser consideradas como atos de agressão e, conseqüentemente, os dirigentes políticos por elas responsabilizados (AMBOS, 2005, p.93).

## CONCLUSÃO

Ocorre, que a aprovação, em Kampala, da Resolução nº 6, a qual inseriu no Estatuto de Roma o artigo 8 *bis*, definindo o crime de agressão como “o planejamento, preparação, início ou execução, por uma pessoa em uma posição efetiva de exercer controle sobre ou de dirigir uma ação política ou militar de um estado, de um ato de agressão que, por seu caráter, gravidade e escala, constitua uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas, conferiu competência ao TPI para determinar e julgar tais condutas, da mesma forma que os crimes contra a humanidade, de genocídio e os crimes de guerra, tornando sua jurisdição independente da manifestação do Conselho de Segurança da ONU.

Não se vislumbra, neste momento, necessidade de aprovação ou determinação do referido Conselho para definir o que constituiria, de fato, o crime de agressão, eis que, havendo um conceito claro, ainda que possibilitando interpretações diversas, não há problema em identificar condutas que se enquadrem neste tipo, submetendo-se, o agente causador, à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.



Destarte, entende-se, ainda, que na situação em que a comunidade global se encontra, delegar a um órgão essencialmente político a decisão do que é ou não um crime de agressão, representa um retrocesso e descaracteriza o papel que o Tribunal Penal Internacional veio cumprir.

## REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. **Julgamento de Crimes Internacionais em âmbito nacional e internacional: entre justiça e Realpolitik**. Traduzido por: Cassio Eduardo Zen, José Carlos Portella Jr. e Larissa Pereira Rodrigues, sob supervisão da professora Dra. Tatyana Scheila Friedrich. Revista Brasileira de direito Internacional. Ano I, nº 01. 1º semestre de 2005.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. **A Importância para a Humanidade do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <[www.revistaintellector.cenegri.org.br/ed2011-14/marcelo\\_bernardes-2011-14.pdf](http://www.revistaintellector.cenegri.org.br/ed2011-14/marcelo_bernardes-2011-14.pdf)> . Acesso em: 10 de maio de 2012.

CASSESSE, ANTONIO. **International Law**. 2ª Ed., 2005.

CLARK, Roger S. **Negotiating Provisions defining the Crime of Aggression, its Elements and Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It**. Disponível em: <[www.ejil.org/pdfs/20/4/1942.pdf](http://www.ejil.org/pdfs/20/4/1942.pdf)> Acesso em: 15.11.2011

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Resolution n. 6 of the Assembly of States Parties**, 2010. Anexo I, par.2º. disponível em:<[www.icc-cpi.int/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res-6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/asp_docs/Resolutions/RC-Res-6-ENG.pdf)> Acesso em 15.11.2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12>>. Acesso em: 10.05.2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

OLIVEIRA, Gabriela Werner. **Prospectos da Conferência de Kampala: O Tribunal Penal Internacional, o Conselho de Segurança da ONU e o Crime de Agressão**. Disponível em: <<http://www.jurua.com.br/bv/sumario.asp?arq=esdint21>> . Acesso em 14.11.2011

PIOVESAN, Flávia. IKAWA, Daniela Ribeiro. **O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. Temas de Direitos Humanos. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.



Resolution n. 6 of the Assembly of states Parties, 2010. Anexo I, par.2º. disponível em:[www.icc-cpi.int/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res-6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/asp_docs/Resolutions/RC-Res-6-ENG.pdf) Acesso em 15.11.2011.

PELLET, Alain. et al. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

VATTEL, Emerich de. **O direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes**. Ijuí: Ed. Universidade Regional do Noroeste do Estado, 2008.



## PROTEÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL BRASILEIRA E A SUSCITADA VIOLAÇÃO DO TRATADO INTERNACIONAL NO CASO CESARE BATTISTI.

*Cecilia Juliano Sandrini*<sup>598</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo principal analisar o caso Cesare Battisti à luz do direito internacional, busca-se verificar a interpretação dada pelos Estados envolvidos em uma polêmica, tornada um conflito internacional, a partir da decisão proferida pelo então Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, principalmente no que se refere à decisão de não concessão da extradição do nacional italiano e a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca desta decisão. O caso Cesare Battisti, então, é abordado por envolver o instituto da extradição normatizado por meio de tratados internacionais firmados entre dois países, neste caso, o Brasil e a Itália.

**Palavras chaves:** Cesare Battisti; Conflito Internacional; Soberania Nacional.

**Abstract:** This paper attempts to analyze the case of Cesare Battisti under international law, looking for verify the interpretation given by the States involved in a controversy, which was made an international conflict from the decision of the ex-President Luis Inacio Lula da Silva, especially in regard to the decision of not to grant the extradition of the Italian national and the interpretation given by the “Supremo Tribunal Federal” about this decision. The case of Cesare Battisti is addressed by engaging the extradition institute regulated by international treaties signed between two countries, in this case, Brazil and Italy.

**Key Words:** Cesare Battisti; international conflict; National Sovereignty.

## INTRODUÇÃO: O BRASIL NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

O presente artigo propõe uma análise do caso Cesare Battisti sob a ótica do direito internacional público, abordando as decisões do judiciário brasileiro, especificamente em defesa da soberania estatal diante do conflito internacional gerado a partir da suscitada violação ao tratado bilateral de extradição firmado entre o Brasil e a Itália.

---

<sup>598</sup> Graduanda do curso de direito da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL).



O direito internacional público é uma área do sistema jurídica pouco explorada nas pesquisas acadêmicas. Sua relevância torna-se cada vez mais urgente na medida da crescente interação entre países pela via da globalização.

O Brasil ingressou no processo de globalização ainda sob a cultura que creditava ao país uma posição subalterna, dependente, que lhe atribuía o lugar “terceiro mundista”. Passados aproximadamente 40 anos, se considerarmos a mundialização iniciada na década de 80 (século XX), o Brasil vem desvinculando-se desta posição, tanto do ponto de vista econômico quanto social. Razão pela qual é preciso afirmar juridicamente a entrada do país nos conflitos internacionais a partir da discussão nivelada, não mais subjugada, aprofundando pesquisas que num futuro poderão sustentar na forma legal a soberania política do Estado brasileiro.

Discutir a posição brasileira nos conflitos internacionais, em especial com o Estado italiano, marcando assim uma possibilidade de reflexão dos cidadãos a respeito de seu próprio país em relação aos “opositores”.

## **O CASO BATTISTI: UMA POLÊMICA, UM CONFLITO**

Cesare Battisti é um ex-ativista político italiano, que fazia parte do grupo Proletariados Armados pelo Comunismo (PAC). Acusado de quatro homicídios ocorridos na Itália durante a luta armada na década de 70, do século XX.

As vítimas seriam: Antonio Santoro, agente penitenciário, vítima de homicídio premeditado ocorrido em 6 de junho de 1977 em Udine; Pierluigi Torreggiani vítima de homicídio em 16 de fevereiro de 1979, em Milão; Lino Sabbadin vítima de homicídio premeditado ocorrido em Mestre, também no dia 16 de fevereiro de 1979; Andrea Campagna, um agente de polícia, também vítima de homicídio premeditado em 19 de abril de 1979, na cidade de Milão.

Por decisão da Corte de Apelação de Milão, Battisti foi condenado, levando-se em conta os agravantes de concurso de agentes e crueldade. A pena estabelecida foi de prisão perpétua, com isolamento diurno inicial durante seis meses.

A autoria dos homicídios acima mencionados não foi atribuída somente a Battisti, mas sim a todos os integrantes do grupo revolucionário PAC. Muitos deles também foram condenados pela Corte de Milão, fazendo parte do mesmo processo, tanto que a sentença proferida é também conhecida como “*sentenza PAC*”.



O PAC surgiu na Itália, em 1976, durante os chamados “anos de chumbo”, como uma organização de extrema esquerda. A sentença da Corte de Milão de 1990<sup>599</sup> os definiu como “[...] um bando armado de associação subversiva” (tradução nossa), e ainda atribuiu ao grupo “subversivo” a prática de outros atos como numerosos roubos, sequestros e outros crimes conexos à atividade delituosa do grupo.

Battisti foi preso na Itália, em 1979, mas em 1981 ele foge da prisão italiana, refugiando-se inicialmente no México e depois na França. Na França, Cesare Battisti encontrou refúgio em um momento político no qual o presidente socialista François Mitterrand negava a extradição de ativistas que estiveram envolvidos em lutas ideológicas e que já tivessem renunciado à violência e a luta armada.

Devido à pressão do governo italiano exercida por meio de reiterados pedidos de extradição, em 2004 depois uma mudança no governo francês, Battisti foi detido em Paris em fevereiro daquele ano e em seguida colocado em liberdade vigiada à espera da extradição. Diante do iminente extradição por parte do governo francês Cesare Battisti fugiu refugiando-se no Brasil.

Após três anos vivendo ilegalmente no Brasil, Battisti foi detido no Rio de Janeiro, por agentes da Polícia Criminal Internacional com ajuda da polícia francesa, em 18 de março de 2007, logo depois foi transferido para a custódia da Superintendência de Polícia Federal do Distrito Federal. Posteriormente, por decisão do Ministro Cesar Peluso, foi transferido para o Complexo Penitenciário da Papuda, para aguardar o desfecho do processo extradicional. Neste mesmo momento o governo italiano apresentou ao Supremo Tribunal Federal o pedido de extradição, dando início ao processo extradicional nº 1.085.

A prisão preventiva de Battisti foi decretada no dia 1º de março de 2007, pelo então relator do processo, o Ministro Celso de Mello baseou o mandato na ausência das causas descritas na Lei nº. 6.815/80 e no Tratado Bilateral de Extradição firmado entre os dois países. “[...] ausentes as causas impeditivas previstas no art. 77 da Lei 6.815/80, e no art. IIIº do tratado bilateral, ao menos sob o crivo daquele juízo prévio e sumário, o Ministro Celso de Mello, então relator, decretou a preventiva do extraditando<sup>600</sup> [...]”.

---

<sup>599</sup> ITÁLIA. La Seconda Corte D'assise D'appello Di Milano. 1993. Disponível em:

<<http://www.vittimeterrorismo.it/archivio/atti/sentenzaPAC1993.pdf>> Acesso em 10 set. 2011

<sup>600</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXTRADIÇÃO nº 1.085, Acórdãos. Relator: Min. César Peluso. Brasília, DF, 16 de abril de 2010a. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+>



Inicialmente, o então Ministro da Justiça, Tarso Genro, concedeu o asilo político a Cesare Battisti, alegando que o italiano era vítima de perseguição política. Tal decisão, como dito na introdução deste trabalho, gerou tanto reações de apoio, quanto de condenação da decisão do Ministro da Justiça brasileiro.

O processo de extradição foi julgado definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Sessão Plenária de 16 de dezembro de 2009, momento no qual, por maioria dos votos os ministros decidiram pelo deferimento do pedido de extradição, não caracterizando os atos praticados como crimes políticos. O Supremo Tribunal Federal, STF, resolvendo a “questão de ordem”, decretou ainda que competia, exclusivamente, ao Presidente da República decidir sobre a entrega do extraditando, respeitando os limites do Tratado firmado.

O fundamento utilizado pelos ministros, para embasar a decisão de não caracterização de crime político, foi a inexistência de estado de exceção e a falta de intenção política. Os ministros afirmaram que “[...] os homicídios foram praticados por membro de organização clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito [...]”<sup>601</sup> e sem nenhum propósito político.

A decisão de não entregar o extraditando, proferida pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, baseou-se no parecer dado pela Advocacia Geral da União, (AGU/AG-17/2010) considerou haver ponderáveis razões para suposição de que o extraditando Cesare Battisti poderia sofrer discriminação e represálias em razão de sua situação pessoal. Com isso, reconheceu-se que, de acordo com o artigo 3, § 1, ‘f’, do Tratado, a extradição não poderia ser concedida.

Coube ao STF analisar a reclamatória ajuizada pelo governo italiano, questionando a decisão do Ex-Presidente da República e requerendo a concessão de liminar que suspendesse o ato presidencial até o julgamento do mérito da ação, como se extrai das considerações do Ministro Gilmar Mendes.

---

1085%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+1085%2EACMS%2E%29&base=base Acordaos> Acessado em: 25 out. 2011.

<sup>601</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXTRADIÇÃO nº 1.085, Acórdãos. Relator: Min. César Peluso. Brasília, DF, 16 de abril de 2010a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+1085%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+1085%2EACMS%2E%29&base=base Acordaos>> Acessado em: 25 out. 2011.





Nesta ocasião, o STF, por maioria de votos entendeu que a decisão de Lula, ao levantar a hipótese de fundado temor de perseguição descrita na alínea “f” do art. 3º do decreto 863/93, respeitou os limites do Tratado, agindo, assim, em conformidade com as atribuições a ele impostas pela Constituição da República Federativa do Brasil e ratificadas pelo próprio STF.

Assim, o STF homologou a decisão do então Presidente da República, não concedendo a extradição de Battisti ao governo italiano, garantindo assim a sua liberdade.

Com esta decisão, Battisti foi posto em liberdade, no dia 9 de junho de 2011. No mesmo dia, a defesa de Cesare encaminhou ao Ministério da Justiça pedido de visto permanente. O Conselho Nacional de Imigração, vinculado ao Ministério do Trabalho, concedeu no dia 22 de junho de 2011, a autorização de permanência para Battisti. Esta autorização é um pré-requisito para a concessão do visto definitivo solicitado.

Após uma longa e conturbada batalha judicial, que inclusive envolveu um conflito diplomático entre o Brasil e a Itália e a obtenção de repercussão mundial, Battisti hoje vive legalmente livre no Brasil. Como um cidadão estrangeiro vivendo no país, no dia 15 de agosto de 2011 ele recebeu a cédula provisória de estrangeiro, expedida pelo Ministério da Justiça, e no final do mês de agosto recebeu o seu número de CPF.

## **ATO DE SOBERANIA ESTATAL DIANTE DE UM CONFLITO DIPLOMÁTICO**

É importante relembrar o conceito de diplomacia, de conflitos diplomáticos, e ainda de soberania estatal, estabelecendo ainda a importância desta para os Estados.

Diplomacia é o meio pelo qual os Estados mantêm relações com os demais. Através dela é possível que os Estados estabeleçam acordos legais ou políticos entre si.

Os conflitos diplomáticos podem ser definidos como o desentendimento entre dois países, e ocorre quando um país discorda de um determinado ato jurídico ou fato ocorrido no outro país. Podem ser gerados pelos mais variados motivos, desde a adoção de um plano econômico, até decisões proferidas por tribunais de um dos países, somente se o fato que deu origem ao conflito afete, de alguma forma, o outro país signatário do acordo.



Soberania é um dos elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito, de acordo Bobbio, Matteucci e Pasquino<sup>602</sup> “[...] o conceito político-jurídico de Soberania indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo”.

Assim, tem-se que a soberania é a expressão da independência do Estado e a presunção de sua competência, a soberania não é um poder absoluto em relação aos outros Estados, porém não existe entidade com poder maior que este.

O instituto da soberania nacional está diretamente vinculado com a independência política e administrativa de um país, uma vez que esta somente será respeitada a partir do momento em que o país não depender de interferências externas na tomada de uma decisão.

A soberania estudada nas relações internacionais revela-se uma instituição jurídica, intimamente vinculada com o poder que cada um dos Estados possui dentro do limite de seu território. A soberania, neste caso, aparece como um poder supremo, mas não ilimitado, no que se refere à sua relação com as sociedades internacionais, mais especificamente, às normas de direito internacional a que cada país se submete. Ou seja, a soberania é definida nos limites territoriais de cada país, mas seu efetivo exercício é sempre relacional.

A soberania é expressão jurídica da independência dos Estados, fundamentando o direito a não-ingerência<sup>603</sup> de terceiros nos seus assuntos internos. No entanto, em toda e qualquer relação entre países há uma gama de leis, convenções e tratados que necessariamente precisam ser observados para sustentação das decisões. Pois, como salientam Din, Daillier e Pellet<sup>604</sup> “A soberania não implica de maneira nenhuma que o Estado possa liberar-se das regras do direito internacional”.

A existência das obrigações internacionais do Estado não comprometem sua independência, nem violam a sua soberania. E, a este respeito Hans Kelsen<sup>605</sup> aduz que, “[...] pode-se dizer que o tratado não prejudica a soberania, já que, definitivamente,

---

<sup>602</sup> BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5.ed. Brasília: UNB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. 2v.

<sup>603</sup> Conforme Jean Touscoz (1994, p.66), o princípio da não-ingerência significa a não intervenção de um Estado nas questões internas de outro. TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Trad. Nuno Canas Mendes. Portugal: Publicações Europa-América, 1994

<sup>604</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Trad. Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

<sup>605</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2.ed.rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2004.



esta limitação se baseia na própria vontade do Estado [...]; mais ainda: em virtude desta limitação, fica assegurada a soberania estatal”.

No caso Cesare Battisti, ao envolver a extradição de estrangeiro requerida por seu país de origem, de acordo com o explanado no primeiro capítulo, cabe ao presidente da República a última palavra quanto à concessão ou não da extradição.

Nas palavras do subprocurador Geral da República, Carlos Eduardo Vasconcelos:

A extradição é um ato de soberania, um ato que em última análise, o chefe de Estado, que é o titular do exercício das relações internacionais, realiza por conveniências políticas.

No Brasil estabeleceu-se que a competência para apreciar a legalidade da extradição é do Supremo Tribunal Federal, [...], mas a palavra final sobre a extradição é do presidente da república, como representante externo da pessoa jurídica de direito internacional chamada República Federativa do Brasil, tem a prerrogativa de analisar aspectos políticos sobre esta efetivação da extradição<sup>606</sup>. (informação verbal)

A este respeito, Roberto Caparroz<sup>607</sup> aduz que na atual jurisprudência do STF, firmada a partir do caso Battisti:

[...] o ato do Presidente da República é representativo da soberania estatal e, portanto, exclusivo e indeclinável, de sorte que não caberia, em tese, sua revisão pelo judiciário brasileiro, mas, sim, se fosse o caso, eventual mediação pela Corte Internacional de Justiça, por descumprimento do tratado.

O presidente da república possui a prerrogativa de estabelecer critérios para recusar a extradição, mesmo que estes critérios gerem uma decisão eminentemente política. De acordo com Antônio Carlos de Almeida Castro, “[...] quando o Supremo concede a extradição, tem o juízo político, discricionário da Presidência da República [...]”<sup>608</sup>. (informação verbal)

Desta forma, a decisão proferida pelo então presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva restou caracterizada como ato de competência do representante do Estado,

---

<sup>606</sup> Informações fornecidas por meio do programa Artigo 5º da TV justiça, postado no You Tube em 20. jun. 2011 que tratava sobre a extradição, o vídeo encontra-se disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=RccUqGQEZvY&feature=related>, tendo como título: Extradição – parte 1. Acessado em: 30 abr. 2011

<sup>607</sup> CAPARROZ, Roberto. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012

<sup>608</sup> Informações fornecidas por meio do programa Artigo 5º da TV justiça, postado no You Tube em 20. jun. 2011 que tratava sobre a extradição, o vídeo encontra-se disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=RccUqGQEZvY&feature=related>, tendo como título: Extradição – parte 1. Acessado em: 30 abr. 2011



a fim de resguardar a soberania brasileira diante do conflito internacional estabelecido diante do Estado italiano.

## A DECISÃO DO STF E A SUSCITADA VIOLAÇÃO AO TRATADO VIGENTE

Após a já mencionada decisão de não concessão de extradição de Cesare Battisti, manifestada pelo Presidente da República, o governo italiano, alegando violação do tratado de extradição firmado entre os países, recorreu ao STF.

Em conformidade com o explanado no primeiro capítulo, a violação de um tratado bilateral pode gerar a extinção do mesmo, e a representação do país infrator à Corte Internacional de Haia, e o caso encaminhado ao Tribunal Internacional de Justiça.

O art. 60, § 3º da Convenção de Viena, apresenta o conceito do que seria considerada uma violação a um tratado, porém o §5º apresenta uma ressalva, afirmando que não poderão ser aplicadas as sanções contidas no próprio artigo quando o caso versar sob a proteção da pessoa humana.

Segundo o subprocurador Geral da República, Carlos Eduardo Vasconcelos, o tratado firmado entre os dois países é vinculante, ou seja, de execução obrigatória, sob pena de descumprirem as obrigações internacionais outrora assumidas. Porém “[...] esse tratado permite tanto ao Brasil quanto a Itália, certas brechas para recusar a extradição, até porque, [...], nenhum dos dois Estados assinaria um tratado que praticamente implicasse renúncia a sua soberania<sup>609</sup>”.

Em julgamento ao recurso apresentado pelo Estado italiano, STF manifestou-se nos seguintes termos<sup>610</sup>:

### Rejeição

Os ministros rejeitaram, sem analisar o mérito, ação do governo da Itália contra a decisão do ex-presidente. Por 6 votos a 3, o **plenário entendeu que o ato do ex-presidente Lula é um ato de política internacional e não cabe ao governo de outro Estado contestá-lo.**

A impossibilidade de a Itália contestar uma decisão do presidente brasileiro, foi levantada pelo procurador-geral da República, Roberto Gurgel. No início do julgamento, Gurgel argumentou que o governo da Itália não teria legitimidade para questionar uma decisão do governo brasileiro.

<sup>609</sup> Informações fornecidas por meio do programa Artigo 5º da TV Justiça, postado no You Tube em 20. jun. 2011 que tratava sobre a extradição, o vídeo encontra-se disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=ddQOe2z6g4k&feature=related>, e tem como título: Extradição – parte 2. Acessado em: 30 abr. 2011.

<sup>610</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXTRADIÇÃO nº 1.085, Decisões da Presidência Relator: Min. César Peluso. Brasília, DF, 16 de abr. 2011a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+1085%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia>> Acesso em: 25 out. 2011.



“O processo de extradição é um ato de soberania do Estado brasileiro. O tramite do processo é questão interna corporis da República Federativa do Brasil. Falta à República italiana legitimidade para impugnar ou exercer o controle do ato do presidente que negou a extradição de Cesare Battisti”, afirmou Gurgel. (grifo nosso)

Confirmando a decisão do presidente da república, o STF negou a extradição de Battisti, concedendo-lhe a condição de refugiado político, afirmando ainda que o governo italiano não é legítimo para questionar um ato de soberania do Estado Brasileiro.

Cabe ressaltar que os tratados são normas de direito internacional mais amplas. O Brasil não poderia perder sua soberania ao aplicar este tratado.

Neste caso, houve uma interpretação correta do disposto no tratado, o Presidente da República fundamentou sua decisão de forma sucinta, de acordo com os subsídios que dispunha no momento, pois se o fizesse de maneira explicitada, expondo as dificuldades que teria, ou que encontraria naquele país, geraria maiores dificuldades de relacionamento entre os países<sup>611</sup>.

Conforme anteriormente explanado, o Presidente da República agiu dentro de suas atribuições e competências, dispostas no art. 84 da Constituição Federal. Após acatar os termos do parecer da Advocacia Geral da União (AGU), o então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, decidiu pela não extradição de Cesare Battisti, fundamentando sua posição no próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Itália.

Com esta decisão, o Presidente Lula estabeleceu que Battisti poderia sofrer represálias no seu país de origem, por motivos de opinião política e ideológica, de acordo com o disposto no artigo 3, §1, ‘f’ do Decreto 863/93, promulgador de tal tratado.

Diante disso, pode-se dizer que não houve violação ao tratado de extradição vigente entre os países. Mesmo na hipótese de ter havido qualquer violação, o questionamento sobre ela deveria ter sido encaminhado ao Tribunal Internacional de Justiça e não ao mesmo tribunal interno que proferiu a decisão objeto de questionamento.

---

<sup>611</sup> Informações fornecidas por meio do programa Artigo 5º da TV Justiça, postado no You Tube em 20. jun. 2011 que tratava sobre a extradição, o vídeo encontra-se disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=ddQOe2z6g4k&feature=related>, e tem como título: Extradição – parte 2. Acessado em: 30 abr. 2011.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado italiano fundamentou o recurso interposto ao STF sob alegação de que a decisão do Presidente da República violou o tratado vigente. Como já citado anteriormente, em primeira análise o STF considerou que os crimes cometidos por Battisti foram de ordem comum, pois foram cometidos por um membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de um estado democrático de direito, e sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo. E desta forma foi concedida a extradição para o Estado italiano. E a decisão do presidente foi em sentido contrário, negando a extradição e concedendo a condição de refugiado político. Pode-se afirmar, então, que o recurso foi interposto numa brecha interna, entre a posição do STF e a decisão do representante maior do Estado.

Decorrente disso, não é possível concordar com a alegação de violação ao tratado, pois conforme já exposto, a decisão proferida pelo então Presidente da República foi fundamentada no próprio tratado. Além disso, o presidente agiu em conformidade com as atribuições a ele impostas pela Constituição Federal, ratificadas pelo Supremo em decisão proferida no próprio processo extradicional.

Enfatiza-se, por fim, que em razão do recurso interposto pelo Estado italiano, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a decisão do Presidente da República foi em defesa da soberania nacional brasileira, questionada por tal recurso que requisitava desconsideração da decisão do presidente e a concessão da extradição.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5.ed. Brasília: UNB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. 2v.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXTRADIÇÃO nº 1.085, Acórdãos. Relator: Min. César Peluso. Brasília, DF, 16 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+1085%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+1085%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acessado em: 25 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXTRADIÇÃO nº 1.085, Decisões da Presidência Relator: Min. César Peluso. Brasília, DF, 16 de abr. 2011a. Disponível em:



<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+1085%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia>> Acesso em: 25 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. EXTRADIÇÃO nº 1.085, Acompanhamento processual. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2514526>>  
Acesso em: 10 set. 2011.

CAPARROZ, Roberto. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONHEÇA a trajetória do ativista italiano cesare battisti. GLOBO.COM, São Paulo, 14 de jan. 2009. Política. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL955056-5601,00-CONHECA+A+TRAJETORIA+DO+ATIVISTA+ITALIANO+CESARE+BATTISTI.html>> Acesso em: 08, maio. 2012

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2.ed.rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2004.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Trad. Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

EX-TERRORISTA da esquerda italiana é preso no Brasil. FOLHA.COM, São Paulo, 18 de abr. 2007. Cotidiano. Disponível em:  
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u133079.shtml>> Acesso 10 set. 2011

ITÁLIA. La Seconda Corte D'assise D'appello Di Milano. 1993. Disponível em:  
<<http://www.vittimerrorismo.it/archivio/atti/sentenzaPAC1993.pdf>> Acesso em 10 set. 2011.

ITÁLIA. La Prima corte D'Assise D'appello Di Milano. 1990. Disponível em:  
<<http://www.vittimerrorismo.it/archivio/atti/sentenzaPAC1990.pdf>> Acesso em 10 set. 2011.

SANTOS, Débora. **Supremo mantém decisão de Lula e liberta italiano Cesare Battisti**. 2011. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/supremo-mantem-decisao-de-lula-e-liberta-cesare-battisti.html> Acesso em 10 set. 2011

\_\_\_\_\_. **Governo concede autorização de permanência a Cesare Battisti**. 2011. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/governo-libera-visto-de-permanencia-cesare-battisti.html> Acesso em 10.09.2011

TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Trad. Nuno Canas Mendes. Portugal: Publicações Europa-América, 1994.





VILLAMÉA, Luiza: Battisti: a vida em liberdade. **ISTO É**, São Paulo, ano 35, nº2181, p. 42-49, 31, ag ago/set, 2011.



## A DISCRICIONARIEDADE ESTATAL PERANTE O DIREITO À NACIONALIDADE E AS SUAS IMPLICAÇÕES NOS CENÁRIOS NACIONAL E INTERNACIONAL

*Priscila Zilli Serraglio*<sup>612</sup>

*João Telmo de Oliveira Filho*<sup>613</sup>

### RESUMO

O presente artigo aborda o direito fundamental à nacionalidade e seus desdobramentos nos âmbitos nacional e internacional. Para tanto, discute-se a origem do Estado e a soberania que lhe é inerente para tratar de questões que envolvam a sua população. Retrata a inclusão da nacionalidade como um direito humano intrínseco ao indivíduo para seu reconhecimento como tal e como tradução de fragmento importante que compõe a dignidade humana. Trata dos conflitos de nacionalidade oriundos do ato discricionário dos Estados para criar normas reguladoras de aquisição, perda e reaquisição de tal instituto pelos nacionais e estrangeiros de cada país, já que a nacionalidade é o vínculo entre indivíduo e Estado que lhe confere a característica de sujeito de direitos e deveres perante todos os outros seres humanos a nível mundial. Busca-se questionar os mecanismos adotados pela comunidade nacional e internacional na luta pela proteção dos direitos humanos ligados ao tema da nacionalidade e a sua aplicabilidade. No Brasil, esse instituto está recepcionado no artigo 12 e em uma série de normas infraconstitucionais. A partir da sua leitura, se investiga o grau de proteção conferida a este assunto tão importante de política nacional e internacional.

Palavras-chave: Estado. Soberania. Direitos humanos. Nacionalidade.

### ABSTRACT

The present article is about the fundamental right to a nationality and its consequences in the national and international field. Therefore, it discusses the State's origin and its sovereignty to deal with matters that involve its population. Delineate the inclusion of nationality as a human right born with the individual for his recognition as one and as a translation of an important piece of human dignity. Approaches nationality conflicts that come from a discretionary States' act to create regulatory rules of acquisition, loss and re-acquisition of such institute by nationals and foreigners of each country, since nationality is the bond between the individual and the State that grants him the characteristic of subject of rights and duties towards all the other human beings worldwide. It seeks to ascertain the mechanisms adopted by the national and international community in the struggle for human rights protection linked to the nationality and its applicability matter. In Brazil, this topic is predicted in the article 12 of Federal Constitution of 1988 and in a series of ordinary laws. From its reading it's possible to define the protection degree granted to such an important national and international political topic.

---

<sup>612</sup> Graduanda do Curso de Direito – Faculdade Meridional IMED – Passo Fundo/RS – pris\_zs@hotmail.com

<sup>613</sup> Advogado, pós-doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra, professor universitário - Faculdade Meridional IMED – Passo Fundo/RS – joaotelmofilho@gmail.com



Keywords: State. Sovereignty. Human rights. Nationality.

## **1 INTRODUÇÃO - IMPLICAÇÕES DECORRENTES DO DIREITO À NACIONALIDADE NO CENÁRIO INTERNO E EXTERNO**

Considerando o direito do ser humano de ter uma nacionalidade, e que este direito é consagrado pela nossa Constituição Federal de 1988, como o Brasil encara os conflitos de nacionalidade, já que a legislação pátria permite a mudança de nacionalidade? E, perante este conflito, o que deve prevalecer: a soberania dos países e suas normas de direito interno ou o direito humano à nacionalidade, devendo ser respeitado e garantido internacionalmente?

A partir da concepção constitucional da nacionalidade e da condição do estrangeiro no Brasil, considerados os direitos fundamentais dos indivíduos, as normas constitucionais, de acordo com as possibilidades conferidas pela lei para a aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade, devem ter aplicabilidade integral e/ou imediata, haja vista estar ela vinculada a ato discricionário do Estado. Considerando esta hipótese, quais seriam os limites à discricionariedade na concessão de tal instituto? Nesta discussão reside a importância de considerar os direitos à nacionalidade como direitos fundamentais, como direitos de liberdade irrenunciáveis e de máxima proteção<sup>614</sup>.

## **2 O SURGIMENTO DA NACIONALIDADE FRENTE AO ESTADO SOBERANO**

O instituto da nacionalidade originou-se dos conceitos de Estado e suas implicações e, posteriormente, foi influenciado diretamente pela soberania dos mesmos. Isto é, historicamente, o ser humano, a partir do seu reconhecimento como tal, sempre buscou conquistar seu espaço perante os demais, organizando-se em grupos e criando, para si, uma identidade que o definisse e, então, apesar de suportar deveres em razão dela, protegesse-o em sociedade, vinculando-o a um lugar comum e a indivíduos que o reconheçam como iguais.

Entretanto, o que hoje concebemos como Estado democrático de direito, nem sempre serviu a esse fim, antes disso, em virtude dos inúmeros conflitos político-sociais

---

<sup>614</sup> Vide a obra de Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales* (2006).



na história da humanidade, passou por diversas fases e transformações, se tornando, enfim, o que entendemos, atualmente, como concepção de Estado soberano.

Muitos doutrinadores defendem quatro elementos constitutivos do Estado: povo, território, governo e finalidade. Governo é a forma de organização político-social e administrativa de um Estado. Território é um espaço geográfico teórica ou empiricamente delimitado, sob o qual um indivíduo ou uma instituição exerce domínio e jurisdição. Povo é um agrupamento de pessoas, unidas por laços comuns, que vivem sob um território comum.

Como determina MAZZUOLI (2011, p. 433),

“Dentro do Estado existe o *povo* (formado pelo conjunto dos seus nacionais, natos e naturalizados, sujeitos, portanto, à soberania do Estado) e a sua *população* (que é expressão demográfica, aritmética ou quantitativa, formada do povo mais os estrangeiros e apátridas radicados no território nacional, podendo não haver qualquer relação ética, política ou jurídica entre eles). Enquanto o *povo* corresponde a um conceito jurídico e político, a *população* pertence à esfera demográfica ou econômica. Assim, o *povo* de um Estado são os seus *nacionais* (pois não existe “povo estrangeiro” dentro de um Estado); e os *estrangeiros* domiciliados no Estado ou que aí possuam a sua principal residência fazem parte da *população* desse Estado.”.

Intimamente ligada à noção de Estado está a soberania, pois é a consolidação do poder estatal perante o seu povo e a sua população, e também, diante dos demais Estados e instituições. Esta deve ser concebida em dois sentidos, um interno e outro externo. Internamente, influi diretamente na ordem jurídica do Estado, permitindo-lhe a concentração de poderes com o intuito de manter a paz social. Externamente, clama ao respeito mútuo entre os Estados, assegurando, de qualquer sorte, a resolução pacífica de conflitos internacionais e a proteção diplomática do seu povo além-fronteiras.

Resta claro, por conseguinte, que tanto o território (dimensão territorial), quanto o povo (dimensão pessoal), são formas das quais derivam critérios estatais de aquisição de nacionalidade (*ius soli* e *ius sanguinis*, respectivamente), haja vista que ambas vinculam os indivíduos aos direitos e deveres ao Estado.

A nacionalidade consagra o povo com uma identidade sociocultural, posto que, sem ela, o indivíduo fica fragilizado perante seus iguais e à mercê da comunidade internacional. Diz-se, portanto, que o objeto da nacionalidade é a determinação da nação estatal. Para CARTAXO (2010, p. 11), “os nacionais guardam, pois, uma relação jurídica com seu Estado, onde quer que se encontrem. Mesmo quando residem num Estado estrangeiro, o vínculo permanece.”.



Sob esse prisma, a nacionalidade constitui-se no vínculo jurídico-político e social entre o Estado soberano e o indivíduo, do qual derivam obrigações e direitos de ambos os lados. Tal atribuição é de grande importância para a existência do Estado e da pessoa natural, ensejando a condução de interesses pessoais e coletivos do povo e possibilitando o exercício de direitos pelos nacionais nas ordens interna e externa.

Por assim ser, tal matéria é inerentemente abarcada pela esfera do direito público, mais especificamente, no campo constitucional do direito, mesmo nos casos em que considerada em texto de lei ordinária. Essa realidade se explica em razão de ser, tal matéria, assunto interno de cada país, face à soberania estatal que lhe confere personalidade jurídica de direito público, e permite-lhe, assim, preservar e interferir em direitos e obrigações dos seus nacionais em território estrangeiro.

Daí decorre a afirmação de que a nacionalidade é uma situação jurídica originária de ato soberano com finalidade político-organizacional do Estado, e não mera situação de fato. Segundo CARTAXO (2010, p. 42),

“Pode-se asseverar que a nacionalidade nada mais é do que o estado de dependência em que se encontram os indivíduos perante o Estado a que pertencem. Trata-se de questão de soberania do Estado, em triplo aspecto. Primeiro, porque somente ele pode atribuir ao indivíduo, pelo simples fato de seu nascimento, a sua nacionalidade. Outro aspecto é o fato de só o Estado soberano poder conceder a condição de nacional aos estrangeiros, por meio de naturalização. E, por último, só ele pode estabelecer os casos de perda da nacionalidade. Cabe ressaltar que nenhum Estado federado tem competência para atribuir nacionalidade (ainda que em alguns países isso seja costume), uma vez que falta a ele personalidade jurídica internacional. Se o faz, é tão-somente para uso interno. Cada país é livre para legislar sobre a nacionalidade de seus indivíduos, sem que haja qualquer relevância a vontade pessoal ou os interesses privados destes, o que não significa que lhes sejam retirados o direito à escolha e ao exercício dessa nacionalidade.”.

É, por isso, que cabe a cada Estado, ante a soberania que lhe é própria, observadas as normas internas e externas referentes ao tema, definir quem são seus nacionais, expressando formalmente os modos de aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade, assim como os conflitos dela oriundos, haja vista os diferentes critérios de atribuição de nacionalidade adotados pelos países.

### **3 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À NACIONALIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES EM ÂMBITO NACIONAL**

Doutrinariamente, a nacionalidade sempre esteve vinculada ao Estado soberano e ao direito das gentes. Por assim dizer, e, em virtude das revoluções europeias e das



duas grandes guerras mundiais, foi declarada a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), fazendo constar em seu artigo 15 o princípio que rege o direito à nacionalidade: “*todo indivíduo tem direito à uma nacionalidade* (grifo nosso), e nenhum homem será dela privado, nem do direito de alterá-la”.

A partir de então, o direito à nacionalidade passou a ser tratado como direito humano fundamental de todos, intrínseco ao indivíduo e estreitamente ligado a sua dignidade. Sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, assegurado constitucionalmente na história do país, tendo sofrido algumas alterações com o tempo, em virtude das mudanças e conquistas do ser humano, tanto nacionalmente quanto em âmbito internacional.

A legislação brasileira, quando da promulgação da Constituição de 1988, enquadrou-o como cláusula pétreia, impossibilitando sua modificação por mero ato legislativo. Como norma constitucional, o direito à nacionalidade está emoldurado em seu artigo 12, conforme se transcreve:

“Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

§ 1º - Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

§ 2º - A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:

- I - de Presidente e Vice-Presidente da República;
- II - de Presidente da Câmara dos Deputados;
- III - de Presidente do Senado Federal;
- IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
- V - da carreira diplomática;
- VI - de oficial das Forças Armadas;
- VII - de Ministro de Estado da Defesa.

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

- I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;



II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

- a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
- b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis;”

A partir da leitura do artigo em questão, é de se notar duas espécies de nacionalidade: uma primária ou originária (involuntária), e outra secundária ou adquirida (voluntária). A primeira diz respeito à nacionalidade imposta unilateralmente ao indivíduo no momento do seu nascimento. Diz-se involuntária em virtude da discricionariedade de adoção de critérios para outorga da nacionalidade pelo Estado, prescindindo da aceitação do indivíduo.

A nacionalidade originária é decorrente do fato natural do nascimento, e é concedida mediante dois critérios de aquisição, são eles: (a) *ius soli*: consiste na aquisição da nacionalidade por meio do local do nascimento do indivíduo, tendo como base o elemento da territorialidade. Assim, se a pessoa nascer sob solo ou em instituição de jurisdição brasileira, adquirirá involuntariamente a nacionalidade brasileira; e (b) *ius sanguinis*: ou seja, o direito de “sangue”, interessando para este critério a filiação, a ascendência, reputando-se nacionais os descendentes de nacionais.

Observe-se que a nacionalidade primária somente é concedida aos brasileiros natos, os naturalizados somente adquirirão a nacionalidade brasileira quando esta enquadrar-se na espécie secundária. Os modos de aquisição de referida espécie de nacionalidade, nos ensinamentos de SILVA, J. (2011, P. 322),

“dependem da *vontade*: (a) do *indivíduo*, nos casos em que se lhe dá o direito de escolher determinada nacionalidade, à vista de alternativas que se lhe oferecem, como se prevê no art. 12, I, *c*, e II, *a*, da Constituição; (b) do *Estado*, mediante outorga ao nacional de outro, espontaneamente ou a pedido, como fora, para a primeira hipótese, a grande naturalização concedida pela Constituição de 1981 (art. 69, IV e V) e como é, agora, a hipótese do art. 12, II, *b*, em que se reconhece a aquisição da nacionalidade pelo fato *residência há mais de quinze anos no Brasil* (redação da ECR-3/94), bastando o pedido do interessado, havendo aqui uma combinação da vontade do indivíduo com a do Estado. Esses modos de aquisição da nacionalidade secundária variam de Estado para Estado. No Brasil é a *naturalização ordinária* ou *extraordinária* (radicação precoce e a conclusão de curso superior), que a Constituição já não contempla, mas a lei referida no art. 12, II, *a*, poderá fazê-lo [...]”

Outra questão tratada na sistemática da nacionalidade, oriunda da nacionalidade adquirida, são os conflitos dela decorrentes: o positivo – polipatria – e o negativo – apatridia. O Brasil procurou regulamentar a matéria de tal forma que não se permita que





o conflito negativo de nacionalidade atinja o Estado brasileiro e os indivíduos dele provenientes.

A polipatria ocorre quando há um indivíduo com mais de uma nacionalidade, pondo em questão a proteção de seus direitos e o reconhecimento de seus deveres, já que não se consegue definir claramente a qual Estado soberano é atribuída a competência para tanto, estando sob a jurisdição de dois sistemas jurídicos distintos a resguardá-lo. “Tal conflito não gera dificuldade alguma, em geral, até beneficia” (SILVA, J. 2011, p. 323).

Por outro lado, a apatridia traduz-se no surgimento de indivíduos sem nacionalidade. Instaura-se, aí, um paradoxo bastante complexo, e inadmissível de aceitação perante a sistemática jurídica: se o direito à nacionalidade é reconhecido mundialmente como um direito humano inalienável e, por conseguinte, independente de todos os governos, como pode o apátrida não se reconhecer como um ser humano completo (pois sem história e sem cultura), e, não ter seus direitos resguardados em lugar algum face a sua ausência de vínculo a uma nação?

Nesse viés, a doutrina é unânime ao afirmar que a apatridia não pode ser concebida pelos Estados, devendo estes se precaver a fim de prevenir seu surgimento. De acordo com o sustentado pelo mesmo autor, “O *conflito negativo* é que se afigura intolerável, porque impõe a determinada pessoa, por circunstância alheia à sua vontade, uma situação de *apatridia*, de *sem nacionalidade*, que lhe cria enormes dificuldades, porque lhe gera restrições jurídicas de monta em qualquer Estado em que viva.”.

Cuide-se que o direito à nacionalidade atém-se, não somente às questões de aquisição, perda, re aquisição e conflitos de nacionalidade, mas, também, à condição jurídica do estrangeiro em outro país que não àquele ao qual está vinculado pela nacionalidade.

Gize-se, também, a íntima ligação entre a soberania dos países e a condição jurídica dos estrangeiros, uma vez que, aos Estados, munidos de jurisdição e em atenção aos princípios fundamentais e internacionais, é atribuída a competência para a criação de normas regulamentadoras dos direitos e obrigações dos estrangeiros que se locomovem em seu território.

Nesse sentido, outra diferenciação que se faz, e é igualmente importante para o sistema jurídico brasileiro, é referente à cidadania. Nacionalidade e cidadania não se confundem, pois, na lição de SILVA, J. (2011, p. 320), “*Nacional* é o brasileiro nato ou naturalizado, ou seja, aquele que se vincula, por nascimento ou naturalização, ao



território brasileiro. *Cidadão* qualifica o nacional no gozo dos direitos políticos e os participantes da vida do Estado (art. 1º, II, e 14 da CF/88)”.

Assim, assevera-se que, o Brasil, face à adoção da igualdade como princípio fundamental constitucional, apesar de não distinguir nacionais e estrangeiros de forma geral, admite exceções à regra no tocante aos direitos políticos, já que o pressuposto para obtê-los e exercê-los no país, é ser reconhecido como cidadão, não sendo este o caso dos estrangeiros.

Sobre o tema, REZEK (2011, p. 227), afirma:

“Nenhum Estado é obrigado, por princípio de direito das gentes, a admitir estrangeiros em seu território, seja em definitivo, seja a título temporário. [...] Entretanto, a partir do momento em que admite o nacional de outro país no âmbito espacial de sua soberania, tem o Estado, perante ele, deveres resultantes do direito internacional costumeiro e escrito, cujo feitiço e dimensão variam segundo a natureza do ingresso. A qualquer estrangeiro encontrável em seu território – mesmo que na mais fugaz das situações, na zona de trânsito de um aeroporto – deve o Estado proporcionar a garantia de certos direitos elementares da pessoa humana: a vida, a integridade física, a prerrogativa eventual de peticionar administrativamente ou requerer em juízo, o tratamento isonômico em relação a pessoas de idêntico estatuto. É possível afirmar, à luz de um quadro comparativo, que na maioria dos países a lei costuma reconhecer aos estrangeiros, mesmo quando temporários, o gozo dos direitos *civis*. O estrangeiro não tem *direitos políticos*, mesmo quando instalado definitivamente no território e entregue à plenitude de suas potencialidades civis, no trabalho e no comércio.”

Diante disso, o Brasil criou o Estatuto do Estrangeiro, a fim de regulamentar as situações de ingresso, permanência e saída destes do território nacional, seja por questão estratégica de política interna e/ou externa, seja por necessidade de organização e gestão jurídico-social.

É nesse contexto que surge à tona a questão dos refugiados, hoje, muito discutida no Brasil, ante a imigração massificada de nacionais de países pobres em busca de proteção de qualquer natureza e melhores condições de vida, por exemplo.

#### 4 A PROBLEMÁTICA DOS REFUGIADOS

Os diversos mecanismos de proteção aos direitos humanos, logo após as consequências desastrosas da 2ª Guerra Mundial, preocuparam-se, também, em cuidar para que os refugiados também tivessem seus direitos preservados perante a comunidade internacional, prevenindo a exclusão de uma nova onda de indivíduos que eventualmente poderia surgir de disputas por territórios e privação de liberdades



essenciais em Estados conservadores, tamanha era a preocupação com as discriminações regionais oriundas de deslocamentos maciços de indivíduos nacionais de outras localidades para Estados diversos daqueles de sua origem. O Protocolo da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967, ampliando o alcance do conceito delimitado pela Convenção da ONU, em 1951, definiu o refugiado como aquele que sofre fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, não podendo ou não querendo, por isso, valer-se da proteção de origem.

Muitos outros documentos surgiram, então, invocando o mesmo tema com a finalidade de comprometer os Estados a resguardar aos refugiados os mesmos direitos conferidos aos estrangeiros com ingresso regular em seu território, facilitando a naturalização no país em que buscou refúgio e permitindo-lhe o acesso a uma vida digna.

A consagração desses objetivos só foi possível com a instituição do princípio do *non-refoulement* como regra costumeira do direito internacional, o qual, vale dizer, ainda não é unanimemente aceito pela doutrina. Este princípio não admite a recondução do refugiado ao Estado do qual proveio, em outras palavras, o *non-refoulement* impede que os Estados recusem-se a acolher refugiados.

A nível nacional, o Brasil é um exemplo no trato dos refugiados, já que foi um dos primeiros países da América Latina a recepcionar órgãos de assistência aos indivíduos estigmatizados por seu próprio país, mesmo em época de transição entre o regime de ditadura militar e a democratização do Estado brasileiro.

Assim, apesar de ser um país cheio de ambiguidades entre a teoria e a efetivação das normas internas e externas recepcionadas por nosso ordenamento jurídico, o Brasil mostra-se um Estado bastante solidário no acolhimento de refugiados e prestativo na resolução de conflitos de nacionalidade, buscando proteger seus nacionais e, também, os estrangeiros que dele demandem o resguardo de seus direitos e de sua dignidade.

## **5 CONCLUSÃO: A PREVALÊNCIA DO DIREITO HUMANO À NACIONALIDADE PERANTE A SOBERANIA ESTATAL**

Hodiernamente os temas da nacionalidade e seus desdobramentos jurídico-sociais vem ganhando relevância significativa na sociedade, ainda mais frente a um mundo cada vez mais globalizado, onde as facilidades de deslocamento e de comunicação transformam e fragilizam as fronteiras entre os Estados, obrigando-os a



adaptar suas normas aos acontecimentos fáticos, que muitas vezes demandam regulamentação jurídica, ainda pendente de criação, tanto no âmbito internacional, quanto em esfera nacional, já que o Brasil, atualmente, recebe uma quantidade impressionante de imigrantes.

Sua relevância no campo jurídico reside no fato de que a nacionalidade é a personificação da identidade histórica do indivíduo, da sua identidade sociocultural. Todo indivíduo urge por um lugar comum, um povo comum, por meio do qual possa embasar seu caráter social, regrido suas ações na cultura que lhe é própria, podendo socorrer-se da sua proteção, em caso de necessidade, já que se trata de direito fundamental irrenunciável, sobrepondo-se à discricionariedade do ato estatal, cabendo ao Estado intervir para que o indivíduo sempre esteja sobre a proteção do vínculo jurídico-social conferido pela nacionalidade, aonde quer que esteja.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2006.

BRASIL. Decreto 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Brasília, 28 jan. 1961. Disponível em:

<[http://www.refugiados.net/cid\\_virtual\\_bkup/asilo1/conv\\_0.html](http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo1/conv_0.html)>. Acesso em: 05 de agosto de 2012.

BRASÍLIA. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) > Acesso em: 31 de maio de 2012.

BRASÍLIA. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_678\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm)> Acesso em: 31 de maio de 2012.

BRASÍLIA. Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm)> Acesso em: 31 de maio de 2012.

CARTAXO, M. A. *A nacionalidade revisitada: o direito fundamental à nacionalidade e temas correlatos*. Fortaleza: UNIFOR, 2010.



DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em:  
<[http://www2.mre.gov.br/dai/b\\_onu\\_m\\_12\\_1948.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/b_onu_m_12_1948.htm)> Acesso em: 03 de junho de 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORÊZ, Francieli. *Os reflexos do direito internacional dos refugiados no ordenamento jurídico brasileiro: breve análise*. Paraná: Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.



## AS CONSEQUÊNCIAS DA INTERGOVERNAMENTALIDADE PARA O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

*Ademar Pozzatti Junior*<sup>615</sup>

*Gustavo Lima Caldeira de Andrada*<sup>616</sup>

**Resumo:** O presente artigo busca investigar as consequências que a intergovernamentalidade traz para o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e para todo o bloco. A partir do momento que o processo de integração dos Estados-membros intensificou-se, foi aumentando a demanda pelo sistema de solução de controvérsias assim como a sua necessidade de garantir a segurança jurídica aos Estados e particulares. Por este motivo, deve ser criado no âmbito mercosulino um Tribunal de Justiça supranacional, que substitua o atual sistema constituído pelo Tribunal *ad hoc* e Tribunal Permanente de Revisão, os quais possuem o poder de apenas emitir laudos arbitrais que limitam-se a constatar se houve ou não uma violação da normativa do MERCOSUL. Entende-se que somente através de órgãos supranacionais haverá o respeito ao sistema de solução de controvérsias, pois nem mesmo seus Estados-membros o veem como um sistema que garanta a aplicação do direito regional. Neste artigo, será demonstrado de que maneira a opção pela intergovernamentalidade desencadeia a atual crise de integração, em detrimento do modelo paralelo existente, o supranacional. Será observado também a estrutura organizacional do sistema de solução de controvérsias. Por fim, será feita uma análise empírica de sua aplicabilidade através do estudo do caso das papeleiras, conflito existente entre Uruguai e Argentina, que expôs toda a fragilidade do sistema de resolução de controvérsias adotado no bloco econômico.

**Palavras-chaves:** Direito internacional público. Tribunais internacionais. MERCOSUL. Intergovernamentalidade. Supranacionalidade.

**Abstract:** This paper seeks to learn more about the consequences that intergovernmentalism gives to the dispute resolution system and the MERCOSUL economic bloc itself. As soon as the integration process in Member States have been intensifying, the establishment of mechanisms to harmonize the system and ensure legal security for the whole process has become essential for positivization of MERCOSUL. Therefore, must be set up within the economic bloc a supranational Court of Justice, replacing the current system constituted by the *ad hoc* Tribunal and the Permanent Review Tribunal, which have only the little power to send issues reports that merely determine the existence of a violation in MERCOSUL regulations. We understand that only through supranational organisms the system of dispute resolution will find respect,

<sup>615</sup> Mestre e Doutorando em Direito das Relações Internacionais pela UFSC. Professor de Direito Internacional do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC).

<sup>616</sup> Aluno do Curso de Graduação em Direito do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC).



because even its own Member States do not see it as a system that ensure the correct application of laws. This paper will demonstrate these assertions, primarily through a study of the integrationist model chosen by the Southern Common Market, observing their fundamental differences between the parallel model, the supranational. It will be noticed also the organizational structure of the dispute resolution system. Finally, will be made an empirical analysis of its applicability by studying the famous case of papermaking, the conflict between Uruguay and Argentina, which exposed the fragility of the dispute resolution system, adopted in the economic bloc.

Key-words: Public international law. International courts. MERCOSUR. Intergovernmentalism. Supranationalism.

### **Introdução.**

Atualmente os processos de integração econômica regional estão em evidência. Muito se fala da União Europeia, que tem como maior símbolo sua moeda comum, e do NAFTA (constituído por países da América do Norte), por serem formados por grandes potências econômicas e detentores de grande parte das relações comerciais mundiais. Contudo, existem também, diversos outros blocos econômicos, em diferentes partes do mundo que buscam sua inserção no cenário mundial. Aqui no subcontinente da América do Sul o melhor exemplo é o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL. (OLIVEIRA, 2000, p. 205)

Em que pese a integração regional não seja um termo novo no ideário político sul-americano, há pouca ou nenhuma capilaridade no debate acerca da integração regional entre os brasileiros. Mesmo sobre o MERCOSUL, bloco econômico do qual somos os fundadores, juntamente com a Argentina, o Uruguai e o Paraguai, a partir do ano de 1991, e que hoje integra a Venezuela, quase não existe material bibliográfico abalizado.

Atualmente, o MERCOSUL é constituído por cinco Estados-partes, cada um com a sua cultura jurídica e organização social que são chamados a conviver com o direito regional. Nesse contexto de pluralidade de fontes jurídicas normativas, surgem conflitos de interesses nas relações de comércio e política entre seus integrantes. Justamente por isso é que houve a necessidade da criação de um Sistema de Solução de Controvérsias no MERCOSUL. (TREIN, 2000, p.19)

Contudo o Sistema de Solução de Controvérsias, assim como o próprio MERCOSUL, encontra resistência no próprio modelo integracionista escolhido: a intgovernmentabilidade. Como será exposto no presente trabalho, o processo





integracionista de natureza intergovernamental conduz à insegurança jurídica das instituições mercosulinas. A intergovernamentalidade, ao contrário da supranacionalidade, modelo integracionista da União Europeia, não garante a imparcialidade, autonomia e independência, necessários para que o MERCOSUL e seu Sistema de Soluções de Controvérsias se desenvolvam. (MELO, 1999, p.27)

Por fim, veremos que somente através de um órgão jurisdicional regional totalmente autônomo, imparcial e soberano, é que se poderá falar verdadeiramente em Integração Regional. (FABRÍCIO, 1997, p.31)

## **INTEGRAÇÃO REGIONAL NA AMÉRICA DO SUL**

Os países constituintes da América Latina sempre apresentaram grande espírito de solidariedade regional, talvez por terem sido colonizados por apenas dois países e herdado idiomas semelhantes. No entanto, toda esta “vontade de integração” pouco foi traduzida em ganhos concretos ao longo dos anos. (MALAMUD, 2010, p.17)

Em 1815 surge à publicação da Carta da Jamaica, de autoria do venezuelano nominado Libertador, Simón José Antonio de la Santísima Trinidad Bolívar y Palacios, documento introdutório contendo a sua vontade de esboçar a criação de uma grande nação de língua espanhola na América Latina, com um corpo de leis em comum. Segundo o professor Andrés Malamud(2010, p.17), Bolívar acreditava no mito da unidade natural Latino-americana que deveria ser restaurada.

Porém, mesmo tendo sido rejeitado por grandes potências como Inglaterra e Estados Unidos, o encontro idealizado por Bolívar a fim de articular a confederação hispano-americana, foi importante pois conseguiu pautar a primeira manifestação coletiva de pan-americanismo, devendo ser constatada seu pensamento vanguardista de uma união jurídica que estivesse acima dos estados.

Após anos deixados a margem nas pautas das relações dos Estados, os ideais integracionistas no continente americano voltaram a ter importância logo que terminou a segunda guerra mundial, momento em que as Nações deveriam fazer o câmbio entre uma política econômica de guerra para economia em tempos de paz. Esta conversão da economia foi o principal interesse da Conferência Interamericana para os Problemas de Guerra e da Paz, organizada pela OEA e ocorrida no México em 1945, criando a carta econômica das américas, que tinha como princípios o aumento do padrão de vida dos



povos e a redução de barreiras econômicas que atrapalhem o comércio, entre outros.(MELLO, 1996, p. 287)

Alicerçada sobre os projetos da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL, a integração econômica da América Latina começou a tornar-se realidade com a criação da Associação Latino-americana de Livre Comércio – ALALC, constituída em 15 de fevereiro de 1960 pelo Tratado de Montevideu e entrando em vigor em 1961, objetivando a criação de uma zona de livre comércio entre seus Estados-membros, com o prazo máximo de 12 anos. Os Estados Latino-americanos que constituíam a ALALC foram: Brasil, Argentina, Chile, México, Paraguai, Uruguai, Peru, Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia. (MELLO, 1996, p. 290)

Criada a ALALC e instituídos os seus princípios negociais básicos, como reciprocidade e concessão de cláusula da nação mais favorecida, a Associação, deveria agora, passar pelo problema da incapacidade histórica dos países Latino-americanos em cumprir com suas obrigações. Infelizmente, neste aspecto primordial, a ALALC não obteve o êxito esperado, principalmente em razão da liberdade concedida aos Estados-membros e a ausência de um sistema mais elaborado de constrangimento formal, para que os prazos e acordos fossem efetivamente cumpridos. Este insucesso levou a ALALC ao total descrédito e 20 anos depois de criada os Estados que a integravam decidiram, por bem, extingui-la e fazer sua substituição pela Associação Latino-americana de Integração – ALADI. (SEITENFUS, 2000, p. 210)

A ALADI substituiu a ALALC em 1980 através de um tratado concluído em Montevideu, constituído pelos mesmo países que integravam a associação anterior e tinha como principal diferenciador o fato de que, no seu texto não foi fixado um prazo para ser estabelecido o mercado comum Latino-americano e, ao invés disso, prevê o seu estabelecimento de forma gradual e progressiva. (MELLO, 1996, p. 291-292)

Contudo, a nova associação, assim como a anterior, não obteve o sucesso desejado, pois não houve qualquer tentativa de implementar uma política regional de cooperação jurisdicional. Isso porque sequer a área de livre comércio foi implementada, não aumentando sobremaneira a circulação de bens e produtos e o número de fatos jurídicos com conexão internacional, capazes de demandar apreciação jurisdicional.

É possível observarmos então, que mesmo tendo sido criada a partir do fracasso da ALALC, a ALADI foi incapaz de superar as deficiências de sua antecessora, falhando, inclusive, no mesmo ponto crucial da falta de um poder juridicamente garantidor. Por ser um órgão essencialmente econômico e comercial, não adentrando o



campo da unificação jurídica, foi excluída a possibilidade de implementar uma política regional que um dia pudesse chegar a um direito comunitário.

Com a criação do MERCOSUL em 1991, houve a esperança de que os Estados-membros se espelhassem no modelo integracionista Europeu, fundado pela supranacionalidade de seus órgãos e constituído solidamente sobre um direito comunitário. Visando entender melhor o moledo integracionista do MERCOSUL, passamos, agora a estudá-lo.

## **O MERCOSUL E A INTEGOVERNAMENTABILIDADE**

O Mercado Comum do Sul, formado em 1991 pelo Tratado de Assunção, é um bloco econômico já na fase de união aduaneira, com uma Tarifa Externa Comum. Formado originalmente por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, sendo que desde 31 de julho de 2012, com o ingresso pleno da Venezuela, é constituído por estes cinco Estados-membros.

Com a assinatura do Tratado de Assunção além de constituir o Mercado Comum, ficou determinada como data limite, para o seu estabelecimento, o dia 31 de dezembro de 1994. Ao estabelecer tal prazo, o Tratado prevê duas etapas para a implantação do MERCOSUL, que são a etapa provisória e a etapa definitiva, possibilitando assim uma integração gradual, permitindo aos Estados-Partes adequarem melhor suas economias. (BAPTISTA, 1998, p.43)

A primeira etapa, conhecida como provisória, por ter instituições com este caráter, nada mais é do que transitória, e teve seu fim com o Protocolo de Ouro Preto. Esse protocolo traz em seu conteúdo a estrutura institucional do MERCOSUL, composto no total por seis órgãos.

Desses seis órgãos, foi concedido a três deles a capacidade decisória de natureza intergovernamental, sendo eles o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL. Diante disso, segundo professor Franklin Trein (2000, p.13) o Bloco Econômico foi dividido em três níveis: de decisão, de execução e de consulta, respectivamente.

É oportuno deixar claro que ao escolher o caminho da intergovernamentalidade para suas principais instituições o MERCOSUL afastou-se completamente do modelo de supranacionalidade da União Europeia. (MALAMUD, 2010, p.12)



O fato é que, estes movimentos integracionistas são, por natureza, antagônicos. A professora Adriane Cláudia Melo(1999, p.14) ensina que na integração de natureza supranacional o interesse da comunidade deverá sempre prevalecer quando confrontado com o interesse individual dos Estados-Membros. As intuições são autônomas e independentes, possuem funcionários próprios e a norma comunitária “[...] é dotada dos princípios da primazia e da aplicabilidade direta.” Existindo ainda um órgão jurisdicional autônomo, que aplica as regras jurídicas da comunidade, uniformemente.

Já quanto ao processo integracionista de natureza intergovernamental MELO (1999, p.15) mostra que o interesse que irá predominar será fruto da harmonização das vontades individuais dos Estados-Membros. Suas instituições são totalmente dependentes com funcionários que representam os interesses das Nações que fazem parte do bloco. A dependência estende-se para o campo das normas e sua aplicabilidade nos Estados-Partes, não existindo um órgão jurisdicional superior e autônomo

Essa escolha no modelo de processo integracionista irá afetar diretamente a fase de execução das decisões do Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL, como será exposto a partir de agora.

## **O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL**

Objetivando garantir a autonomia e o equilíbrio entre os Estados-parte, no caso de uma possível discordância na interpretação dos tratados e protocolos ou em qualquer assunto que diga respeito ao bloco econômico, foi estabelecido um sistema de solução de controvérsias para o Mercado Comum do Sul.

O Anexo III do Tratado de Assunção em conjunto com o Protocolo de Brasília, trouxe provisoriamente as regras sobre como deveria se processar a solução de controvérsias no âmbito do bloco econômico, até a criação do Protocolo de Olivos. (BAPTISTA, 1998, p.81-82)

Assinado em 18 de fevereiro de 2002 e vigente desde 1º de janeiro de 2004 o Protocolo de Olivos, o Regulamento do Protocolo de Olivos, aprovado pelo Conselho do Mercado Comum em 15 de dezembro de 2003, e as decisões 23/04, 17/04, 26/04 e 30/04 do mesmo Conselho, são os reguladores do sistema utilizado atualmente para a solução de controvérsias no MERCOSUL.

Cercada de grande expectativa por parcela considerável do meio acadêmico, a criação do Protocolo de Olivos acabou não correspondendo as expectativas, pois não



trouxe alterações fundamentais em relação ao sistema anterior. O ponto crucial para a frustração dos que nele acreditavam, está justamente na opção pela continuidade da negociação e arbitragem para resolução das controvérsias, em detrimento de se criar um sistema jurisdicional supranacional, através de um tribunal permanente, que poderia demonstrar uma evolução do MERCOSUL para um direito comunitário, com bases mais sólidas. (BARRAL, 2001, p.53-56)

A manutenção do sistema anterior constitui elemento nocivo a positivação do sistema de solução de controvérsias, pois suas decisões não possuem segurança jurídica alguma, já que a interpretação e a aplicação das normas constituintes do MERCOSUL, se dá através dos órgãos jurisdicionais nacionais de cada Estado-membro. Para a professora Adriane Claudia Melo(1999, p.27), deste modelo intergovernamental, “[...]podem surgir diversas interpretações para um mesmo caso, originado instabilidade jurídica quanto as questões do MERCOSUL

Além disso, a fase de execução é totalmente inexistente já que por não ser uma instância judicial supranacional, não existem meios legais para que um determinado Estado, quando perdedor da lide, realize o que foi determinado pelo Tribunal *ad hoc*, o que garantiria o efeito útil de suas decisões. (SOARES, 1997, p.102)

É oportuno, no momento, observarmos que número ínfimo de decisões emitidas pelos tribunais competentes é fruto dessa inexistência de mecanismos para aplicação das decisões. Os estados partes, percebendo exatamente a inaplicabilidade das decisões, foram se desinteressando pelo sistema, que terá seu processo exposto agora. (BARRAL, 2001, p.55-56)

Composto pelo Tribunal *ad hoc* – TAH e pelo Tribunal Permanente de Revisão – TPR, os quais possuem jurisdição obrigatória para os Estados Partes, o sistema será acionado segundo o artigo 1º do Protocolo de Olivos, quando a controvérsia entre Estados-membros estiver relacionada com a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do conjunto de normas do Mercado Comum do Sul.

Deve-se também seguir as fases estipuladas pelo sistema. Primeiramente busca-se a solução através de negociações diretas entre os Estados-partes por meio da diplomacia. Não sendo possível chegar a um acordo, um Estado-parte poderá solicitar a intervenção do Grupo Mercado Comum, que num prazo de 30 dias fará recomendações expressas e detalhadas às partes, sendo que estas podem acatar ou não tais recomendações. (BARRAL, 2001, p.58)



Vale lembrar que esta intervenção não é obrigatória, podendo as partes passarem diretamente para a solução contenciosa, optando pelo o TAC, onde caberá recurso, ou já pelo TPR, sem a possibilidade de recurso.

Persistindo a não solução do problema, será dado início a fase contenciosa do sistema, onde o Estado-parte demandante comunica para à Secretaria do MERCOSUL – SM, sua decisão de recorrer ao procedimento arbitral. É composto neste momento um Tribunal *ad hoc*, formado por três árbitros, onde desses, um é de cada Estado-parte e o terceiro é nacional de um estado-membro não interessado na lide, que presidirá o tribunal. Não satisfeito com a decisão poderá recorrer perante o TPR, mas também não é obrigado.

Finalmente, quando há a decisão final do tribunal acionado, pela razão na demanda do estado demandante, o estado demandado terá apenas 10 dias para que cumpra a decisão de adequação das medidas compensatórias.

Na hipótese de cumprimento parcial, ou descumprimento total do laudo, o professor Welber Barral (2001, p. 61) observa que “[...] o Estado obrigado poderá sofrer medidas retaliatórias temporárias, que visam a forçá-lo ao cumprimento do laudo. Exige-se, entretanto que tais medidas sejam proporcionais às consequências do não-cumprimento do laudo, e preferencialmente no mesmo setor industrial afetado.”

Neste exato momento, é que fica exposto a fragilidade de todo o sistema. Num bloco econômico onde existe desequilíbrio gritante entre as economias das Países-membros, salta aos olhos a não opção pela supranacionalidade dos órgãos institucionais, que garantiriam a interpretação e aplicação das normas .

Afinal, um estado do tamanho do Brasil, detentor da 5º maior economia do mundo e com indústrias até certo ponto diversificadas em relação a seus países vizinhos, quando obrigado a cumprir com decisões compensatórias e assim não o faz, não haverá sanção alguma, proveniente de apenas um país menor, que fará com que ele cumpra com sua obrigação. A intergovernamentalidade faz com que haja o nivelamento de forças entre as nações, mas infelizmente isso é igualar os desiguais.

É claro que utilizar a maior potência regional como exemplo da discrepância entre economias é maximizar o problema, contudo mesmo quando a controvérsia é entre países de economias bem menores que a brasileira o problema é constatado. Portanto para ser demonstrado empiricamente o problema, será agora estudado um dos casos mais conhecidos, em que houve a utilização do Sistema de Controvérsias do



MERCOSUL, o caso das Papeleiras, iniciado em 2002, envolvendo o Uruguai e a Argentina.

## O CASO DAS PAPELEIRAS

O Caso das papeleiras é o melhor exemplo a ser utilizado para ilustrar o descrédito do Sistema de Solução de controvérsias do MERCOSUL pelos seus próprios Estados-membros.

Em 2002, o Uruguai recebeu duas propostas de investimentos para a construção de duas usinas de celulose em seu território, uma espanhola e outra finlandesa. Só esta última realizou um investimento de 1,6 bilhão de dólares, o maior de toda a história uruguaia, que apenas nos dois primeiros anos gerou um crescimento do PIB em 11% ao ano.

Do ponto de vista econômico foi uma proposta irrecusável para o Uruguai, que obteve ganhos extraordinários. Contudo, alheio a este verdadeiro “negócio da china” estava a Argentina, que embora não ganhasse nada com isso, estava totalmente ligada ao impacto ambiental que este tipo de indústrias, conhecido como uma das mais nocivas ao meio ambiente, poderia trazer.

O local escolhido por ambas as usinas situava-se à beira do Rio Uruguai, fronteira entre os dois países, cujas águas são geridas conjuntamente por Argentina e Uruguai, no âmbito da Comissão Administradora do Rio Uruguai (CARU), nos termos do Estatuto do Rio Uruguai, assinado 1975. Mas mesmo sendo na fronteira, existia uma agravante maior, que foi fundamental para o início da disputa. Bem em frente dos locais escolhidos se situa um dos balneários mais movimentados da Argentina durante o verão, fato que levou os habitantes da cidade Argentina de Gualeguaychú a iniciarem protestos que foram intensificando-se até que culminou no bloqueio as pontes de acessos entre os dois países.

Este bloqueio causou sérios danos a economia Uruguai, que diante da impossibilidade de acordos diplomáticos bilaterais, entendeu que a partir do momento em que houve o a interdição da ponte, dificultando o comércio entre os dois países o problema deixou de ser bilateral e ganhou proporções regionais.

Desta maneira, o foro natural para se solucionar a controvérsia deveria ser o MERCOSUL, através de seu sistema de solução de controvérsia. Então, em 21 de junho





de 2006 foi constituído um Tribunal *ad hoc*, provocado pelo Uruguai, para tratar do problema criado com a Argentina.

Como principal argumento o Uruguai alegou a violação aos princípios previstos no tratado constitutivo do MERCOSUL, exposto no artigo 1º, do Tratado de Assunção, que prevê “a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente”

Já a Argentina, se defendeu dizendo que o governo não teria participação alguma nos bloqueios realizados nas duas pontes mais próximas ao local das usinas, que ligavam as duas nações, e que ainda assim, estava tentando regularizar a situação da região sem sucesso. Outro ponto importante na defesa da Argentina era a alegação de que os cidadãos que estavam realizando o bloqueio possuíam o direito à liberdade de expressão, garantido pela constituição Argentina e que portanto sobrepuja-se ao Tratado de Assunção.

Ouvidos os argumentos de ambas as partes o Tribunal *ad hoc*, apresentou sua decisão. Nela expôs que as manifestações da população Argentina, embora compreensíveis, eram ilegítimas, sobretudo pelas proporções que tomaram. O governo Argentino foi reconhecido como omissivo, por não ter garantido a livre circulação no âmbito do MERCOSUL, ao não agir para que as manifestações de bloqueio tivessem fim.

Quanto a alegação Argentina de que a garantia de sua constituição sobrepuja-se ao Tratado de Assunção, o Tribunal entendeu que a omissão do governo não poderia embasar-se por normas de direito interno, em observância ao artigo 27 da Convenção de Viena que dispõe sobre Direito dos Tratados, onde as partes não podem deixar de cumprir compromissos internacionais invocando normas de seu direito interno, plenamente aplicável em espécie.

Com o processo contencioso, foi reconhecido somente a omissão da Argentina, não sendo acolhido o pedido uruguaio no sentido de determinar que a Argentina adotasse medidas apropriadas para prevenir e/ou fazer cessar os referidos impedimentos e garantir a livre circulação.

Este não acolhimento pode ser entendido como um reconhecimento do próprio Tribunal *ad hoc*, no sentido de que se assim procedesse, não possuiria mecanismo capazes de fazer valer sua determinação, já que, como ensina o professor Paulo Pereira (2005, p.121) “[...] o conteúdo dos laudos arbitrais deve limitar-se a constatar que houve



uma violação da normativa do MERCOSUL”, fugindo da jurisdição mercosulina a fase de execução. Expondo claramente, que o sistema da intergovernamentalidade leva a não positividade do Sistema de Solução de Controvérsias.

De sua parte, mesmo sendo reconhecida como omissa, a Argentina não recorreu para o Tribunal Permanente de Revisão, o que não quer dizer que o governo tenha se conformado com a decisão, mas na verdade, só demonstra a total descrença de um Estado-membro no sistema. A Argentina simplesmente ignorou a determinação do TAH, e foi buscar decisões em cortes de outros organismos internacionais, que fossem mais favoráveis a ela, como se estas cortes fossem superiores as mercosulinas.

Portanto o MERCOSUL, foro legítimo para solução da presente controvérsia, foi incapaz de solucionar-la. Desta maneira ficou provado a necessidade de um órgão mais dependente e atuante, armado com um corpo de lei próprio, na forma de direito comunitário. Nas palavras da Dra. Paula Wojcikiewicz Almeida(2007, p.32), “[...]os Estados membros do bloco não promovem a independência devida aos órgãos do MERCOSUL, o que priva de qualquer efetividade o processo de integração.

## CONCLUSÃO

Esta breve análise do modelo integracionista escolhido pelo MERCOSUL busca demonstrar que somente através da avanço em direção a organismos supranacionais, com autonomia, é que o Sistema de Solução de Controvérsias e o próprio MERCOSUL encontrará real espaço na agenda dos seus cinco Estados-partes e a estabilidade jurídica necessária para que seja visto e sentido internacionalmente como um bloco econômico.

Antes de mais nada é preciso que exista um Tribunal de Justiça supranacional, nos moldes utilizados pela União Europeia, que tenha o poder de garantir a efetividade do processo, e não apenas apontar um caminho a ser seguido, sem que se torne efetiva a decisão, como ocorre atualmente.

Frente a falta de jurisdição “com poder jurisdicional” encontrada pelo sistema de resolução de conflitos no Mercado Comum do Sul, os Estados-membros acabam por não utilizá-lo, recorrendo, por exemplo, a Corte Internacional de Justiça ou a Organização Mundial do Comércio, visto que ambas possuem uma capacidade de constrangimento estatal muito mais eficaz.



Por fim, em um bloco econômico onde existe diferença abissal no tamanho das economias, das extensões geográficas e das populações dos países que o formam, pensar em um sistema onde todos são nivelados através da intergovernamentalidade, é abrir espaço para o *bellum omnium contra omnes* de Hobbes na busca pela razão. Portanto como no célebre livro que traz o lema citado, a única maneira de haver a real harmonização entre os entes do bloco é através de um poder central forte, que garanta a legalidade, através da aplicação uniforme das normas, produzidas no âmbito mercosulino.

## **Bibliografia**

### **Livros**

BAPTISTA, Luiz Olavo. O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 1998.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito internacional da integração. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Paulo. Direito Institucional e Material do MERCOSUL, ed. Lumen Júris, 2a ed., Rio de Janeiro, 2005.

SEINTEFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. 2. ed. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

### **Artigos de periódicos e capítulos de obras coletivas**

BARRAL, Welber. O novo sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL. OAB: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, v. 31, n. 73, p.53, Jul/Dez. 2001.

FABRÍCIO, Aldroaldo Furtado. A prejudicialidade de direito comunitário nos tribunais supranacionais. AJURIS, Porto Alegre, a. XXIV, n. 69, p.16, mar.1997.

Malamud, Andrés (2010) “Theories of Regional Integration and the Origins of Mercosur”, in Marcílio Toscano Franca Filho, Lucas Lixinski and María Belén Olmos Giupponi, eds: The Law of MERCOSUR. Oxford: Hart Publishing, 9-27. 2010

MELO, Adriane Cláudia. Supranacionalidade e intergovernamentalidade no Mercosul. In ILHA, Adayr da Silva; VENTURA, Deisy de Freitas Lima [Orgs.]. O Mercosul em Movimento II. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.



OLIVEIRA, Odete Maria de. Modelo dependente. In BEDIN, Gilmar Antonio Bedin; PARADIGMAS das relações internacionais: realismo, idealismo, dependência, interdependência. Ijuí: UNIJUI, 2000.

TREIN, Franklin. Mercosul: uma breve análise de suas origens à crise atual. Civitas - Revista de Ciências Sociais, Ano 1, no 1, outubro 2000



