

COORDENADORES

Cláudio Finkelstein

Vladmir Oliveira da Silveira

ORGANIZADORA

Livia Gaigher Bósio Campello



DIREITO INTERNACIONAL EM ANÁLISE

Segundo Volume



DIREITO INTERNACIONAL EM ANÁLISE

Segundo volume

CLÁUDIO FINKELSTEIN
VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA
Coordenadores

LÍVIA GAIGHER BÓSIO CAMPELLO
Organizadora

DIREITO INTERNACIONAL EM ANÁLISE

Segundo volume

SEGUNDO VOLUME | 2013 | CURITIBA - PR



Nossos Contatos

São Paulo

Rua José Bonifácio, n. 209,
cj. 603, Centro, São Paulo – SP
CEP: 01.003-001

Acesse: www.editoraclassica.com.br

Redes Sociais

Facebook:

<http://www.facebook.com/EditoraClassica>

Twitter:

<https://twitter.com/EditoraClassica>

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioly
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
Jonathan Barros Vita
José Edmilson Lima
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Leonardo Rabelo
Livia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão
Luiz Eduardo Gunther

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy

Produção Editorial: Editora Clássica

Revisão: Lara Bósio

Capa: Editora Clássica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D635

Direito internacional em análise / Livia Gaigher Bósio Campello (org.) ; coordenadores Claudio Finkelstein, Vladimir Oliveira da Silveira. - São Paulo : Clássica, 2013.

23 cm. (Coleção estudos internacionais; 1)

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-99651-53-7

1. Direito internacional 2. Direito processual I. Campello, Livia Gaigher Bósio II. Finkelstein, Cláudio, 1964- III. Silveira, Vladimir Oliveira da. IV. Série.

12-7922.

CDU: 341:347.9

26.10.12

05.11.12

040328

Luisa Moura
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszka
Roberto Genofre
Salim Reis
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Séllos
Vladimir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

PREFÁCIO

Este livro reúne autores consagrados e estudiosos dedicados às letras jurídicas com visão ampla e multifacetada na área do Direito Internacional. Tais características revelam a vocação desta obra, em seu volume II, “Direito Internacional em Análise”, de não permanecer no mundo da teoria, embora esta também sirva de apoio e de sustentáculo à construção dos temas, mas de trazer a público a dinâmica desta nobre área do Direito, que por muito tempo ficou relegada como uma espécie de apêndice, ao pensamento político e histórico, como se não pertencesse, verdadeiramente, à área jurídica.

Cláudio Finkelstein e Vladmir Oliveira da Silveira, coordenadores, professores consagrados, que desenvolvem suas aulas na PUC de São Paulo, sempre com grande número de estudantes e admiradores, não pouparam esforços para bem administrar as temáticas que se consagraram nas páginas que se seguem, bem como aos seus autores, dentro de uma lógica multidisciplinar que mistura, sem contaminar as razões e os princípios, matérias de Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Direito do Comércio Internacional. Nada mais certo, nada mais moderno do que voltar ao caldo original de onde tudo saiu, para refazer, remodelar, reestruturar os caminhos do Direito Internacional.

Nesta nossa civilização, altamente especializada, por vezes nos esquecemos que a visão do todo é necessária para redefinir as matérias e os seus campos e para proporcionar ao especialista e ao interessado, em determinado campo, instrumentos de raciocínio mais amplos e eficazes.

É por esse motivo que aceitei com enorme prazer o convite de fazer o prefácio de tão ilustres autores, porque comungo dessa percepção do mundo, enciclopédica, porém, naturalmente consistente, porque decifra caminhos que somente poderiam ser percorridos com certa leveza e segurança, quando vistos do seu início, em um primeiro momento. Um bom plano de administração de qualquer empreendimento é a observação do horizonte, do mapa, do começo, do meio e do fim. E isto esta obra o faz.

Há, por certo, a influência não só de seus coordenadores e da organizadora Livia Gaigher Bósio Campello, exemplo de estudiosa, que se dedica à vida acadêmica com clareza de objetivo e singular inteligência, mas do meio universitário que é a nossa Pontifícia Universidade Católica, que tem nos seus intelectuais, professores e alunos a inclinação natural pelos fundamentos das coisas e pela concepção do

conjunto, do Direito.

Este não é um livro meramente técnico, também não se trata de mera e angustiante doutrina, é um livro de mestres e de aprendizes na feitura cuidadosa do tecido básico do Direito Internacional e de suas especificações.

Observem-se, os títulos de cada capítulo e o que se pode esperar dos mesmos. “Direito, Mercado e Relações Internacionais”, “Investimentos Internacionais”, “Arbitragem Internacional”, “Sistema de Solução de Controvérsias da OMC”, “Relação entre Estados e a Cooperação Regional em Matéria Antitruste: Tratados no âmbito do Mercosul”, que se inserem, sem dúvida, em uma preocupação prática com as relações empresariais, estatais e regionais, nesse âmbito da pujante vida internacional e “O Sistema Econômico Internacional”, “Conselho de Segurança da ONU e os Direitos Humanos”, “A Situação do Brasil no Grupo de Trabalho da Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos da ONU”, “A Soberania e a Interdependência”, “O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Breves Comentários”, “Direito Internacional e O Uso da Força”, “Harmonização entre sistemas jurídicos nacionais (entre si) e internacionais: (re) classificação e novas perspectivas” e “Da internalização materialmente indireta dos tratados internacionais – o caso da EC 72/13 e os Empregados Domésticos” que são temas que escoram e servem de substrato ao raciocínio jurídico desenvolvido nas áreas consideradas mais especializadas.

Não há dúvida que a geografia é a mesma. Grandes avenidas, pequenas ruas, praças do Direito Internacional, que se encontram nesta noção pluridisciplinar, que é a essência do próprio Direito Internacional.

Os seus autores, mestres, doutores, doutorandos se uniram com arrebatamento para escrever e oferecer ao público o que não se encontra facilmente nas livrarias, e que, por vezes, revelam-se apenas em estafantes pesquisas. Nominá-los nos parece essencial, tal o apreço e a admiração que nutro por todos, uma vez que estive presente na vida de cada um, ensinando, aprendendo, participando de bancas e me entusiasmando com o progresso intelectual de todos e com a eficiente caminhada pelas sendas do Direito.

Eis os nomes: Livia Gaigher Bósio Campello, Priscila Caneparo dos Anjos, Carlo Mazza Britto Melfi, Antônio Márcio da Cunha Guimarães (mestre consagrado), Carolina Iwancow Ferreira, Ana Carolina Souza Fernandes, Silvia Ferraz Ivamoto, Paloma Moreira de Assis Carvalho, Ana Cláudia Ruy Cardia, Clarisse Laupman Ferraz Lima, Marcela Junqueira Cesar Pirola, Frederico Eduardo Zenedin

Glitz, Ana Vastag, Everson Tobaruela, Clayton Vinicius Pegoraro de Araujo, Jonathan Barros Vita, Fernanda de Miranda S. C. Abreu, Miguel Ângelo Marques, Margareth Leister, Elisaide Trevisam.

É necessário, leitor amigo e estudioso do Direito, ficar atento a tais nomes, porque com eles inicia-se uma nova era de estudos.

Somos beneficiários desta obra do Direito Internacional e com ela aprendemos muito e descobrimos – o que é mais importante – que muito há a estudar e a escrever. Convido todos à leitura, apreciando este Direito Internacional em Análise – Volume II, que bem poderia ser chamado, com igual correspondência, Direito Internacional em Movimento. Movimentemo-nos nestas análises, porque o leitor também faz a obra.

Carlos Roberto Husek

Professor de Direito Internacional da PUC de São Paulo

Membro da Academia Paulista de Direito

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região

APRESENTAÇÃO

O segundo tomo desta coletânea apresenta as reflexões e pesquisas em Direito Internacional de alunos, professores e parceiros da PUC-SP. O desafio da construção coletiva de uma escola livre, transdisciplinar e crítica, aceito pelos professores de Direito Internacional, pouco a pouco, se materializa nos resultados aqui divulgados. Em tempos de liquidez e de relações, inclusive educacionais, tão efêmeras, o trabalho de longo prazo e compromissado chega a ser visto como utópico. Entretanto, como já bem explicado “ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção”

Deste modo, o intuito da obra é divulgar as ideias e questionamentos particulares ou compartilhados sobre o Direito Internacional. Não de forma dogmática ou professoral, mas como um convite a indagação e formação de um raciocínio dialético respeitoso. Nenhum ser humano nasce pronto. Pesquisador muito menos. Mas acreditamos que nos experimentando poderemos nos aprofundar e nos multiplicar.

A obra se inicia com as considerações de Priscila Caneparo dos Anjos a respeito da arbitragem internacional em seu artigo “Direito, mercado e relações internacionais – A crescente importância da arbitragem internacional”. Neste, é examinada a forma pela qual a arbitragem contribui para a consolidação das relações internacionais e para o desenvolvimento do comércio internacional.

Em seguida, em seu artigo “O sistema econômico internacional e as mudanças de paradigma a partir dos acordos de Bretton Woods”, Carlo Mazza Britto Melfi analisa os interesses que influenciaram a estruturação do Sistema de Bretton Woods, bem como as mudanças ocorridas no panorama político e econômico desde então e a consequente preponderância do desenvolvimento humano no atual Sistema Econômico Internacional.

Antônio Marcio da Cunha Guimaraes e Carolina Iwancow Ferreira, por sua vez, se debruçam sobre o estudo dos “Investimentos internacionais”, título de seu artigo, no qual dissertam sobre a elaboração de um método para identificar a localização adequada de um investimento. Os autores também abordam os conflitos existentes entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento acerca da matéria, assim como aqueles entre o direito interno e o direito internacional desses países.

Na sequência, Clayton Vinicius Pegoraro de Araújo trata dos acordos de cooperação regional que adotam regras de atuação no mercado em “Relação entre

Estados e a cooperação regional em matéria antitruste: Tratados no âmbito do Mercosul”. O autor avalia a possibilidade de que determinadas medidas auxiliem no desenvolvimento dos sistemas de concorrência no âmbito regional, por intermédio da convergência de procedimentos e da harmonização legislativa.

Já o artigo “A arbitragem internacional e o caso da Hidrelétrica Jirau”, apresentado por Ana Carolina Souza Fernandes, propõe o estudo do referido caso concreto com o intuito de verificar a legalidade da cláusula contratual de eleição de foro estrangeiro. Para tanto, também são examinadas as previsões legislativas brasileiras e internacionais a respeito do instituto da arbitragem internacional, bem como as decisões judiciais já proferidas sobre o assunto.

Lívia Gaigher Bósio Campello, em seu trabalho “A Organização das Nações Unidas e a Governança Global Ambiental”, por meio de uma análise do surgimento e da evolução do Direito Internacional do Meio Ambiente, expõe o papel protagonista desempenhado pela ONU na criação e na conformação das normas ambientais aos anseios da sociedade internacional. Nesse sentido, a autora apresenta os dois principais órgãos com funções dirigidas ao meio ambiente, além de abordar o debate atual sobre a criação de uma Organização Mundial para o Meio Ambiente.

“O Conselho de Segurança e os Direitos Humanos” é a contribuição de Sílvia Ferraz Ivamoto para a obra. A autora parte de um estudo descritivo e exploratório para verificar a tutela dos direitos humanos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas quando este age para assegurar a paz e a segurança internacional, considerando que tal obrigação não está presente no rol de atribuições do órgão.

Paloma Moreira de Assis Carvalho apresenta “O sistema de solução de controvérsias da OMC - Análise do relatório da ONU sobre a globalização e seus impactos na concretização dos direitos humanos”, onde analisa o surgimento e o desenvolvimento do modelo adotado pela Organização Mundial de Comércio para executar decisões e impor sanções. Além disso, procura verificar o comportamento da Organização em relação a litígios que envolvam a violação de direitos humanos, bem como o posicionamento da ONU em relação ao sistema adjudicante da OMC.

Elisaide Trevisan e Margareth Leister trazem uma reflexão acerca da crise de identidade do europeu diante do multiculturalismo encontrado na União Europeia como efeito da globalização. Dessa forma, o trabalho “Direitos humanos na União Europeia: tolerância com diversidades” enfrenta a problemática vivida perante a necessidade de observância dos direitos humanos dos cidadãos de diversas etnias, crenças e culturas que convivem, no cenário europeu, dentro de uma perspectiva de

reconhecimento e respeito das diferenças do outro.

No artigo “A situação do Brasil no Grupo de Trabalho da Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos da ONU”, Ana Cláudia Ruy Cardia estuda a evolução da proteção do indivíduo pela sociedade internacional, em especial no âmbito das Nações Unidas e de outras Organizações Internacionais voltadas à garantia e defesa dos direitos humanos. A partir daí, a autora avalia a participação brasileira no Mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Antônio Márcio da Cunha Guimarães, em “O papel do Tribunal Penal Internacional na proteção dos direitos humanos”, apresenta a relevância que adquiriu o Tribunal no combate à impunidade dos autores daqueles crimes de tamanha gravidade que afetam a comunidade internacional em seu conjunto. Todavia, são apontadas também as principais críticas que surgiram em relação à atuação do TPI após pouco mais de uma década de existência.

No artigo “Soberania e interdependência”, Clarisse Laupman Ferraz Lima e Marcela Junqueira Cesar Pirola se propõem a fazer uma análise da discussão sobre as transformações na noção de soberania ao longo da evolução do direito internacional. No trabalho, são retratados alguns dos principais pensadores e intérpretes do conceito, e busca-se compreender sua influência sobre as ideias e os ideais do direito internacional contemporâneo.

Frederico Eduardo Zenedin Glitz expõe em seu “Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais: Breves comentários” o debate atual quanto aos meios de proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais diante da especialização do direito internacional, bem como quanto ao seu reconhecimento e implementação em nível nacional. Nesse sentido, o autor ainda se preocupa em descrever a posição do Brasil em relação à implementação das principais normas internacionais sobre os direitos econômicos.

Ana Carla Vastag Ribeiro de Oliveira e Everson Tobaruela são os autores do trabalho “Direito internacional e o uso da força”, no qual realizam uma investigação sobre o uso da força e o recurso à guerra no direito internacional clássico, comparativamente à repressão constatada atualmente nas Cartas e tratados das principais organizações internacionais em relação à utilização desses meios.

Em seu artigo “Harmonização entre sistemas jurídicos nacionais (entre si) e internacionais: (re)classificação e novas perspectivas”, Jonathan Barros Vita parte de uma premissa teórica obtida por meio da interação de diferentes sistemas de refe-

rência, para então analisar a harmonização intra e inter-sistemas jurídicos. Ademais, com base no estudo de casos concretos, o autor busca verificar as diferentes classificações que essa harmonização pode receber.

Por fim, Fernanda de Miranda S. C. Abreu, no trabalho “Da internalização materialmente indireta dos tratados internacionais – O caso da EC 72/13 e os empregados domésticos”, discute a possibilidade de que uma matéria de grande relevância no plano internacional ocasione uma internalização indireta daquele conteúdo, sem que tenha sido percorrido o procedimento formal de incorporação de tratados internacionais. Nesse sentido, a autora comenta o caso da Convenção nº 189 da OIT que, embora ainda não tenha sido ratificada pelo Brasil, fomentou o debate que levou à aprovação da EC 72/13, que hoje garante todos os direitos previstos naquela Convenção.

Boa leitura!

São Paulo, inverno de 2013.

Cláudio Finkelstein
Livia Gaigher Bósio Campello
Vladmir Oliveira da Silveira

SUMÁRIO

1. DIREITO, MERCADO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS: A CRESCENTE IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

PRISCILA CANEPARO DOS ANJOS 11

2. O SISTEMA ECONÔMICO INTERNACIONAL E AS MUDANÇAS DE PARADIGMA A PARTIR DOS ACORDOS DE BRETTON WOODS

CARLO MAZZA BRITTO MELFI 37

3. INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

ANTÔNIO MARCIO DA CUNHA GUIMARÃES - CAROLINA IWANOW FERREIRA 60

4. RELAÇÃO ENTRE ESTADOS E A COOPERAÇÃO REGIONAL EM MATÉRIA ANTITRUSTE: TRATADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL

CLAYTON VINICIUS PEGORARO DE ARAÚJO 82

5. A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E O CASO DA HIDRELÉTRICA JIRAU

ANA CAROLINA SOUZA FERNANDES 95

6. A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A GOVERNANÇA GLOBAL AMBIENTAL

LÍVIA GAIGHER BÓSIO CAMPELLO 119

7. O CONSELHO DE SEGURANÇA E OS DIREITOS HUMANOS

SILVIA FERRAZ IVAMOTO 137

8. O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC - ANÁLISE DO RELATÓRIO DA ONU SOBRE A GLOBALIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

PALOMA MOREIRA DE ASSIS CARVALHO 164

9. DIREITOS HUMANOS NA UNIÃO EUROPEIA: TOLERÂNCIA COM DIVERSIDADES

ELISAIDE TREVISAM - MARGARETH LEISTER 180

10. DIREITO INTERNACIONAL E O USO DA FORÇA

ANA CARLA VASTAG RIBEIRO DE OLIVEIRA - EVERSON TOBARUELA 205

11. O PAPEL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

ANTÔNIO MARCIO DA CUNHA GUIMARÃES - MIGUEL ÂNGELO MARQUES 224

12. A SOBERANIA E A INTERDEPENDÊNCIA

CLARISSE LAUPMAN FERRAZ LIMA - MARCELA JUNQUEIRA CESAR PIROLA..... 240

13. PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: BREVES COMENTÁRIOS

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ 254

13. A SITUAÇÃO DO BRASIL NO GRUPO DE TRABALHO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

ANA CLÁUDIA RUY CARDIA 267

14. HARMONIZAÇÃO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS (ENTRE SI) E INTERNACIONAIS: (RE)CLASSIFICAÇÃO E NOVAS PERSPECTIVAS

JONATHAN BARROS VITA 289

15. DA INTERNALIZAÇÃO MATERIALMENTE INDIRETA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS – O CASO DA EC 72/13 E OS EMPREGADOS DOMÉSTICOS

FERNANDA DE MIRANDA S. C. ABREU 315

1

DIREITO, MERCADO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS: A CRESCENTE IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

PRISCILA CANEPARO DOS SANTOS

Doutoranda da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre e Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. E-mail: pricaneparo5@yahoo.com.br.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Diferenciação entre arbitragem nacional e arbitragem internacional. 2. Tipos de arbitragem internacional. 3. A UNCITRAL e a arbitragem internacional. 3.1 Histórico. 3.2 A lei modelo sobre arbitragem comercial internacional da UNCITRAL. 4. Câmara de Comércio Internacional (CCI). 5. International Chamber of Commerce. 5. American Arbitration Association (AAA). 6. A Convenção de Nova Iorque de 1958 – reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. 6.1 Litispendência Internacional. 7. A arbitragem e o sistema de solução de controvérsias no âmbito da Organização Mundial do Comércio. 7.1 As origens do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. 7.2 O funcionamento do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. 8. A arbitragem no MERCOSUL. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em um contexto de globalização, onde as fronteiras se diluem devido ao grande e rápido acesso à informação, torna-se imprescindível que os Estados soberanos venham, na mesma velocidade, adequar-se a essa nova sociedade global que está, cada vez mais, consolidando-se.

Nesse sentido, a arbitragem, como meio de alternativo de solução de controvérsias, tem se mostrado um instrumento indispensável na sociedade contemporânea, especialmente em áreas que necessitam de um maior dinamismo, agilidade e eficiência que a presente na máquina estatal.

Nesse sentido, o comércio por ser uma dessas áreas que vê, na arbitragem, um meio capaz de resolver, rapidamente, as controvérsias que possam ser geradas entre os seus agentes.

Especialmente neste ponto, surgiu e desenvolveu-se a arbitragem internacional, tanto ligada a aspectos de direito público, quanto de direito privado, guardando institutos, conceitos e regras próprias.

Conjuntamente a ela, surgiram instituições especializadas na resolução de conflitos por intermédio da arbitragem internacional, uma vez que dia após dia, vem sendo utilizada pelos atores internacionais do comércio.

Desta maneira, esse trabalho propõe-se a analisar, brevemente, determinados aspectos e institutos ligados à própria arbitragem internacional.

1. DIFERENCIAÇÃO ENTRE ARBITRAGEM NACIONAL E ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Primeiramente, vale ser dito que a arbitragem, tanto no âmbito interno, quanto no âmbito externo, pode ser conceituada como o sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios pessoais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação¹.

Nesse sentido, entende-se a arbitragem como sendo um caminho alternativo para soluções de controvérsias, sendo possível, tais como as demandas levadas ao próprio judiciário estatal, guardar elementos de conexão com um ou mais ordenamento jurídico.

Acontece que, essencialmente, quando se tratam dos próprios princípios inerentes ao instituto da arbitragem, a arbitragem internacional não se difere da arbitragem interna, sendo, em outros termos, assim entendido:

Não há diferença essencial entre a arbitragem interna e a arbitragem internacional. Em ambos os casos, estamos diante de um modo de solucionar litígios, mediante a aplicação de regras adjetivas e substantivas escolhidas pelas partes, por julgadores não governamentais por elas designados, cujas decisões são passíveis de execução forçada, com uso do poder de coerção dos juízes ou tribunais governamentais. A arbitragem internacional e a arbitragem interna são governadas pelos mesmos princípios de direito².

1 STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: Editora LTR, 1996. p. 33.

2 SILVEIRA LOBO, C. A. da; Almeida, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional*: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: 2003. p. 7.

Argumenta-se que o princípio da autonomia das partes, da boa-fé, do contraditório e da ampla defesa, da igualdade das partes, da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, da livre investigação – além de outros relevantes no âmbito arbitral – serão, igualmente, norteadores do procedimento arbitral internacional.

Com isso em mente, passa-se, de fato, à análise das principais diferenças do instituto designado como arbitragem internacional. Para que se inicie essa análise, traduz-se o ensinamento de José Maria Rossani Garcez³:

Para diferenciar a arbitragem nacional da internacional pode-se, basicamente, utilizar o mesmo critério diferenciador entre os contratos nacionais e internacionais; nos primeiros, acham-se presentes, em geral, elementos conectados a um mesmo sistema legal, as partes têm residência no mesmo Estado e este, em geral, não difere daquele em que o contraste será executado. [...] Já nos contratos e nas arbitragens internacionais, em geral intervêm legislações em conexão com mais de um sistema legal nacional, as partes têm domicílio em países diferentes, o local da constituição da obrigação contratual ou da convenção arbitral em geral ocorre em país estrangeiro ao domicílio de uma das partes, o local de execução do contrato, ou da realização da arbitragem, pode ser um dos países de domicílio de uma das partes, ou ainda, um terceiro país.

A Lei Modelo da Uncitral – a ser estudada a seguir – estabelece quando a arbitragem deve ser considerada como internacional, devendo, para tal, preencher alguns dos seguintes requisitos: a) as partes estarem estabelecidas em Estados diferentes; b) um dos lugares referidos a seguir estiver fora do Estado em que as partes tenham seu estabelecimento: I – se for o lugar da arbitragem, tal como fixado na Convenção de Arbitragem ou determinável por esta; II – qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estritamente conexo; c) quando as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da Convenção de Arbitragem tem conexões com mais de um país.

Importante faz-se frisar que qualificar uma arbitragem como sendo internacional traz algumas consequências, especialmente no que condiz às regras a serem aplicadas, tanto no condizente ao direito material, quanto ao direito formal. Nesse sentido, desenvolveu-se – tendo em vista que a arbitragem internacional socorre, so-

3 GARCEZ, José Maria Rossani. *A Arbitragem da Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 164.

bremaneira, o comércio internacional – leis do próprio comércio internacional para serem aplicadas na denominada arbitragem internacional, a chamada *lex mercatoria*. Traduz-se tal ensinamento no seguinte trecho:

On constate une certaine tendance des tribunaux arbitraux internationaux à se détacher de l'application de toute règle nationale pour mettre en oeuvre un corps de règles anationales qualifiée par une certaine doctrine de lex mercatoria. Dans la mesure où l'application de ces règles ne permettrait pas une prévisibilité suffisante des solutions, il est vraisemblable que cela susciterait des réactions contre l'insécurité juridique que supporte mal le droit des affaires, fussent – elles internationale^{4,5}.

Nesse prisma, compreende-se que a arbitragem internacional, em um mundo globalizado, onde as interações entre direitos e pessoas se dão de forma frenética e das mais variadas possíveis – especialmente no campo comercial -, e com a consequente dissolução das fronteiras, a arbitragem internacional se demonstra um elemento apto, seguro e eficaz para o atendimento de demandas com pontos de contato entre dois ou mais sistemas legais.

A problemática que merece ser levantada é que, diferentemente da arbitragem nacional, que leva em consideração os aspectos da própria lei interna, emanada pelo judiciário local – no caso do Brasil, essa lei vem a ser a 9.307/96 -, a arbitragem internacional depende sobremaneira do direito comparado e das regulamentações advindas de tratados, convenções e órgãos internacionais que regulamentem o tema, não podendo, de forma alguma, estar adstrita apenas a um único instrumento legal normativo.

Dessa maneira, pretende-se, nesse momento, estudar os principais instrumentos que ensejaram o desenvolvimento da arbitragem internacional, tanto em âmbito nacional, quanto em âmbito externo e pontuar os principais aspectos em debate sobre o tema em questão.

4 GAVALDA, Christian; LEYSSAC, Claude Lucas de. *L'Arbitrage*. Paris: Éditions Dalloz, 1993. p. 14.

5 Numa constante tendência dos tribunais arbitrais internacionais se deterem na aplicação de todas as regras nacionais, desenvolveu-se um corpo de regras anacionais qualificadas como uma doutrina chamada de “*lex mercatoria*”. Dada a medida ou a aplicação dessa solução, pode-se dizer que ela corresponde ao fim da insegurança jurídica que suporta esse litígios internacionais submetidos à arbitragem. (Tradução livre).

2. TIPOS DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A arbitragem internacional pode localizar-se, ainda, no plano do direito internacional público, quanto no de direito internacional privado, sendo que, para tal configuração, se faz necessário a análise dos sujeitos que participam desse procedimento.

Caso a arbitragem venha a desenvolver-se entre Estados, então ter-se-á uma arbitragem no âmbito do direito internacional público⁶, sendo que, essa própria encontra-se num panorama ainda de consolidação, sendo que, nesse estudo, será tratada de forma reflexa quando então for se analisar a arbitragem no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio. Apenas para não deixar o tema sem qualquer consideração inicial, diz-se que:

No âmbito do Direito Internacional Público, serve a arbitragem como técnica utilizada pelos Estados – partes na controvérsia, que indicam os integrantes de um órgão de decisão arbitral, estabelecem sua competência e jurisdição, os procedimentos a serem seguidos, os prazos e a forma de cumprimento da decisão. Essa arbitragem pode ser realizada segundo normas jurídicas estritas (aplicação do *ius strictum*) ou sem o emprego de formas e normas jurídicas (*ex bono et aequo* ou, na terminologia inglesa, *amiable composition*, ou ainda na versão francesa, *en amiable composition*⁷.

Já no campo do Direito Internacional Privado, a arbitragem preza-se aos próprios interesses privados das pessoas físicas e, mais ainda, jurídicas que desse meio pretendam participar. Cabe ressaltar, ainda, que, mesmo nesse tipo de arbitragem, um Estado pode vir a ser parte no procedimento, mas essa não pode ser entre Estados – ou seja, em um dos pólos, pode haver a presença deles, mas, no outro, necessariamente, deve-se ter pessoas físicas e / ou jurídicas.

Argumenta-se a necessidade, nesse ponto, de focar-se no Direito do Comércio Internacional – ramo advindo do direito internacional privado – e, consequentemente, na arbitragem que nele pode ser utilizada, ou seja, na Arbitragem Co-

6 Consideraremos, nesse trabalho, a noção clássica de sujeitos de Direito Internacional Público, quais sejam: Estados e Organizações Internacionais.

7 CRETELLA NETTO, José. *Curso de Arbitragem*: arbitragem comercial arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 18.

mercial Internacional. Traduz-se a questão de tal forma:

Já no campo do Direito do Comércio Internacional, em que se defronta Estado e particular estrangeiro, ou particulares de diferentes países, a arbitragem é geralmente instituída para resolver litígios envolvendo a execução de contratos internacionais, apresentando-se como excelente método para evitar as incertezas ligadas aos conflitos de leis e à diversidade de direitos nacionais, razão pela qual as câmaras de comércio e a Câmara de Comércio Internacional criaram Tribunais Arbitrais⁸.

Tendo em vista esse ponto, faz-se necessária a descrição de quais seriam as fontes normativas da própria arbitragem internacional, sendo, segundo Guido Soares⁹, assim elencadas:

a) tratados internacionais (do tipo *law making treaties*, ou seja, tratados internacionais entre Estados para a adoção de normas uniformes sobre institutos de Direitos Privados internos); b) usos e costumes do Direito do Comércio Internacional; c) a jurisprudência arbitral, em particular aquela elaborada por árbitros pertencentes a m corpo de árbitros de instituição arbitral reconhecida (os precedentes arbitrais elaborados dentro de uma instituição arbitral); d) leis internas e jurisprudência dos tribunais judiciais dos Estados (em particular daqueles países que têm sede os tribunais arbitrais ou instituições arbitrais internacionais, Paris, Londres, Genebra, Hamburgo, Nova Iorque...), que se têm manifestado nos inúmeros casos de pedidos de homologações judiciais de laudos arbitrais expedidos em seu território; e) a doutrina; f) os princípios gerais de Direito, que, numa matéria tão complexa e tendente a ser regulada por normas costumeiras internacionais, ganham força, devido às lacunas existentes.

Também, nesse aspecto, exige-se a diferenciação daquilo considerado como sendo arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucional, sendo que, no que condiz à primeira, são as próprias partes que delimitam mecanismos e meios próprios para a solução da controvérsia, a partir da arbitragem, enquanto que, na segunda, submetem-se ao procedimento de uma determinada instituição. Ou seja:

8 CRETILLA NETTO, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 18.

9 SOARES, Guido. *Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil*. Vol. 641. São Paulo: RT, 1989. p. 29.

Podem as partes ajustar a solução arbitral de suas controvérsias através da metodologia própria, criada ou adotada livremente entre elas em decorrência de suas necessidades ou das peculiaridades que desejem imprimir a este mecanismo ou submeter a solução arbitral a procedimento a ser seguido segundo regras pré – estabelecidas pro um entidade ou organização privada, que lhes administre a arbitragem. No primeiro caso teremos um procedimento avulso ou *ad hoc* e no segundo, o institucional¹⁰.

Proposta essa classificação, passa-se à análise dos instrumentos que permitiram o desenvolvimento da Arbitragem Internacional.

3. A UNCITRAL E A ARBITRAGEM INTERNACIONAL

3.1 HISTÓRICO

Antes de adentrar ao tema da arbitragem nos moldes da UNCITRAL, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca dessa instituição.

A UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – é um órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas, tendo se desenvolvido nos moldes da Resolução 2205 XXI, advinda desse último órgão. É o principal órgão jurídico, no âmbito das Nações Unidas, para atuar no ramo do Direito do Comércio Internacional.

Vale pontuar que sua criação se deu em um momento conturbado pelo qual passava as Nações Unidas, uma vez que, além de estar vivendo o que o mundo conheceu como Guerra Fria, o número de países membros havia aumentado sobremaneira, resultado do processo de descolonização. Acontece que esses países teciam de uma vontade de participarem no cenário internacional, através do relacionamento econômico e não havia quaisquer normas internacionais que pudessem guiar essas pretensões.

Com o intuito de promover a progressiva harmonização e unificação do Direito do Comércio Internacional – através de regras advindas da *Unidroit* -, surgiu, então, a chamada UNCITRAL. Atendendo às necessidades, conceituou-se o Direito do Comércio Internacional como “*international commercial relations on the level of*

10 GARCEZ, José Maria Rossani. *A Arbitragem na era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. pp. 166-167.

*private law entered into by governmental and other public bodies or, particularly in countries of centrally planned economy, by foreign trade corporations (...)*¹¹.

Estima-se, ainda, que a UNCITRAL veio a favorecer, sobremaneira, a cooperação entre os Estados no campo do comércio internacional, além de visar, com esse próprio comércio, a manutenção da paz e da segurança internacional. Além disso, previu que as dicotomias entre as leis dos diversos países poderia ser um entrave ao desenvolvimento.

Acontece que muitos países – tais como o Brasil – não adentraram à organização, considerando ser esta muito limitada e com pensamento estritamente europeu. Em outras palavras:

Considerava-se que os progressos internacionais obtidos no terreno da unificação jurídica do comércio internacional eram muito limitados em relação ao tempo e aos esforços despendidos. Os maiores obstáculos seriam a baixa participação de países nas organizações que se ocupavam do tema e a dificuldade de tornar realidade as minutas de convenções ou outros instrumentos negociados no âmbito desses organismos. Outrossim, o *Unidroit* era visto como uma entidade essencialmente europeia, o que levava os novos países a preferir juntar-se a um novo projeto, cuja concepção incluísse as suas necessidades e aspirações¹².

Acontece que os trabalhos desenvolvidos pela UNCITRAL foram imprescindíveis para o desenvolvimento do comércio internacional e, consequentemente, da própria arbitragem internacional. O principal documento realizado em seu âmbito fora a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, datada de 21.06.1985, que será analisada nesse momento.

3.2 A LEI MODELO SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL DA UNCITRAL

Inicialmente, sublinha-se que uma lei modelo tem o objetivo e uniformizar e harmonizar normas de diferentes países, adentrando a campos que facilitem o relacionamento entre tais.

Como não poderia ser diferente, a Lei Modelo sobre Arbitragem Comer-

11 In United Nations. Report of the Secretary – General. Agenda item 88. XXI Session. General Assembly Documents A/6369 and ADD. 1 and 2. New York, 1966. p. 3.

12 LIMA, João André. *A Harmonização do Direito Privado*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 145.

cial Internacional da UNCITRAL (21.06.1985) tentou estabelecer padrões normativos mínimos, estimulando a modernização das legislações nacionais, para o desenvolvimento da arbitragem comercial entre os mais diversos Estados, com diferentes ordenamentos jurídicos internos acerca do tema, podendo ser utilizada em procedimentos *ad hoc* ou como modelo para procedimentos de outras instituições privadas, como traduz o seguinte trecho:

A UNCITRAL – *United Nations Commission for International Trade Law* (Comissão das Nações Unidas para a Legislação Comercial Internacional) aprovou em 21 de junho de 1985 um conjunto de Regras de Arbitragem, que podem ser utilizadas pelas partes em procedimentos *ad hoc* ou avulsos, ou tem servido de modelo para regulamentos de entidades arbitrais no âmbito de diferentes Estados¹³.

Adentrando aos seus preceitos, está composta por 41 artigos, podendo ser utilizados para procedimentos arbitrais *ad hoc* ou institucionais. Suas regras conduzem toda a arbitragem, desde a notificação sobre a instauração da própria até o recolhimento/ depósito das custas procedimentais.

Quanto a seu caráter procedimental, pode ser dito, segundo seu artigo 5º que no caso das partes não terem determinado o número de árbitros (um ou três) após 15 dias da notícia da arbitragem à parte reclamada, então três árbitros deverão ser indicados. O tribunal artigo, ainda, segundo o artigo 15 da lei, poderá conduzir a arbitragem da maneira que achar apropriada, desde que as partes sejam tratadas de maneira igual e que possam apresentar seus argumentos em casa fase que isso se demonstrar possível.

Segundo o seu artigo 16 e 17, será o tribunal arbitral que determinará o local e o idioma da arbitragem, caso as partes não tenham convencionado.

As partes poderão aditar ou suplementar suas razões se não retardar o processo ou prejudique a outra parte (artigo 20) e poderá haver a concessão, pelo tribunal, de medidas cautelares necessárias (artigo 26), podendo, até mesmo, ser levantada a questão em foro judicial.

A lei visou, ainda, determinar o caráter internacional da relação jurídica não somente através do local do negócio, mas também no que tange ao local da arbitragem designado na convenção ou no local de cumprimento de parte das obri-

¹³ GARCEZ, José Maria Rossani. *A Arbitragem na era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 167.

gações, entre outras formas. Esclarece-se o tema com a seguinte doutrina:

Como visto, para fins da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, o caráter internacional da relação jurídica se verifica não somente quando as partes tenham seus respectivos locais de negócios situados em Estados diferentes, que é o critério mais comum, mas também quando o local da arbitragem designado na convenção arbitral, ou o local de cumprimento de parte substancial das obrigações, ou ainda o local que tenha a conexão mais próxima com o objeto da controvérsia, esteja fora do Estado onde as partes tenham seu local de negócios e, finalmente, quando as partes tenham expressamente concordado que o objeto da convenção arbitral se relaciona com mais de um Estado¹⁴.

Vale ser dito, no que tange à Lei Modelo da UNCITRAL, influenciou e vem influenciando cada vez mais legisladores nacionais no desenvolvimento de suas leis arbitrais internas. O exemplo mais emblemático é a própria Lei de Arbitragem brasileira (9.307/96), que foi elaborada com influência, sobremaneira, da Lei Modelo da UNCITRAL e da Convenção de Nora Iorque, de 1958, sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, a ser estudada a seguir.

4. CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI) – *INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE*

A Câmara de Comércio Internacional, estabelecida em 1919, é uma instituição que se preocupou, desde os seus primórdios, com o crescimento da economia global. Desde então, também, tem sido considerada como um dos órgãos mais representativos do comércio internacional.

Tal instituição é localizada em Paris e, de igual forma, acaba por ser regida pela lei francesa, dividindo-se em cinco organismos, sendo um deles a Corte Internacional de Arbitragem, criada em 1923.

Segundo sua própria definição¹⁵, a CCI representa a voz dos negócios internacionais, a defesa do comércio multilateral e a procura de soluções para os desa-

14 MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem Internacional no Brasil*. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 112.

15 International Chamber of Commerce. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/id93/index.html>.

fios do presente século. Nas palavras de José Cretella Neto¹⁶:

A CCI promove um sistema aberto de comércio e investimentos internacionais e a economia de mercado. A crença em que o comércio representa uma força poderosa para a paz e a prosperidade data das origens de sua criação: o pequeno grupo de líderes de ampla visão da comunidade de negócios que fundou a CCI autodenominava-se *the merchants of peace*.

Tendo um caráter global, a CCI ainda elabora normas internacionais que disciplinam boa parte do próprio comércio internacional¹⁷. Apesar de serem voluntárias, a maioria dos participantes do comércio internacional, sejam eles públicos ou privados, adotam tais regras emanadas pela instituição, uma vez que essas acabam por serem a maior exemplificação e atuação da própria *lex mercatoria*.

Adentrando a sua Corte Internacional de Arbitragem, entende-se ser esta uma das instituições arbitrais mais reputadas em um contexto mundial, contando com aspectos institucionais e procedimentais fortes e bem elaborados. Em breves palavras, assim descreve-se a Corte:

La Corte es un organismo vinculado a la Cámara de Comercio Internacional pero independiente de esta en cuanto a su desempeño, organización y funciones. Esta actualmente constituida por 63 miembros provenientes de todas partes Del mundo. Aunque no se requiere ser abogado para ser miembro de la Corte, esta se encuentra preponderantemente constituida por distinguidos abogados, jueces o profesores, especializados en el derecho comercial internacional. La vinculación orgánica entre la Corte y la CCI consiste en que cada uno de sus miembros es nombrado por el Consejo de la CCI a propuesta Del Comité Nacional situado en el país de la nacionalidad del miembro. Los miembros de la Corte son independientes del Comité Nacional que los propone. La Corte tiene además un Presidente y siete vice – presidentes que son directamente designados por el Consejo de la CCI. Ninguno de los miembros de la Corte es remunerado por sus funciones. Cualquier modificación del Reglamento debe ser aprobada por el Consejo de la CCT¹⁸.

16 CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 161.

17 O maior exemplo de tais regras são os chamados Incoterms, os quais são utilizados no comércio internacional de mercadorias, para delimitação de transferência de responsabilidade, riscos e custos entre o comprador e o vendedor.

18 GARCEZ, José Maria Rossani. *A Arbitragem na era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 205.

Em termos gerais, suas regras arbitrais preveem que as partes podem optar pela atuação de um árbitro único (devendo ser apontado no prazo de 30 dias pelas partes, sendo que, se não o fizerem, será designado pela própria CCI) ou três árbitros, podendo ser o terceiro árbitro designado pelos dois outros árbitros ou pela própria CCI.

Pontua-se que as partes, para utilizarem suas regras, não precisam, necessariamente, submeter sua demanda à própria Corte da Câmara de Comércio Internacional, podendo prever a utilização, apenas, de suas regras, mas em um outro foro arbitral. Caso escolham por submeter a arbitragem à Corte da Câmara em si, então deverá ser assim desenrolado:

De acordo com o art. 3º das Regras da CCI, a parte que deseja recorrer a arbitragem a ser administrada pela entidade deve submeter seu requerimento a Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem, diretamente ou através de seu Comitê Nacional. Isto é o bastante para a instalação da arbitragem pois a data do recebimento pela Secretaria do citado requerimento será tida, para todos os efeitos, como a data do início do processo correspondente.

A Secretaria remeterá à parte contrária uma cópia do requerimento de arbitragem, que deve conter vários requisitos obrigatórios como referidos no item 2 do art. 3º, tendo a parte contrária o prazo de 30 dias, prorrogável excepcionalmente a seu requerimento por período adicional, para nomear árbitro e apresentar sua defesa, acompanhada dos documentos relevantes. Falhando tal parte em nomear árbitro e apresentar defesa no prazo assinalado a Secretaria reportará o fato à Corte Internacional de Arbitragem, prosseguindo o processo de acordo com as Regras da entidade¹⁹.

Por fim, vale apenas ser pontuado que a Corte Internacional de Arbitragem tem o objetivo de supervisionar a aplicação das regras, sobre arbitragem, delimitadas pela CCI, não sendo, tal como o sentido literal do termo, um Tribunal propriamente dito.

19 GARCEZ, José Maria Rossani. *A Arbitragem na era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 170.

5. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (AAA)

A *American Arbitration Association* é uma instituição, criada em mais de oito décadas, localizada nos Estados Unidos, responsável pela resolução de litígios por meios alternativos, sendo eles arbitragem, a conciliação, a mediação e outros meios de solução extrajudicial de conflitos.

Tal organismo presta assistência aos governos que assim requeiram, a empresas, sindicatos, advogados e tribunais, contado com milhares de especialistas em seu quadro constitutivo, segundo sua atividade ou profissão.

No condizente às suas regras, examina-se que as partes que desejarem submeter algum litígio àquelas, deverão, em seu contrato, acrescentar uma cláusula prevendo a aplicação das regras da AAA.

De maneira geral, pode ser assim entendido o teor de suas regras:

Sob as regras da AAA as partes acham-se livres para adotar qualquer acordo mutuamente aceitável para a indicação futura dos árbitros ou podem, desde logo, nomear tais árbitros. [...]

De acordo com o art. 2º das Regras da AAA os procedimentos da arbitragem começam na data em que o requerimento da parte que deseja iniciá-lo é recebido pelo administrador da AAA, o qual enviará comunicado às partes a respeito, dando-lhes ciência deste início. A defesa deverá então ser apresentada nos 45 dias seguintes. Conforme o art. 15 o tribunal arbitral tem o poder de decidir sobre a existência ou validade da Convenção de Arbitragem, ou de determinar sobre a validade do contrato no qual a cláusula arbitral tenha sido inserida, dispondo ainda tal artigo que as objeções à arbitralidade de uma reclamação devem ser apresentadas num prazo não superior a 45 dias do início do procedimento arbitral²⁰.

A seguir, então, desenrolar-se-á todo o procedimento arbitral, até que os árbitros, então, cheguem a um veredicto sobre a questão, cabendo, segundo seu art. 31, requerimento da parte, em 30 dias da decisão, para que haja a interpretação ou correção de algum defeito advindo da decisão.

Por fim, pode ser dito que muito do desenvolvimento da arbitragem internacional na América fora resultado da criação e dos trabalhos realizados pela *American Arbitration Association*.

20 GARCEZ, José Maria Rossani. *A Arbitragem na era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 170.

6. A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1958 – RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE LAUDOS ARBITRAIS ESTRANGEIROS

A Convenção de Nova Iorque veio a ser um marco no que diz respeito à homologação de sentenças estrangeiras, uma vez que unificou e harmonizou todo procedimento de reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros.

No Brasil, tal instrumento internacional viera a ser promulgado pelo Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002.

Debate-se que essa Convenção veio a ser elaborada, no âmbito das Nações Unidas, por sugestão da Câmara de Comércio Internacional (CCI), tendo sido esse o documento mais relevante, no plano internacional, acerca do tema da arbitragem. Sua abrangência assim é descrita:

A Convenção de Nova York abrange o reconhecimento e a execução de laudos arbitrais nos Estados signatários da Convenção ou que a ela tenham posteriormente aderido. Relativamente ao reconhecimento, todos os Estados signatários comprometeram-se a respeitar o caráter obrigatório das sentenças arbitrais, nos termos das normas processuais dos respectivos foros. Para a obtenção desse reconhecimento, a parte interessada deve simplesmente apresentar perante o tribunal local competente a sentença arbitral e o compromisso arbitral do qual resultou a sentença. O tribunal só poderá recusar o reconhecimento e a execução do laudo apresentado fundado em um dos motivos listados na própria Convenção, que repete a possibilidade de revisão de mérito da decisão²¹.

Além dessa descrição, pode ser dito que, essencialmente, tal Convenção atua em três áreas inclusas no campo da arbitragem, quais sejam:

Três são os principais escopos da Convenção de Nova Iorque, (a) definir a convenção de arbitragem, (b) determinar que as autoridades judiciárias dos países convenientes, diante de uma convenção de arbitragem, ainda que celebrada sob as leis de outro país, se abstenham de dar prosseguimento ao processo judicial (efeito negativo da convenção de arbitragem) e (c) determinar o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras pelas autoridades judiciárias competentes dos países convenientes e estabelecer as condições básicas do respectivo processo (efeito positivo da convenção de arbitragem)²².

21 HUCK, Hermes Marcelo. *Sentenças Estrangeiras e “Lex Mercatoria”*: horizontes do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 98.

22 ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Interna e Internacional*: questões de doutrina e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 20.

Para o Brasil, a sua importância sobremaneira repousa na questão de ter servido de inspiração e de modelo para o desenvolvimento da Lei de Arbitragem nacional e por trazer maior segurança jurídica para as partes estrangeiras que visem participar de procedimentos arbitrais com outras partes brasileiras.

Combinada à sua importância, a ratificação de tal instrumento traz uma outra questão à tona: a discussão, advinda do artigo III²³ de tal, acerca da manutenção ou não da exigência de se obter a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras perante o Superior Tribunal de Justiça²⁴.

Esse conflito aparente decorre da questão que, tendo sido a Convenção de Nova York internalizada após a promulgação da Lei de Arbitragem brasileira – a internalização ocorrera em 2002, enquanto que a lei é datada de 1996 -, pode ser entendido que a primeira veio a derogar²⁵ o artigo 35 da própria Lei 9.307/96²⁶.

Em outras palavras: o entendimento, previsto no referido artigo 35, sobre a necessidade de homologação de sentença arbitral estrangeira no Superior Tribunal de Justiça não seria mais aplicável, uma vez que, como prevê a Convenção de Nova York, e sendo posterior à lei, o laudo arbitral, para ser conhecido em solos nacionais, dependeria apenas das regras advindas dessa própria Convenção.

Acontece que a previsão que entra em choque com o artigo III da Convenção de Nova York não é, na realidade, o artigo 35 da Lei de Arbitragem, mas sim o artigo 105, I, “i” da Constituição Federal²⁷, uma vez que, quando esse artigo faz referência às “sentenças estrangeiras”, abrange as sentenças judiciais, arbitrais ou administrativas estrangeiras.

Assim sendo, o real conflito que surge vem a ser entre um dispositivo do tratado e uma norma constitucional, sendo que essa última prevalecerá, nesse caso.

23 Artigo III: Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção não se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

24 PITOMBO, Eleonora e Renato Stetner. *A Convenção de Nova Iorque: Ratificação pelo Brasil – NOVOS RUMOS DA ARBITRAGEM NO BRASIL*. São Paulo: Editora Fiuza, 2004.

25 No entendimento de Francisco Rezek: O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso 80.004, considerou, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela justiça – não obstante as consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

26 Artigo 35: Para ser conhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.

27 “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.”

Justifica-se tal prevalência nos ensinamentos de Rezek²⁸:

Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que para o Estado soberano a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratado. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim posto, o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.

Finalmente, nesse ponto, chega-se à conclusão que os laudos arbitrais estrangeiros – mesmo que previsto na Convenção de Nova York sua dispensa – deverão sim, em solos brasileiros, passarem pelo processo de homologação previsto em norma constitucional para que aqui produza efeitos e sejam dotados de executividade.

Além disso, cabe pontuar que o formalismo, que impera no direito e no próprio judiciário brasileiro, não permite que seja executado qualquer instrumento internacional e/ ou estrangeiro, sem que haja uma tutela de um Tribunal nacional – seja ele o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça – que determine não haver, de maneira alguma, ofensa à ordem pública e/ ou à soberania nacional. Como bem traduz essa questão, cita-se o Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 8279, julgado no Supremo Tribunal Federal:

[...] Isto significa que, *de jure constituto*, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). O princípio do efeito direto (aptidão de a norma constitucional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações,

28 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 96-97.

na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não põem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil [...]²⁹.

Dessa maneira, conclui-se que a Convenção de Nova Iorque – mesmo que preveja a incorporação e execução automática dos laudos arbitrais estrangeiros no solo dos países que lhe ratificaram – deve ser adequada aos princípios e fundamentos que ainda regem o direito brasileiro, devendo sim que as sentenças arbitrais estrangeiras passem, para que produzam eficácia em solos nacionais, pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça.

6.1 LITISPENDÊNCIA INTERNACIONAL

Considerando que o laudo arbitral internacional acaba, na legislação brasileira, considerado como sendo uma sentença estrangeira, algumas considerações acerca do instituto da litispendência internacional valem ser analisados.

Em primeiro lugar, cabe aqui ser dito que as regras para delimitação da competência internacional regem-se pela *lex fori*³⁰, sendo possível, então, que mais de um país, ou melhor, mais de uma jurisdição, declare-se competente para o julgamento da questão. Fala-se, então, de competência concorrente. Segundo Hermes Marcelo Huck³¹:

A definição da lei aplicável ao caso concreto, determinado pelo tribunal de origem, é direito reconhecido por força do disposto no art. 7º da Convenção de Haia sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeira em Matéria Civil e Comercial, de 1966, onde se consagra caber ao juiz

29 Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 8279 (CR 8279 AgR/AT – Argentina), julgado em 17 de junho de 1998 e publicado em 10 de agosto de 2000. Relator: Ministro Celso de Mello.

30 Segundo a Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial, *lex fori* é uma noção própria do direito internacional privado que significa a lei do tribunal em que a ação é proposta.

31 HUCK, Hermes Marcelo. *Sentenças Estrangeiras e “Lex Mercatoria”*: horizontes do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 11-12.

prolator as sentença aplicar suas próprias normas de conflito, não constituindo essa aplicação razão para o não reconhecimento da sentença em Estado estrangeiro. Tal procedimento de natureza liberal e internacionalizadora, em sido acatado no Brasil, onde as normas de conflito adotadas pela sentença estrangeira a ser homologa podem ser as do país de origem da sentença.

A litispendência internacional decorre então, quando cada uma das partes decide acionar a outra em um outro foro, ou seja, julga-se haver litispendência internacional quando há identidade de processos- mesmas partes, mesmo pedido, mesma causa de pedir -, sendo que na propositura de um, outro, em uma jurisdição internacional diferenciada, já está em andamento.

Alguns países, tais como a Alemanha, a Áustria, a Suíça e a Itália aceitam a exceção da litispendência internacional no processo, mas essa acaba por ser uma posição minoritária e não tão corrente na doutrina acerca do tema.

Já o tratamento, no ordenamento brasileiro, está previsto no artigo 90 do Código de Processo Civil³², sendo que, segundo esse ditame legal, observa-se que, em realidade, não existe litispendência internacional³³ - apesar de alguns doutrinadores, tais como Haroldo Valadão³⁴ e Celso Agrícola Barbi³⁵, sustentarem a tese de sua existência -, sendo que ambos os processos terão andamento concomitante, mas aquele que primeiro vier a ser finalizado pode, então, ter sua sentença homologada no outro Estado, para que então a sentença venha a surtir efeitos, ocorrendo, então, a exceção de coisa julgada.

Mas questão diferenciada ocorre se já há coisa julgada em foro internacional: mesmo que a sentença estrangeira não esteja homologada, veio a transitar anteriormente à propositura da nova ação e, então, pode vir a ser objeto, a qualquer tempo, de cognição incidental ou preliminar.

Nesse sentido, aponta o entendimento de Beat Walter Rechsteiner³⁶:

32 Artigo 90: A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.

33 Ex: STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 2.370.

34 VALADÃO, Haroldo. *Estudos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio-Editora Ltda., 1947. p. 727.

35 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao CPC*. Vol. I. Editora Forense, 1983. p. 403.

36 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. 6. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 321.

Se entre as mesmas partes foi instaurado um processo no Brasil e outro no estrangeiro, cujas causas são idênticas, e o juiz alienígena, em seguida, proferiu uma sentença transitada em julgado que, ademais, foi homologada pelo Superior Tribunal de Justiça enquanto o processo no Brasil ainda estava pendente, o direito brasileiro admite a arguição da coisa julgada, bastando, para isso, a decisão homologatória ter transitado em julgado. Nesse caso, o juiz sempre conhece da coisa julgada de ofício ou por arguição da parte, e isso em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito.

A questão, ainda, levanta questionamentos acerca da possibilidade da propositura de uma ação na jurisdição brasileira caso a sentença estrangeira não tenha sido, ainda, homologada, mas – tal como Beat Rechsteiner -, Barbosa Moreira³⁷ é categórico e afirma com precisão – e é essa a tese defendida por esse estudo – que o fato de estar pendente – em qualquer grau de jurisdição – processo brasileiro sobre a lide anteriormente julgada noutro Estado não constitui óbice a que se requeira a homologação a sentença alienígena.

Aponta-se que o reconhecimento da existência de uma sentença estrangeira é declaratório e pode ser feito em qualquer grau de jurisdição, por qualquer juiz, uma vez comprovado teor e a existência pela parte interessada, devendo o primeiro realizar os mesmos trâmites previstos pelo STJ para a ação de homologação de sentença estrangeira.

7. A ARBITRAGEM E O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Como referido anteriormente, a arbitragem pode ser realizada em âmbito público e, ainda, envolvendo dois ou mais Estados, sendo ocorrida, então, na maioria dos casos, em uma organização internacional.

Como a arbitragem é utilizada, sobremaneira, para solucionar disputas comerciais, o foro mais adequado para o desenvolvimento de uma arbitragem entre Estados nacionais seria dentro de uma organização que, de igual maneira, tratasse, também, sobre o comércio entre esses mesmos Estados.

Assim sendo, para preencher essa necessidade, fora criado, no âmbito da

37 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Relações entre Processos Instaurados sobre a mesma Lide Civil, no Brasil e em país estrangeiro*. São Paulo: Revista de Processo, ano 2, n. 7-8, jul – dez 1977. p. 57.

Organização Mundial do Comércio (OMC) todo um mecanismo de solução de controvérsias, tendo na arbitragem o seu principal pilar estrutural.

Nesse momento, passa-se à análise de toda essa estrutura e funcionamento.

7.1 AS ORIGENS DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Para o início da análise de tal Sistema, necessário se faz entender os primórdios da própria Organização do Comércio, quando então da existência do GATT.

O GATT era uma organização, de âmbito mundial, que pretendia, tal como a Organização Mundial do Comércio, dar coordenadas ao desenvolvimento do comércio internacional entre os países.

Acontece que, por diversos motivos, o GATT não se viu mais eficiente e necessário e demonstrou seu aperfeiçoamento e mudança, vindo, então, a ser substituído pela OMC.

Pode ser dito que um dos maiores fracassos inerentes ao GATT fora seu Sistema de Solução de Controvérsias, uma vez que, quando da sua decisão, para que um de seus relatórios fosse aprovado, necessário seria que ocorresse a concordância de todos os seus Estados – membros, o que se tornaria praticamente impossível, pois o Estado condenado tenderia, obviamente, a vetar a aprovação de tal relatório. Dessa forma, o seu Sistema de Solução de Controvérsias se demonstrava muito mais teórico que prático propriamente dito.

Além dessa falha, o GATT carecia, ainda, de um Órgão de Apelação, sendo que era dotado de uma instância única, não havendo possibilidade revisional do relatório ao Estado interessado.

Além de todos esses problemas, outros se encontravam difíceis de serem solucionados e para que o comércio internacional continuasse em vias de desenvolvimento, necessário se demonstrou uma reformulação de tal organização internacional.

Assim, após alguns anos de discussão, desenvolveu-se, segundo previsão do Acordo de Marrakesh³⁸, a Organização Mundial do Comércio que, especialmente no órgão de Solução de Controvérsias, veio diferir-se em muito daquele previsto no GATT.

³⁸ O Acordo de Marrakesh foi um instrumento legal, que deu origem à Organização Mundial do Comércio, negociado e acordado na Rodada Uruguai, em 1994.

7.2 O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

O desenvolvimento do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC foi um avanço tanto para a organização, como para o próprio comércio internacional, uma vez que fora esse Sistema que realmente possibilitou o desenvolvimento e a consolidação do comércio internacional entre os mais variados Estados.

Tal Sistema fora adotado na Rodada Uruguai, finalizada em 1994, quando então se necessitou transformar o Sistema previsto pelo GATT, uma vez que se demonstrou ineficaz e não mais atendia aos interesses dos países e nem mais resolvia as questões atinentes ao comércio internacional.

Pontua-se que o Sistema em questão é apenas para atores estatais, não cabendo a particulares demandarem em tal foro, sendo assim dito:

Apesar de propostas recentes e contínuas para uma maior participação dos particulares, o sistema de solução de controvérsias continua sendo baseado nos atores estatais. Tal situação se coaduna com o Direito Internacional clássico, e se justifica de certa forma pelo fato de que as obrigações assumidas deverão ser cumpridas pelos Estados – Membros. Entretanto, a abordagem legalista argumenta que uma maior atuação dos particulares serviria a legitimar o sistema, sobretudo no que se refere ao mecanismo de solução de controvérsias³⁹.

Apesar desse ponto, pode ser entendido o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC como o mais eficiente no âmbito do comércio internacional entre os países, uma vez que possui um sistema jurisdicional propriamente dito, tendo força para o cumprimento de suas decisões, uma vez que, apesar de parecer tal como uma arbitragem, possui um *plus* que permite a imposição de suas decisões, tal como confirma a seguinte passagem:

O Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio tem legitimidade para impor sanções ao Estado que descumpre suas decisões, mas na arbitragem não há possibilidade de imposição de sanções para o descumprimento de uma decisão arbitral. Enquanto a arbitragem vincula as partes somente naquilo que possa ser exigível no âmbito do-

39 BARRAL, Welber Oliveira. *Dumping e Comércio Internacional: a regulamentação e antidumping após a rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 105–107.

méstico, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), através de suas decisões, vincula os membros (Estados) que, nos termos dos acordos de que são partes, se obrigam a cumprir com a decisão ou aceitar qualquer tipo de retaliação autorizada pela Organização Mundial do Comércio⁴⁰.

Necessário, ainda dentro desse aspecto, é dizer que a arbitragem, na Organização Mundial do Comércio, acaba por ser, muitas vezes, limitada, por diversas questões, sendo muito mais viável, prático e coerente que os Estados venham desenrolar seus litígios no Órgão de Solução de Controvérsias. De acordo com o entendimento de Carla Fernanda de Marco⁴¹:

Acredita-se que a arbitragem no âmbito da Organização Mundial do Comércio tem sua popularidade limitada, pois os casos passíveis do uso da arbitragem estão restritos àqueles tópicos de estreitas relações bilaterais sem implicação para as partes. Não há muitos casos destes tipos e, mesmo os que existem podem ser dirimidos por procedimentos bilaterais ou por mediação no bojo a própria OMC. Outro ponto é o de que as arbitragens são pouco baseadas em princípios de direito local, e estes são mais úteis em caso de futuras disputas judiciais, motivo pelo qual, a via ordinária pode parecer mais interessante para resolver os conflitos. Outra razão pode ser porque a arbitragem não permite apelação para corrigir alguma interpretação errônea de um árbitro.

Adentrando ao aspecto procedimental do Órgão de Solução de Controvérsias, inicia-se com as consultas bilaterais, sendo realizadas entre os governos de ambos os países envolvidos na disputa. Caso não cheguem a uma conclusão (sendo considerado, como período razoável, 30 dias), então uma das partes pode requerer o estabelecimento de um painel, sendo iniciados, então, os trabalhos do Órgão de Solução de Controvérsias.

Na instauração do primeiro painel pelo determinado Órgão, o Estado que está sendo questionado pode se opor, mas, caso haja – e, como de praxe, a tendência é que ocorra – a instauração de um segundo painel, então o Estado em questão não tem escolha, sendo formado o painel em questão, com a presença de três especialis-

40 MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem Internacional no Brasil*. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 140.

41 MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem Internacional no Brasil*. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 138.

tas no assunto, de nacionalidades diferentes da dos países em litígio.

Após esse estabelecimento, os especialistas têm o prazo de 6 a 9 meses para estabelecerem um relatório sobre o litígio, havendo a presença de um relatório preliminar, com a manifestação das partes e, então a adoção de um relatório definitivo pelo painel.

Caso não ocorra apelação por nenhuma das partes, o relatório deverá ser adotado, pelo Órgão de Solução de Controvérsias, no prazo de 60 dias. Se for o caso de apelação, então o prazo amplia-se para 90 dias. Após esse prazo, a implementação do relatório pelos Estados deverá ser dada em 30 dias, sendo que as partes podem acordar prazo diferenciado de até 15 meses.

Por fim, se uma das partes não implementar o relatório no prazo estipulado, então, o outro Estado poderá, do primeiro, uma compensação ou a autorização, na Organização Mundial do Comércio, para a prática da retaliação.

8. A ARBITRAGEM NO MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) fora desenvolvido a partir do Tratado de Assunção, datado de 26 de março de 1991, e pelo Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994. Inicialmente, contava com quatro países, quais sejam: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Seus objetivos principais pairam nas questões comerciais, com especial enfoque à liberalização e desenvolvimento do comércio entre seus membros, contando com os seguintes órgãos: o Conselho do Mercado Comum, a Comissão de Comércio do Mercosul, os Subgrupos de Trabalho, a Comissão Parlamentar Conjunta, a Secretaria Administrativa e o Fórum Consultivo Econômico e Social.

Segundo previsão do Protocolo de Brasília, havia um sistema de solução de controvérsias no interior de tal bloco, mas esse mesmo Protocolo fora revogado pelo Protocolo de Olivos, em 1991, segundo o qual assim pode ser entendido:

O Protocolo de Olivos pode permitir certo avanço no progresso de integração regional, mas ainda está longe do Mercado Comum. O Protocolo de Olivos traz algumas modificações do sistema original estabelecido pelo Protocolo de Brasília. Cria-se um Tribunal Permanente de Solução de Controvérsias, que tende a fortalecer a estrutura do Mercosul, embora mantenham-se inalterados determinados mecanismos previstos no Protocolo de Brasília, tais como a negociação direta e o procedimento arbitral.

Pode-se afirmar que o Tribunal Permanente de Revisão, criado pelo Protocolo de Olivos tem a função de ser o órgão revisor das decisões do tribunal arbitral “*ad hoc*”, quando uma das partes interpuser um recurso de revisão; também terá a função de solucionar conflitos de forma direta, pois poderá funcionar como instância única, sempre que as partes acordarem em submeter a questão diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão, sem passar pelo tribunal arbitral⁴².

Entendido este aspecto procedimental do organismo responsável pela solução de controvérsias e arbitragem no interior do Mercosul, importante é frisar, nesse momento, que diferentemente do Órgão de Solução de Controvérsias da organização Mundial do Comércio, tal órgão do Mercosul aceita o acesso de particulares.

Em linhas gerais, pode-se perceber que o que o Mercosul, no desenvolvimento desse órgão, pretende é garantir, em nível regional, um fórum para solução de litígios entre os Estados que dentro desse bloco se encontram e, também, priorizar o desenvolvimento e a consolidação da arbitragem na região.

CONCLUSÃO

Os efeitos da crescente globalização, que se alastraram das mais variadas formas e em praticamente todo o planeta, incidiram nos âmbitos da vida social, cultural e econômica, vindo a serem observados, inclusive, no próprio Direito.

Nesse sentido, a máquina estatal para solução de controvérsias, especialmente àquelas que demandavam uma celeridade maior para a produção de eficácia, mostrou-se obsoleta e necessário se demonstrou o surgimento de métodos alternativos para solução de tais controvérsias.

Desenvolveu-se, então, como um desses métodos, a arbitragem, a qual lida, especialmente – e não exclusivamente –, com os litígios advindos do comércio, especialmente aqueles em nível internacional.

Assim, então, necessário se demonstrou o desenvolvimento e a consolidação da arbitragem internacional, que fora possível, especialmente, pela consolidação de organismos internacionais – para aquelas arbitragens internacionais com entes de direito público – e de instituições, tanto de âmbito nacional, quanto de âmbito

42 MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem Internacional no Brasil*. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 138.

internacional, que regulamentaram e auxiliaram tal desenvolvimento – tais como a Câmara de Comércio Internacional e a *American Arbitration Association*.

Finalmente, diz-se que pensar em um mundo, hoje, regulado apenas pelo controle judiciário interno dos Estados faz-se praticamente impossível, uma vez que há diversas áreas que demandam maior agilidade na solução de controvérsias – especialmente àquelas ligadas ou que tenham ponto de conexão com o comércio. E pode-se dizer que a arbitragem, especialmente a internacional, veio preencher essa necessidade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coordenador). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e de prática*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

American Arbitration Association. Apresenta informações sobre a instituição. Disponível em: <http://www.adr.org/>. Acessado em: 10.12.2010.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao CPC*. Editora Forense, Vol. I, 1983.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Relações entre Processos Instaurados sobre a mesma Lide Civil, no Brasil e em país estrangeiro. *In Revista de Processo*. São Paulo, ano 2, n. 7-8, jul – dez 1977.

BARRAL, Welber Oliveira. *Dumping e Comércio Internacional: a regulamentação e antidumping após a rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves (coordenadores). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

CRETILLA NETO, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito Internacional Privado: Abordagens, Legislação, Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 9 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERREIRA, CAROLINA IWANCOW. *Arbitragem Internacional e sua aplicação no direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2009.

GARCEZ, José Maria Rossani (coordenador). *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

GAVALDA, Christian; LEYSSAC, Claude Lucas de. *L'Arbitrage*. Paris: Éditions Dalloz, 1993.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença Estrangeira e "Lex Mercatoria": horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

International Chamber of Commerce. Apresenta informações sobre a instituição. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/id93/index.html>. Acessado em: 10.02.2011.

LIMA, João André. *A Harmonização do Direito Privado*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A definição da sentença arbitral estrangeira. *In Revista de Mediação e Arbitragem*, v. 3, n. 9, p. 62-71, abr./jun., 2006.

MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem Internacional no Brasil*. São Paulo: RCS Editora, 2005.

PEREIRA, Marcela Harumi Takashi. *Homologação de Sentenças Estrangeiras*: aspectos gerais e o problema da falta de fundamentação no exterior. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PITOMBO, Eleonora e Renato Stetner. *A Convenção de Nova Iorque*: Ratificação pelo Brasil – NOVOS RUMOS DA ARBITRAGEM NO BRASIL. São Paulo: Editora Fiuza, 2004.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

SOARES, Guido. *Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil*. São Paulo: RT, 1989.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: Editora LTR, 1996.

VALADÃO, Haroldo. *Estudos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio-Editora Ltda., 1947.

2

O SISTEMA ECONÔMICO INTERNACIONAL E AS MUDANÇAS DE PARADIGMA A PARTIR DOS ACORDOS DE BRETTON WOODS

CARLO MAZZA BRITTO MELFI

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialização em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura. Juiz do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: carlo.mazza@me.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Momento Histórico de Bretton Woods na conjuntura da Segunda Grande Guerra. 2. A Situação dos Aliados e da Alemanha Nazista no Final da Segunda Guerra. 3. Os Modelos Propostos por John Maynard Keynes e Harry Dexter White. 4. Os Reflexos do Padrão Monetário Adotado. 5. A Influência de Bretton Woods no Brasil. 6. A Crise do Sistema Econômico Mundial. 7. Necessidade de um Novo Paradigma. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo considerar os fatores históricos, políticos e econômicos que ensejaram a estruturação do Sistema Econômico Internacional a partir dos acordos de Bretton Woods. Num segundo momento, cabe verificar as alterações da conjuntura econômica e suas consequências para a sobrevivência do sistema.

Parte-se do pressuposto de que os países que obtiveram maiores ganhos políticos ao final da Segunda Guerra, levando-se em conta também a situação econômica, foram capazes de planejar instituições jurídicas que possibilitassem a estabilização cambial, o livre fluxo de mercadorias e serviços e, marginalmente, o fomento econômico internacional. Serão então analisadas as consequências do emprego prioritário de uma sistemática que exaltou as vantagens comparativas no comércio mundial e respectiva estruturação jurídica.

A partir de Bretton Woods, que representou o ápice de uma série de negociações tendentes a determinar uma nova estrutura econômica, surgiram instituições como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Sem prejuízo, criou-se um acordo geral de tarifas (GATT), que bem mais tarde daria origem à Organização Mundial do Comércio.

O sistema não foi estruturado como um mero improviso de organização econômica para depois da guerra. Houve, na realidade, profundas reflexões a respeito do modelo econômico que se pretendia adotar. Tal modelo, não iria ignorar a necessidade de fomento e solidariedade para com os países destruídos pela guerra, mas sua matriz liberal sem dúvida alguma preponderou. Estavam lançadas as bases para o que hoje se denomina globalização, buscando-se sobretudo alguma estabilidade de condutas econômicas, de modo a evitar tarifas desiguais, câmbio instável e políticas restritivas, a fim de favorecer as economias mais competitivas. Dentre elas, sobressaía-se nitidamente a norte-americana e, de fato, os Estados Unidos da América foram os maiores artífices das instituições a serem criadas e das regras a serem implementadas.

O delineamento de um sistema econômico que estimulasse as economias mais competitivas teria consequências bem previsíveis apenas a curto prazo. Não se imaginava, na época, o impacto que as economias dos países em desenvolvimento, agora denominados emergentes, teria nos tempos atuais. E o melhor exemplo é o da China, que com uma economia altamente planejada e com custos menores tem demonstrado uma capacidade de competição que chega a ser considerada predatória.

O artigo se utiliza do raciocínio lógico indutivo, para a compreensão do tema abordado, o qual envolve um contexto histórico, político e econômico em constante alteração. Diante do atual estágio de desenvolvimento e das relações internacionais, cabe a verificação sob os aspectos jurídico e econômico das necessidades de ajuste do Sistema Econômico Internacional.

1. O MOMENTO HISTÓRICO DE BRETTON WOODS NA CONJUNTURA DA SEGUNDA GRANDE GUERRA

Num contexto em que já era previsível o desfecho da Segunda Grande Guerra, depois da fracassada invasão da Rússia pela Alemanha Nazista, em julho de 1944, quarenta e cinco países reuniram-se na Cidade de Bretton Woods, New

Hampshire, nos Estados Unidos da América, com a finalidade de chegar a um acordo respeitante à criação do Fundo Monetário Nacional e do Banco Mundial. Havia ainda a perspectiva de se estabelecer uma Organização Internacional do Comércio, de modo a se poder falar em uma nova ordem econômica.

Só é possível o entendimento das bases da atual conjuntura econômica internacional mediante a compreensão histórica dos fenômenos derivados da fase final da Segunda Guerra Mundial.

A estrutura de órgãos como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial não foi concebida mediante critérios puramente técnicos e racionais, no sentido da estabilização do sistema de pagamentos e do fomento à economia mundial. O que se deu, na realidade, foi a percepção política de que o estímulo ao comércio internacional, baseado numa estrutura cambial confiável e num mercado livre do protecionismo, seria bastante prolífica ao desenvolvimento de grande parte dos países, ou, ao menos, dos mais competitivos.

A ideia de solidariedade e fomento de economias combalidas pela guerra ou menos desenvolvidas não foi abandonada, ficando o Banco Mundial incumbido de tal missão. Mas o tempo demonstrou que, comparativamente, o esforço pela estabilidade monetária e pela confiabilidade do sistema de pagamentos foi bem mais substancial do que o intento de aplacar a fome ou diminuir os enormes desníveis econômicos entre os países.

E a opção pelo sistema cujas bases até hoje permanecem se explica pela relação de forças no final da Segunda Grande Guerra.

2. A SITUAÇÃO DOS ALIADOS E DA ALEMANHA NAZISTA NO FINAL DA SEGUNDA GUERRA

A Segunda Guerra Mundial teve início com a invasão da Polônia pela Alemanha Nazista em 1º de setembro de 1939, em resposta a um suposto ataque a uma estação de rádio⁴³. Indignados com a agressão, e temerosos com as pretensões alemãs, ingressaram então a França e o Reino Unido, aos quais se seguiram seus aliados. Quanto aos Estados Unidos da América, a guerra inicialmente em

43 Disponível em: http://veja.abril.com.br/especiais_online/segunda_guerra/edicao001/capa.shtml

paralelo com o Japão, unido circunstancialmente aos alemães⁴⁴, assim como os antigos vínculos com seus aliados europeus, particularmente a Inglaterra, acabou por alçar esse país, a partir de 1942, a um dos protagonistas do conflito, que depois envolveria a quase totalidade das mais importantes nações do mundo.

A intensificação do conflito acabou por colocar em confronto direto as duas maiores potências militares da Europa, Alemanha e União Soviética. Ambas as nações esboçavam inicialmente uma relação amistosa, baseada num frágil pacto de não agressão forjado quando da invasão da Polônia⁴⁵, o qual não impediu os anseios de Hitler.

A invasão da Rússia, preparada com bastante antecedência, consumou-se por meio de um ataque aéreo em 22 de junho de 1941, acompanhado da infiltração de soldados alemães com uniformes do exército russo na retaguarda soviética, conforme ensina o diplomata inglês Rodric Braithwaite⁴⁶, levando a efeito a denominada operação Barbarossa⁴⁷.

O chamado rolo compressor russo mais uma vez mostrou a sua eficiência. Ainda que de maneira atabalhoada e depois de bater em retirada, o exército vermelho foi capaz de reagir e causar a morte de quase quatro milhões de soldados alemães⁴⁸, destroçando o sonho nazista.

Como resultado do conflito mais impressionante da história mundial, contabilizando as perdas humanas, vale a transcrição de Braithwaite:

Para cada britânico ou americano que morreu, os japoneses perderam sete pessoas; os alemães, vinte; e os soviéticos, 85. Quatro quintos dos combates na segunda guerra mundial aconteceram no *front* do leste. Dois terços do exército alemão estavam no leste, mesmo depois do “Dia D”⁴⁹.

E prossegue o diplomata inglês, afirmando a conclusão óbvia de que não

44 Procurando isolar a União Soviética, o Japão fez um pacto anticomunista com a Alemanha, em 1936, ao qual a Itália aderiu no ano seguinte. Foi o chamado Pacto Tripartite, que estabeleceu o eixo Tóquio-Roma-Berlim. Disponível em: <http://www.barsasaber.com.br/theworld/dossiers/seccions/cards/printable.asp?pk=2201&art=29&calltype=2>

45 Trata-se do pacto Ribbentrop-Molotov, conforme artigo disponível em: <http://www.barsasaber.com.br/theworld/dossiers/seccions/cards/printable.asp?pk=2201&art=29&calltype=2>

46 BRAITHWAIT, Rodric. *Moscou, 194*: Record, 2009. p. 88.

47 Referência evidente a Frederico Barbarosa, imperador do Sacro Império Romano Germânico, conforme Ronaldo Rebbelo de Brito Poletti. Disponível em: http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/2186/1/Tese_RonaldoRebelloBPoletti.pdf, p. 10. Note-se que, mais tarde, a expressão “III Reich guardaria relação de continuidade histórica com o sacro império e com o Império Alemão derrotado na primeira guerra mundial.

48 BRAITHWAIT, Rodric. *Moscou, 194*: Record, 2009. p. 396.

49 Ficou conhecido como “Dia D” o desembarque dos aliados na Normandia, região norte da França, atravessando o Canal da Mancha, por meio de embarcações e uso de paraquedistas, no dia 06 de junho de 1944 com o fim de livrar o território francês do jugo nazista.

é de surpreender que os russos acreditem que foram eles que venceram a guerra⁵⁰.

Essa afirmação é de suma importância, pois seria natural que a grande vencedora procurasse impor a sua vontade. E isso de fato ocorreu, nos territórios ocupados pelos soviéticos, até a Alemanha Oriental. Ocorre que, do ponto de vista econômico, os vencedores seriam os americanos, os quais puderam assim, definir decisivamente os novos rumos da economia e do comércio mundial.

O resultado do embate entre Alemanha e União Soviética definiu não apenas os rumos da segunda guerra mundial, diante da retumbante derrota germânica, mas também a polarização de dois sistemas políticos e econômicos: o liberalismo, agora tendo como expoente os Estados Unidos da América e o socialismo soviético.

A alternativa aos dois sistemas, consistente no nacional-socialismo adotado na Alemanha e na Itália, caracterizado por uma economia centralizadora e forte apelo popular, não mais subsistia em sua inteireza.

De maneira bem mais branda, e muitas vezes sob a forma do corporativismo, nuances do nacional-socialismo constituíam uma alternativa aos demais regimes existentes, o que teve grande influência na América Latina, como se vê pelos dizeres de Francisco Campos:

O Corporativismo, inimigo do comunismo e, por consequência, do liberalismo, é a barreira que o mundo de hoje impõe contra a inundação moscovita. Inimigo do liberalismo não significa inimigo da liberdade. Há para esta, lugar na organização corporativa. A liberdade na organização corporativa é limitada em superfície e garantida em profundidade. Não é a liberdade do individualismo liberal, mas a liberdade da iniciativa individual, dentro do quadro da corporação. A corporação, que representa uma determinada categoria de produção, tem, igualmente, a sua liberdade, e a do indivíduo é limitada por ela. A organização corporativa é a descentralização econômica, isto é, o abandono pelo Estado da intervenção arbitrária no domínio econômico, da burocratização da economia (primeiro passo avançado para o comunismo), deixando à própria produção o poder de organizar-se, regular-se, limitar-se e governar-se. Para isto, é necessário que o Estado delegue funções de Poder Público às corporações⁵¹.

Com a queda do nacional-socialismo europeu, seria natural que houvesse, na maior parte do mundo, uma inclinação um tanto mais ortodoxa para os sistemas econômicos que agora se opunham de forma frontal e soberana: o liberalismo e o socialismo.

50 BRAITHWAIT, Rodric, *Moscou, 194*: Record, 2009. p. 397.

51 FAUSTO, Boris e DEVOTO, Fernando J. Brasil e Argentina, *Um Ensaio de História Comparada (1850-2002)*. p. 275.

Incumbia às nações vencedoras traçar novas diretrizes para a combalida economia mundial. Porém, de maneira paradoxal, por seu isolamento político e econômico e ainda pela debilidade produtiva e social causada pela guerra, a União Soviética, maior vencedora, tinha dificuldade de estender sua influência para além das nações militarmente ocupadas.

Tal situação foi muito bem aproveitada pelos Estados Unidos, os quais se valeram de sua pujante economia e de sua localização geográfica que os poupou de uma invasão estrangeira durante o conflito. A potência norte-americana soube se aproveitar do receio do avanço soviético para fortificar seus laços comerciais com a Europa Ocidental e todos os países de suas respectivas áreas de influência, passando a traçar parâmetros para aquilo que se tornaria o sistema monetário e comercial internacional.

E havia certa divergência entre os interesses americanos, britânicos e franceses. Os franceses certamente se ressentiam do histórico de guerras com a Alemanha, mesmo antes de sua unificação liderada pelos prussianos; envergonhados com a invasão nazista, manifestavam o desejo de retaliar, nos moldes do Tratado de Versalhes, que encerrou a Primeira Guerra Mundial, mediante concessões econômicas e territoriais pela Alemanha derrotada. Os ingleses, desgastados pelas duras batalhas, tinham como ênfase a necessidade de reconstruir a Europa. Prevaleceria, porém, o interesse americano, que não menosprezava a necessidade de reconstrução, mais priorizava a liberalização do comércio, como se verá.

3. OS MODELOS PROPOSTOS POR JOHN MAYNARD KEYNES E HARRY DEXTER WHITE

Na expectativa do fim do conflito e, diante do temor das políticas protecionistas e recessivas que marcaram o final da primeira guerra, as duas maiores potências capitalistas entabularam amplas negociações, propondo modelos um pouco diversos para a política econômica internacional.

A Inglaterra foi representada pelo maior nome da economia depois da crise de 1929, John Maynard Keynes. Já os Estados Unidos, enviaram a Bretton Woods um graduado funcionário do Tesouro Americano, Harry Dexter White.

White, partindo do princípio de que a grande crise da década de 1930 fora provocada pela supervalorização das moedas, propugnava pela criação de um fundo

de estabilidade para as Nações Unidas⁵², evitando políticas cambiais desfavoráveis e imprevisíveis. O mesmo fundo deveria conceder crédito para a garantia da estabilidade das moedas. Separadamente, propunha a criação de um Banco Internacional para a Recuperação e Desenvolvimento (BIRD), com funções bem distintas.

Keynes, por seu turno, vivenciava a crítica situação da Inglaterra no final da guerra, em meio à inconvertibilidade da moeda e o elevado endividamento externo para com os Estados Unidos. Partiu então da ideia de um banco supranacional, que já vinha desenvolvendo desde 1930⁵³, o qual teria uma câmara internacional de compensação, baseada numa moeda contábil inconvertível em ouro, denominada “bancor”, por meio de créditos concedidos aos países com balança comercial deficitária. Assim, a título de exemplo, se a Inglaterra apresentasse déficit em relação aos Estados Unidos, contrairia créditos em “bancor”, aumentando o interesse deste último em adquirir bens ingleses para utilizar os seus haveres, justamente em razão da inconvertibilidade. Tal mecanismo privilegiava os países deficitários, que teriam o comércio impulsionado.

Apesar das ideias diversas, ambos os planos apresentados tinham pontos em comum, procurando manter o câmbio estável, restabelecer a convertibilidade das moedas, incentivar o desenvolvimento do comércio mundial e conceder financiamentos aos países em dificuldades. Porém, enquanto a preocupação dos americanos era baseada sobretudo na estabilidade, os ingleses pretendiam assegurar um fluxo suficiente do dólar, que assumia a importância de padrão monetário.

Havia, em grande parte, um consenso quanto aos objetivos do sistema, nos seguintes itens: a) estabilizar as taxas de câmbio; b) promover a retomada do comércio mundial; c) afastar as medidas protecionistas que haviam sido bastante nocivas no final da primeira guerra mundial; c) promover o financiamento aos países em dificuldades e d) utilizar o dólar americano como referência.

Preponderaram as ideias norte-americanas levadas por Harry Dexter White, criando-se assim duas entidades diversas: O Fundo Monetário Internacional, incumbido de propiciar o funcionamento harmonioso do sistema monetário internacional⁵⁴, por meio do intercâmbio de informações e do fomento à cooperação entre os países no que concerne à política monetária, mantendo uma espécie de código de

52 LENAIN, Patrick. *O FMI*, 2004. p. 03

53 Ibidem, p. 04.

54 Ibidem, p. 07.

conduta de forma a propiciar a expansão do comércio e a consequente criação de empregos nos países membros, assim como o Banco para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), que no início era voltado à recuperação dos países atingidos pela guerra.

Note-se que a estrutura financeira das duas instituições é bastante diversa, como adverte Patrick Lenain. Enquanto o FMI funciona como um caixa comum de moeda estrangeira, do qual os países podem se valer para aliviar problemas de liquidez de curto prazo, o Banco Mundial mantém a clássica estrutura de conceder empréstimos de médio e longo prazo para projetos de desenvolvimento⁵⁵.

O FMI foi forjado, então, como uma instituição permanente encarregada de preservar o funcionamento seguro do sistema monetário internacional, de modo a propiciar a expansão do comércio internacional, por meio de paridades fixas e livre conversibilidade das moedas. Foi prevista regra transitória que permitiu limitações de conversibilidades pelos europeus em dificuldades por cinco anos⁵⁶.

Sob a rubrica de Banco Mundial, criaram-se paulatinamente três instituições, o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), a Associação Internacional de Desenvolvimento (AID) e o Grupo Banco Mundial, como abaixo indicado:

- a) Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD): no início promoveu a recuperação de França, Holanda, Dinamarca e Japão. O capital é derivado da subscrição de seus membros, com 20% em caixa e 80% exigíveis de cada um. É um intermediário financeiro incumbido de empréstimos de médio e longo prazo;
- b) Associação Internacional de Desenvolvimento (AID): criada em setembro de 1960, para empréstimos sem juros e fomento aos países mais pobres ou insolventes, além de atuar em catástrofes naturais e surtos de doenças. Faz parte do Banco Mundial, junto com o BIRD;
- c) Grupo Banco Mundial, o qual se subdivide em três instituições: Corporação Financeira Internacional (CFI), criada especificamente para países em desenvolvimento, para fins de empréstimos, parcerias e assistência técnica; a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (AMGI), uma espécie de seguro garantidor de riscos não comerciais de investimentos feitos em países em desenvolvimento e, finalmente, o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIADI).

55 Ibidem

56 Ibidem, p. 08.

A par do FMI e do Banco Mundial, foi também propugnada em Bretton Woods uma organização capaz de dispor sobre tarifas aduaneiras e restritivas, promovendo acordos comerciais. Idealizou-se assim a jamais implementada Organização Internacional do Comércio. No seu lugar, em decorrência das tratativas realizadas na Conferência de Havana de 1947, organizou-se alguns anos depois o GATT, um Acordo Geral sobre Comércio e Serviços, o qual não representava uma instituição, mas diretrizes comerciais entre os países membros, sem sanção efetiva em caso de descumprimento.

É interessante que a Rússia se recusou terminantemente a participar das negociações que criariam uma organização responsável pela regulação do comércio mundial, pois tal multilateralismo certamente seria liderado pelos norte-americanos⁵⁷. Tal atitude, logo após o desfecho da guerra em 1945, já prenunciava a guerra fria, diante de interesses visivelmente antagônicos entre as duas maiores potências militares da época.

A indiferença da Rússia quando dos acordos de Bretton Woods e sua ausência em negociações futuras denotava uma nova polarização política e econômica mundial. Para aqueles países que não faziam parte da União Soviética e seu campo de influência, o comportamento refratário a estes acordos internacionais poderia significar o isolamento econômico.

O impedimento à pronta implementação logo no pós-guerra de uma cogitada Organização Internacional do Comércio derivou das sensíveis divergências de pretensões entre americanos e ingleses.

A política comercial americana até então se baseava numa autorização do Congresso para negociações bilaterais recíprocas, a *Reciprocal Trade Agreements Act* (RTAA), de 1934, proposta durante o Governo Roosevelt, prevendo acordos sobre o comércio internacional de produtos, realizado item por item. Tal autorização ao Executivo dada pelo Congresso vigia por três anos, sem subjugar imediatamente os interesses protecionistas⁵⁸.

A recusa americana em abandonar o seu sistema de negociações bilaterais, aliada à resistência britânica em abrir mão dos antigos privilégios imperiais, foram

57 DELGADO, Nélon Giordano, *O Regime de Bretton Woods para o Comércio Mundial: Origens, Instituições e Significado*. Rio de Janeiro, 2009. p. 37.

58 Ibidem, p. 26.

alguns dos importantes fatores a impedir a criação da OIC. Some-se a isso a intenção inglesa em utilizar a regulação do comércio para a geração de empregos, objetivo nitidamente Keynesiano, o que segundo Dexter White seria algo que estaria além do que os governos poderiam efetivamente concretizar⁵⁹.

Valendo-se de sua nítida vantagem competitiva, convinha aos Estados Unidos o expurgo de qualquer objetivo por demais abstrato, ou algo que fugisse da simples igualdade de condições para o comércio. Procurava-se, assim, a eliminação de barreiras e de tudo o que levasse à discriminação comercial, abrindo caminho para que a superioridade econômica americana preponderasse.

Pela Conferência de Havana, organizada em Cuba em 1947, visava-se criar os estatutos do idealizado organismo. Porém, somente na década de 1950, foi possível a realização de um acordo multilateral, o *Generall Agreement on Tariffs and Trade* - GATT, o qual era constituído por um secretariado, mas não chegava a constituir um organismo internacional⁶⁰.

De caráter inicialmente precário, e elaborado pela circunstância do fracasso das negociações da OIC, o GATT passou a constituir o grande marco das negociações multilaterais e da regulação do comércio internacional, constituindo as bases da relativamente recente instituição da Organização Mundial do Comércio (OMC). Neste aspecto, adverte Bruno Ratti:

Assim, embora o GATT nada mais fosse do que um arranjo contratual entre os diversos países, tendo sido instituído em caráter de emergência, na dependência da criação da OIC, passou a constituir o único instrumento norteador das regras do comércio internacional. O GATT não era um organismo internacional, tipo FMI ou BIRD, mas sim um acordo do qual faziam parte os países interessados, denominados Partes Contratantes. De primordial importância era o artigo I do Acordo, relativo à cláusula de nação mais favorecida, que determinava o seguinte: todas as vantagens, privilégios, favores ou imunidades concedidos por uma das partes contratantes a um produto proveniente ou com destinação a qualquer outro país serão imediatamente concedidos a todo produto similar proveniente ou com destinação aos territórios de todas as outras partes contratantes⁶¹.

A partir da Rodada Uruguai iniciada em 1986, passou-se a discutir a efe-

⁵⁹ Ibidem, p. 41.

⁶⁰ LENAIN, Patrick. *O FMI*, 2004, p. 11.

⁶¹ RATTI, Bruno, *Comércio Internacional e Câmbio*. São Paulo, Aduaneiras, 2011. p. 414.

tivação de um organismo com poder de compelir os estados a adotarem determinadas posturas consubstanciadas no GATT, o que veio a ser concluído em 1993. Originou-se assim a Organização Mundial do Comércio, com vigência a partir de 01/01/1995⁶², com sede em Genebra, na Suíça. Tal entidade, por meio de seu Corpo de Solução de Controvérsias, tem competência para o julgamento de violações aos tratados comerciais internacionais, podendo permitir medidas compensatórias em relação aos países membros. O objetivo é preservar o tratamento comercial igualitário, tendo-se como exemplo a cláusula da nação mais favorecida, que implica a concessão dos mesmos privilégios atribuídos a outro país no trato do comércio com qualquer um dos signatários.

A adoção do modelo econômico previsto por Harry Dexter White, apesar da criação do Banco Mundial, deixou muito a desejar no que concerne à preocupação de fomento às economias menos desenvolvidas. Tal consequência foi bem observada por Nelson Giordano Delgado:

Em terceiro lugar, como Gardner (1994, p. 439) chama a atenção, o sistema de Bretton Woods não tratou, em qualquer momento, de criar uma instituição que oferecesse ajuda em volume e condições adequadas para o desenvolvimento econômico das nações industrialmente atrasadas. O Banco Mundial poderia ter sido essa instituição, mas suas funções foram restringidas significativamente logo após a sua criação, além de que os recursos a serem mobilizados tinham origem no setor privado e deveriam ser canalizados como empréstimos. Mesmo em relação à reconstrução europeia, essa deficiência do sistema de Bretton Woods foi também notável. A ideia original de Keynes era que o FMI cumprisse essa função no imediato pós-guerra, mas ela foi derrotada pelos norte-americanos. Na verdade, a guerra fria e o Plano Marshall acabaram suprimindo essa deficiência no caso europeu. Nada disso ocorreu em relação às nações do Terceiro Mundo, que se voltaram para a Carta de Havana tentando caracterizar o desenvolvimento econômico como um dos objetivos principais do ITO⁶³.

Com a Europa parcialmente destruída pela guerra, e sem instituições vocacionadas para o desenvolvimento que possuíssem o volume financeiro necessário a essa difícil missão, o mundo passou a depender de um certo paternalismo dos

62 Ibidem, p. 414.

63 DELGADO, Nelson Giordano, *O Regime de Bretton Woods para o Comércio Mundial: Origens, Instituições e Significado*. Rio de Janeiro, 2009. p. 70.

Estados Unidos da América, os quais se valeram da estabilidade do sistema de pagamentos gerado a partir de Bretton Woods para impor seu vigoroso comércio.

Se o Banco Mundial não possuía o montante de capital suficiente, em relação à Europa e ao Japão, o Plano Marshall cuidou da reconstrução dos países e, por consequência, de fomentar os mercados. Tal situação contribuiu para a solidificação de três situações bens distintas: o mundo desenvolvido, inserido no comércio mundial; os países que compunham, ou sob a influência da antiga União Soviética, que não experimentaram o mesmo sucesso econômico e, por fim, o chamado terceiro mundo, exportador de produtos primários.

4. OS REFLEXOS DO PADRÃO MONETÁRIO ADOTADO

A respeito do padrão monetário, denomina-se como sistema de Bretton Woods aquele adotado entre 1946 e 1971, conforme lição de Bruno Ratti⁶⁴.

Antes de Bretton Woods, vigorava o padrão ouro, também chamado de sistema dos “*gold points*”, que teve o seu auge entre 1870 e 1914, de modo a estabilizar as taxas cambiais, pois cada país detinha determinadas reservas deste metal, que serviam de referência. Quando uma moeda iniciava um processo de valorização em relação a outra, passava a ser mais vantajoso aos interessados dos países com a moeda mais forte liquidar suas obrigações em ouro perante o país com a moeda mais fraca. E a conveniência da remessa de ouro em lugar do pagamento em moeda dependia também do cálculo do custo operacional, gerando uma pequena oscilação entre uma e outra moeda, chamada de “*gold point*”, ou seja, determinado patamar em que se tornava viável o pagamento em ouro, contrabalançando as reservas possuídas por cada país como referência.

Como consequência, no antigo sistema, “as flutuações da taxa cambial não excediam alguns centavos de dólar, em ambos os sentidos, localizando-se ao redor do par metálico, podendo-se, pois, afirmar que, no regime de padrão ouro, as taxas cambiais eram relativamente estáveis”⁶⁵. Por haver um denominado par metálico de cada moeda consistente no ouro, falava-se então em paridade.

Em virtude da sobrevalorização de certas moedas, havida depois da Primeira Guerra Mundial, em detrimento de outras, alguns países, como Inglaterra e

64 RATTI, Bruno, *Comércio Internacional e Câmbio*. São Paulo, Aduaneiras, 2011. p. 264.

65 Ibidem, p. 262.

Estados Unidos passaram a suspender a conversibilidade para com o ouro. Depois, com a grande depressão da década de 1930, várias nações adotaram desvalorizações competitivas, procurando preservar o nível de emprego, sem falar nas barreiras tarifárias. O antigo sistema do padrão ouro não mais se sustentava.

Depois da Segunda Guerra Mundial, o receio de novas desvalorizações cambiais que gerassem instabilidade e restringissem o comércio internacional levou à adoção de um novo sistema, preconizado em Bretton Woods: o “*gold exchange standart*”, de modo que a paridade passava a ser estabelecida em ouro e dólar. Em vez da tentativa de estabilidade promovida pelos “*gold points*”, buscava-se agora a intervenção oficial que possibilitasse uma taxa cambial adequada. Falava-se então em pontos de sustentação, ou pontos de intervenção⁶⁶. Cada país, ao se associar ao Fundo Monetário Internacional, obrigava-se a declarar o valor de sua moeda em termos de ouro e dólares americanos. Assumia então o compromisso de evitar qualquer variação superior a 1% para cima ou para baixo. Para que o ponto de sustentação fosse mantido, era necessária a compra ou venda de grandes quantidades de dólares no mercado.

O dólar americano passou, portanto, a adquirir importância de referência monetária universal, juntamente com o ouro. A situação foi alterada a partir da década de 1960. Com o déficit na balança de pagamentos americana, agravada pela guerra do Vietnã, houve grande procura pelo ouro, gerando um mercado paralelo. Os Estados Unidos, por sua vez, passaram a dificultar a conversibilidade do dólar em ouro, o que colocava em cheque a higidez do sistema.

A partir de 1970, foram criados os Direitos Especiais de Saque (DES), espécie de moeda escritural baseada num conjunto de moedas de diversos países, sem a conversibilidade em ouro. Na mesma época, era grande a desconfiança no sentido de que o dólar viria a ser desvalorizado, passando os investidores a procurar pelo marco alemão e pelo franco suíço. Os Estados Unidos, instados a converter em ouro o grande volume de dólares existente no mercado, recusaram-se a fazê-lo em 15 de agosto de 1971, o que, em relação ao sistema monetário, seria o fim de Bretton Woods. As moedas então passaram a flutuar, levando à necessidade de um novo acordo em 18 de dezembro de 1971 para a correção de valores das moedas, denominado Acordo Smithsonian⁶⁷.

66 Ibidem, p. 264.

67 A denominação deriva do Smithsonian Institute, como observa Bruno Ratti.

Diante das dificuldades em impedir a flutuação das moedas, elaborou-se, em janeiro de 1976, o acordo da Jamaica, com o abandono do preço oficial do ouro e venda de parte dos ativos do metal pelo FMI, com a finalidade de criação de um fundo de ajuda aos países subdesenvolvidos. As taxas flutuantes foram institucionalizadas, apesar da recomendação de se manter a estabilidade. Os países subdesenvolvidos passaram a ter acesso a empréstimos do FMI, para que problemas na balança de pagamentos não comprometessem a estabilidade do câmbio. A partir de então, alguns países passaram a adotar a paridade com o dólar americano, alguns com o franco francês e outros ainda com os Direitos Especiais de Saque⁶⁸.

É preciso deixar bem claro que, ao se mencionar o fim do Sistema de Bretton Woods, a referência é restrita ao sistema monetário, com o abandono da paridade fixa.

Os preceitos de Bretton Woods e as instituições criadas a partir daquela reunião - incluindo a recente Organização Mundial do Comércio, baseada ainda em grande parte no GATT – ainda estão plenamente operantes. Com a ressalva do sistema monetário, permaneceu íntegra a estrutura prevista para a liberalização do comércio internacional, estabilização do câmbio e o afastamento de restrições alfandegárias. Já o Banco Mundial, encarregado do fomento da economia e dos investimentos internacionais por meio da concessão de crédito em condições vantajosas e ajudas assistenciais, jamais atingiu a estatura pretendida, bastando analisar a deficiência das economias africanas.

E tal sistema produz, até os dias de hoje, profunda influência na economia mundial, incluindo a brasileira.

5. A INFLUÊNCIA DE BRETTON WOODS NO BRASIL

Os modelos econômicos discutidos em Bretton Woods, um mais liberal, previsto por Dexter White, e o outro mais desenvolvimentista, como preconizava Maynard Keynes, acabaram por se refletir na política interna brasileira.

Como ensinam Boris Fausto e Fernando Devoto, no final de 1944, havia no Brasil projetos antagônicos, durante o governo Dutra, encabeçados por dois des-

68 RATTI, Bruno, *Comércio Internacional e Câmbio*. São Paulo, Aduaneiras, 2011. p. 272.

tacados economistas, Eugênio Gudin e Roberto Simonsen⁶⁹.

Simonsen, presidente da Confederação Nacional da Indústria, buscava a aceleração do crescimento econômico, tendo como meta quadruplicar a renda nacional em pouco mais de dez anos, com o objetivo social de ampliar o mercado interno e, ao mesmo tempo, criar condições de consumo para a indústria nacional, eliminando assim a ameaça da marginalização social. A diretriz se baseava numa política protecionista para promover a substituição de importações, bem como na oferta de crédito público e na atuação preponderante do Estado no planejamento econômico, por meio de planos quinquenais que garantissem o fornecimento de insumos básicos e o desenvolvimento da indústria de bens de capital. O risco envolvido seria o efeito inflacionário provocado pelo aumento dos gastos públicos⁷⁰.

Gudin, por seu turno, minimizava a importância da intervenção do Estado, preocupando-se mais com os fatores inerentes ao mercado. Defendia a abertura da economia como forma de melhorar a competitividade da indústria nacional e evitar a hipertrofia estatal para combater o fenômeno inflacionário. Para isso, sugeria a privatização das empresas estatais criadas na era Vargas e a abertura da economia às importações maciças. Esperava-se, por meio de tais diretrizes e da livre remessa de lucros, o aumento da produtividade na indústria e na agricultura⁷¹.

Dois fatores levaram Dutra a encampar o modelo proposto por Gudin: a quebra de continuidade com o governo Vargas e a doutrina abraçada pelos acordos de Bretton Woods⁷².

Tal como plasmado em Bretton Woods, o caminho adotado foi no sentido da livre conversibilidade das moedas, da adoção do livre-comércio internacional e da liberação do fluxo internacional de capitais. Foi assim que, com o objetivo de combater a inflação, optou-se pela sobrevalorização da moeda, por uma política monetária austera e pela liberalização de transferência de divisas ao exterior. Para afastar o atraso tecnológico, as restrições comerciais foram abolidas.

Segundo Boris Fausto e Fernando Devoto, a confiança depositada na política americana no sentido de obter crédito internacional se frustrou, muito embora aquele país apoiasse o governo liberal. Nem mesmo os superávits comerciais solu-

69 FAUSTO, Boris e DEVOTO, Fernando J. Brasil e Argentina. *Um Ensaio de História Comparada (1850-2002)*. p. 297.

70 Ibidem, p. 297.

71 Ibidem, p. 298.

72 Ibidem, p. 298.

cionaram a escassez de capitais, pois o país acumulava moedas não conversíveis, em detrimento das moedas fortes⁷³.

Assim, a adoção consciente do modelo liberal, inspirado nos alicerces de Bretton Woods, segundo alguns, teria levado o Brasil a um retrocesso típico da República Velha, tendo por resultado os déficits financeiros e a estagnação. Esse pensamento, porém, não é unânime entre os historiadores e economistas brasileiros. Há vozes importantes no sentido de que, com o fomento às importações, com algumas restrições seletivas, foram acumulados bens de capital que levaram ao desenvolvimento da indústria. Assim leciona Celso Furtado:

Era, portanto, natural que os desejos de importação manifestados pela população (consumidores e inversionistas) tendessem a superar em escala considerável as reais possibilidades de pagamento no exterior. Para corrigir esse desequilíbrio, as soluções que se apresentavam eram estas: desvalorizar substancialmente a moeda ou introduzir uma série de controles seletivos das importações. A decisão de adotar a segunda dessas soluções teve profunda significação para o futuro imediato, se bem que tenha sido tomada com aparente desconhecimento de seu verdadeiro alcance. Trata-se de uma resolução de importância básica na intensificação do processo de industrialização do país, conforme veremos em seguida. Não obstante, o setor industrial, mais preocupado com o problema da concorrência imediata dos produtores estrangeiros, supôs que se havia tomado uma decisão contrária aos interesses da indústria. Por outro lado, o setor exportador, julgando que se tratava de uma medida destinada a parar a alta dos preços, acreditou que não lhe seria totalmente desfavorável. O motivo que guiou as autoridades brasileiras parece haver sido, na realidade, o temor de uma agravamento da alta dos preços. Ao elevarem-se os preços de importação, com a desvalorização da moeda, aumentaria a intranquilidade social que se vinha manifestando em forma crescente⁷⁴.

Nota-se que, apesar da grande influência de John Maynard Keynes depois da grande depressão havida no entre - guerras, a adoção do modelo de Harry Dexter White, que convinha aos interesses americanos, fez com que as atenções dos economistas, também no Brasil, se voltassem mais para os fundamentos da economia de mercado do que para o dirigismo econômico estatal, típico das economias planejadas. O dogma da supremacia do mercado só seria abalado bem recentemente,

73 Ibidem, p. 299.

74 FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. p. 303.

com a ascensão da China como potência econômica, atuando de forma dirigida, com políticas de Estado centralizadas e eficácia assustadora.

Pode-se dizer, portanto, que os destinos da economia nacional, conscientemente ou não, passaram a ser impregnados da filosofia de Bretton Woods no período do pós-guerra.

6. A CRISE DO SISTEMA ECONÔMICO MUNDIAL

Usualmente, quando se fala na crise do sistema preconizado em Bretton Woods, os economistas destacam a falência do sistema cambial baseado na convertibilidade do dólar em ouro. De fato, o sistema de Bretton Woods entrou em crise a partir de 1971, diante dos problemas de balanço de pagamentos dos Estados Unidos da América.

Mas existe um outro aspecto de suma importância: o desvio de rumos do comércio mundial, fundado em um sistema de vantagens comparativas que favorecia na época de Bretton Woods aos países mais desenvolvidos.

Como adverte o economista americano Gregory Mankiw, o que se designa em economia como vantagem absoluta, é a geração de determinado bem, por duas pessoas, empresas ou países, de forma a consumir uma menor quantidade de insumos⁷⁵. Desse conceito decorre o sistema de vantagens comparativas, que leva em conta o custo de oportunidade de cada produtor, de modo que fará por um menor custo o que sabe fazer melhor. Esse princípio leva necessariamente à especialização, como se cada país e cada região fossem vocacionados à produção de determinados produtos, industriais, agropecuários, ou mesmo das *commodities* minerais. Assim explica o mesmo economista:

Diferenças em custos de oportunidade e vantagens comparativas criam os ganhos de comércio. Quando cada um se especializa naquilo em que tem vantagem comparativa, a produção total da economia cresce e este aumento na produção do bolo econômico pode ser utilizado para melhorar a situação de todos. Em outras palavras, enquanto duas pessoas tiverem custos de oportunidade diferentes, cada uma delas pode se beneficiar do comércio para obter um bem por um custo inferior ao custo de oportunidade desse bem⁷⁶.

75 MANKIW, N. Gregory, *Introdução à Economia, Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. p. 52.

76 Ibidem, p. 54.

Ao se preconizar em Bretton Woods um sistema que pregasse a abertura das importações e evitasse a discriminação de mercadorias estrangeiras, partia-se do princípio de que, naquela conjuntura, todos se beneficiariam em conformidade com um certo *establishment* produtivo, pelo qual os países mais industrializados importariam o necessário para servir de insumos de produção dos menos desenvolvidos, para depois exportar a eles com maior valor agregado.

Essa política trouxe enormes benefícios à economia mundial, apoiada pelas normas anti-discriminatórias da OMC e pela estabilização do sistema de pagamentos promovido pelo FMI. Mas também gerou bolsões de pobreza e menosprezou o direito ao desenvolvimento dos países mais atrasados.

Recentemente, o avanço industrial dos chamados tigres asiáticos e a ascensão dos grandes países em desenvolvimento, como Brasil, Rússia, China e, mais recentemente, a África do Sul⁷⁷, passaram a inverter a lógica do sistema. Ainda que alguns desses países não tenham abandonado a preponderância de exportação de *commodities*, o certo é que o comércio internacional passou a favorecê-los, em detrimento dos países ricos.

E o melhor exemplo desse fenômeno é certamente a República Popular da China, a qual ingressou na OMC, mesmo com ressalvas, vinculando-se a partir de 2001⁷⁸, com a possibilidade de outras nações, pelo prazo de quinze anos, tratarem aquele país diferentemente de uma economia de mercado, utilizando políticas *anti-dumping* com base em patamares de preços de país diverso⁷⁹.

Neste aspecto, interessante é o trabalho de Fernando de Magalhães Furlan e Thomas Benes Felsberg, explicando que, a partir do pragmatismo adotado por Den Xiaoping⁸⁰, o qual estimulou regiões mais produtivas próximas a Hong Kong e Taiwan para propiciar o investimento estrangeiro direto, foram constituídas no início da década de 1980 as Zonas Econômicas Especiais (ZEEs), fomentando-se a indústria e os projetos de infraestrutura⁸¹.

77 Tais países, embora tenham pouco em comum, passaram a ser chamados de “BRICS”. O acrônimo foi cunhado e proeminentemente usado pelo economista Jim O’Neill, chefe de pesquisa em economia global do grupo financeiro Goldman Sachs, em estudo de 2001 intitulado “*Building Better Global Economic BRICs*”, para definir o grande potencial de crescimento desse “grupo”.

78 FURLAN, Fernando de Magalhães e FELSBERG, Thomas Benes. *Brasil - China, Comércio, Direito e Economia*. São Paulo, Aduaneiras, 2005. p. 31.

79 Ibidem, p. 35.

80 O líder chinês ficou célebre pela abertura econômica e pela adoção do seguinte provérbio: *Whether a cat is black or white makes no difference. As long as it catches mice, it is a good cat*, conforme artigo da Rede CNN. Disponível em: <http://edition.cnn.com/SPECIALS/1999/china.50/inside.china/profiles/deng.xiaoping/>.

81 FURLAN, Fernando de Magalhães e FELSBERG, Thomas Benes. *Brasil - China, Comércio, Direito e Economia*. São Paulo, Aduaneiras, 2005. p. 128.

A par do esplendoroso desenvolvimento provocado pelas ZEEs, houve preocupação dos países integrantes da OMC com a aceitação da China como membro, justamente porque o fomento a essas áreas poderia conflitar com o acordo de subsídios e tarifas. Assim, como condição à adesão da China, consignou-se no protocolo explicitamente que as regras seriam aplicadas uniformemente a todo o país⁸².

Até 2016, portanto, ainda dentro do prazo de quinze anos estipulado, é lícito elaborar políticas econômicas que restrinjam os produtos chineses, caso se constate que sua indústria manufatureira tem efetivado políticas de preços aparentemente sustentadas por incentivos estatais. Até lá, é possível que, para fins de imposição de medidas compensatórias, o país que se sentir lesado leve por base para a apuração dos custos chineses os valores dos insumos praticados em outros países. Depois da data prevista, tal prática não mais será possível, cabendo a efetiva comprovação da prática de subsídios em vez da presunção pela comparação de custos.

As economias de nações desenvolvidas têm percebido dificuldades no enfrentamento dos baixos preços de produtos manufaturados, típicos da planejada economia chinesa, baseada em baixos custos sociais e incentivos governamentais.

Também não se pode esperar, como é evidente, que os países mais ricos declinem facilmente de suas conquistas sociais na tentativa de reduzir os encargos. O custo político é bastante elevado, como se tem percebido pelas tentativas de algumas nações europeias mediterrâneas, particularmente Grécia e Espanha, de eliminar benefícios sociais.

Do ponto de vista dos países que tradicionalmente compunham o primeiro mundo, pode-se falar agora em “desvantagens comparativas”, pois a produção nacional deixou de ser compensadora, iniciando-se um processo de desindustrialização, exportando-se os parques fabris para nações de menores custos trabalhistas e tributários.

Fazendo um paralelo com o período do pós-guerra, tem ocorrido agora o processo inverso. Os Estados Unidos tem demonstrado, há mais de uma década, um incontido e sintomático sentido de protecionismo, típico de quem não mais suporta a ação da concorrência externa. Exemplo concreto disto é a importação de aço, restringida no Governo Bill Clinton, como mencionado por Gregory Mankiw, citando reportagem do jornal *The New York Times*, datada de 11 de novembro de 1998⁸³.

A União Europeia, por seu turno, agarra-se à exceção concedida pelo sistema da OMC aos blocos econômicos, afastando a regra da nação mais favorecida

82 Ibidem, p. 31.

83 MANKIW, N. Gregory, *Introdução à Economia, Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2001. p. 187.

(art. XIV do GATT). Os benefícios concedidos a um dos países membros de um bloco econômico não são obrigatoriamente estendidos a outras nações, como explica Eduardo Biacchi Gomes⁸⁴. As recentes crises, envolvendo Irlanda, Grécia, Espanha e, possivelmente, a Itália demonstram que a proteção conferida pelo bloco, por si só, não tem sido suficiente para evitar a estagnação.

7. A NECESSIDADE DE UM NOVO PARADIGMA

O Sistema Econômico Internacional preconizado em Bretton Woods amparava-se fundamentalmente no afastamento de restrições ou distorções que colocassem em risco a estabilidade monetária e o funcionamento de um regime de mercado baseado em vantagens comparativas.

Não foi aceita a proposta de John Maynard Keynes no sentido de uma única instituição que fizesse as vezes de um banco central e um banco de fomento, de forma a zelar mais pelo desenvolvimento e por uma certa retribuição comercial ao país deficitário do que pela estabilidade do sistema.

Com alguma razão, esperava-se que o incentivo do livre mercado promovesse o desenvolvimento planetário, mas a marginalização de certos países e as recentes crises de países desenvolvidos demonstraram a fragilidade do sistema.

O liberalismo imposto em Bretton Woods demonstrou seus méritos, mas também as anomalias. Agora, os subsídios agrícolas tarifários e sanitários desses países desenvolvidos têm sido duramente questionados. O governo chinês e o americano têm sido acusados de promover uma verdadeira “guerra cambial”, esforçando-se o Brasil para discutir o problema perante a OMC⁸⁵. A China é acusada ainda de efetivar o chamado *dumping* social, praticando a formação de poupança externa por meio da compra de títulos da dívida norte-americana, de forma a manipular o câmbio, em vez de promover a melhoria das condições humanas, ainda bastante precárias. Tais fenômenos vêm em consequência de uma diretriz que pregava mais a competição comercial do que o desenvolvimento social.

Procura-se urgentemente uma mudança de paradigma, preconizada por

84 GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos – Solução de controvérsias*. Curitiba, Juruá, 2010. p. 232.

85 Expressão utilizada pela diplomacia brasileira, conforme artigo de Luiz Nassif publicado em 25/10/2011, disponível em: <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/omc-aceita-discutir-guerra-cambial>.

economistas de renome. Neste aspecto Joseph Stiglitz e Bruce Greenwald preconizam como uma das soluções o fomento ao crédito⁸⁶, função esta desempenhada no campo internacional pelo Banco Mundial.

A solução, no entanto, não se encontra somente nas políticas monetárias, no regramento do sistema bancário, no fomento ao crédito ou nas taxas de juros. É necessário ir além, buscando uma mudança de enfoque político e jurídico dos organismos internacionais.

O direcionamento da economia não foi forjado por uma “mão invisível”, em alusão a Adam Smith. Houve, ao contrário, uma decisão política de se valorizar o livre mercado e possibilitar o fluxo de capitais, em detrimento de fixar metas de desenvolvimento humano.

É inconcebível um Sistema Econômico Internacional que relegue ao segundo plano a exigência de políticas sociais edificantes. Paradoxalmente, acusações ligadas ao *dumping* social vieram atreladas menos a um sentido humanitário e mais a um sentimento de concorrência desleal. Em outras palavras, a preocupação com o desenvolvimento social no estrangeiro têm derivado de urgências econômicas e não o contrário.

Ainda que por caminhos tortuosos e movidos por uma visão nem sempre altruísta, países mais desenvolvidos passaram a zelar pela distribuição de renda de seus concorrentes exportadores; certamente, esse fenômeno não deixa de representar um pragmatismo virtuoso.

Os organismos internacionais necessitam de um novo enfoque, priorizando as práticas econômicas que levem ao incremento do desenvolvimento humano e a uma melhor distribuição de renda. Sem isso, a concorrência predatória entre os países no comércio internacional deixará para os economistas a indigesta tarefa de diagnosticar os motivos da estagnação e da piora da qualidade de vida.

CONCLUSÃO

O planejamento e estruturação de instituições como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e, mais modernamente, a Organização Mundial do Comércio, ainda calcada nas regras do GATT, não decorreram simplesmente de ne-

86 STIGLITZ, Joseph e GREENWALD, Bruce, *Rumo a um Novo Paradigma em Economia Monetária*. São Paulo: Francis, 2004. p. 396.

cessidades técnico-burocráticas de regulação do sistema de pagamentos, do fomento econômico e do comércio mundial.

Houve sim um apanhado de decisões políticas, que derivaram da conjuntura resultante do final da Segunda Guerra Mundial. A inegável vitória bélica da União Soviética perante os alemães, quantitativamente sem paralelo, poderia ter relegado as demais nações à condição de coadjuvantes, apenas no aspecto militar. No campo político e econômico, os Estados Unidos e, em menor medida, a Inglaterra, ditaram os rumos da comunidade internacional no pós-guerra, excetuando-se os países componentes ou sob a influência da União Soviética. É só pela compreensão desse momento histórico que se pode concluir a respeito dos motivos do estabelecimento do Sistema de Bretton Woods, a favorecer consideravelmente os países mais competitivos no comércio internacional. Também não são de se estranhar a formação de enormes bolsões de pobreza e a estagnação econômica de grande parte da África. O fomento aos menos favorecidos, ainda que não desprezado, ficou certamente em segundo plano.

Interessante fenômeno tem ocorrido modernamente, com a ascensão dos países emergentes e as sucessivas crises que afetaram o mundo desenvolvido. Aqueles que antes se beneficiavam plenamente do comércio em larga escala passaram a esboçar medidas restritivas e a criticar a redução competitiva de custos de países com menor desenvolvimento humano, como é o caso da China.

Não se estabeleceu um recente sentido humanitário, mas sim a preocupação de que o sistema preconizado em Bretton Woods, caso não sofra ajustes, pode se tornar bastante nocivo. Como os países mais ricos não deverão renunciar às suas conquistas sociais, é natural que se voltem contra a planificação econômica chinesa, totalmente voltada à obtenção de vantagens comparativas, ainda que a um elevado custo social.

O Sistema de Bretton Woods, apesar de abalado pela derrocada do padrão monetário instituído, ainda permanece em seus fundamentos mais essenciais. Torna-se urgente um novo paradigma, que não mais se satisfaz com diretrizes de mercado. Impõe-se a reformulação jurídica de órgãos como o FMI, o Banco Mundial e a OMC, para que passem a levar em conta diretrizes de melhoria de desenvolvimento humano, abreviando a preponderância do sistema de vantagens comparativas no comércio mundial, típico do liberalismo.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Fernando Herren, *Direito Econômico, do Direito Nacional ao Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2009.

BRAITHWAIT, Rodric. *Moscou, 1941*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

DELGADO, Nélson Giordano, *O Regime de Bretton Woods para o Comércio Mundial: Origens, Instituições e Significado*. Rio de Janeiro: Mauad, 2009.

DO AMARAL JÚNIOR, Alberto. *OMC e o Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2006.

FURLAN, Fernando de Magalhães e FELSBERG, Thomas Benes. *Brasil - China, Comércio, Direito e Economia*. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos – Solução de controvérsias*. Curitiba: Juruá, 2010.

HUNT, E. K., *História do Pensamento Econômico, Uma Perspectiva Crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LENAIN, Patrick, *O Fundo Monetário Internacional*. Barueri: Manole, 2004.

MANKIW, N. Gregory, *Introdução à Economia, Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

PREBISCH, Raúl, *Keynes, Uma Introdução*. São Paulo: Brasiliense, 1998.

RATTI, Bruno, *Comércio Internacional e Câmbio*. São Paulo: Aduaneiras, 2011.

STIGLITZ, Joseph e GREENWALD, Bruce. *Rumo a um Novo Paradigma em Economia Monetária*. São Paulo: Francis, 2004.

TUCHMAN, Barbara, *Canhões de Agosto*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1994.

CONSULTAS

<http://www.barsasaber.com.br/theworld/dossiers/seccions/cards/printable.asp>

http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/2186/1/Tese_RonaldoRebeloBPoletti.pdf

<http://veja.abril.com.br/especiais.shtml>.

3

INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

ANTÔNIO MÁRCIO DA CUNHA GUIMARÃES

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito Internacional (Privado) e Doutorado em Direito Internacional (Público) também pela PUC/SP. Professor da PUC/SP das disciplinas - Direito Internacional Privado, Direito Internacional Público e Direito Comercial no Bacharelado, além de Direito do Comércio Internacional no Mestrado e Doutorado. Advogado. Autor de diversas obras jurídicas. E-mail: marcioguimaraes@globo.com

CAROLINA IWANCOW FERREIRA

Doutoranda e Mestre em Direito Internacional pela PUC-SP. Graduação em Direito pela PUC-Campinas. Advogada. Professora de Direito Empresarial e Práticas Jurídicas da PUC-Campinas. Autora da Obra “Arbitragem Internacional e sua Aplicação no Direito Brasileiro”. E-mail: caroliwancow@hotmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito internacional dos investimentos. 1.1 Noção econômica de investimento. 1.2 Noção jurídica de investimento. 2. Sistema jurídico brasileiro dos investimentos externos. 3. Modalidades de investimentos. 4. Empresas transnacionais. 5. Investimento Estrangeiro Direto (IED). 6. Termos relevantes para os operadores corporativos. 7. Barreiras aos investimentos. 8. Crises financeiras. 9. Futuro próximo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O investimento internacional representa um grande desafio, especialmente para as empresas, considerando suas diferentes necessidades, interesses e objetivos estratégicos.

Nas palavras do economista Carlos Galves (1996, p. 351): “(...) os países estão em permanente relacionamento econômico, uns com os outros. As estruturas

do mundo e do homem, aliás, é que impõem esse relacionamento e mostram, assim, a solidariedade em que todos se encontram, queiram ou não”.

Para assegurar os mercados consumidores e garantir competitividade e lucratividade, as empresas deverão identificar a localização estrategicamente adequada para um investimento internacional, devendo relacionar o local do investimento com os objetivos empresariais específicos da organização.

A questão dos investimentos é assunto extremamente polêmico por causar divergências entre os países desenvolvidos e aqueles em vias de desenvolvimento, além de provocar conflitos entre legislações nacionais e internacionais.

1. DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

O Direito Internacional dos Investimentos é ramo do Direito Internacional Econômico, dedicando-se às operações econômicas e jurídicas que envolvem a saída e o ingresso, em qualquer Estado, dos valores destinados aos investimentos com objetivos econômicos, ou seja, contempla a regulamentação dos movimentos de capitais entre os Estados.

Celso Albuquerque de Mello (1993, p. 31) já asseverou que: “Pode-se afirmar que o Direito Internacional do Desenvolvimento é norteado por dois princípios fundamentais, o da igualdade e o da soberania, que são considerados também como direitos fundamentais dos Estados”.

No âmbito internacional, há alguns tratados multilaterais e inúmeros tratados bilaterais, enquanto no ambiente nacional, há as regulamentações dos países importadores de capital, às quais fazem referência os tratados.

Ana Letícia Ferreira (2003, p. 154) assegura que:

No caso do Brasil, a regulamentação assume função intermediária, pois prevê tanto o estímulo aos investimentos internacionais, normas de proteção e garantias, como também diversos mecanismos de controle dos mesmos investimentos e dos fluxos de capitais no país, além das delimitações constitucionais ao acesso do capital estrangeiro no mercado local.

Para os países em desenvolvimento, as medidas de investimentos são utilizadas para a promoção da industrialização e o crescimento econômico. Há outras funções como estimular o desenvolvimento e controlar as práticas anticompetitivas

e comerciais restritivas (MORAES, 2003, pp. 139-147).

O Brasil é muito atrativo para esses novos investimentos, sem caracterizá-los como uma forma de dependência, principalmente por seu grande mercado, localização geográfica, parque industrial pré-existente, além da abundância de seus recursos naturais que servirão de fontes energéticas (SILVA, 2005, pp. 131-140).

1.1 NOÇÃO ECONÔMICA DE INVESTIMENTO

Devemos ter em mente que o investimento pode ser analisado sob diferentes ângulos e aspectos. Do ponto de vista da economia, o investimento é entendido como sendo a utilização de recursos mediante alocação de receitas e custos visando o lucro, ou seja, acréscimo dos bens produtivos. Em termos mais simples – a pessoa aloca seus recursos visando empregá-los em atividade produtiva que reverterá ao investidor, a devolução do *quantum* inicial mais um *plus*, recupera-se o capital com o acréscimo de seu “rendimento”, ou frutos. No dizer de Costa (2010, p. 30):

Neste sentido, qualquer ativo passível de avaliação econômica e que não seja destinado ao consumo para a satisfação imediata de necessidades pode ser considerado um investimento. Neste sentido, tanto a poupança e outras modalidades de aplicação financeira quanto a produção e aquisição de bens de capital podem ser consideradas investimento, bem como o desenvolvimento de tecnologia e o aperfeiçoamento de pessoal, entre outros.

Note-se que, do ponto de vista econômico, qualquer aplicação de recursos, seja na produção direta de bens, seja na aquisição/desenvolvimento de tecnologia, seja no aprimoramento da mão-de-obra, será considerado investimento, pois todos estes fatores, de uma forma ou de outra, propiciarão (ou tentarão propiciar) uma alavancagem econômica na geração de riquezas, e conseqüentemente, em resultados favoráveis.

1.2 NOÇÃO JURÍDICA DE INVESTIMENTO

Já do ponto de vista jurídico, a conceituação de investimento é diferente, e analisa outras características, sem olvidar, obviamente, as questões econômicas que lhe são inerentes. O já citado Professor COSTA, menciona em sua obra o enten-

dimento externado por (CARREAU; JULLIARD, 2005), que indicam três grupos diferentes, a saber:

- a) implementação da livre circulação de capitais (Códigos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico OCDE – e direito comunitário europeu),
- b) instrumentos de proteção do investimento estrangeiro (Convenção de Washington de 1965 e acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos APPRIS),
- c) instrumentos de promoção do desenvolvimento (Tratado de Seul de 1985).”

Alguns elementos caracterizam tais operações, ainda segundo (CARREAU; JULLIARD, 2005): existência de um aporte, que o mesmo seja de capital, que sirva para estabelecimento de relações econômicas ou jurídicas (duráveis), que as relações sejam com uma entidade que realiza atividades econômicas, que o realizador do aporte tenha uma influência efetiva na gestão da entidade. Vale lembrar que esta proposta dos autores serve, ou pode servir num foco do direito internacional, diferente que poderá ser do direito interno de cada país, que regulará o investimento da forma que melhor lhe aprouver, considerando aspectos do direito comercial, tributário, etc.

Na prática, não há um consenso na definição jurídica de investimento, dada a falta de uniformidade dos instrumentos normativos correspondentes que estabelecem tais conceitos em virtude de seus objetivos.

Nos dizeres de Luiz Olavo Baptista (1998, p. 29): “Do ponto de vista econômico, o investimento, como vimos, gravita em torno da ideia de afetação de capital (e bens) numa atividade que se espera reprodutiva, isto é, que assegure o seu retorno, acrescido de lucros ou outra forma qualquer de remuneração”.

Nas palavras de Ana Letícia Ferreira (2003, p. 25):

Em geral, verifica-se que a doutrina adota a concepção jurídica de investimento em sua extensão, com base no critério econômico, estendendo desde a criação de empresas ou a participação societária, até as operações de empréstimo ou as aplicações em ações nas Bolsas de Valores, compreendendo bens, direitos e interesses de qualquer natureza.

Assim, a noção econômica influencia fortemente e acaba por fundamentar

a noção jurídica, pois o investimento é um ato econômico.

2. SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DOS INVESTIMENTOS EXTERNOS

A legislação brasileira para o mercado de capitais é, por vezes, insuficiente para a regulação do mercado, ainda que se considere a atuação de diversos órgãos do Poder Público, de controle e fiscalização ficando, entretanto, à iniciativa privada a adaptação às vicissitudes do mercado.

A partir da internacionalização dos negócios, administradores, advogados, economistas, empresários, executivos, investidores, ou seja, todos os operadores do meio corporativo buscam a melhor direção jurídico-institucional dos investimentos externos no Brasil.

Diferentes são os argumentos de juristas e economistas a serem examinados e confrontados por haver enormes divergências legislativas entre os ordenamentos de importantes países, além da carência de regulamentação internacional, para esclarecer limites e perspectivas do mercado.

Os investimentos internacionais admitidos pelo sistema jurídico brasileiro são classificados em três categorias: investimentos diretos, empréstimos externos e investimentos indiretos ou em portfólio.

A Lei nº 4.131/62, alterada pela Lei nº 4.390/64, regulamentada pelo Decreto nº 55.762/65, determina o regime e proteção dos investimentos diretos e empréstimos externos, trazendo os elementos componentes do conceito de capital estrangeiro: ingresso desvinculado e efetivo (ou reinvestimento); finalidade econômica (produção de bens e serviços); procedência do exterior; tempo de permanência; propriedade ser de pessoa (física ou jurídica) residente, domiciliada ou com sede no exterior; registro perante o BACEN.

A Lei nº 4.131/62, no seu art. 1º, assim define capital e investidor estrangeiros:

Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, 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.

A legislação brasileira garante ao capital estrangeiro, após sua entrada no país, tratamento isonômico em relação ao capital nacional, respeitadas as condições para seu acesso. O tratamento isonômico é garantido pela Lei nº 4.132/62:

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 lei.

Além das áreas que as Constituições Brasileiras historicamente estabeleceram como atividades econômicas privativas do Estado, outras são reservadas aos brasileiros ou a empresas por estes controladas, em razão de sua importância política ou estratégica.

Portanto, respeitadas as limitações constitucionais, o investimento do exterior pode ser recebido livremente, independente de autorização. O registro, entretanto, é obrigatório e se processa no Banco Central (BACEN).

Para o desenvolvimento dos países em geral, é imprescindível a elaboração de normas jurídicas modernas, tornando os mercados mais atrativos para os investimentos.

3. MODALIDADES DE INVESTIMENTOS

Investimentos internacionais são aqueles realizados por pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliados ou com sede no exterior. Estes investimentos podem ser diretos ou no mercado financeiro.

Os investimentos diretos são aqueles empregados na produção de bens ou serviços, constituídos de bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, assim como os recursos financeiros ou monetários para serem aplicados em atividades econômicas.

Investimentos indiretos ou especulativos, denominados investimentos em portfólio, regulamentados pelo Banco Central (BACEN), Conselho Monetário Nacional (CMN) e Comissão de Valores Mobiliários (CVM), constituem o capital internacional aplicado em valores mobiliários e ativos reais mediante aquisição, em Bolsa de Valores, de participação acionária em empresa nacional ou em qualquer outro instrumento financeiro autorizado.

No investimento direto ou produtivo, o investidor (empresário) dedica-se diretamente à atividade produtiva de bens e serviços, de modo contínuo, exercendo certo grau de influência ou controle corporativo mais acentuado (“poder de controle”).

O Fundo Monetário Internacional (FMI) assim define investimento direto no exterior: “Os investimentos diretos efetuados com o propósito de adquirir uma participação durável numa empresa exercendo suas atividades no território de uma economia diferente daquela do investidor, o propósito deste sendo ter um poder de decisão efetivo na gestão da empresa”.

No investimento indireto ou especulativo (em portfólio), a finalidade do investidor é o lucro, através da utilização de recursos financeiros aplicados no mercado de capitais, sem se envolver diretamente no processo de gestão produtivo ou corporativo.

4. EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Empresa transnacional é aquela corporação, que estabelecida em diferentes países e sujeitas à diferentes legislações, consegue realizar o desenvolvimento de seu negócio produtivo organizando todas estas peculiaridades e conseguindo melhores custos e dinamismo em sua logística de forma a vender seus produtos em diferentes mercados, conseguindo um ganho de escala muito maior e melhor. Veremos adiante a posição doutrinária de alguns autores.

No entendimento de TÔRRES (2001, p. 180): “(...) transnacional será tanto um grupo de empresas como uma empresa que mantenha distintas residências no exterior ou nacionalidades, como aquela que participa no capital de empresas não-residentes, com poder de influência sobre as respectivas decisões destas ou não”.

José Cretella Neto (2006, p. 27) entende a empresa transnacional como sendo aquela:

Sociedade mercantil, cuja matriz é constituída segundo as leis de determinado Estado, na qual a propriedade é distinta da gestão, que exerce controle, acionário ou contratual, sobre uma ou mais organizações, todas atuando de forma concertada, sendo a finalidade de lucro perseguida mediante atividade fabril e/ou comercial em dois ou mais países, adotando estratégia de negócios centralmente elaborada e supervisionada, voltada para a otimização das oportunidades oferecidas pelos respectivos mercados internos.

A linha de atuação e os fatores de desenvolvimento das empresas transnacionais foram relacionados por Celso Albuquerque de Mello (1993, p. 106): partida para o exterior à procura de mão de obra mais barata; procura em controlar mercados, a fim de facilitar as exportações; controle das fontes de fornecimento de matérias-primas; evitar a concorrência das empresas locais; eliminação das barreiras alfandegárias com a criação de mercados comuns; aumento do lucro ao superfaturar o que é importado da matriz, bem como subfaturar o que é vendido à matriz.

A Regulamentação de 21/06/1976 da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), referente ao investimento internacional e às empresas multinacionais, é composta por três instrumentos interdependentes: princípios diretivos dos objetivos das empresas multinacionais; tratamento nacional; estímulos e obstáculos ao investimento internacional.

Em 1988 foi apresentada nova proposta da ONU para a formulação de um Código de Conduta das Empresas Transnacionais, buscando os limites de sua atuação, bem como a imposição de regras aos países hospedeiros.

O principal objetivo é maximizar a contribuição das empresas no desenvolvimento social e econômico dos países em que operam e minimizar seus efeitos negativos (BRAZ, 2004, p. 134).

O poder econômico detido pelas empresas transnacionais é importante para o desenvolvimento de vários países visto que detêm capital, tecnologia e capacidade gerencial, mercadológica e organizacional.

Com a abertura do capital de empresas relevantes para o cenário nacional, a economia brasileira presenciou a retomada do mercado de capitais, colocando em circulação valores vultosos.

Com o processo de desnacionalização da economia, no período de 1994 a 1998, não englobadas as privatizações de empresas públicas, inúmeras empresas privadas brasileiras foram incorporadas por empresas de outros países em várias atividades como petroquímica, têxtil, alimentos, eletrodomésticos, bancos, siderurgia, lojas, financeira, laticínios, autopeças, higiene, aviação, seguros, supermercados, perfumes e cosméticos e outros.

O mercado de capitais se tornou a principal fonte de financiamento das empresas brasileiras com predominância da participação de investidores estrangeiros.

5. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO (IED)

O Investimento Estrangeiro Direto (IED) é definido pelo Banco Central do Brasil, no Manual para o Registro Declaratório Eletrônico dos Investimentos Externos Diretos (RDE-IED), como:

As participações permanentes em empresas receptoras no País, ou segundo as práticas usuais de mercado, as participações com ânimo de permanentes, detidas por investidor não-residente, pessoa física ou jurídica, residente, domiciliada ou com sede no exterior, mediante a propriedade de ações ou quotas representativas do seu capital social, bem como o capital destacado de empresas estrangeiras autorizadas a operar no País.

A rigor, o IED suscita diversas questões, por envolver o movimento de pessoas, a transferência de ativos de um Estado para outro, o que potencializa as fontes de conflitos interestatais e as possibilidades de aproximação (MACHADO, 2005, p. 20).

No Brasil, a economia foi beneficiada pelo IED. Seus recursos vieram de fora acompanhados de tecnologia que o país teria dificuldades de criar sozinho.

Uma vez dentro de um país, a tecnologia se converte em produtividade. Mesmo as empresas concorrentes serão beneficiadas, porque para serem competitivas terão que ser modernizadas. Os fornecedores terão de melhorar o padrão de seus produtos e os trabalhadores serão treinados para operar as novas tecnologias. A competição entre as empresas nacionais e as estrangeiras reduz preços e aumenta a oferta e a qualidade de produtos (MACHADO, 2005, p. 196).

A globalização e a abertura dos mercados possibilitaram um aumento nos fluxos dos Investimentos Estrangeiros Diretos (IED), grandes responsáveis pelo crescimento econômico nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, através de uma política externa alinhada (CASSANO, 2006, p. 98).

Os investimentos estrangeiros no Brasil tiveram motivações diferentes ao longo do tempo. O ressurgimento do interesse no Investimento Estrangeiro Direto (IED) na década de 1990 foi resultado do conjunto de diversos fatores: a volta da economia sólida geral; as políticas do governo propícias ao mercado; o esforço rumo à privatização; e as promessas de um vasto mercado.

Com a expectativa de que o país passe a apresentar taxas mais robustas de crescimento, as multinacionais têm destinado recursos para filiais brasileiras com vistas no mercado interno.

O maior efeito do Investimento Estrangeiro Direto (IED) é eliminar a privação de capitais de uma economia, além de trazer novas tecnologias para os países emergentes que teriam dificuldade em criá-las sozinhos. Uma vez dentro do país, a tecnologia se converte em produtividade.

6. TERMOS RELEVANTES PARA OS OPERADORES CORPORATIVOS

Os operadores do meio corporativo, para melhor desempenho no mundo dos negócios entre nações, deverão conhecer variadas siglas e procedimentos constantes nos foros internacionais, tais como:

FDIs – *Foreign Direct Investments* – investimentos estrangeiros diretos (IEDs) são aqueles nos quais o investidor possui certo controle sobre o seu investimento de fato ou exerce influência significativa sobre a operação que ocorrerá no país hospedeiro.

PCRs – *Restrictive Business Practices* – práticas comerciais restritivas, surgem através de empresas públicas ou privadas, podendo afetar o comércio internacional por meio da inibição da competitividade, limites ao acesso dos mercados e monopólio de empresas estrangeiras.

TNCs – *Transnational Corporations* – empresas transnacionais.

TRIMs – *Trade Related Investment Measures* – Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (OMC).

MAI – *Multilateral Agreement on Investments* – Acordo Multilateral sobre Investimentos (OCDE).

Aporte externo de capitais – investimento estrangeiro de capitais, investimentos advindos de outros países, muito importantes para a questão do desenvolvimento.

Exigências de desempenho – são estratégias utilizadas pelos países para investir da melhor maneira possível o dinheiro proveniente dos FDIs, também chamadas de as TRIMs.

Repatriamento de lucros – os capitais estrangeiros podem retornar ao seu país de origem.

Venda controlada – a matriz pode limitar o quanto a subsidiária pode transacionar, obrigando-a a importar apenas da própria matriz.

Fixação de preços e repartição de mercado – as transnacionais podem con-

trolar os volumes e valores das importações e exportações que não serão obrigatoriamente iguais àqueles imaginados pelo país hospedeiro ou equivalente aos que ocorreriam em um mercado realmente livre.

7. INVESTIMENTOS EXTERNOS NA PRÁTICA DOS PAÍSES

Examinando-se como alguns países tratam os investimentos externos, verificam-se práticas completamente diferenciadas.

ÁFRICA

Os países africanos, geralmente, formam um bloco para as negociações da Organização Mundial do Comércio (OMC) no qual visam o beneficiamento da região. Esta é uma forma encontrada para fortalecer seu poder de troca em nível internacional.

O grupo africano busca, através do Banco de Investimento Africano, um aumento de recursos para a execução de projetos de investimentos para o fortalecimento dos setores privado e rural, principalmente nos países menos desenvolvidos da África.

Fazem parte do Grupo Africano: África do Sul, Catar, Costa do Marfim, Egito, Nigéria, Tanzânia.

ARGENTINA

Devido à crise que abalou a sua economia entre os anos de 1999 e 2002, a Argentina determinou uma série de barreiras contra a importação de produtos.

Há uma grande restrição do fluxo de capitais e investimentos. Por esta mesma razão, este país está perdendo seus atrativos no âmbito internacional.

AUSTRÁLIA

O governo australiano é receptivo aos investimentos estrangeiros diretos, de tal forma que estes recebem tratamento nacional. Existem certas restrições nos setores de telecomunicações, aeroviário, naval e bancário.

A aquisição de companhias por empresas estrangeiras requer autorização do governo, mas a repatriação de lucros é permitida.

BRASIL

O Brasil é o país que mais recebe investimentos estrangeiros na América Latina. O país atrai um grande volume de investimentos, embora haja restrições para certos setores como aviação, saúde e energia nuclear.

O país garante por lei o tratamento nacional aos investimentos, mas restringe transferências e repatriação dos lucros. Há também barreiras não tarifárias para certos produtos.

CANADÁ

O Canadá é favorável aos investimentos externos, considerando-os uma oportunidade de renovar a tecnologia e produzir novos empregos no país. Em sua visão, uma boa regulamentação sobre investimentos internacionais leva ao crescimento da economia e à criação de empregos.

Por isso, o país restringe investimentos externos em alguns setores considerados estratégicos, como o transporte aéreo e as telecomunicações.

CHILE

Apesar de algumas restrições a produtos agrícolas e barreiras não tarifárias, a sua política de investimentos estrangeiros é bem clara. O país garante a repatriação de lucros, transferências de capital e tratamento nacional, com exceção de alguns setores como o petrolífero e a mineração.

A sua transparência atraiu inúmeros investimentos externos nos últimos anos, estimulando a economia nacional.

COREIA DO SUL

Em 1998, a Coreia do Sul abriu seu mercado aos investimentos externos. Há somente dois setores fechados: transmissão de rádio e televisão.

Embora a transferência de capital e a repatriação de lucros ainda estejam sujeitas a certas restrições, o governo sul-coreano vem afastando barreiras contra os investimentos estrangeiros.

ESTADOS UNIDOS

Os EUA são favoráveis aos investimentos estrangeiros, sendo um dos maiores investidores do mundo. Embora o tratamento nacional esteja garantido em

lei, o país restringe investimentos em certos setores considerados estratégicos pelo governo.

Apesar disso, o país impõe uma série de barreiras não tarifárias a vários bens. Os EUA não controlam transferências de capital ou repatriação de lucros. Vale lembrar que os EUA mantêm embargos gerais e parciais com uma série de países.

HONG KONG

Oficialmente é território chinês, mas é considerada uma região administrativa especial (*Special Administrative Region – SAR*). Não há quaisquer barreiras contra investimentos estrangeiros em Hong Kong, de tal forma que atrair tais investimentos é uma prioridade.

Transferências, repatriação de lucros ou restrições contra a propriedade estrangeira de empresas são quase inexistentes, assim como barreiras não tarifárias.

ÍNDIA

A Índia impõe um grande número de barreiras não-tarifárias para suas importações, inclusive algumas proibições. Ela também mantém os investimentos externos sob forte controle do governo, mas está lentamente abrindo o seu mercado aos investidores estrangeiros. Restrições na transferência de capitais, repatriação de lucros, proibição de investimentos em certos setores e propriedade estrangeira de empresas fazem parte da política indiana.

INDONÉSIA

Barreiras oficiais e não oficiais dificultam a entrada de investimentos na Indonésia. O governo banuiu cerca de 20 setores para o investimento externo e a transferência de capitais é restrita.

Outros obstáculos não impostos pelo governo, como a corrupção, também dificultam a entrada de capital no país.

JAPÃO

O Japão é um país cuja economia se baseia essencialmente na exportação de produtos manufaturados. O Japão é favorável ao investimento estrangeiro, removendo a maioria das restrições contra os mesmos.

Embora haja alguns setores onde o investimento é restrito, não há quais-

quer barreiras contra a transferência de capital ou a repatriação de lucros.

MALÁSIA

A Malásia é um país com políticas rígidas sobre os investimentos estrangeiros. Praticamente qualquer investimento externo requer a aprovação do governo, o que afugenta muitos investidores.

A transferência de capital não é permitida, com raras exceções que sofrem restrições ou precisam de aprovação do governo. A Malásia restringe investimentos no setor automobilístico, pois é considerado um setor estratégico.

MÉXICO

Apesar de inúmeras restrições aos investimentos estrangeiros, o México é o segundo país da América Latina que mais os recebe, perdendo apenas para o Brasil.

A desburocratização recente para investidores externos e certa flexibilidade para transferências e transações explicam este fenômeno.

NORUEGA

A Noruega adotou a política da Área Econômica Europeia (*European Economic Area* – EEA) que garante o tratamento nacional e a liberalização de medidas que impediam os investimentos externos.

No entanto, há certas restrições para investimentos em alguns setores, dentre eles o da mineração.

NOVA ZELÂNDIA

Há poucas barreiras contra o investimento estrangeiro direto por parte do governo neozelandês. Dentre elas estão as restrições para a compra de empresas nacionais ou terras.

A Nova Zelândia não impõe restrições contra a transferência de capitais ou a repatriação de lucros.

PAQUISTÃO

As únicas restrições formais do Paquistão são para armas, munições, explosivos, substâncias radioativas, entre outros do mesmo gênero. O país requer um

investimento inicial na agricultura, serviços sociais e infraestrutura e mantém restrições ao setor automotivo.

A transferência de capitais requer aprovação do governo e sofre restrições quantitativas.

PERU

Desde o começo da década de 90, o Peru tem atraído uma grande quantidade de investimentos estrangeiros, principalmente no seu programa de privatizações. O Peru é favorável ao investimento estrangeiro sem a intervenção do Estado, tanto que sua Constituição garante tratamento nacional para investidores de outros países.

Há exceções, como o transporte de certos recursos naturais, mas, em compensação, não há nenhuma restrição às transações, transferências ou repatriação de lucros.

RÚSSIA

A Rússia restringe investimentos estrangeiros em inúmeros setores de sua economia. Embora sua legislação garanta o tratamento nacional para investidores externos, tais providências ainda não foram colocadas em prática. A Rússia, em 2005, tomou medidas para fechar ainda mais o seu mercado, ao proibir empresas estrangeiras de investirem nos recursos naturais do país.

O governo russo também mantém barreiras não tarifárias contra diversos produtos e restringe transferências de capital. Levando tudo isto em consideração, investidores estrangeiros perdem o interesse neste país.

SUIÇA

A Suíça é um país que atrai muitos investimentos externos, não só pela política liberal, mas também pela notável estabilidade econômica. O tratamento nacional só não se estende pelas áreas de segurança nacional, como energia nuclear e o setor petrolífero.

Não há restrições para a repatriação de lucros ou transferências de capital. As importações, em sua maioria, não enfrentam barreiras, com exceção dos produtos agrícolas e os setores de segurança e saúde.

TAILÂNDIA

Com exceção de 32 setores restritos, a Tailândia permite o investimento estrangeiro. Há também restrições para a propriedade de terras, mas recentemente o governo abriu seu mercado, liberando setores para o investimento.

A transferência de capitais e a repatriação de lucros são restritas e demandam aprovação do governo.

TAIWAN

Taiwan na OMC é classificada como um território aduaneiro reconhecido pela comunidade internacional, assim como Hong Kong. Há uma série de medidas de proteção em vigor em Taiwan, a maioria sobre produtos agrícolas.

Embora a propriedade estrangeira de empresas e a repatriação de lucros sejam aceitas, há restrições para investimentos estrangeiros em vários setores, o que gera uma insatisfação por parte dos investidores. No entanto, medidas para a liberalização estão sendo tomadas, levando a uma expectativa de abertura do mercado.

UNIÃO EUROPEIA

A União Européia (UE) normalmente age em bloco na OMC. Vale lembrar que cada país-membro tem direito a um voto. A UE é favorável à revisão do TRIM (*Trade Related Investment Measures*) visando a uma maior flexibilização das regras de investimento.

Os membros da UE também são favoráveis à regulamentação de investimentos feita pela OCDE através do MAI (*Multilateral Agreement on Investments*).

VENEZUELA

A partir da eleição do presidente Hugo Chávez, a Venezuela se fechou muito ao capital externo. Há inúmeras barreiras contra importações, que incluem automóveis e tecidos.

O governo mantém restrições não só em vários setores, mas também nas companhias estrangeiras operando no país e nas transferências de capitais.

7. BARREIRAS AOS INVESTIMENTOS

O conhecimento das barreiras aos investimentos é fundamental para as empresas transnacionais que desenvolvem projetos para operar nos mercados de outros países.

A empresa de auditoria independente *Ernest & Young*, realizou pesquisa junto a executivos de grandes empresas que operam nos mercados emergentes, acerca de quais motivos são por eles considerados barreiras à realização do investimento e registrou os dez motivos mais citados como barreiras aos investimentos externos, pela ordem (SILVEIRA, 2002, p. 86):

Instabilidade política (89%); registro financeiro (85%); infraestrutura legal (79%); burocracia (77%); controle de câmbios (77%); inflação interna (68%); regime tributário (64%); limites ao investimento estrangeiro (58%); barreiras alfandegárias (50%); e proteção de patentes (47%).

8. CRISES FINANCEIRAS

A crise de 2008 desestruturou todo o sistema financeiro mundial pela concessão de créditos pelos bancos e financiadoras sem garantias confiáveis.

Essa instabilidade financeira afetou muitos países emergentes, pois o fraco desempenho da economia americana gerou consequências gravíssimas na economia de todos os países que exportam para os Estados Unidos.

Desde então, os países têm tomado várias medidas para controlar o seu mercado financeiro e sustentar sua economia. Dentre elas, uma das soluções reinventadas foi a criação de barreiras protecionistas que restringem o comércio.

Um relatório divulgado por Gucht, comissário da União Europeia (UE) para o Comércio, identificou mais de 330 medidas de restrições ao comércio adotadas por 30 concorrentes econômicos da UE desde a crise econômica e financeira, no fim de 2008. Em meio a uma frágil recuperação econômica global e contrariamente aos acordos do G-20, somente 10% dessas medidas foram removidas.

Na China, o governo adotou medidas para redução dos incentivos fiscais para empresas estrangeiras. Com isto as empresas estrangeiras terão que pagar impostos de manutenção das cidades e educação, como já fazem as empresas nacionais. Ao mesmo tempo, a China aumentou as proteções para empresas nacionais por

meio de um tratamento preferencial nas compras governamentais.

Porém, essas barreiras econômicas estão se tornando características permanentes do sistema comercial e correm o risco de prejudicar a recuperação da economia estabelecendo um freio ao crescimento.

Outro aspecto também perceptível frente a esses impasses foi a desvalorização forçada das moedas de muitos países para beneficiar seus ganhos com a exportação.

A China, além de ser uma das principais economias do mundo, foi uma das poucas nações a manter o regime de câmbio fixo.

Os Estados Unidos também são apontados como responsáveis pelo início da disputa cambial, com sua política recente de incentivar a economia por meio da colocação de mais dólares no mercado, o que diminuiu seu valor e aumentou a cotação de outras moedas.

O Brasil tentou atenuar a valorização do real pela elevação do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) sobre o capital estrangeiro que entra no país em busca de rendimentos de curto prazo, basicamente, títulos do governo.

Estados Unidos e Europa, ainda sofrem as consequências da turbulência que começou há poucos anos, com desemprego e sérios problemas fiscais.

Para atenuar o problema, deve-se proporcionar uma ampla negociação entre as principais economias.

9. FUTURO PRÓXIMO

Na América Latina, o Brasil lidera o ranking de atratividade conforme pesquisas recentes. Quase sete em cada dez líderes empresariais apontam o país como o mais atraente para o estabelecimento de operações.

O Brasil é o segundo destino mais popular do mundo em valor de IED e o quinto em número de projetos. O número aumentou 39% em 2011, atingindo um recorde de 507. Esses projetos criaram, estima-se, 161.166 empregos.

Estados Unidos, Reino Unido, Japão, Alemanha e Espanha responderam por 59% dos projetos de IED em 2011. A China está despontando como um forte parceiro do Brasil, registrando-se um aumento no investimento e nos laços comerciais entre os dois países, veja⁸⁷:

87 Disponível em: <http://www.ey.com/BR/pt/Issues/Business-environment/2012-attractiveness-survey---Brazil---Capturing-the-momentum>.

Pontos fortes

Uma classe média crescente, uma forte demanda doméstica e enormes reservas inexploradas de recursos naturais;

Políticas governamentais de incentivo, simplificação dos processos de licenciamento e do ambiente regulatório, crédito subsidiado e opções de financiamento acessíveis;

O Brasil sediará a Copa do Mundo Fifa 2014 e os Jogos Olímpicos 2016;

Um grande mercado doméstico e trajetória de crescimento de longo prazo;

Abertura da sociedade brasileira, que dá espaço à diversidade de raça e religião.

Desafios

Falta de pessoal qualificado e qualidade baixa da educação básica;

Altas taxas de juros e sistema tributário complexo;

Valorização da moeda, que prejudica a competitividade das exportações;

Fuga de recursos de outros setores da indústria.

Finalmente, o agrupamento Brasil, Rússia, Índia, China, África do Sul, abre para seus cinco membros espaço para diálogo, identificação de convergências e concertação em relação a diversos temas e, além disso, ampliação de contatos e cooperação em setores específicos.

CONCLUSÃO

Evidente é a participação das empresas transnacionais no fomento dos investimentos, pois detêm capital, tecnologia e capacidade gerencial, mercadológica e organizacional. Sem contar que, na maioria das vezes a circulação de capitais de investimento saem de um empresa em um país para investimento em outra empresa em outro país, mas do mesmo grupo econômico.

A globalização e a abertura dos mercados possibilitaram um aumento nos fluxos dos investimentos estrangeiros diretos, grandes responsáveis pelo crescimento econômico nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

As práticas competitivas para atração de investimentos podem ser prejudicadas pela falta de regulamentação internacional, o que poderá inibir o livre comércio.

Para atrair o investimento estrangeiro é preciso estabelecer uma política governamental que extraia as vantagens sem comprometer aspectos da soberania ou

a falta de um projeto estratégico estatal da economia nacional.

Apesar do MERCOSUL, na América Latina, ainda remanescem diferenças legislativas significantes entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros no que tange à questão do investimento estrangeiro.

A criação de um Acordo Multilateral que seja eficaz e eficiente e que atenda às demandas do investidor externo de capital e do país hospedeiro de capitais, torna-se necessária à garantia do livre fluxo dos investimentos.

A falta de regulamentação incentiva práticas desleais e muitas vezes antiéticas, como as questões de excesso de incentivos fiscais, a repatriação dos lucros, o *lobby* das empresas transnacionais sobre os governos.

Portanto, para que não haja distorções no comércio internacional é necessário impor limites ao poder tanto do investidor quanto do país hospedeiro.

O estabelecimento de regras sobre investimento internacional é um objetivo de grande interesse para países tanto exportadores quanto importadores de capital.

A Organização Mundial do Comércio (OMC) procura realizar acordos multilaterais com o objetivo de gerar para os investimentos externos uma situação estável, uma vez que estes obedeceriam a uma legislação internacional e não estariam sujeitos a regulamentos nacionais.

Recentemente, os economistas dos bancos reduziram de US\$ 12,40 bilhões para US\$ 11,00 bilhões a sua estimativa para o saldo positivo da balança comercial brasileira em 2013. Para o próximo ano, a projeção de *superávit* comercial também recuou, mas de US\$ 12,65 bilhões para US\$ 12,00 bilhões.

A projeção de entrada de investimentos estrangeiros diretos ficou em US\$ 60 bilhões. Para 2014, a estimativa dos economistas dos bancos para a entrada de investimentos estrangeiros permaneceu em US\$ 60 bilhões.

Por tudo isso, conclui-se que o investimento estrangeiro é benéfico e sua entrada deve ser estimulada e bem recebida pelos países hospedeiros.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, Atila de Souza Leão. *O Capital Estrangeiro no Sistema Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BRAZ, Karime Vergueiro Machado. *Os Investimentos Estrangeiros Diretos*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais. PUC/SP, 2004.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 2. ed., Paris, Dalloz, 2005.

CASSANO, Francisco Américo. *Volatilidade de Capitais Externos no Brasil: uma questão de relações políticas internacionais*. Tese de Doutorado em Ciências Sociais com Concentração em Relações Internacionais. PUC/SP, 2006.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

CRETILLA NETO, José. *Empresa Transnacional e Direito Internacional: exame do tema à luz da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Ana Letícia do Amaral Ramos. *Direito Internacional dos Investimentos*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais. PUC/SP, 2003.

GALVES, Carlos. *Manual de Economia Política Atual*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GUIMARÃES, Antonio Marcio da Cunha. *Direito Internacional – Coleção OAB Doutrina*. São Paulo: Campus, 2009.

GUIMARÃES, Antonio Marcio da Cunha. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

GUIMARÃES, Antonio Marcio da Cunha. (Org.). *Direito Bancário e Temas Afins*. Campinas: Lex, 2003.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha; FERREIRA, Carolina Iwancow (Org.). *Desafios Empresariais e seus Reflexos Jurídicos*. São Paulo: Ícone, 2013.

GUIMARÃES, Antonio Marcio da Cunha; SILVA, Geraldo José Guimarães da. *Manual de Direito do Comércio Internacional – Contrato de Câmbio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MACHADO, Luis Fernando Corrêa da Silva. *Brasil e Investimentos Internacionais: os acordos sobre IED firmados pelo país*. Pelotas: UFPEL, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MORAES, Orozimbo José de. *Investimento Direto Estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

OLIVEIRA, Hilário de. *Direito e Negócios Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMINA, Larissa. *Direito Internacional dos Investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Christian Luiz da. *Investimento Estrangeiro Direto: da dependência à globalização*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 2005.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVEIRA, Renata Marcheti. *Registro do Capital Estrangeiro e Intervenção do Estado nos Contratos Privados*. Tese de Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais. PUC/SP, 2005.

SODRÉ, Maria Cecília de Azevedo. *Investimentos Externos em Bolsas de Valores no Brasil: anexos IV e V*. Dissertação de Mestrado em Economia. PUC/SP, 2000.

TÔRRES, Heleno. *Pluritributação Internacional sobre a Renda de Empresas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

WORLDINVESTMENT REPORT. *Transnational Corporations and the Internationalization of R&D*. New York and Geneva: United Nations, 2005.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

XAVIER, Alberto Pinheiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Estudos Jurídicos sobre Investimento Internacional*. São Paulo: RT, 1980.

4

RELAÇÃO ENTRE ESTADOS E A COOPERAÇÃO REGIONAL EM MATÉRIA ANTITRUSTE: TRATADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL

CLAYTON VINICIUS PEGORARO DE ARAÚJO

Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito (área de concentração em Direito Internacional) pela Universidade Católica de Santos/SP, especialização em Direito Público pela Escola Superior de Advocacia - OAB/SP e graduação em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Atualmente é sócio de Delboni Advogados Associados e Professor Doutor na Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP, onde atua nos cursos de graduação e pós-graduação *“lato-sensu”*. E-mail: c.vinicius@uol.com.br

Os acordos de cooperação regional envolvem, geralmente, países com níveis similares de desenvolvimento, cultura e tradição jurídica semelhantes, situados em um bloco econômico, como é o caso da União Europeia, do Mercado Comum do Sul (Mercosul) e do North American Free Trade Agreement (NAFTA). Por causa da proximidade entre os países-membros de um bloco regional, é mais fácil promover a cooperação entre eles, desenvolvendo um sistema único de concorrência por meio da harmonização e convergência de políticas antitruste intrabloco⁸⁸.

Para Oliveira (2002, p. 308):

[...] o desenvolvimento no âmbito dos blocos regionais envolve, em um primeiro momento, a harmonização das legislações nacionais de defesa da concorrência. Um passo seguinte importante é a transformação da defesa comercial (com ações *antidumping*, por exemplo), articulando-a com a defesa da concorrência. Em um estágio mais avançado, em que já se consolidou um mercado comum, como aquele obtido pela União Europeia, é possível conceber um órgão supranacional, como a DE-IV, da Comissão Europeia.

88 Cf. estudo desenvolvido pela OCDE. *Joint Group on Trade and Competition*, “*International Options to Improve the Coherence between Trade and Competition Policies*”, OCDE – COM/TD/DAF-FE/CLP(99)102/FINAL.

A União Europeia, mesmo passando por crises econômicas, possui um eficiente sistema de defesa da concorrência possível, por intermédio de uma agência supranacional responsável pela política antitruste no âmbito da Comunidade. O Mercosul ainda não atingiu o mesmo estágio de integração alcançado pela União Europeia, entretanto, o Conselho do Mercado Comum, reconhecendo que a cooperação entre os Estados em matéria de concorrência contribui para o cumprimento dos objetivos de livre comércio, publicou a decisão Mercosul/CMC/DEC nº 43, de 2010, que aprova o texto do “Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul” e revoga as Decisões CMC nº 18, de 1996, e nº 02, de 1997, a saber, o “Protocolo de Fortaleza” e um anexo sobre multas ao Protocolo.

A questão da formação dos protocolos e sua importância no sistema internacional está bem definida nos ensinamentos de Guimarães (2009, p. 47):

Protocolo é um termo utilizado de maneira indistinta, seja para tratados bilaterais, como também para importantes tratados multilaterais, tal como o Protocolo de Kyoto, tratado multilateral sobre a questão ambiental. Também se valem do vocábulo para indicar a ata final de uma reunião ou conferência internacional.

É importante frisar que, apesar de estarmos longe de um sistema eficiente de defesa da concorrência no âmbito do Mercosul, mas o “Protocolo de Fortaleza” sinaliza como meio de substituição de políticas de defesa comercial por políticas de defesa da concorrência, além de instituir um órgão com vistas a dirimir questões relativas a atos que possam vir a prejudicar a livre concorrência no âmbito regional.

Para Ferraz Júnior (1996, p. 239), em uma análise sobre os pressupostos interpretativos dos tratados e convenções internacionais, fica esclarecido que:

Os tratados são fontes cujo centro irradiador é o acordo entre as vontades soberanas dos Estados. As convenções são celebradas no âmbito dos organismos internacionais que, reconhecidos, vêem seus atos normativos repercutirem no âmbito interno dos Estados. Este é o caso, por exemplo, da OIT, Organização Internacional do Trabalho, cujas convenções aprovadas são submetidas às autoridades competentes dos Estados participantes (por exemplo, devem ser ratificadas pelo Congresso), passando a ter força legal.

Referido protocolo teve atenção especial dentro do Mercosul, pois vários anos de trabalho foram necessários para a implementação do tema no modelo concorrencial até então vigente, conforme preleciona Creuz (2010, p. 163) em seu estudo a respeito da formação das questões concorrenciais em nosso mercado:

O marco regulatório alcançado no final do ano de 2009 envolveu não somente a assinatura do “Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul – Protocolo de Fortaleza” em 1996, mas foram necessários anos de trabalho, acordos, protocolos de entendimento entre diversos níveis de governo dos Estados-Partes, para que fosse alcançada a regulação do referido Protocolo.

Com isso, o Protocolo de Fortaleza não pode ser considerado individualmente, como base normativa do bloco econômico regional e como imposição dos governos dos Estados-membros. Devem, sim, ser consideradas as mais diversas manifestações endogenamente geradas, desde seminários de intercâmbio, missões e intercâmbio de profissionais e acordos de cooperação interestruturais firmados, especialmente no caso do Mercosul, o Acordo de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, relativo à cooperação entre suas autoridades de Defesa da Concorrência na aplicação de leis de concorrência.

Toda a construção tem lastro nas próprias disposições do Protocolo de Fortaleza, que não somente instituiu o marco regulatório da Defesa da Concorrência no Mercosul, como também estabeleceu parâmetros e obrigações dos Estados-Partes no tocante à cooperação.

A experiência obtida nos acordos de cooperação bilateral tem sido benéfica, tanto no sentido de evitar conflitos de jurisdições na aplicação extraterritorial de leis antitruste quanto para servir de exemplo em um eventual acordo de cooperação multilateral no que se refere a políticas de concorrência no âmbito global. Nusdeo (2002, p. 170) afirma que:

[...] os principais deveres assumidos pelas partes referem-se à informação recíproca a respeito de atividades potencialmente anticompetitivas realizadas em seu território de que tenham conhecimento e sejam do interesse da contraparte; à informação sobre investigações ou medidas tomadas que possam afetar os interesses da outra parte, podendo requisitar documentos, inquirir testemunhas, realizar buscas, etc. Costuma-se estabelecer também as cláusulas de cortesia, através das quais as partes se comprometem a levar em consideração os interesses da contratante no desempenho de suas

funções.

Um bom exemplo é o acordo de cooperação bilateral celebrado entre o governo dos Estados Unidos e a Comissão Europeia em 1991, cuja principal proposta era promover a cooperação e coordenação, diminuindo a possibilidade de impacto resultante das diferenças entre as partes na aplicação de suas leis sobre concorrência.

O acordo teve previsão para que cada uma das partes procedesse notificação a outra quando for aplicar sua legislação antitruste, caso a aplicação possa vir a afetar os interesses comuns. Previa, também, reuniões periódicas para promover maior convergência na aplicação de suas leis antitruste.

É importante ressaltar que, nos acordos realizados pelo Brasil, sempre estão presentes matérias que envolvem assuntos comerciais, conforme destacado por Guimarães (2009, p. 46):

O termo acordo tem sido utilizado pelo Brasil para a maioria de suas negociações internacionais bilaterais que envolvam assuntos comerciais, políticos, econômicos, culturais, científicos ou técnicos. Como parece, é largamente empregado quando se trata de alguma negociação envolvendo algum tipo de cooperação recíproca/bilateral com outro Estado.

Sem dúvida, a maior inovação trazida por esse acordo foram os chamados *positive comity* e *negative comity principles*, traduzidos como princípios de cortesia positiva e de cortesia negativa. Basicamente, pela cortesia negativa, uma das partes leva em consideração os interesses da outra, antes de aplicar sua legislação antitruste contra atos anticompetitivos praticados por ela em seus próprios limites territoriais, podendo, inclusive, não iniciar uma investigação, que deixaria a cargo do parceiro no acordo.

Já o *positive comity principle*, ou princípio de cortesia positiva, consiste em atos positivos de cooperação e assistência recíproca entre autoridades antitrustes nacionais localizadas em diferentes países, ao contrário da *negative comity*, que implica, simplesmente, a decisão de não iniciar uma investigação. Mediante a cortesia positiva⁸⁹, uma das partes, sentindo-se prejudicada por práticas anticompetitivas que ocorram no território da outra, pode notificá-la para que tome as medidas cabíveis

89 Nesse sentido, Nusdeo (2002, p. 171) esclarece: “[...] tem-se difundido o uso da chamada *cláusula de cortesia positiva*, estabelecendo a presunção de deferimento por uma das partes, na aplicação de suas regras de concorrência ao interesse da outra, quando as atividades anticompetitivas forem direcionadas principalmente ao território desta última”.

em cada caso⁹⁰.

É importante frisar que as disposições do acordo, principalmente no que concerne aos princípios de cortesia, não têm caráter vinculativo para as partes, ou seja, trata-se de mecanismos de aplicação voluntária com o intuito de dirimir os conflitos e tensões causados por aplicações unilaterais de leis antitruste nacionais.

Além disso, no âmbito do Mercosul, cabe distinguir, como complemento deste estudo, a diferenciação entre os conceitos de integração regional e regionalismo, com apoio nos estudos de Creuz (2010, p. 61):

Com isso, vale pontuar breve distinção entre o conceito de integração regional e regionalismo. O regionalismo pode ser visto como um programa ou como uma política de Estado, enquanto a integração regional consubstancia-se efetivamente em um processo do qual Estados lançam mão de suas autonomias absolutas para a formação de um bloco econômico regional. Logo, o regionalismo integra o campo das políticas públicas, que pode envolver a instituição de um projeto que tenha por fim a integração regional ou até a instituição de um Mercado Comum (que é o caso do Mercosul).

Em 1998, os Estados Unidos e a União Europeia estabeleceram um novo acordo de cooperação, ampliando os termos do acordo de 1991 e, principalmente, tornando mais abrangente o conceito de cortesia positiva⁹¹. A versão aprimorada do princípio da cortesia positiva estabelece que qualquer das partes tem o dever de abrir uma investigação contra atos praticados em seu território, sempre que isso for solicitado pela outra parte. Não obstante, uma parte deve atender ao pedido da outra, mesmo que não haja qualquer violação de sua legislação antitruste interna.

Os Estados Unidos também firmaram acordos de cooperação bilateral com a Alemanha, Austrália, Canadá e com países em desenvolvimento, como o Brasil. Nota-se que há grande interesse, por parte dos norte-americanos, em ampliar a cooperação antitruste com seus parceiros comerciais, que começou a se manifestar principalmente a partir de 1994, quando o Congresso americano aprovou uma lei que permite a troca de informações confidenciais com outros países; trata-se da *International Enforcement Assistance Act* (IAEAA), que confere poderes às agências de concorrência para celebrarem acordos de cooperação não apenas no âmbito das

90 Cf. artigo V do Acordo CE-EUA de 1991.

91 Cf. artigo III do Acordo CE-EUA de 1998.

trocas de informações sigilosas, mas também no que concerne às modalidades de assistência técnica (NUSDEO, 2002, p. 171).

Apesar dos interesses norte-americanos na cooperação técnica com países em desenvolvimento, cumpre-nos ressaltar que há diferenças em relação aos acordos celebrados pelos Estados Unidos com outros países desenvolvidos. Isso ocorre em virtude da similaridade entre os níveis de desenvolvimento dos sistemas de concorrência desses países, diferentes, por sua vez, dos sistemas de países emergentes, que muitas vezes nem possuem legislação antitruste. Nesse diapasão, serve como esclarecimento o escólio de Finkelstein (2003, p. 39) sobre a formação de blocos econômicos e seu contexto mundial e questão da fiscalização dos atos:

Não existe um órgão internacional ou uma agência encarregada de fiscalizar ou autorizar a criação e o funcionamento dos mercados de bloco ou acordos de integração regional. Estes são negociados diretamente pelos Estados interessados versando desagregar parte ou a totalidade da pauta comercial existente ou, em outros casos, ampliar a integração ora alcançada, evoluindo a forma adotada àquela posterior, que implica em maior integração.

Os países vêm obtendo ótimos resultados em suas relações comerciais, principalmente no que se refere à diminuição das aplicações extraterritoriais das leis sobre concorrência de maneira unilateral, evitando, assim, conflitos de jurisdições e tensões internacionais, pelo menos entre os Estados que celebraram acordos bilaterais.

Dessa forma, aumenta-se a expectativa da comunidade internacional para que se torne viável um acordo de cooperação multilateral com vistas a um maior desenvolvimento dos sistemas de concorrência de diferentes países. Vale frisar que o Mercosul ainda encontra-se distante desse objetivo, embora passos largos tenham ocorrido desde a última Conferência da Organização Mundial do Comércio, realizada em Doha.

Neste sentido, é a percepção de Celli Junior (1999, p. 61), ao expressar suas considerações a respeito das funções do direito da concorrência no âmbito internacional:

Com base, portanto, na análise da teoria da concorrência, de sua até certo ponto paradoxal regulamentação jurídica, das tensões, inconsistências e contradições entre os diversos sistemas de proteção à livre concorrência

[...] As regras de concorrência podem ainda ser utilizadas como instrumento de outras políticas. Desemprego e políticas regionais, por exemplo, são questões que algumas vezes aparecem em decisões atinentes à concorrência. [...]

Com relação aos tratados internacionais, a atual Constituição brasileira prevê junto ao artigo 21, I que: “competete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”.

Com relação à competência para celebração, é dada de modo privativo ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, nos termos do artigo 84, VIII.

Conforme lição de Mazzuoli (2001, p. 165) sobre as fases de negociação dos tratados:

Terminada a fase de negociação de um tratado, “o Presidente da República – que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou haver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira – está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento”. Estando satisfeito com o acordo celebrado, o Chefe do Poder Executivo submete-o ao crivo do Parlamento, representativo da vontade da Nação, podendo, também, em caso de insatisfação, mandar arquivá-lo.[...].

O mesmo autor (MAZZUOLLI, 2001, p. 151), ainda alerta para o chamado *Treaty-making power*, ou seja, o fato de o Congresso Nacional, por sua vez, quando chamado a se manifestar, através da elaboração de *decreto legislativo* resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais. Não há edição de tal espécie normativa em caso de rejeição do tratado, caso em que apenas se comunica a decisão, mediante mensagem, ao Chefe do Poder Executivo.

O decreto legislativo, assim, é espécie normativa aprovada pelo Legislativo sobre matéria de sua exclusiva competência (CF/88, artigo 49), como a aprovação de tratados internacionais, o julgamento das contas do Presidente da República, ou ainda sobre assuntos de seu interesse interno. Um único decreto pode, inclusive, aprovar mais de um tratado; mas, se o tratado anteriormente aprovado e devidamente ratificado, fora posteriormente denunciado, *novo* decreto legislativo se fará necessário em caso de nova aprovação do mesmo tratado.

O tema da recepção dos tratados deve ser compreendido sob dois prismas:

Direito Internacional Público e direito interno, conforme ensina Dallari (2003, p. 7) sobre o tema:

O tema da recepção – e eventual integração – do direito, à luz dos propósitos desta obra, compreende duas dimensões distintas: a da recepção do Direito Internacional Público no direito interno e, mas particularmente, a da recepção dos tratados internacionais pelo sistema de normas de direito positivo do Estado. Quanto à dimensão mais geral, que serve de pano de fundo para aquela que, mas específica [...].

As relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno geram inúmeros problemas não só doutrinários, mas também práticos a respeito de se saber qual o tipo de relação que eles mantêm entre si. O ponto principal dessa questão consiste em saber qual das normas deverá prevalecer em havendo conflito entre a norma internacional e a norma interna.

Com o objetivo de tentar solucionar este problema, surgiram grandes concepções doutrinárias (dualista e monista) que se desenvolveram, fazendo surgir ramificações.

A problemática envolvendo as teorias monista e dualista reside no ponto da incorporação dos tratados internacionais ao direito interno, uma vez que os monistas defendem a existência de um só ordenamento com prevalência (ou não) de uma norma sobre a outra, enquanto que os dualistas defendem a existência de dois ordenamentos distintos e normas de sobreposição.

O primeiro estudo sistematizado acerca da existência de um conflito entre normas (DALLARI, 2003. p. 11) foi realizado por Triepel, em 1899, na obra *Volkerrecht und Landesrecht*. Mais tarde, em 1905, na Itália, os ensinamentos de Triepel foram desenvolvidos por Anzilotti, em sua obra *Il Diritto Internazionale nel Giudizio Interno*.

Em nosso ordenamento jurídico, os tratados, acordos e convenções internacionais, para que sejam incorporados ao ordenamento interno, *necessitam* de prévia aprovação do Poder Legislativo, que exerce a função de controle e fiscalização dos atos do Executivo.

A competência *ad referendum* do Congresso, esclareça-se, limita-se à aprovação ou rejeição do texto convencional tão somente, não sendo admissível qualquer interferência no seu conteúdo. Não comporta, pois, emendas.

Neste passo vale ressaltar a controversa questão gerada pela Emenda

Constitucional número 45 e os tratados em matéria de direitos humanos que, na lição de Teixeira (2008, p. 21):

Ainda quanto aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC n. 45 o autor afirma: Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional [...].

Em estudo comparativo, Mazzuoli (2001, p. 133/142) alerta para vários sistemas jurídicos do continente americano que se utilizam do dualismo, como por exemplo: (cf. Constituição argentina, art. 75, inc. 22; Constituição da Venezuela, art. 154; Constituição de El Salvador, art. 131, nº 7; Constituição da Guatemala, art. 171; Constituição da República Oriental do Uruguai, art. 168, nº 20; Constituição chilena, art. 50, nº 1; Constituição da Colômbia, art. 164; e Constituição paraguaia, art. 141). No Uruguai, v.g., competia a Assembleia Geral (Congresso) aprovar e reprová, por maioria absoluta, os tratados celebrados pelo Poder Executivo (cf. art. 85, 7º c/c art. 168, nº 20, da Constituição de 1967).

Assim, promulgado o *decreto legislativo* pelo Presidente do Senado Federal, e publicado o mesmo tanto no *Diário do Congresso Nacional* como no *Diário Oficial da União*, iniciam-se os procedimentos cabíveis para a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico pátrio.

Nas lições de Franco Filho (1999, p. 127), ao organizar os tratados internacionais vigentes no Brasil, mais precisamente a Convenção sobre os Direitos dos Tratados - Viena 1969, destaca que: 1. Um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou acordadas pelas partes; 2. Na ausência de tal disposição ou acordo, um tratado entra em vigor tão logo o consentimento em obrigá-lo seja manifestado por todos os Estados negociadores [...].

Assim a norma jurídica se considere efetivamente promulgada é indispensável sua publicação, dando conhecimento à população de sua existência.

De sorte que, como só é obrigatória a norma que se conhece (e a publicação faz presumir este conhecimento), o tratado aprovado somente será obrigatório a partir da inserção da norma promulgada no *Diário oficial da União*, contendo em apenso o texto do tratado. Com a publicação do tratado, busca-se, assim, dar publi-

cidade de seu conteúdo a todos os nacionais do País, e fixar o seu início de vigência.

Os tratados internacionais, na definição histórica de Soares (2002, p. 58) são:

[...] atos solenes entre os Estados, tão antigos quanto as relações amistosas ou litigiosas entre grupos políticos autônomos. A notícia de sua prática entre os povos pode ser datada dos primeiros registros escritos ou gravados em monumentos de pedra, os quais procuravam tornar claros, e em especial, com vista em sua perpetuação no tempo, tal como os valores religiosos fundamentais das grandes civilizações, os direitos e deveres entre aquelas unidades políticas autônomas [...].

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 2º, alínea “a”, define tratado: “‘Tratado’ significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”.

Entretanto, embora haja uma definição da expressão ‘tratado’ nessa Convenção, na verdade, a denominação dos tratados internacionais é irrelevante para que sejam determinados tanto os seus efeitos, isto é, sendo válida uma norma a mesma gera uma série de consequências; quanto a sua eficácia, ou seja, se a norma válida está verdadeiramente gerando consequências, surtindo efeitos. É irrelevante, porque se pode verificar, pela prática, que não há atribuição de nenhuma consequência (Soares, 2002, p. 59).

Como já mencionado no corpo deste trabalho, em nosso sistema podemos utilizar várias nomenclaturas para definir o tratado, como, por exemplo: acordos, convenções, ajustes, ligas, entre outros que são utilizados como sinônimos de atos bilaterais ou multilaterais internacionais, às vezes sem qualquer critério.

Nesse sentido, entende Piovesan (1997, pp. 73-74) que “os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*) constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”. E segue explicando que ‘tratado’ é um termo genérico, usado para incluir tantas outras denominações semelhantes, tais como: convenções, pactos, protocolos, cartas e demais acordos internacionais.

Eventualmente na questão do dano econômico, o Estado vitimado de alguma forma em seu território, seu patrimônio, seus serviços ou mesmo sobre a pessoa

ou bens de particulares a ele subordinado, tem legitimidade para invocar a responsabilidade internacional do Estado faltoso. Neste sentido, em matéria de complexidade, pode ser observada a lição de Mello (2004, pp. 1684-1685):

No século XIX, tendo em vista as consequências da revolução industrial, os Estados começam a estabelecer restrições às importações.

A dificuldade para se estabelecer uma regulamentação internacional no setor econômico é explicada, citando a jurisprudência norte-americana [...] no sentido de que as possibilidades são tão grandes que se trona impossível fazer uma regulamentação geral [...].

É fato que as soluções de controvérsias que envolvem os Estados devem ser resolvidas pelo modo pacífico. Neste sentido é a fala de Cançado Trindade (2002, p. 788):

[...] tendências atuais na solução pacífica das controvérsias internacionais mas também de áreas emergentes do direito internacional contemporâneo (tais como as das organizações internacionais, proteção dos direitos humanos, direito do meio ambiente) assim como de novas transformações ou desenvolvimentos em algumas de suas áreas mais tradicionais (tais como território, jurisdição, tratados, responsabilidade dos Estados) revela um sensível declínio da concepção voluntarista do direito internacional, segundo a qual este último dependeria inteiramente da vontade dos Estados.

Deste modo, podemos concluir que a adoção de medidas, não protecionistas, mas regras claras de atuação no mercado podem auxiliar no desenvolvimento econômico regional.

Tudo bem afinado com as questões da jurisdição e dos tratados internacionais a serem celebrados entre os países, conservada a soberania nacional e poder de decisão.

O Conselho do Mercado Comum, reconhecendo que a cooperação entre os Estados em matéria de concorrência contribuiu para o cumprimento dos objetivos de livre comércio aprovou o texto do “Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul”, conhecido como “Protocolo de Fortaleza”.

Referido protocolo é o exemplo da eficácia das medidas cooperativas entre Estados para que os órgãos nacionais de aplicação da lei de concorrência, de ofício ou mediante representação fundamentada de parte legítima, possa dar encaminhamento

mento ao Comitê de Defesa da Concorrência, juntamente com avaliação técnica preliminar dos atos que, porventura, possam causar danos ao sistema de integração, no que diz respeito do Direito da Concorrência.

É fato que a comunidade internacional, por meio de acordos de cooperação multilateral, visa um maior desenvolvimento dos sistemas de concorrência de diferentes países, numa convergência de procedimentos e harmonização legislativa.

REFERÊNCIAS

CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. *A construção da defesa da concorrência no Mercosul: uma perspectiva construtiva – cooperação e interesses nas relações internacionais*. 2010. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Campinas (Programa San Tiago Dantas de Pós-Graduação em Relações Internacionais), Campinas.

DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FINKELSTEIN, Cláudio. *O processo de formação de mercado em blocos*. São Paulo: Thomson, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1996.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Org.). *Tratados internacionais*. São Paulo: Ltr, 1999.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Tratados internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

_____. GUIMARÃES DA SILVA, Geraldo José. *Manual de Direito do Comércio Internacional: contrato de câmbio*. São Paulo: RT, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle dos atos de concentração no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gesner de. Defesa da concorrência na OMC: uma proposta de agenda de cooperação internacional. In: AMARAL JR., Alberto do (Coord.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Joint Group on Trade and Competition, “International Options to Improve the Coherence between Trade and Competition Policies”*, OCDE – COM/TD/DAFFE/CLP(99)102/FINAL.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

TEIXEIRA, Carla Noura. *Direito Internacional: Público, privado e dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

5

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E O CASO DA HIDRELÉTRICA JIRAU

ANA CAROLINA SOUZA FERNANDES

Pós-graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós-graduada em Direito dos Contratos e Direito Societário (L.LM) no Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC/SP). Mestranda em Direito com Ênfase em Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). E-mail: anacarolina21@hotmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Dos Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos. 2. A Arbitragem e a Lei nº 9.307/96. 3. A Convenção de Nova Iorque e a Arbitragem Internacional no Brasil. 4. O Caso da Hidrelétrica Jirau. 4.1 Histórico. 4.2 Procedimento Judicial. 4.3 Da Exequibilidade da Sentença Inglesa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva o estudo da arbitragem internacional levando-se em consideração os recentes acontecimentos envolvendo a Hidrelétrica Jirau e as seguradoras desse empreendimento lançado no bojo do Programa de Aceleração do Crescimento (“PAC”), no âmbito do governo federal.

O que se buscar perquirir ao longo do presente artigo são os seguintes apontamentos: (i) é válida a cláusula compromissória e/ou do compromisso arbitral firmado no contrato de seguro de riscos de engenharia (“contrato de seguro”) celebrado entre o consórcio responsável pela construção da Hidrelétrica Jirau e pelas seguradoras? (ii) em caso positivo, qual o alcance dessas cláusulas? (iii) seria exequível eventual sentença arbitral proferida no estrangeiro em território brasileiro, caso esta venha a ser proferida pela câmara arbitral especializada em seguros e resseguros de Londres, conforme estabelecido nos respectivos instrumentos jurídicos?

Para uma melhor compreensão do contexto na qual será inserido o estudo deste caso prático, entendemos importante abordar os meios alternativos de solução de conflitos para, posteriormente, adentrar no estudo específico do que seria a arbitragem, diante do que dispõe a Lei nº 9.307/96 (“Lei da Arbitragem”).

Adiante, cumpre analisar o que estabelece a Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e Execução das Decisões Arbitrais Estrangeiras (1958), também conhecida como Convenção de Nova Iorque, que introduziu na legislação brasileira a arbitragem internacional.

Por fim, com base na análise teórica do assunto proposto, bem como a partir da análise das decisões judiciais já proferidas, tanto no Brasil, quanto na Inglaterra, buscaremos concluir acerca da legalidade (ou não) da cláusula contratual que tem o condão de transferir a competência jurisdicional brasileira a um foro estrangeiro. Mister enfatizar que por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, será realizado com base em pesquisa bibliográfica e análise dos instrumentos jurídicos firmados entre as partes envolvidas, bem como das decisões judiciais até então proferidas, utilizando-se do método indutivo.

1. DOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A palavra conflito tem sua origem no latim e significa “1. Embate dos que lutam. 2. Discussão acompanhada de injúrias e ameaças e desavenças. 3. Guerra. 4. Luta, combate (...)”⁹². Explica Morton Deustsch⁹³ que:

Um conflito existe quando atividades incompatíveis ocorrem. As ações incompatíveis podem se originar em uma pessoa, em uma coletividade ou em uma nação; tais conflitos chamam-se, intrapessoais, intracoletivos ou intranacionais. Ou podem refletir ações incompatíveis de um ou mais pessoas, coletividades ou nações; esses conflitos são chamados interpessoais, intercoletivos ou internacionais. Uma ação incompatível com outra impede, obstrui, interfere, danifica ou de alguma forma torna a última menos provável ou menos efetiva.

92 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1.ed. 9 reimpressão. Rio de Janeiro:Editora Nova Fronteira, 1975. p. 363.

93 DEUSTCH, Morton. A Resolução do Conflito: Processos Construtivos e Destrutivos. Traduzido por Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003.

Nesse diapasão conclui-se que o conflito, desde as sociedades mais primitivas até as atuais, sempre existiu e sempre existirá, se for levado em consideração que nem todos os indivíduos são iguais, pensam iguais ou agem de maneira igual. No entanto, o conflito não deve ser necessariamente interpretado de forma negativa, como sinônimo de desordem, uma vez que:

O conflito previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam às soluções, é a raiz da mudança pessoal e social. O conflito é frequentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno da sua capacidade. De mais a mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual [...]⁹⁴.

Vale ressaltar, no entanto, que ainda que o conflito possa ser benéfico à sociedade como um todo, não se quer dizer que não deve ser tratado quando necessário, ou seja, quando transcende os limites mínimos de sociabilidade. Isso porque a legislação pátria não permite o que se denomina de “justiça com as próprias mãos”.

Como regra, quando da existência de algum conflito, os indivíduos buscam defender seus interesses por meio do Poder Judiciário, que é o órgão constitucional responsável pela função jurisdicional, também chamada de jurisdição. Neste caso, estamos diante do que se entende por jurisdição contenciosa. Para Francesco Carnelutti⁹⁵, a palavra jurisdição “origina-se da expressão latina *dicere ius*, ou seja, o poder de dizer o direito que, atualmente, é atividade exclusiva do Estado, donde

94 DEUSTCH, Morton. A Resolução do Conflito: Processos Construtivos e Destrutivos. Traduzido por Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003. p. 34.

95 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 223.

dizer (*dictio*) informa qual a regra jurídica, e o *ius*, que incide no caso concreto”⁹⁶. Nesse sentido, depreende-se que a atividade jurisdicional é do Estado, por meio do Poder Judiciário, em decorrência de seu poder soberano, com o objetivo de prescrever o direito (lei em abstrato) ao caso concreto.

Por outro lado, temos a denominada jurisdição voluntária, que se diferencia da jurisdição contenciosa nos seguintes termos:

Sinteticamente falando, podemos dizer que a jurisdição contenciosa é a que o juiz exerce como terceiro imparcial, em um conflito de interesses entre partes, pessoas físicas ou jurídicas.

Enquanto isso, na jurisdição voluntária, não há lide, dizendo-se, por isso, que nela também não há parte, mas interessados. A ausência de lide e, portanto, de conflito de interesses, não exclui a existência de possível controvérsia entre os interessados, relativamente ao interesse único que determina a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Por tal razão, afirma-se que a função da jurisdição voluntária não é prevenir ou reparar direitos violados, mas resguardar interesses privados, donde há afirmação usual de que se trata de atividade administrativa”⁹⁷.

Assim, nos dizeres de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁹⁸, a jurisdição voluntária caracteriza-se como “administração pública de interesses privados”.

Percebe-se, assim, que a legislação processual civil brasileira possibilita uma via alternativa que não é, necessariamente, a contenciosa para solução de con-

96 Se faz mister abrir um parêntese quanto a assertiva do autor de modo a complementá-la. Nos dias de hoje, com o desenvolvimento do direito internacional público, bem como em decorrência da proliferação e crescente importância das organizações internacionais, é possível afirmar que a atividade jurisdicional não é mais exclusiva do Estado, porquanto a ativa atuação e crescente importância das organizações internacionais. Nesse sentido, Alejandro J. Rodríguez Carrión leciona que “En el Derecho internacional clásico era el propio Estado quien, en desdoblamiento funcional, tenía encomendada la misión de velar por el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Esta afirmación sigue siendo hoy esencialmente válida, pero ya no cubre todos los aspectos de las relaciones internacionales. El control del cumplimiento de las obligaciones internacionales empieza a estar asumido de forme creciente por instituciones objetivadas y al margen de la voluntad de los Estados: resulta obvio señalar que las Organizaciones internacionales se han constituido en mecanismo esencial de verificación y control de las obligaciones internacionales y, en algunos casos, incluso sancionador de conductas contrarias al derecho” (CARRIÓN, Alejandro J. Rodríguez. Lecciones de Derecho Internacional Público. 6.ed. Editora Tecnos: Madrid, p. 62).

97 DIAS, Renato Duro. *Jurisdição Voluntária e Formas Alternativas de Resolução de Conflito*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8069#_ftnref11. Acessado em: 10.07.2012.

98 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 153.

flitos e resolução da lide, respeitado, entretanto, o princípio do acesso à justiça, substanciado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dentre os mais antigos mecanismos alternativos de solução de conflitos podemos mencionar a autocomposição, a submissão e a transação. O primeiro é entendido como uma forma de solução do conflito por parte dos próprios envolvidos, sem qualquer tipo de intervenção externa. Já a submissão encontra-se respaldo no reconhecimento de uma parte da pretensão da outra parte. Por fim, a transação ocorre quando o conflito é terminado de forma bilateral, mediante concessões mútuas.

De outra feita, mecanismos mais “modernos” foram se incorporando ao ordenamento jurídico pátrio, como alternativa para a solução de conflitos diante da morosidade do Poder Judiciário em absorver a crescente demanda⁹⁹, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem, mecanismo este que será estudado no tópico adiante.

Tanto a conciliação quanto a mediação são mecanismos de pacificação social, solução e prevenção de litígios e são altamente incentivadas pelo Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”)¹⁰⁰. O que difere um mecanismo do outro é que o mediador tem um papel mais ativo do que o conciliador na resolução da lide, ou seja, ajuda as partes envolvidas nas negociações, sugere propostas, aponta falhas e eventuais vantagens e desvantagens, tudo para que se alcance uma composição equitativa, balanceada. Por outro lado, o conciliador é um mero espectador.

José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler¹⁰¹ lecionam que:

O mediador é o terceiro que intermedia as relações entre as partes envolvidas. A forma como age frequentemente é elemento determinante do êxito

99 Explica Humberto Theodoro Júnior que “o Poder Judiciário, é lamentável reconhecê-lo, é o mais burocratizado dos Poderes estatais, é o mais ineficiente na produção de efeitos práticos, é o mais refratário à modernização, é o mais ritualista; daí sua impotência para superar a morosidade de seus serviços e o esclerosamento de suas rotinas operacionais” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 11).

100 Tanto é assim que em 29 de novembro de 2010, foi promulgada pelo CNJ a Resolução nº 125 que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, na qual “aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especiais os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão” (parágrafo único do artigo 1º).

101 MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 160.

ou não do processo. [...] utilizando-se da autoridade a ele conferida pelas partes, deve restabelecer a comunicação entre estas. Sua função primordial é a de um facilitador, eis que deve proporcionar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor solução para seu conflito. É função também do mediador conduzir as negociações, seu papel é o de um ‘facilitador, educador e comunicador’. Trata-se de um interventor com autoridade que não faz uso dessa autoridade para impor resultados.

Percebe-se, pois, nessas breves linhas, os papéis tanto do conciliador quanto do mediador, na tentativa de compor, pelas vias “amigáveis”, eventuais interesses divergentes das partes envolvidas.

2. A ARBITRAGEM E A LEI Nº 9.307/96

Diferentemente da conciliação e da mediação, a arbitragem é um procedimento mais formal que busca colocar fim em uma relação conflituosa. Por conseguinte, a decisão emanada pelo árbitro obriga às partes ao seu cumprimento e possui o mesmo efeito da coisa julgada (sentença proferida por um juiz). Preconiza Christopher W. Moore¹⁰² que a arbitragem pode ser entendida como:

[...] um processo voluntário em que as pessoas em conflito solicitam a ajuda de uma terceira parte imparcial e neutra para tomar uma decisão por elas com relação a questões conflituosas. O resultado pode ser consultivo ou compulsório. A arbitragem pode ser conduzida por uma pessoa ou por um conselho de terceiras partes. O fator crítico é que elas sejam externas ao relacionamento em conflito. A arbitragem é um processo privado em que os procedimentos e, frequentemente, o resultado, não estão abertos ao escrutínio público. As pessoas em geral escolhem a arbitragem devido a sua natureza privada e também porque ela é mais informal, menos dispendiosa e mais rápida que um procedimento judicial.

Considerando, pois, a ausência de formalismo e a celeridade com a qual o conflito é solucionado¹⁰³, bem como a *expertise* na matéria objeto da controvérsia por parte dos árbitros, não restam dúvidas que a arbitragem pode ser benéfica para

102 MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação*. Tradução por Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 23.

103 Dispõe o artigo 23 da Lei da Arbitragem que “a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para apresentação é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”.

ambas as partes envolvidas. Tal pensamento, no entanto, só começou a ser incorporado na realidade brasileira, quando do advento da Lei da Arbitragem e sua posterior declaração de constitucionalidade¹⁰⁴. Antes, portanto, de 1966, a arbitragem era um mecanismo não tanto efetivo, já que, diante do disposto na Constituição Federal de 1988, não se podia impedir o acesso ao Poder Judiciário.

Mesmo após 1966, a arbitragem nacional tem sido utilizada com pouca frequência, observando sua assiduidade em conflitos advindos de contratos internacionais. Isso porque o nosso próprio ordenamento jurídico consagrava a intervenção obrigatória do Poder Judiciário, especialmente com o advento do Código de Processo Civil de 1973 (“CPC”).

Apenas com a promulgação da Lei da Arbitragem é que se reconheceu a autonomia da sentença arbitral estrangeira, reconhecendo-a como um título executivo passível de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) para ter validade e/ou aplicabilidade dentro do território nacional. Nesse sentido, o artigo 34 da Lei de Arbitragem dispõe que “a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”.

Cláudio Finkelstein¹⁰⁵ preconiza que “o Brasil optou por não fazer distinção alguma entre os procedimentos arbitrais puramente domésticos e os internacionais, gravando, no entanto, a execução do laudo arbitral com uma metodologia diferenciada que reconhece como válido e eficaz o procedimento estrangeiro, tornando-o passivo de homologação no território nacional”.

Para tanto, basta observar o que preceitua o artigo 1º da Lei da Arbitragem: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, ou seja, direitos nos quais as partes podem “abrir mão”, não ferindo, assim, direitos inerentes. Superados esses requisitos iniciais, as partes interessadas poderão se submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral desde que assim disposto de forma expressa no contrato ou em documento

104 Vide julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”) do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7, oriundo da Espanha, em que figuraram como partes a *MBV Commercial and Export Management Establishment e Resil Indústria e Comércio Ltda.*

105 FINKELSTEIN, Cláudio. *Contratos Internacionais e Arbitragem*. Disponível em: http://profbdaro.blogspot.com.br/2012/01/revista-juridica-consulex-n-357-materia_9295.html. Acessado em: 1007.2012.

apartado que a este se refira, mediante cláusula compromissória¹⁰⁶ e compromisso arbitral¹⁰⁷.

Mister salientar que a Lei da Arbitragem confere autonomia da vontade às partes envolvidas quanto às regras de direito que serão aplicadas, notadamente à escolha da lei aplicável e a eleição do foro, como também eventuais regras internacionais de comércio, desde que não ofenda ou viole os bons costumes e à ordem pública nacionais, consoante se depreende a partir da leitura do artigo 2º, § 1º.

3. A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E A ARBITRAGEM INTERNACIONAL NO BRASIL

A importância da arbitragem, especialmente internacional, é bem esclarecida pela Ministra do STJ, Eliana Calmon¹⁰⁸:

Na era da globalização, quando caem as fronteiras estatais, unem-se as nações em blocos econômicos para fortalecerem-se frente à perversidade do flutuante e veloz capital apátrida. Surge um novo conceito de soberania estatal, pelo estreitamento das relações comerciais entre as nações, favorecidas pela velocidade dos meios de comunicação. Nesse novo contexto é natural que se refaçam os sistemas de controle, especialmente quando são contratantes, entre si ou em apenas um dos pólos, o Estado ou uma das suas empresas estatais.

Dentre os sistemas de controle está, ao lado da jurisdição tradicional, a jurisdição arbitral, modo pacífico de solucionar-se os litígios mediante cláusulas estabelecidas pelos litigantes ou por juízes por eles eleitos. Na esfera do Direito Internacional a atuação da arbitragem data de longos séculos. Hoje vem ela tomando corpo, por oferecer inúmeras vantagens sobre a jurisdição estatal.

É a arbitragem uma solução de conflito rápida e especializadíssima, pois os árbitros têm formação técnica profunda em sua área de atuação. Ademais, é a arbitragem atividade sigilosa, absolutamente imparcial, ostentando ainda neutralidade ideológica e baixos custos e médio prazo.

106 A Lei da Arbitragem dispõe em seu artigo 4º que “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 um contrato”.

107 A Lei da Arbitragem dispõe em seu artigo 9º que “o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de um ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

108 CALMON, Eliana. *Arbitragem Internacional*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 16, n. 1, p. 11-18, Jan./Jul. 2004.

Diante desse cenário, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (“UNCITRAL”, por suas siglas em inglês¹⁰⁹), por sugestão da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”¹¹⁰, editou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras em 1958, também conhecida como Convenção de Nova Iorque (“Convenção”)¹¹¹.

Referida Convenção tem como objetivo proporcionar normas legislativas comuns para os países signatários para o reconhecimento judicial de sentenças estrangeiras no foro doméstico. Ainda, referida Convenção tem como propósito reconhecer como obrigatório que os tribunais locais deem pleno efeito às regras ali dispostas. Logo em seu artigo 1º resta disposto que:

A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.

É cediço esclarecer que a sentença arbitral pode ser tanto aquela proferida por um ou mais árbitros nomeados para o caso em concreto, como também a proferida por órgãos ou tribunais arbitrais permanentes os quais as partes se submetam, como por exemplo, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

Ademais, estabelece ainda a Convenção, e que entendemos pertinente e importante para o deslinde da análise do caso concreto, que “os Estados signatários deverão reconhecer o acordo escrito¹¹² pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a

109 *United Nations Commission on International Trade Law*.

110 E em virtude das deficiências encontradas tanto no Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 quanto na Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927.

111 No Brasil, a Convenção de Nova Iorque foi ratificada e incorporada no ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 4.311/02.

112 Para os fins da Convenção, entende-se por acordo escrito uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegrama (artigo II, item 2).

surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido (...)” (artigo II, item 1).

4. O CASO DA HIDRELÉTRICA JIRAU

4.1. HISTÓRICO

A Usina Hidrelétrica de Jirau, em conjunto com a Usina Hidrelétrica de Santo Antônio, ambas em construção e localizadas no Estado de Rondônia, fazem parte do chamado Complexo do Rio Madeira, e são obras importantes implementadas pelo Governo Federal, cujo objetivo é suprir o fornecimento de energia elétrica no Brasil, a partir de 2013.

O leilão para construção da Usina Hidrelétrica de Jirau (“Hidrelétrica Jirau”), realizado em 19 de maio de 2008, teve como vencedor o consórcio “Energia Sustentável do Brasil”, formado pelas seguintes empresas: (i) Suez Energy South America Participações Ltda. (50,1%); (ii) Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (20%); (iii) Companhia Hidro Elétrica de São Francisco (20%); e (iv) Camargo Correa Investimentos em Infraestrutura S.A. (9,9%) (“Consórcio”).

Para que a obra fosse viabilizada, devido aos grandes impactos socioambientais, em 14 de novembro de 2008, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (“IBAMA”) emitiu uma Licença de Instalação, autorizando a construção do canteiro de obras da Hidrelétrica Jirau. Posteriormente, em 03 de junho de 2009, emitiu outra Licença de Instalação autorizando a implementação da Hidrelétrica Jirau.

Para a construção da Hidrelétrica Jirau estima-se investimentos, no total, em torno de R\$ 10 bilhões de reais, advindos do próprio Consórcio, bem como originados por financiamento por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”), e expectativa de geração de mais de 12 mil empregos diretos e 30 mil indiretos¹¹³.

Em meados de abril de 2011, diversos empregados do Consórcio, sob o argumento de péssimas condições de trabalho e violação aos seus direitos trabalhistas, rebelaram-se, incendiando veículos, alojamentos e instalações do canteiro de obras, dentre outras práticas delitivas.

¹¹³ Informações extraídas no sítio do Consórcio. Disponível em: <http://www.energiasustentaveldobrasil.com.br>. Acessado em: 29.06.2012.

De acordo com o Inquérito Policial nº 027/2011 (“Inquérito Policial”) instaurado pela Delegacia de Polícia Especializada em Repressão a Furtos, Roubos, Sequestros, Estelionatos e Outras Fraudes (“DERFRESEF”) do Estado de Rondônia e concluído em 27 de setembro de 2011:

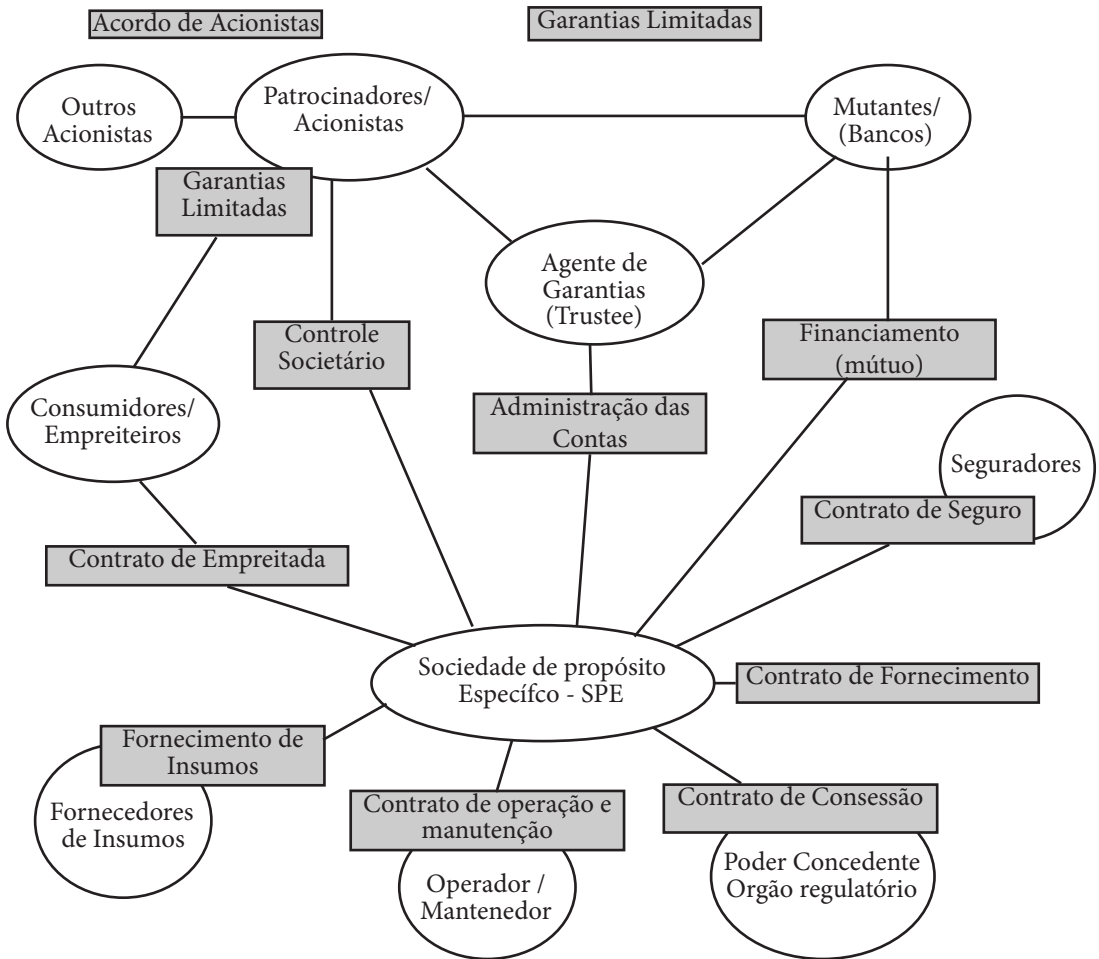
Nos dias 15, 16 e 17/03/2011, entre 17h00min horas às 17h30min horas, um grupo de trabalhadores da Construtora Camargo Correa, que trabalhava na construção da Usina Hidrelétrica de Jirau, obra de grande envergadura do Governo Federal, lançada no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC – iniciou um movimento criminoso, travestido de paralisação e/ou greve, resultando na prática de furtos, incêndios, danos e dentre outros. [...]

É verdade, por outro lado, vários funcionários manifestaram nos depoimentos insatisfações pontuais em relação a determinadas questões trabalhistas (comparação do valor do BIG CARD – cartão alimentação – com os demais tickets alimentação pago por outras empresas, eis que, enquanto a Camargo Correa pagava o valor de R\$ 110,00 (cento e dez reais), as demais – JAURU e ENESA – pagavam um valor superior; correção salarial, corte do trabalho em horas extras; maus tratos dos funcionários da Segurança Particular (Patrimonial); não pagamento de participação nos lucros; o corte de transporte de operários da usina até esta Capital e vice-versa; não promoção aos trabalhadores que enfrentaram cursos para subirem de classe, e consequentemente melhoria salarial).

No entanto, muito embora tais questões tenham sido manifestadas por funcionários, a apuração demonstrou que tais reivindicações não têm ligação com a eclosão dos tumultos ocorridos nos dias 15 a 17 de março de 2011. Nos depoimentos colhidos ficou patente que um grupo de operários, muitos deles encapuzados, empunhando a ‘falsa bandeira de um movimento grevista’, não tinham compromissos com a classe operária, esta na sua grande maioria formada por homens honestos e comprometidos com seus afazeres. O bando criminoso queria na verdade depredar, danificar, incendiar e furtar as instalações do Pólo da Usina Hidrelétrica de Jirau.

O fato é que para financiamento de empreendimentos desta proporção utiliza-se, geralmente, a modalidade de *project finance*, que se consubstancia em “uma rede de contratos coligados que, alocando riscos às diversas partes envolvidas, visa a permitir que o empresário-patrocinador, ou sociedade por ele constituída, capte recursos para o desenvolvimento e exploração de um empreendimento segregado, oferecendo como garantia aos credores, de forma exclusiva ou preponderante, as

receitas e bens do próprio empreendimento financiado”¹¹⁴. Vejamos um exemplo conforme abaixo:



Conforme demonstrado acima, dentre essa rede de contratos, cujo objetivo primordial é a alocação de responsabilidades e riscos determinados, imprescindível é a celebração de contratos de seguro. Assim, para a consecução da Hidrelétrica Jirau foi celebrado contrato de seguro¹¹⁵ no valor de R\$ 7 bilhões para cobrir as obras

114 ENEI, José Virgílio. *Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-Outs e Outras Figuras Afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 38.

115 Liderada pela Sulamérica Companhia Nacional de Seguros S.A., sendo as demais seguradas: (i) Allianz Seguros S.A., (ii) Companhia de Seguros Aliança do Brasil; (iii) Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A.; (iv) Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A. (antigo Unibanco Seguros S.A.); e (v) Zurich Brasil Seguros S.A.

civis, equipamentos e operação, inclusive eventuais atrasos. O resseguro foi feito em Londres, envolvendo resseguradoras estrangeiras¹¹⁶.

O embate judicial internacional acerca da Hidrelétrica Jirau deu-se a partir da negativa, por parte das seguradoras e resseguradoras, em pagar o valor do sinistro decorrente dos danos causados pelos trabalhadores no canteiro de obras ao Consórcio, não obstante não ter sido apurado no Inquérito Policial qualquer responsabilidade direta do Consórcio. Ademais, as seguradoras queriam transferir a jurisdição para a *The Insurance and Reinsurance Arbitration Society* (“ARIAS”), órgão inglês especializado em resseguros, para declaração da inexistência de obrigação quanto ao pagamento do sinistro e/ou para definição de eventuais coberturas cabíveis e dos prejuízos a serem indenizados¹¹⁷.

Assim, por um lado, as seguradoras alegam que “apesar de terem assumido grande parte dos riscos do contrato de seguro, não têm a obrigação de arcar com os prejuízos causados à obra. Além disso, pleiteiam a redução ou isenção total do pagamento do sinistro, ao argumento de que a revolta dos trabalhadores se deu por motivação política”¹¹⁸, que excluiria a responsabilidade das seguradoras e resseguradoras. Por outro lado, o Consórcio discute sobre a existência da cláusula de arbitragem apenas na apólice de seguro, sem a expressa anuência do Consórcio, o que não seria permitida pela Lei da Arbitragem¹¹⁹.

4.2. PROCEDIMENTO JUDICIAL

Diante desse impasse, as resseguradoras, na tentativa de levar a discussão da apólice de seguro para Londres, instauraram procedimento judicial perante a Cor-

116 Liderado pela Swiss Re, sendo os demais resseguradores: (i) Allianz; e (ii) Zurich Re.

117 Estima-se que os prejuízos do Consórcio remontam entre R\$ 400 milhões a R\$ 1,5 bilhões de reais.

118 Disponível em: <http://www.grebler.com.br/Artigos.html>.42. Acessado em: 29.06.2012.

119 Consoante dispõe o artigo 4, § 2º, “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”. Complementarmente, o artigo 44 da Circular nº 256/04 da Superintendência de Seguros Privados (“SUSEP”), prescreve que “a cláusula compromissória de arbitragem, quando inserida no contrato de seguro, deverá obedecer às seguintes disposições: I – estar redigida em negrito e conter a assinatura do segurado, na própria cláusula ou em documento específico, concordando expressamente com a sua aplicação; II – conter as seguintes informações: a) é facultativamente aderida pelo segurado; b) que ao concordar com a aplicação desta cláusula, o segurado estará se comprometendo a resolver todos os seus litígios com a sociedade seguradora por meio de Juízo Arbitral, cujas sentenças têm o mesmo efeito que as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário; e c) que é regida pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

te Comercial da *High Court of Justice* (“Corte Comercial”) contra o Consórcio para que a cláusula de arbitragem fosse observada e, assim, iniciado o procedimento arbitral.

Concomitantemente, o Consórcio ajuizou ação contra as seguradoras de modo que elas se abstivessem de praticar quaisquer atos fora do Brasil, além de pleitear indenização pelos danos, considerando que o Inquérito Policial concluiu que os danos nos canteiros de obra foram causados por vandalismo (ato criminoso), o que não torna nulo o contrato e a apólice de seguro e, portanto, não exclui o dever de indenizar.

Em 14 de dezembro de 2011, a Corte Comercial, em sede de liminar, decidiu, sob pena de prisão dos diretores do Consórcio, bem como de constrição do patrimônio do Consórcio caso de desobediência, que:

As Rés ficam impedidas, até uma nova audiência em 20 de dezembro de 2011, de:

(1) Instaurar ou dar prosseguimento a quaisquer ações judiciais nos tribunais do Brasil ou de mover quaisquer outros processos (salvo se por meio de arbitragem em Londres) com relação a qualquer controvérsia ou diferença de qualquer natureza decorrente ou relacionadas às duas apólices de seguro individuais ‘*all risks*’ (todos os riscos)/atraso na inicialização/todos os riscos operacionais e interrupção dos negócios no projeto de construção com relação ao Projeto Greenfield (construído do zero) da Usina Hidrelétrica de Jirau no Brasil, em cujos termos as autoras são as seguradoras e as ré são as seguradas.

(2) Instaurar ou dar prosseguimento a ações judiciais nos tribunais do Brasil ou mover quaisquer outros processos relativos a qualquer decisão impedindo as Requerentes de prosseguir com:

(a) a arbitragem relativa à referida apólice que foi iniciada pela notificação de arbitragem datada de 29 de novembro de 2011;

(b) os processos a serem iniciados pelo pedido de arbitragem mencionada abaixo.

Por questões óbvias, tal medida liminar não foi cumprida pelo Consórcio, baseada na decisão liminar em sede de agravo de instrumento concedida pelo Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles, da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”), em 15 de dezembro de 2011, conforme abaixo transcrita:

Vistos.

Tendo em vista a complexidade da causa e considerando que há expressa menção no contrato (item 7, fl. 118) de que ‘a Apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil’ e que ‘qualquer disputa nos termos desta Apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos tribunais do Brasil’, e, ainda, diante da aparente ausência de concordância expressa das agravantes com a instituição de solução arbitral em Londres, exigida no art. 4º, §2º da Lei Federal nº 9.307/96, para se evitar prejuízo às agravantes, concedo a liminar requerida, determinando-se ‘as agravadas que se abstenham da instituição da pretendida arbitragem em Londres enquanto se discute o direito das seguradas de recusar-se a esse modo de solução de controvérsias’ (fl. 15).

Da mesma forma, referida decisão não foi acatada pelas seguradoras e resseguradoras, que prosseguiram com a instauração da arbitragem na ARIAS, alegando validade da cláusula compromissória via arbitragem.

Em 30 de dezembro de 2011, o Consórcio concorda em discutir o ressarcimento dos danos por meio da arbitragem, desde que observadas às seguintes condições: (i) a câmara arbitral deve estar em solo brasileiro; e (ii) as seguradoras devem assumir a cobertura dos danos causados no canteiro de obras, limitando-se a arbitragem apenas quanto à discussão do valor a ser pago. Em outras palavras, o Consórcio abriria mão de contestar na justiça brasileira a validade da cláusula arbitral na apólice de seguro, desde que as seguradoras desistissem de discutir, em Londres, se o seguro é devido ou não.

Não resta dúvida quanto à limitação, ou melhor, o alcance da cláusula arbitral nos instrumentos jurídicos em debate, senão vejamos:

Cláusula 7º: Lei e Foro – Fica estabelecido que esta Apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil. Qualquer disputa nos termos desta Apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos tribunais do Brasil.
[...]

Cláusula 12: Arbitragem – No caso do Segurado e a Seguradora não entrarem em acordo sobre o montante a ser pago sob esta Apólice através de mediação conforme acima estabelecida, tal Disputa será encaminhada para um processo de arbitragem sob as Regras de Arbitragem de ARIAS. O Tribunal de Arbitragem, será constituído por três árbitros sendo um a ser nomeado pelo Segurado, outro a ser nomeado pela Seguradora, e o terceiro a ser designado pelos dois árbitros nomeados. O terceiro membro do Tribunal deve ser nomeado assim que for praticável em prazo não superior a 28 dias após a nomeação dos representantes das duas partes. O Tribunal

será constituído mediante a nomeação do terceiro árbitro. [...]. A sede da arbitragem ficará em Londres, Inglaterra.

Depreende-se pelo acima exposto que a jurisdição será sempre brasileira, sob os auspícios da legislação nacional, transferindo-se a competência para a ARIAS se e somente se indispensável em função da discussão do *quantum debeatur* pelas seguradoras e não se houve sinistro e, conseqüentemente, se pagamento da indenização é devido ou não.

No entanto, entendendo de forma diversa da apresentada pelo Consórcio, a Corte Comercial, em 12 de janeiro de 2012, manteve a liminar concedida anteriormente. Proíbe, assim, as seguradas de acionar a justiça brasileira para resolver o conflito e paralisa o andamento da arbitragem iniciada no ARIAS.

Em 19 de janeiro de 2012, referida Corte Comercial dá a primeira sentença de mérito sobre o tema, visando transferir a competência da justiça brasileira para a ARIAS¹²⁰. Em linhas gerais, o Juiz Justice Cook entende que em disputas internacionais deve ser aplicada a legislação do país onde a arbitragem vai ocorrer, ainda que as partes sejam de outro país e o contrato tenha sido assinado também no exterior.

A título argumentativo, o Consórcio alega que o contrato de seguro é claro quanto a legislação aplicável e a eleição de foro, que seria a brasileira. Por outro lado, os seguradores entendem que a legislação aplicável deve ser a inglesa, haja vista a escolha da sede da arbitragem ser em Londres.

Assim, o Juiz Justice Cooke entende o assunto da seguinte forma:

*It is common ground that, in ascertaining the putative proper law of an arbitration agreement, the English court must apply English conflict of law rules, that the court's task at common law, which applies here, is to ascertain, in the absence of an express or implied choice of law, the law with which the arbitration agreement has its closest and most real connection*¹²¹.

Nesse sentido, o Juiz Justice Cooke conclui que a legislação inglesa é a lei mais adequada para resolução da lide proposta. Ainda, argumenta que eventuais

120 Infelizmente, ainda não há qualquer sentença de mérito final pela justiça brasileira para confrontarmos os posicionamentos.

121 Tradução livre da autora: “É pacífico que, na determinação do direito putativo adequado de uma convenção de arbitragem, a corte inglesa deve aplicar as regras referente ao conflito de leis inglesa, que é uma tarefa comum do tribunal, que se aplica no presente caso, verificando, na ausência de escolha expressa ou implícita da lei aplicável, a lei com a qual a convenção de arbitragem tem a mais próxima e melhor conexão ao caso real”.

problemas quanto às questões acerca da validade da cláusula arbitral, sob o véu do conflito de leis, quaisquer disposições da legislação brasileira que tenham o condão de tornar ineficaz referida cláusula – e cita os artigos 4, § 2º da Lei da Arbitragem, bem como o artigo 44 da Circular nº 256 da SUSEP – não poderiam ter efeitos extraterritoriais ou ter qualquer aplicação nas cortes inglesas. Portanto, reivindicá-las seria irrelevante para sua tomada de decisão¹²².

Percebe-se, pois, que tal argumento afasta a ideia de contrato de adesão – na qual a apólice de seguro se inclui – e os princípios que regem as relações contratuais brasileiras, notadamente os princípios da autonomia da vontade, da função social do contrato e da boa-fé que devem pautar toda e qualquer relação jurídica. Ademais, insurge-se a justiça inglesa em desfavor da soberania brasileira que jamais poderá ser mitigada em favor de interesses privados.

Mais adiante, tratando-se especificamente da cláusula referente à arbitragem, de um lado se argumenta que o escopo da arbitragem limita-se a discutir apenas sobre o *quantum*; por outro lado, pretende-se uma declaração de isenção de pagamento do sinistro, por meio do reconhecimento de uma “alteração material”, nos termos do contrato de seguro.

Quanto a essa questão, o Juiz Justice Cooke entende ter havido um mau uso das palavras por parte dos contratantes porquanto se uma disputa envolve uma discussão acerca do valor a ser pago, intuitivamente, engloba questões de responsabilidade e cobertura. Em suas palavras: “*As a matter of language, a failure to agree ‘as to the amount to be paid under this policy’ includes a dispute about whether any sum is due under the policy at all, and thus includes matters of liability and coverage*”¹²³.

É inegável que em se tratando de relações jurídicas pautadas por uma rede

122 No original: “*The consequence of my finding that English law is the proper law of the agreement to arbitrate means that no issues arises as to its validity, since it was not contented by the Insureds (who at all times made submissions, without prejudice to their stance that the english court had no jurisdiction) that, as a matter of English conflict of law rules, any provisions of Brazilian law which might render it ineffective (such as article 4(2) of the Brazilian Arbitration Act and article 44 of SUSEP Circular n 256) could have extraterritorial effect or have any application so far as the English court is concerned. Such provisions are irrelevant to my decision, in accordance with English law and its conflicts of law principles, whether or not the Brazilian court might regard such provisions as mandatorily applicable. I do not therefore have to decide whether they do apply to the Policy or what their effect might be under the law of Brazil*”.

123 Tradução livre da autora: “Como uma questão de linguagem, uma falta de acordo ‘quanto ao valor a ser pago por esta apólice’ inclui uma disputa sobre se qualquer quantia é devida no âmbito da apólice, e, por isso, inclui questões de responsabilidade e cobertura”.

de contratos inter-relacionados, estes devem ser lidos em conjunto e todo e qualquer esforço deve ser feito para dar efeito a todas as suas cláusulas. Assim, uma cláusula não deve ser preterida a menos que seja manifestamente incompatível com o restante do contrato.

Vemos, no presente caso, que é possível a leitura coerente das cláusulas de legislação aplicável e foro de eleição ao lado da cláusula de arbitragem internacional. Não há que se falar em “mau uso das palavras”. A cláusula 7ª determina a exclusiva jurisdição brasileira decorrente de qualquer disputa decorrente da apólice. O artigo 12 prescreve a utilização da arbitragem internacional se e somente se as partes envolvidas não entrarem em acordo sobre o montante a ser pago.

Assim, entendemos que, em primeiro lugar, a disputa sobre se é cabível a indenização (ou não) deve ser iniciada e concluída no Brasil, observando-se, assim, o disposto no respectivo contrato. Posteriormente, é que se utilizará da arbitragem apenas para discutir o quanto será devido pelas seguradoras ao Consórcio, caso haja qualquer divergência entre as partes.

Entendemos que não há que se falar em conflito de leis. A jurisdição está bem definida. No entanto, para corroborar seu argumento e transferir a competência para a justiça inglesa, o Juiz Justice Cooke afirma que “os tribunais ingleses, quando confrontados com uma cláusula de jurisdição exclusiva e uma cláusula compromissória, decidem a favor da arbitragem, pois partem do pressuposto de que as partes, como empresários racionais, têm a intenção de que qualquer litígio seja decidido pelo mesmo tribunal”¹²⁴, já que é impossível conciliar as duas possibilidades.

Contudo, é imprescindível manter a prevalência da autonomia da vontade das partes envolvidas, sendo defeso a qualquer juiz, nacional ou estrangeiro, intervir no quanto pactuado de maneira arbitrária, ou por mera conveniência, para beneficiar resseguradoras estrangeiras. Segundo o Juiz Justice Cooke, o ônus da prova é de quem alega. Assim, a partir do momento que os seguradores exibiram a apólice prevendo a arbitragem, caberia ao Consórcio demonstrar as razões pelas quais a arbitragem não podia ser utilizada¹²⁵. De fato, foi o que o Consórcio tentou fazer,

124 No original: “*The English courts, when faced with an exclusive jurisdiction clause and an arbitration agreement, took to the strong legal policy in favour of arbitration and the assumption that the parties, as rational businessmen, are likely to have intended any dispute arising out of the relationship into which they have entered to be decided by the same tribunal*”.

125 No original: “*Once the existence of the arbitration agreement is shown, the burden is then on the Insureds to show strong reason why the arbitration agreement should not be upheld or the parties kept to their bargain (...)*”.

mas sua tentativa foi frustrada na medida em que a prova da inexequibilidade da cláusula de arbitragem funda-se no direito brasileiro, o que não foi admitido pela Corte Comercial.

Refrise-se, pois, que ainda que seja mais conveniente o julgamento por um mesmo tribunal, deve ser respeitado o contrato e suas cláusulas, posto que ainda que relativizado o princípio da *pacta sunt servanda*, o mesmo não foi abolido de nenhum dos dois ordenamentos jurídicos.

Por parte do Poder Judiciário brasileiro, em 19 de abril de 2012, a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, confirmou a liminar outrora concedida, de modo que restou decidido que a disputa teria de ser resolvida em solo brasileiro, proibindo as seguradoras e as resseguradoras de continuar com o procedimento de arbitragem na ARIAS até que fosse decidido, pelos tribunais brasileiros, acerca da exequibilidade da cláusula de arbitragem, sob pena de multa diária de aproximadamente R\$ 400 mil reais. Em outras palavras, entendeu o relator que a cláusula de eleição de foro deveria prevalecer sobre a cláusula de arbitragem, uma vez que esta descumpriu os preceitos determinados pela Lei da Arbitragem.

Em 16 de maio de 2012, a *Court of Appeal of England & Wales* (“Corte de Apelação”), por meio do relator Lord Justice Moore-Bick e por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pelo Consórcio, na tentativa de levar à discussão para o território brasileiro, confirmando, assim, o entendimento da Corte Comercial quanto à legislação aplicável, ainda que a argumentação dada pela Corte de Apelação tenha divergido das razões explicitadas pela Corte Comercial.

Em 13 de junho de 2012, as seguradoras entraram com uma Reclamação perante o STJ em desfavor do TJSP, com o objetivo de ser declarada válida e eficaz a cláusula compromissória. Tal Reclamação foi rejeitada pela Ministra Nancy Andrighi, em 29 de junho de 2012, que reitera, em seu acórdão, o princípio da *kompetenz-kompetenz* (competência-competência), “que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade”. Continua a Ministra:

[...]

- O Superior Tribunal de Justiça detém competência originária constitucional apenas para a homologação da futura sentença arbitral estrangeira a ser proferida.
- A propositura de ação, no Brasil, discutindo a validade de cláusula arbitral porque inserida, sem destaque, em contrato de adesão, não impede a

homologação de sentença arbitral estrangeira que, em procedimento instaurado de acordo com essa cláusula, reputou-a válida.
[...].

O impacto de uma decisão como essa no caso em tela é bem explicitado por Isabella Moreira de Andrade¹²⁶, conforme segue:

Como se vê, foram proferidas decisões antagônicas e conflitantes entre si. A possibilidade de execução de uma delas é diametralmente contrária ao cumprimento de outras. Criou-se, portanto, um impasse de difícil solução, inclusive sob o ponto de vista da intenção das partes e da lei aplicável ao compromisso.

Além disso, é preciso ter em mente que as decisões mencionadas, especialmente aquelas da justiça estadual de São Paulo, podem trazer futuras decisões contraditórias dentro da jurisdição brasileira.

O que se pode depreender da decisão acima exposta é que o STJ inclina-se em reputar válida a sentença arbitral inglesa, e, portanto, passível de homologação e transformando-a a em título executivo judicial. Questiona-se, pois, a saída para a lide em questão considerando-se uma possível coexistência de decisões claramente distintas, caso prevaleça o entendimento das cortes inglesas.

Entendemos, pois, que uma saída para o Consórcio seria aclamar o que dispõe o artigo V, item 1, alínea c da Convenção de Nova Iorque, na qual o Reino Unido também é parte signatária. Senão vejamos:

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença estrangeira poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

[...]

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada.

126. ANDRADE, Isabella Moreira de. Validade da Convenção Arbitral e Princípio da Competência-Competência: A Controvérsia do Caso Jirau. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=66&artigo=680&l=pt>. Acessado em: 29.06.12.

4.4. DA EXEQUIBILIDADE DA SENTENÇA INGLESA

Em recente decisão do STJ¹²⁷, determinou-se que:

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL. ART. 38 DA LEI 9.307/96. CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE, ART. V. COMPROMISSO ARBITRAL E CONSTITUIÇÃO DE ADVOGADO: OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE PROCEDIMENTO APLICÁVEIS À ESPÉCIE.

1. A lei aplicável para disciplinar a representação das partes no procedimento arbitral, bem como a forma como podem manifestar seu ingresso no referido procedimento, é a lei a que as partes se submeteram ou, na falta dela, à do país onde a sentença arbitral foi proferida, cumprindo à parte demandada o ônus de demonstrar a violação a esses preceitos normativos. É o que dispõem a Lei 9.307/96 (art. 38, II) e a Convenção de Nova Iorque (art. V, 1, a). Não demonstrou a requerida, no caso, qualquer violação nesse sentido, não tendo havido, no momento oportuno previsto na lei de regência, qualquer alegação de irregularidade no procedimento arbitral, seja quanto à sua representação, seja quanto à forma de sua intervenção, seja quanto ao exercício do contraditório e da defesa.

2. Pedido de homologação deferido.

Nesse sentido, cumpridos os requisitos legais, a arbitragem é considerada válida e exequível no país onde ela deverá ser cumprida, após a homologação do respectivo tribunal competente, *in casu*, o STJ. Em contrário, faltando um ou todos os requisitos, a sentença arbitral estrangeira deve ser considerada sem efeito e, portanto, inexecutível.

No caso em tela, na qual, nos parece, que prevalece a vontade do magistrado inglês em detrimento do pactuado pelas partes ou até mesmo do que dispõe o ordenamento jurídico pátrio, o Poder Judiciário brasileiro nos mostra uma inclinação ao reconhecimento de eventual sentença arbitral, desconsiderando o conjunto normativa (interno e internacional) acerca da temática.

Resta a indagação: se as partes são brasileiras – estrangeiros são apenas os resseguradores que nada têm a ver com a relação jurídica primitiva –, os trabalhadores são brasileiros, todos os contratos – inclusive o de seguro – e o financiamento foram realizados no Brasil, a obra é em território brasileiro, por que as regras apli-

127 Sentença Estrangeira Contestada nº 3.709-US, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, datada de 14 de junho de 2012.

cadás deveriam ser as inglesas, não se aplicando, por conseguinte, a teoria do centro da gravidade?

CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo do presente artigo buscou-se analisar alguns dos principais referenciais teóricos para que pudéssemos analisar um caso concreto sobre arbitragem internacional. A Lei da Arbitragem, bem como a Convenção são os principais instrumentos jurídicos que nortearam para que uma conclusão fosse possível.

Temos, pois, que a cláusula compromissória em questão é desprovida de validade no contrato de seguro. Não só pelo fato de não preencher todos os requisitos legais e regulatórios, mas por estar em evidente desacordo com o que preceitua a Convenção. Ademais, a apólice de seguro – documento emitido unilateralmente pela seguradora – é o documento que possui a cláusula compromissória, prevendo a ARIAS como órgão responsável pelo procedimento arbitral, sem que sequer houvesse concordância do Consórcio. O contrato de seguro, anterior à apólice e assinado pelo Consórcio, prevê que os conflitos serão solucionados pela legislação brasileira.

Por fim, não se pode permitir a um magistrado, seja nacional, seja estrangeiro, aumentar o alcance ou a interpretação de uma cláusula na qual as próprias partes envolvidas entenderam por bem restringir. Ou seja, a Corte Comercial entendeu ser válida uma cláusula compromissória para que todas as disputas ou controvérsias do contrato de seguro fossem submetidas ao procedimento arbitral, quando, na verdade, se permite o procedimento arbitral se, e somente se, fosse necessário discutir o *quantum debeatur* por parte das seguradoras.

Insurge-se, assim, o Poder Judiciário inglês na autonomia da vontade das partes, andando em contramão ao *pacta sunt servanda* e, por tal razão, entendemos que eventual sentença arbitral estrangeira não deveria ser homologada pelo STJ e, por conseguinte, desprovida de eficácia e exequibilidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Isabella Moreira de. Validade da Convenção Arbitral e Princípio da Competência-Competência: A Controvérsia do Caso Jirau. Disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=66&artigo=680&l=pt>. Acesso em: 29.06.2012.

CALLUF FILHO, Emir. *Arbitragem Internacional: O Local da Arbitragem*. Editora Juruá: Curitiba, 2006.

CALMON, Eliana. *Arbitragem Internacional*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 16, n. 1, p. 11-18, Jan./Jul. 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARRIÓN, Alejandro J. Rodríguez. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 6.ed. Editora Tecnos: Madrid.

CASELLA, Paulo Borba. Autonomia da Vontade, Arbitragem Comercial Internacional e Direito Brasileiro. In: TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 18 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

DEUSTCH, Morton. A Resolução do Conflito: Processos Construtivos e Destrutivos. Traduzido por Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003.

ENEI, José Virgílio. *Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-Outs e Outras Figuras Afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1.ed. 9 reimpressão. Editora Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1975.

FERREIRA, Carolina Iwancow. *Arbitragem Internacional e Sua Aplicação no Direito Brasileiro*. Campinas: Reverbo Editora, 2011.

FINKELSTEIN, Cláudio; VITTA, Jonathan B; CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier

Latin, 2010.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Contratos Internacionais e Arbitragem*. Disponível em: http://profbadaro.blogspot.com.br/2012/01/revista-juridica-consulex-n-357-ateria_9295.html. Acessado em: 10.07.2012.

FREITAS, Fernanda Cristina Alem. *Arbitragem e a Ratificação da Convenção de Nova York pelo Brasil*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-nov-09/arbitragem_ratificacao_convencao_york. Acessado em: 1.07.2012.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2007.

MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação*. Tradução por Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUZA E SILVA, Luiz Alberto. *Direito Internacional Privado – Lei de Introdução ao Código Civil*. 2.ed. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2000.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. *A Convenção de Arbitragem e os Tribunais Brasileiros*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14169/a-convencao-de-arbitragem-e-os-tribunais-brasileiros>. Acessado em: 10.07.2012.

TIMM, Luciano; RODRIGUES, Marcelo Borges. O Conflito nas Joint Ventures e a Arbitragem. In: TIMM, Luciano. *Arbitragem nos Contratos Empresariais, Internacionais e Governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

6

A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A GOVERNANÇA GLOBAL AMBIENTAL

LÍVIA GAIGHER BÓSIO CAMPELLO

Doutora em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Advogada em São Paulo. Professora Universitária. E-mail: livia.gaigher@uol.com.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Organização das Nações Unidas e a proteção internacional do meio ambiente. 1.1. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA. 1.2. A Comissão sobre o Desenvolvimento Sustentável – CDS. 2. O debate sobre a necessidade de uma Organização Internacional para o Meio Ambiente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A velocidade com que se deu a relação do homem com o meio ambiente e os reflexos dessa dinâmica, principalmente, no século passado, com o advento do fenômeno da industrialização, da produção em larga escala, o crescimento demográfico e a liberalização da economia, fizeram com que os problemas ambientais se mostrassem bastante graves.

O Direito segue a sua lógica atuante após os fatos. Assim, tal como ocorreu na esfera dos Direitos Humanos, há na atualidade uma ampla estrutura normativa, composta por Tratados internacionais ambientais e por um arcabouço normativo capilar nos sistemas internos dos países, que confere efetividade e eficácia aos instrumentos internacionais por estes subscritos. E, com essa perspectiva, a entidade que mais impulsiona e centraliza o desenvolvimento do Direito Internacional do Meio Ambiente, sem dúvida, é a Organização das Nações Unidas – ONU, que, além de

convocar importantes Conferências de alcance global, atua por meio de seus órgãos e agências especializadas.

Assim, o presente estudo visa demonstrar a capacidade de intervenção da ONU na criação e conformação do Direito Internacional do Meio Ambiente aos anseios da sociedade internacional. Para tanto, será elucidada a evolução do Direito Internacional do Meio Ambiente, a fim de posicionar a atuação da ONU nesse processo. Em seguida, serão apresentados os dois principais órgãos com funções dirigidas ao meio ambiente, criados pela Assembleia Geral - o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e, posteriormente, a Comissão de Desenvolvimento Sustentável.

Finalmente, será exposto o debate atual sobre a criação de uma Organização Mundial para o Meio Ambiente, a qual tem sido frequentemente sugerida, particularmente a partir de argumentos que realçam as fraquezas e deficiências do sistema contemporâneo de governança ambiental global.

A técnica de investigação limitará sua análise à doutrina, legislação e jurisprudência na seara do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Ambiental. Nesse sentido, esse trabalho se perfaz sobre bases bibliográficas e documentais. Os métodos utilizados neste trabalho de pesquisa terão um enfoque dogmático e dedutivo. Pelo método dogmático, buscar-se-á investigar o ordenamento jurídico internacional de proteção ambiental e seus princípios vetores, para melhor conhecê-los e operá-los. Pelo método dedutivo, intentar-se-á extrair explicações gerais dos dados normativos internacionais de proteção ambiental vigentes e de documentos oficiais.

1. A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

No desenvolvimento internacional da proteção ambiental pode-se assumir como referência a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de 1972 para a consagração da proteção do meio ambiente como âmbito de regulação jurídica internacional.

Esse paradigma é bastante recente, como explica Ulrich Beyerlin¹²⁸, uma vez

128 BEYERLIN, Ulrich. State Community Interests and Institution Building in International Environmental Law. In: *Heidelberg Journal of International Law (HJIL)*. Workshop on Institution-Building in International Environmental. 56.1996. p. 603.

que, no momento histórico de criação das Nações Unidas, a problemática ambiental não figurava na agenda da política internacional dos Estados. Isso pode ser comprovado pelo fato de que nenhuma das disposições da Carta da ONU, nem sequer seus artigos 1º, § 3º, e 55, faz qualquer referência à questão. Tal omissão permite entender o porquê de nenhum de seus organismos especializados adotarem dentre os seus fins e objetivos a missão de proteger o meio ambiente em escala mundial.

No entanto, a despeito da ausência do mandato expresso, a natureza geral dos compromissos da ONU, de acordo com os propósitos dos artigos 1º e 55¹²⁹, permitiu que se desenvolvesse sua função de proteção do meio ambiente no contexto das responsabilidades econômicas, sociais e humanitárias.

A Assembleia Geral da ONU (AG) tem se ocupado, desde 1968, das questões de proteção do meio ambiente, em um primeiro momento visando preparar uma Conferência especialmente pautada para o tema, a qual foi celebrada em Estocolmo, em 1972. Posteriormente, como resultado da Conferência do Rio-92, se reconheceu, na Agenda 21, a Assembleia Geral como o mecanismo intergovernamental de mais alto nível. Trata-se do principal órgão normativo e de avaliação das questões relativas às atividades que incidem sobre o meio ambiente, em especial das questões concernentes ao seguimento dos compromissos assumidos na Conferência do Rio-92, incluindo a observação da execução da Agenda 21.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano aconteceu em Estocolmo, Suécia, entre 05 e 16 de junho de 1972, marcando definitivamente o ponto de partida para a compreensão mundial sobre as questões ambientais¹³⁰. Esse evento inédito no cenário mundial ambiental contou com 113 delegações de Estados, representantes de quase todas as organizações intergovernamentais e cerca de 700 observadores enviados por aproximadamente 400 ONGs.

O evento foi caracterizado pela oposição entre países desenvolvidos e não desenvolvidos, já que os primeiros haviam sido afetados em maior grau e intensidade pelos reflexos da industrialização, enquanto que os não desenvolvidos se opu-

129 “Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

130 KISS, Alexandre; SICAULT, Jean-Didier. *La Conférence des Nations Unies sur l'Environnement*. Stockholm. AFDI XVIII, 1972. pp. 603-630.

nam às medidas que pudessem limitar o crescimento da sua atividade industrial. Para os países desenvolvidos, o crescimento econômico era a causa dos problemas ambientais; para os não desenvolvidos, o desenvolvimento seria o veículo para as correções dos desequilíbrios ambientais e sociais.

Não obstante, como resultados das discussões, foi aprovada por unanimidade¹³¹ a Declaração sobre o Meio Ambiente, também conhecida como Declaração de Estocolmo de 1972. Além desse documento, também foi aprovada uma Resolução sobre testes nucleares e um Plano de Ação para o Meio Ambiente¹³².

Em 22 de dezembro de 1989, a Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução 44/228, convocou a Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em 1992, no Brasil, tendo ficado conhecida como Rio-92, Eco-92 ou Cúpula da Terra. Na Conferência do Rio foram adotados três instrumentos de caráter juridicamente não obrigatório: (i) a Declaração sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também chamada de Declaração do Rio; (ii) a Declaração sobre as Florestas; e (iii) a Agenda 21.¹³³

Em 20 de dezembro de 2000, por meio da Resolução 55/199, a Assembleia Geral da ONU expressou sua profunda preocupação após a constatação de que a degradação do meio ambiente continuava em “ritmo alarmante”. Por isso, decidiu convocar uma nova reunião da cúpula, com o intuito de avaliar os progressos realizados desde o término da Conferência do Rio e reforçar o compromisso mundial para o desenvolvimento sustentável. Assim, a Conferência Mundial sobre Desenvolvimento

131 Com abstenção da China.

132 Ainda como consequência da Conferência de Estocolmo, a Assembleia Geral da ONU adotou algumas resoluções, dentre tais merecem destaque: (i) Resolução 2.995 (XXVII) sobre como deve ser exercida a cooperação entre Estados no campo do meio ambiente; (ii) Resolução 2.996 (XXVII) com relação às normas sobre responsabilidade internacional em matéria ambiental; (iii) Resolução 3.001 (XXVII) com referência ao quadro geral e as medidas que devem ser adotadas para proteção do meio ambiente; (iv) Resolução 3.002 (XXVII) reafirmando o caráter adicional das despesas relativas ao meio ambiente.

133 Além desses instrumentos, foram submetidas à assinatura duas importantes Convenções internacionais de caráter mundial. A Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima, que já havia sido concluída e aberta para assinaturas em Nova Iorque, em 09 de maio de 1992, e foi complementada em 10 de dezembro de 1997 pelo respectivo Protocolo à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aprovado em Kyoto; e a Convenção sobre Diversidade Biológica, concluída no Rio de Janeiro em 05 de junho de 1992.

Na oportunidade da Conferência do Rio, um forte apelo por parte dos países afetados pelo fenômeno da desertificação ensejou a convocação de uma Conferência mundial para tratar especificamente do assunto. Com efeito, em Paris, 17 de junho de 1994, foi aprovada a Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos Países Afetados por Seca Grave e/ou Desertificação, Particularmente na África.

to Sustentável, também conhecida como Cúpula da Terra 2002 ou Rio+10, foi realizada em Johannesburg, entre 26 de agosto e 04 de setembro de 2002. Os principais resultados dessa Conferência foram timidamente a Declaração de Johannesburg e o Plano de Johannesburg para sua implementação.¹³⁴

A Assembleia Geral, constitui um foro para a configuração da política ambiental internacional, proporcionando aos Estados a oportunidade de dialogar e construir um consenso sobre aspectos controvertidos da temática ambiental. Suas Resoluções representam a expressão da opinião internacional e, assim, contribuem para o próprio desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental.

O poder da Assembleia de estabelecer órgãos subsidiários tem contribuído para que sejam criadas no sistema da ONU agências especializadas, programas e comissões. Nesse sentido, os órgãos com funções dirigidas ao meio ambiente, criados pela Assembleia Geral, são o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e, posteriormente, a Comissão de Desenvolvimento Sustentável¹³⁵.

1.1 O PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE - PNUMA

Com efeito, o resultado da Conferência de Estocolmo, do ponto de vista institucional, não foi a criação de uma organização internacional ambiental, mas o estabelecimento do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNU-

134 Na visão de Norma Sueli Padilha: “[...] apesar da confirmação em Johannesburg, dos princípios fundamentais sugeridos na Rio/92, bem como no Programa da Agenda 21, na verdade, não houve nenhum avanço efetivo quanto a um programa de ações concretas, para lograr o desenvolvimento sustentável global, o que seria de sua importância para o avanço na questão da problemática ambiental que só tem se agravado na década que separa a Conferência do Rio da de Johannesburg. Tampouco possuem tais instrumentos força jurídica.” (PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 99).

135 Cumpre explicar que tanto o PNUMA, criado pela Assembleia, como a Comissão de Desenvolvimento Sustentável, criada pela Assembleia e pelo Conselho Econômico e Social, não são sujeitos de Direito Internacional e não foram instituídos por Tratados. Portanto, carecem de independência, como ocorre com as Agências Especializadas das Nações Unidas. O PNUMA é um órgão subsidiário da AG, enquanto que a Comissão de Desenvolvimento Sustentável se constitui como uma comissão funcional do Conselho Econômico e Social. Assim, os âmbitos de atuação desses órgãos são bastante diferentes. O PNUMA concentra sua atuação em ações ambientais e a Comissão de Desenvolvimento Sustentável atua de maneira integrada sobre questões atinentes ao meio ambiente e desenvolvimento, abordando ambos os temas no mesmo nível.

MA)¹³⁶ como órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU¹³⁷. Assim, por meio da Resolução 2.997 (XXVII) de 15 de dezembro de 1972, que dispõe sobre questões institucionais e financeiras para a cooperação internacional em relação ao meio ambiente, foi criado o PNUMA.

Passadas duas décadas, na ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a estrutura institucional mínima foi ampliada com a criação, por meio da Decisão 1993/207, da Comissão sobre Desenvolvimento Sustentável, como órgão subsidiário do Conselho Econômico e Social - ECOSOC. Portanto, na atualidade, o PNUMA e a Comissão de Desenvolvimento Sustentável constituem os órgãos das Nações Unidas mais importantes na proteção do meio ambiente.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA, de acordo com seu documento constitutivo, possui três funções¹³⁸: (i) a promoção da cooperação internacional em relação ao meio ambiente, no desenvolvimento dos instrumentos de política (função catalisadora); (ii) a elaboração de diretrizes para a coordenação dos programas no sistema das Nações Unidas (função coordenadora); (iii) bem como o estudo contínuo das condições ambientais em todo o mundo, a fim de que os problemas de relevância internacional recebam o tratamento apropriado por parte dos Estados (função de estudo).

Nesse sentido, dispõe de um órgão de direção, o Conselho de Administração, composto por 58 membros¹³⁹, e uma Secretaria, em cuja frente se encontra o Diretor Executivo do PNUMA, que há de servir principalmente para coordenar a esfera ambiental com outras atividades relacionadas dentro do sistema da ONU¹⁴⁰.

Com relação a sua participação no desenvolvimento normativo interna-

136 A sede está localizada em Nairóbi, no Quênia e ainda possui escritórios regionais em Bancoc (Tailândia), Genebra (Suíça), Cidade do México (México), Washington D.C. (Estados Unidos), Manama (Bahrein), Cidade do Panamá (Panamá) e Brasília (Brasil).

137 Sugerem Churchill e Ulfstein que se a Conferência de Estocolmo tivesse sido realizada 10 anos antes, provavelmente o PNUMA teria sido criado como uma agência especializada e não como órgão subsidiário da ONU. Na verdade, interesses dos países desenvolvidos, países em desenvolvimento e determinados organismos especializados coincidiram no sentido de evitar a criação de uma nova organização de alcance universal com competências transversais em matéria ambiental. (CHURCHILL, Robin R.; ULFSTEIN, Geir. *Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law*. In: *The American Journal of International Law*. 94, n. 4, Washington: American Society of International Law. 2000. p. 629.

138 Resolução 2.997 (XXVIII), I, §2º, a, b e d.

139 Resolução 2.997 (XXVIII), I, §1º.

140 Resolução 2.997 (XXVIII), II, §§ 1º e 2º.

cional ambiental, o PNUMA pode promover e iniciar as negociações para a elaboração de Tratados internacionais, mas carece de competência para sua adoção, bem como de um mecanismo de controle de sua aplicação. Em que pese essa ou outras deficiências, se comparado aos organismos especializados da ONU, é inegável que o PNUMA tem sido capaz de desempenhar um importante trabalho catalisador para a cooperação internacional no âmbito da proteção do meio ambiente, na medida em que tem se servido de uma articulação e impulsionado a celebração de grande parte dos Tratados ambientais multilaterais universais.

A Conferência do Rio de 1992 de certo modo contribuiu para disseminar a posição do PNUMA no âmbito do sistema das Nações Unidas. Por um lado, a Agenda 21 no seu artigo 38, § 21 e 22, prevê o aumento e fortalecimento das suas funções, *in verbis*:

No processo de acompanhamento das atividades decorrentes da Conferência será necessário que o PNUMA e seu Conselho de Administração aumentem e fortaleçam suas funções. O Conselho de Administração, em conformidade com seu mandato, deve continuar desempenhando seu papel no que diz respeito à orientação normativa e à coordenação no campo do meio ambiente, levando em consideração a perspectiva de desenvolvimento.

Por outro lado, propôs a criação de uma nova comissão orgânica do Conselho Econômico e Social - ECOSOC, como se verá no capítulo seguinte, denominada Comissão sobre Desenvolvimento Sustentável - CDS, para assegurar o acompanhamento efetivo das atividades geradas pela Conferência, assim como para intensificar a cooperação internacional e racionalizar a capacidade intergovernamental de tomada de decisões encaminhadas para a integração das questões de meio ambiente e desenvolvimento, e para examinar o progresso da implementação da Agenda 21 nos planos nacional, regional e internacional.

1.2 A COMISSÃO SOBRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - CDS

A requerimento da Assembleia Geral, em 1992, em cumprimento à Agenda 21, o Conselho Econômico e Social estabeleceu a Comissão sobre o Desenvolvimento Sustentável – CDS.

Na qualidade de comissão orgânica do Conselho Econômico e Social, a

Comissão sobre Desenvolvimento Sustentável é composta por representantes dos 53 Estados-Membros das Nações Unidas e seus organismos especializados.¹⁴¹ Sua função essencial consiste no acompanhamento e coordenação das atividades praticadas no marco do sistema das Nações Unidas, a fim de promover a cooperação internacional e a integração dos objetivos ambientais e de desenvolvimento, na forma explicitada pela Agenda 21.¹⁴²

Do ponto de vista das funções, a principal diferença que se destaca entre o PNUMA e a Comissão sobre Desenvolvimento Sustentável é o foco que dirige aquele às questões exclusivamente de proteção do meio ambiente, enquanto esta tem por escopo os objetivos de integração da proteção ambiental com o desenvolvimento econômico e social, muitas vezes contraditórios. Nesse ponto, Desai¹⁴³ assinala que a criação da Comissão sobre Desenvolvimento Sustentável desviou a posição do PNUMA enquanto órgão de referência para a proteção internacional do meio am-

141 Decisão 1993/207 do Conselho Econômico e Social; Resolução 47/191 da Assembleia Geral, §§ 3º e 5º.

142 Nesse sentido, nos termos do Capítulo 38, da Agenda 21: “38.13. A Comissão sobre Desenvolvimento Sustentável deve desempenhar as seguintes funções: (a) Monitorar os progressos realizados na implementação da Agenda 21 e das atividades relacionadas com a integração dos objetivos de meio ambiente e desenvolvimento em todo o sistema das Nações Unidas, através de análise e avaliação de relatórios de todos os órgãos, organizações, programas e instituições pertinentes do sistema das Nações Unidas que se ocupam das diversas questões de meio ambiente e desenvolvimento, inclusive as relacionadas com finanças;

(b) Apreciar as informações oferecidas pelos governos, inclusive, por exemplo, sob forma de comunicações periódicas ou relatórios nacionais sobre as atividades para implementar a Agenda 21, os problemas enfrentados, tais como os relacionados com recursos financeiros e transferência de tecnologia e outras questões relativas a meio ambiente e desenvolvimento consideradas pertinentes;

(c) Examinar os progressos realizados no cumprimento dos compromissos contidos na Agenda 21, inclusive os relacionados com a oferta de recursos financeiros e transferência de tecnologia;

(d) Receber e analisar a informação pertinente das organizações não-governamentais competentes, inclusive dos setores científico e privado, no contexto da implementação geral da Agenda 21;

(e) Incentivar o diálogo, no âmbito das Nações Unidas, com as organizações não-governamentais e o setor independente, assim como com outras entidades alheias ao sistema das Nações Unidas;

(f) Apreciar, quando apropriado, a informação relativa aos progressos realizados na implementação das convenções sobre meio ambiente que possa ser colocada à disposição pelas Conferências de Partes pertinentes;

(g) Apresentar recomendações apropriadas à Assembleia Geral, através do Conselho Econômico e Social, com base em uma apreciação integrada dos relatórios e questões relacionadas com a implementação da Agenda 21;

(h) Apreciar, em momento apropriado, os resultados do exame que deverá fazer sem demora o Secretário Geral das Nações Unidas de todas as recomendações da Conferência sobre programas de capacitação, redes de informação, forças-tarefas e outros mecanismos destinados a apoiar a integração de meio ambiente e desenvolvimento nos planos regional e sub-regional.”

143 DESAI, Bharat. H. *Institutionalizing International Environmental Law*. Ardsley, NY: Transnational, 2004. p. 183.

biente no sistema das Nações Unidas.

De fato, a Comissão sobre Desenvolvimento Sustentável não tem desempenhado um papel de relevância com relação à ampliação dos instrumentos internacionais de proteção ambiental¹⁴⁴. Nesse sentido, o texto final Conferência do Rio+20 intenta substituí-la por um “fórum intergovernamental de alto nível”.

2. O DEBATE SOBRE A NECESSIDADE DE UMA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA O MEIO AMBIENTE

A ideia de criação de uma Organização Mundial para o Meio Ambiente começou a ser discutida a partir da proposta de criação de uma Agência Ambiental Internacional, ventilada em 1970 por George Kennan¹⁴⁵. Dois anos mais tarde, David Levien¹⁴⁶ também propôs uma Organização Mundial do Meio Ambiente nos moldes da Organização Mundial do Trabalho, de 1919.

Sem embargo, o resultado da Conferência de Estocolmo de 1972 não foi a institucionalização de uma nova Organização Internacional, mas, como já foi dito acima, a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, como órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU.

Diante da insatisfação com o PNUMA, na ocasião dos trabalhos preparatórios para a Conferência do Rio, em 1992, Palmer¹⁴⁷ chegou a defender que o método de criação do Direito Internacional Ambiental deveria ser modificado, baseando-se no funcionamento da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que se pautava pela necessidade de suprimento das lacunas no sistema normativo internacional. A proposta de Palmer evidentemente não foi aceita, dando lugar à criação da Comissão

144 Destaque apenas para a criação do Fórum das Nações Unidas para as Florestas, marco no qual se negociou o Instrumento Juridicamente não vinculante sobre todas as florestas (Resolução 2007/40 do Conselho Econômico e Social, de 17 de outubro de 2007).

145 KENNAN, George F. To Prevent a World Wasteland: A proposal. In: *Foreign Affairs*, vol. 48, n. 3, 1970. pp. 401-413.

146 LEVIEN, Lawrence David. Structural Model for a World Environmental Organization: The ILO Experience. In: *George Washington Law Review*, vol. 40, 1972. p. 464. Vide também: CHARNOVITZ, Steve. A world environment organization. In: CHAMBERS, Bradnee; GREEN, Jessica. *Reforming international environmental governance: from institutional limits to innovative reforms*. New York: United Nations University Press, 2005. pp. 93-123.

147 PALMER, Geoffrey. New Ways to Make International Environmental Law. In: *American Journal of Law*. vol. 86, 1992. p. 259.

para o Desenvolvimento Sustentável – CDS.

Assim, o debate sobre a constituição de uma nova organização internacional, com competência em nível mundial, se mantém aceso na doutrina. Lembram Bauer e Biermann¹⁴⁸ que a discussão sobre uma organização mundial do meio ambiente tem sido relativamente constante ao longo das quatro últimas décadas, concentrando-se principalmente nas três grandes Conferências mundiais auspiciadas pelas Nações Unidas, a saber, Estocolmo, Rio de Janeiro e Johannesburgo.

As propostas de criação de uma organização mundial para o meio ambiente oscilam consideravelmente. Há aqueles que defendem uma fusão do PNUMA com um organismo especializado existente, tal como a Organização Meteorológica Mundial, que dispõe de competências ambientais, para constituir um novo organismo especializado. Outros propõem uma organização supranacional, baseada nos preceitos da Declaração de Haia, de 1989¹⁴⁹. Entre esses dois extremos, há um grupo que sugere um modelo de gestão dos Acordos ambientais multilaterais e demais instrumentos e instituições de Direito Internacional Ambiental por intermédio de uma organização internacional inspirada na Organização Mundial do Comércio¹⁵⁰.

Para Daiane Lopes¹⁵¹, a eficácia da governança ambiental depende da coordenação dos instrumentos jurídicos e políticos por uma Organização Mundial do Meio Ambiente. Na sua visão, com estes instrumentos, seria possível alcançar:

[...] a criação de um sistema padronizado de relatórios ambientais e de acompanhamento; a racionalização e integração dos secretariados nos acordos multilaterais ambientais; um mecanismo de execução que vise o cumprimento dos acordos e de resolução de litígios, com poderes para sanções em caso de violação de leis ou acordos; disponibilizar e promover o desenvolvimento de capacidades, transferência de tecnologia e de recursos, de forma a permitir completa participação dos países em vias de desenvolvimento; por fim, a identificação de novas questões relevantes,

148 BAUER, Steffen; BIERMANN, Frank. The debate on a World Environment Organization: An Introduction. In: *A World Environment Organization. Solution or Threat for Effective International*: Ashgate, 2005. pp. 2-13.

149 PALMER, Geoffrey. New Ways to Make International Environmental Law. In: *American Journal of Law*. vol. 86, 1992. p. 178.

150 CHARNOVITZ, Steven. Toward a World Environment Organization: Reflections upon a Vital Debate. In: *A World Environment Organization. Solution or Threat for Effective International*: Ashgate, 2005. pp. 87-115.

151 LOPES, Daiane Hinrichsen. *Governança ambiental global*. Dissertação de mestrado em Direito Internacional e Relações Internacionais. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, 2009. pp. 92-94.

mas que são negligenciadas pro outros foros e instituições multilaterais.

Diferentemente, Oberthur e Gehring¹⁵² adotam uma posição contra a proliferação desmedida de novas estruturas institucionais, defendendo uma maior coordenação e melhor cooperação entre os mecanismos institucionais convencionais já existentes, uma vez que assim seria mais fácil oferecer respostas sintonizadas e adaptadas às distintas questões ambientais setoriais. No mesmo sentido, Moltke¹⁵³ considera a inter-relação entre os problemas ambientais e a emergência da cooperação entre os Estados para solucioná-las, mas salienta que a melhor resposta às peculiaridades das questões ambientais exige que haja um tratamento institucional específico para cada uma delas. Assim, advoga pela manutenção das estruturas convencionais *ad hoc* e pelo fomento à coordenação e cooperação entre os órgãos convencionais dos Acordos multilaterais que tratem de problemas conexos.

No âmbito da política internacional, desde que começou o seu mandato em 1996, o ex-secretário da ONU, Kofi Annan¹⁵⁴, tem propugnado pela reforma da ONU. Nesse sentido, explica Wagner Menezes:

O então Secretário-Geral, reconhecendo os avanços proporcionados pela ONU desde sua criação, e depois do fim da guerra-fria, que transformou o contexto internacional das missões e atividades da ONU, mas preocupado com os novos equilíbrios e instabilidades que ameaçariam a estabilidade internacional, iniciou sua agenda da reforma com uma visão ousada, em 14 de julho de 1997, com propostas e recomendações, como a ‘Renewing the United Nations: a Programme for Reform’, um documento de 95 páginas.

Kofi Annan pretendia reestruturar o Conselho de Administração Fiduciária para convertê-lo no principal órgão responsável pela gestão compartilhada do meio ambiente e zonas comuns¹⁵⁵. Descartada sua proposta, o debate sobre a criação de

152 OBERTHUR, S.; GEHRING, Th. Reforming International Environmental Governance: An Institutional Perspective on Proposals for a World Environment Organization. In: *A World Environment Organization. Solution or Threat for Effective International*: Ashgate, 2005. pp. 205- 234.

153 MOLTKE, Konrad Von. Clustering International Environmental Agreements as an Alternative to a World Environment Organization. In: *A World Environment Organization. Solution or Threat for Effective International*: Ashgate, 2005. pp. 175-203.

154 MENEZES, Wagner. Reforma da Organização das Nações Unidas: Perspectivas & Proposições a Partir do Direito Internacional. In: *IV Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional: O Brasil no mundo que vem aí* (Seminário sobre a reforma da ONU, 21 de agosto de 2009, RJ). Brasília: FUNAG, 2010. p. 222.

155 Renewing the United Nations: a Programme for Reform. (A/51/950, de 14 de julho de 1997), § 85.

uma organização mundial do meio ambiente se acirrou.

Baseado no mandato que resultou da Cúpula Mundial da ONU de 2005, o Presidente da 60ª Assembleia Geral da ONU, Jan Eliasson, lançou um processo de consultas informais no início de 2006. Os representantes permanentes do México, Embaixador Enrique Berruga, e da Suíça, Embaixador Peter Maurer, foram definidos como co-coordenadores desse processo, que reforça o trabalho do Painel de Alto-Nível criado por Kofi Annan. Várias reuniões com Governos, em 2006, tentaram identificar as maiores dificuldades e desafios do sistema ONU no seu trabalho com o meio ambiente e fazer propostas para melhorar a estrutura e o marco institucional para resolver tais dificuldades.

A partir de um processo de consulta informal, os co-coordenadores manifestaram em sua carta dirigida ao Diretor Executivo do PNUMA que os membros das Nações Unidas, no que tange à posição em face da reforma do sistema de governança internacional do meio ambiente, se colocam em dois grupos. O primeiro grupo, majoritário, estaria a favor da manutenção do esquema institucional existente, melhorando e incrementando as capacidades do PNUMA. Outro grupo, minoritário, é formado pelos amigos da Organização das Nações Unidas para o Meio Ambiente, favoráveis à transformação do PNUMA em um novo organismo especializado no âmbito das Nações Unidas¹⁵⁶.

Aos organismos especializados que fazem parte do sistema das Nações Unidas, são atribuídas competências em setores concretos da cooperação internacional, conforme assinala Velasco¹⁵⁷:

Esta configuração descentralizada do sistema permitiu aos organismos especializados dispor, por meio de seus respectivos aparatos institucionais, de plena autonomia no exercício das competências que lhes foram atribuídas pelos Estados em seus Tratados constitutivos. Nesta ordem de ideias, a especialização e o caráter complementar de suas atividades, em relação às realizadas pela ONU, se erigem em pressupostos que determinam a necessidade de coordenar o sistema da ONU. Desta forma, para que a coo-

156 A França se destacou no marco da iniciativa para constituir uma organização mundial do meio ambiente ao organizar a Conferência de Paris para uma governança ecológica mundial, nos dias 2 e 3 de fevereiro de 2007. Entre outras coisas, o foco estava na substituição do PNUMA por uma organização internacional de composição universal inspirada na Organização Mundial da Saúde. A união do grupo de amigos foi consequência desta Conferência, integrado atualmente por 52 Estados e organismos internacionais.

157 DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. 16. ed., Madrid: Tecnos, 2010. p. 367.

peração internacional seja plenamente eficaz necessita de um verdadeiro sistema de coordenação que abarque todas as atividades dos organismos especializados [...]. (Tradução nossa)

Enfim, se o PNUMA se transformasse em um organismo especializado no âmbito do sistema da ONU, teria mais autonomia em relação às suas manifestações de vontade perante a ONU; por outro lado, não poderia deixar de respeitar toda a estrutura de coordenação que está em processo de aperfeiçoamento¹⁵⁸ no âmbito da organização universal.

O Conselho de Administração do PNUMA estabeleceu um grupo consultivo de Ministros e representantes de alto escalão para elaborar e apresentar um conjunto de opções para melhorar a governança ambiental em nível internacional¹⁵⁹. Esse grupo consultivo realizou duas reuniões em 2009¹⁶⁰, ao término das quais propôs várias reformas graduais em curto prazo, advertindo inobstante a necessidade de reavaliar a idoneidade do atual sistema de governança ambiental internacional mediante a análise de reformas mais amplas¹⁶¹.

Por decisão do Conselho de Administração Fiduciária, em seu 11º Período Extraordinário de Sessões, o mandato do grupo consultivo foi prorrogado, com objetivo de apresentar conclusões na segunda reunião do comitê preparatório de composição aberta da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável e no 65º período de sessões da Assembleia Geral.

Com efeito, o resultado das reuniões deste grupo, em julho e novembro de

158 Gonzalez García enfatiza que a coordenação e eficácia do Sistema do ONU ainda não foram conquistadas. Dentre as causas, aponta a falta de autoridade da ONU como centro coordenador e ausência de técnicas de coordenação. (GONZALEZ GARCÍA, I. *Naciones Unidas y la coordinación para el desarrollo*. Madrid, 2005. p. 247).

159 Decisão 25/4 – Governança ambiental a nível internacional. (UNEP/GC/25/17, de 26 de fevereiro de 2009).

160 Uma em junho em Belgrado e outra em outubro em Roma.

161 O grupo reconheceu por meio de seu informe diversas opções que haviam sido abordadas por seus membros, a saber: (i) maior autoridade para o PNUMA; (ii) uma nova organização principal encarregada do desenvolvimento sustentável; (iii) um organismo especializado, por exemplo, uma organização mundial para o meio ambiente; (iv) possíveis reformas no Conselho Econômico e Social e na Comissão sobre o Desenvolvimento Sustentável; e (v) melhores reformas institucionais e racionalização das estruturas existentes. (Grupo consultivo de ministros ou representantes de alto nível. Conjunto de opções para melhorar a governança ambiental a nível internacional, § 13, “a” e “b”). In: Informe sobre as deliberações do Conselho de Administração/ Foro ambiental mundial a nível ministerial em seu 11º período extraordinário de sessões, Bali, Indonésia, 24 a 26 de fevereiro de 2010 (UNEP/ GCSS.XI/11, de 03 de março de 2010).

2010, salienta a persistência de divergências fundamentais em torno da reforma do sistema de governança ambiental internacional.

Como resultado no documento oficial do 23º Período de Sessões de Conselho de Administração do PNUMA¹⁶², no que tange à governança ambiental em nível internacional, ao Comitê Preparatório da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável apenas foi sugerido que, em seu exame acerca do marco institucional do desenvolvimento sustentável, considerasse as opções para uma reforma institucional mais ampla, mediante o aperfeiçoamento da governança ambiental internacional.

Apesar dos rumores¹⁶³ sobre uma possível revisão institucional do PNUMA em relação ao seu mandato e sobre a criação de uma Organização Mundial do Meio Ambiente, de acordo com o documento oficial “O futuro que queremos”¹⁶⁴, a questão da governança ambiental mundial, no contexto da Conferência do Rio+20, foi reafirmada pela necessidade de seu fortalecimento, com foco na integração das dimensões econômica, social e ambiental para o desenvolvimento sustentável. Assim, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, reconhecido como principal autoridade mundial ambiental, pelo documento, deverá ser fortalecido.

CONCLUSÃO

A atividade normativa da década que se seguiu à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de 1972 foi bastante intensa e alinhada com a

162 Decisión 26/1: Gobernanza ambiental a nivel internacional (UNEP/GC.26/L.4, 24 de febrero de 2011).

163 O secretário-geral da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), Sha Zukang, alguns meses antes do início da Conferência, declarou que existia a “possibilidade de criação de um órgão voltado para o meio ambiente dentro da Organização das Nações Unidas (ONU)”. Segundo Zukang, há dois entendimentos sobre o assunto. Um deles é o fortalecimento do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que já existe e reúne as principais demandas, discussões e ações do setor. A segunda possibilidade é transformar o PNUMA em uma organização mundial do meio ambiente. Esse órgão estaria no mesmo nível, por exemplo, de organizações existentes como a Organização Mundial do Comércio (OMC), que trata das regras comércio internacional, ou a Organização Mundial da Saúde (OMS), autoridade que dirige e coordena a ação na área de saúde das Nações Unidas. Como ambas as propostas estariam sendo discutidas, Zukang chegou a afirmar que se houvesse concordância sobre a segunda, deveria “estar claro como esta nova agência vai se relacionar com outras organizações já existentes de meio ambiente”. (PLATONOW, Vladimir. Secretário-geral da Rio+20 diz que ONU pode criar organismo mundial voltado para o meio ambiente. Agência Brasil. Empresa Brasil de Comunicação. Publicado em 06/03/2012).

164 Assembleia Geral das Nações Unidas. 66º Período de sessões (A/66/L.56, de 24 de julho de 2012).

mudança na percepção dos problemas ambientais, que não eram mais apenas locais ou regionais, mas se globalizaram. Por outro ângulo, a sociedade internacional assimilou que a proteção do meio ambiente não deve ser incompatível com o desenvolvimento econômico – tese do desenvolvimento sustentável.

A ONU tem exercido seu protagonismo na criação e conformação do Direito Internacional do Meio Ambiente, especialmente por intermédio da Assembleia Geral, que tem se ocupado, desde 1968, das questões de proteção do meio ambiente na qualidade de mecanismo intergovernamental de alto nível. Trata-se do principal órgão normativo e de avaliação das questões relativas às atividades que incidem sobre o meio ambiente, em especial das questões concernentes ao seguimento dos compromissos assumidos na Conferência do Rio-92, incluindo a observação da execução da Agenda 21.

O poder da Assembleia de estabelecer órgãos subsidiários tem contribuído para que sejam criadas, no sistema da ONU, agências especializadas, programas e comissões. Nesse sentido, os órgãos com funções especificamente dirigidas ao meio ambiente criados pela Assembleia Geral são o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e, posteriormente, a Comissão de Desenvolvimento Sustentável.

Com relação à sua participação no desenvolvimento normativo internacional ambiental, o PNUMA pode promover e iniciar as negociações para a elaboração de Tratados internacionais, mas carece de competência para sua adoção, bem como de um mecanismo de controle de sua aplicação. Em que pese essa ou outras deficiências, se comparado aos organismos especializados da ONU, é inegável que o PNUMA tem sido capaz de desempenhar um importante trabalho catalisador para cooperação internacional e de impulsionar a celebração de grande parte dos Tratados ambientais multilaterais universais.

As sugestões de criação de uma organização mundial para o meio ambiente oscilam consideravelmente. Há aqueles que acreditam em uma fusão do PNUMA com um organismo especializado existente, tal como a Organização Meteorológica Mundial, que dispõe de competências ambientais, para constituir um novo organismo especializado. Outros propõem uma organização supranacional, baseada nos preceitos da Declaração de Haia, de 1989. Entre esses dois extremos, há um grupo que sugere um modelo de gestão dos Acordos ambientais multilaterais e demais instrumentos e instituições de Direito Internacional Ambiental por uma organização internacional inspirada na Organização Mundial do Comércio

Apesar dos ruídos sobre uma possível revisão institucional do PNUMA em relação ao seu mandato e sobre a criação de uma Organização Mundial do Meio Ambiente, de acordo com o documento oficial “O futuro que queremos”, a questão da governança ambiental mundial, no contexto da Conferência do Rio+20, foi reafirmada pela necessidade de seu fortalecimento, com foco na integração das dimensões econômica, social e ambiental para o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, reconhecido como principal autoridade mundial ambiental, pelo documento, deverá ser fortalecido.

REFERÊNCIAS

BAUER, Steffen; BIERMANN, Frank. The debate on a World Environment Organization: An Introduction. In: *A World Environment Organization. Solution or Threat for Effective International*: Ashgate, 2005.

BEYERLIN, Ulrich. State Community Interests and Institution Building in International Environmental Law. In: *Heidelberg Journal of International Law (HJIL)*. Workshop on Institution-Building in International Environmental. 56. 1996.

CHARNOVITZ, Steve. A world environment organization. In: CHAMBERS, Bradnee; GREEN, Jessica. *Reforming international environmental governance: from institutional limits to innovative reforms*. New York: United Nations University Press, 2005.

CHARNOVITZ, Steven. Toward a World Environment Organization: Reflections upon a Vital Debate. In: *A World Environment Organization. Solution or Threat for Effective International*: Ashgate, 2005.

CHURCHILL, Robin R.; ULFSTEIN, Geir. Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law. In: *The American Journal of International Law*. 94, n. 4, Washington: American Society of International Law. 2000.

DESAI, Bharat. H. *Institutionalizing International Environmental Law*. Ardsley, NY: Transnational, 2004.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. 16. ed., Madrid: Tecnos, 2010.

GONZALEZ GARCÍA, I. *Naciones Unidas y la coordinación para el desarrollo*. Madrid, 2005.

HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAEELKE, Durwood. *International environmental law and policy*. New York: Foundation Press, 2007.

KENNAN, George F. To Prevent a World Wasteland: A proposal. In: *Foreign Affairs*, vol. 48, n. 3, 1970.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to International Environmental Law*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

KISS, Alexandre; SICAULT, Jean-Didier. *La Conférence des Nations Unies sur l'Environnement*. Stockholm. AFDI XVIII, 1972.

KISS, Charles; BEURIER, Jean-Pierre. *Droit International de l'Environnement*. Paris : A. Pedone, 2004.

LEVIEN, Lawrence David. Structural Model for a World Environmental Organization: The ILO Experience. In: *George Washington Law Review*, vol. 40, 1972.

LOPES, Daiane Hinrichsen. *Governança ambiental global*. Dissertação de mestrado em Direito Internacional e Relações Internacionais. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, 2009.

MENEZES, Wagner. Reforma da Organização das Nações Unidas: Perspectivas & Proposições a Partir do Direito Internacional. In: *IV Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional: O Brasil no mundo que vem aí* (Seminário sobre a reforma da ONU, 21 de agosto de 2009, RJ). Brasília: FUNAG, 2010.

MOLTKE, Konrad Von. Clustering International Environmental Agreements as an Alternative to a World Environment Organization. In: *A World Environment Organization. Solution or Threat for Effective International*: Ashgate, 2005.

NETO, Temístocles Marcelos; JAKOBSEN, Kjeld. *Joanesburgo – objetivos não atingidos*, *apud* NALINI, Renato. *Ética ambiental*. 2. ed., São Paulo: Millennium, 2003.

OBERTHUR, S.; GEHRING, Th. Reforming International Environmental Governance: An Institutional Perspective on Proposals for a World Environment Organization. In: *A World Environment Organization. Solution or Threat for Effective International*: Ashgate, 2005.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PALMER, Geoffrey. New Ways to Make International Environmental Law. In: *American Journal of Law*. vol. 86, 1992.

PLATONOW, Vladimir. Secretário-geral da Rio+20 diz que ONU pode criar organismo mundial voltado para o meio ambiente. Agência Brasil. Empresa Brasil de Comunicação. Publicado em 06/03/2012.

SACHARIEW, K. Promoting Compliance with International Environmental Legal Standards: Reflections on Monitoring and Reporting Mechanisms. In: *Yearbook of International Environmental Law*, n. 2, 1991.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção Internacional do Meio Ambiente*. São Paulo: Manole, 2003.

VAN DER VYVER, J. D. The Environment, State Sovereignty, Human Rights, and Armed Conflict. Public Law and Legal Theory Research Paper Series. In: Emory International Law Review, vol. 23, 2009.

7

O CONSELHO DE SEGURANÇA E OS DIREITOS HUMANOS

SILVIA FERRAZ IVAMOTO

Advogada, graduada pela PUC-SP e mestranda em Direito Econômico Internacional pela PUC-SP. E-mail: silvia.f.ivamoto@hsbc.com.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breves considerações históricas sobre o Conselho de Segurança. 2. Novo paradigma internacional: os Direitos Humanos 3. Os Direitos Humanos e a Carta das Nações Unidas. 4. Direitos humanos como *jus cogens*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As Nações Unidas têm vivido momentos marcantes desde o seu nascimento. Com objetivos desafiadores de manutenção da paz e da segurança internacionais, a ONU, junto com os Estados membros, “amantes da paz,” estabeleceram princípios norteadores da convivência internacional tais como: segurança coletiva, solução pacífica de controversas, autodeterminação, não ingerência, entre outros¹⁶⁵.

Todavia, a modernidade que deveria ser de paz e prosperidade globalizada, releva-se marcada por atrocidades e pelo terrorismo, mas também pela luta incisiva do Direito Internacional para humanizar as relações humanas.

Nesse contexto, não se pode negar os paradigmas existentes do mundo pós Segunda Guerra Mundial, e os novos, que surgiram com o século XX, tais como: os direitos humanos, a cidadania internacional, a sociedade civil internacional, o meio ambiente, que modificaram sensivelmente a possibilidade da sociedade internacional

165 FONTOURA, Jorge. *Reforma da ONU: O fracasso anunciado*. Apud: Araminta de Azevedo Mercadante e José Carlos de Magalhães (coord.). *Reflexões sobre os 60 Anos da ONU*. Editora Unijal: 2005. p. 538.

realizar-se dentro do atual “Sistema de Estados”¹⁶⁶, segundo Carlos Roberto Husek.

Observou-se, ao longo das últimas décadas, o processo de internacionalização dos direitos humanos, que passaram a não ficar mais restritos à soberania dos Estados. A universalidade dos direitos humanos foi consagrada com a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, que teve como premissas básicas o fato de que os direitos humanos eram inerentes à pessoa, anteriores à qualquer forma de organização política ou social e que a ação protetiva de tais direitos não se esgotava e nem poderia esgotar-se na ação do Estado, como veículo principal da promoção¹⁶⁷.

A adoção da Carta da ONU em 1945 e logo em seguida (1948) a adoção universal dos direitos humanos “transformaram, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil¹⁶⁸”.

O preâmbulo da Carta da ONU já demonstrava a expectativa dos seus redatores, que mencionava:

os povos das Nações Unidas, decididos a preservar as gerações futuras do flagelo da guerra (...) e reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade, e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas (...) e para tais fins (decidem) unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum¹⁶⁹.

Como principal objetivo da organização internacional, constituída no momento delicado do pós guerra, está a manutenção da paz e da segurança internacional. A redação da Carta da ONU enfatizou a preocupação dos Estados com a questão ao mencionar que a ONU,

lutará para manter a paz e a segurança internacionais e, para este fim, tomar coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outros qualquer forma de ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios de justiça e do

166 HUSEK, Carlos Roberto. *A Nova (Des) Ordem Internacional ONU: Uma vocação para a paz*. Doutorado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2004. 421. Tese (Doutorado em Direito). p. 1.

167 HUSEK, Carlos Roberto. *A Nova (Des) Ordem Internacional ONU: Uma vocação para a paz*. Doutorado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2004. 421. Tese (Doutorado em Direito). p. 86.

168 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 30 *apud*: SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 130.

169 Carta da ONU.

direito internacional, a um ajuste ou solução das controversas ou situação que possam levar a uma perturbação da paz¹⁷⁰.

O objetivo de manutenção da paz e segurança internacional está sob responsabilidade do Conselho de Segurança, poder este conferido pelos Estados Membros da organização a tal órgão.

Para o fim de perseguir este objetivo, a Carta da ONU estabeleceu o mecanismo de solução de conflitos enumerando algumas medidas a serem adotadas pelo Conselho de Segurança. Quando o Conselho de Segurança verificar a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, deverá tomar as medidas estabelecidas na Carta da ONU para o fim de reestabelecer a paz ou assegurá-la.

Na sociedade internacional em que se verifica a existência de novos paradigmas, entre eles aquele que pôs o ser humano no centro do sistema internacional, questiona-se se o Conselho de Segurança, detentor de legitimidade jurídica para o uso da força, deveria, em suas decisões, levar em conta os direitos humanos. Em outras palavras, se a ação intentada pelo Conselho de Segurança, mediante uso de forças aéreas, navais e terrestres, ou mesmo mediante adoção de outras medidas, seria incompatível com o respeito aos direitos humanos face ao objetivo maior de tal órgão na manutenção da paz e seguranças internacionais.

No que se refere aos seus Estados Membros, a Carta das Nações estabelece que o Conselho de Segurança deve agir em nome deles, ficando os Estados obrigados a proporcionar ao Conselho de Segurança, a seu pedido e em conformidade com o acordo ou acordos especiais, forças armadas, assistência e facilidades, inclusive direitos de passagem, necessários à manutenção da paz e da segurança internacionais. Nesse sentido, questiona-se se os Estados são obrigados a cumprir as decisões do Conselho de Segurança ainda que estejam em desacordo com as obrigações assumidas pelos Estados em outros acordos internacionais firmados relativos aos direitos humanos.

Em breve síntese, buscar-se investigar no presente artigo se os direitos humanos se enquadram em um patamar diferenciado no direito internacional que obrigaria sua observância pelo Conselho de Segurança e pelos Estados Membros da ONU quando forem tomadas medidas para preservação da paz e seguranças internacionais independentemente do disposto na Carta da ONU e das atribuições do

170 Carta da ONU.

Conselho de Segurança ou, por outro lado, se o paradigma voluntarista do direito internacional (que não valora interesses e aceita o determinado, pela manifestação da vontade dos Estados, nos tratados internacionais) deveria prevalecer para o fim de justificar as medidas necessárias tomadas pelo Conselho de Segurança em nome da preservação da paz e da segurança internacional. Esta e outras questões correlatas serão investigadas no presente texto.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O CONSELHO DE SEGURANÇA

O Conselho de Segurança teve como embrião o “Conselho” da extinta Sociedade das Nações. A Sociedade das Nações foi criada pelo próprio Tratado de Versalhes e tinha como objetivos essenciais: a segurança coletiva, resultante do princípio de que a “a ameaça a um representava uma ameaça de todos”, a arbitragem como meio normal de resolução de conflitos, a limitação de armamentos¹⁷¹.

Diferentemente da ONU, a Sociedade das Nações era composta por apenas dois órgãos, quais sejam, a Assembleia e o Conselho, os quais eram auxiliados pelo Secretariado Permanente, que não tinha, por sua vez, a gradação ou graduação de órgão.

O Conselho era composto de nove membros, sendo cinco permanentes. Assim como se verifica na ONU, nascida anos depois, a Sociedade das Nações foi criada a partir de uma aliança militar e no contexto do pós-guerra mundial. Daí porque, tal como se observa no Conselho de Segurança da ONU, os cinco membros permanentes da Sociedade das Nações correspondiam aos países vencedores da Primeira Guerra Mundial: os Estados Unidos da América, a Grã Bretanha, a Itália, o Japão e a França. Na Sociedade das Nações, os membros não permanentes eram designados livremente pela Assembleia à sua escolha e não eleitos pela Assembleia Geral, como se verifica no atual sistema onusiano.

O artigo 15, § 7º da Liga das Nações previa a intervenção do Conselho na resolução de conflitos dos Estados Membros. Nesse sentido, estabelecia o dispositivo que se o problema entre dois Estados não fosse resolvido mediante arbitragem ou decisão judicial, a questão deveria ser levada ao Conselho. A Sociedade das Nações, portanto, impunha etapas que deveriam ser percorridas pelos Estados membros antes

171 RIBEIRO, Manual de Almeida. *A Organização das Nações Unidas*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p.35.

de submeterem a questão à apreciação do Conselho: os Estados deveriam sujeitar-se à arbitragem ou à solução judicial, nos termos do artigo 12.

Quando submetida a questão ao Conselho, este órgão deveria realizar um relatório, que seria objeto de votação entre seus membros para conhecer a situação do pleito e recomendar as soluções que entendessem mais adequadas. Caso as conclusões do relatório fossem tomadas de forma unânime pelos seus membros, os Estados Membros comprometiam-se a não recorrer ao conflito armado. Se, por outro lado, as conclusões do relatório não fossem tomadas por unanimidade de seus membros, os Estados reservaram-se o direito de agir na defesa de seus interesses¹⁷².

Caso, todavia, um Estado membro viesse recorrer à guerra, em desrespeito aos compromissos assumidos nos artigos 12, 13 ou 15 do Pacto, seria considerado que aquele Estado cometeu ato de guerra contra todos os Estados membros da sociedade, obrigando-se os demais a romper relações comerciais ou financeiras, bem como proibir todas as relações entre seus nacionais e os do Estado que tiver rompido o Pacto e a fazer cessar todas as comunicações financeiras, comerciais ou pessoais entre os nacionais desse Estado e os de qualquer outro Estado¹⁷³.

Como observado por Manual de Almeida Ribeiro,

o Pacto das Nações não excluía peremptoriamente o uso da força em todas as situações. Apenas o proibia, em qualquer caso, nos termos do artigo 10, ou contra uma decisão arbitral ou judicial, ou ainda na hipótese, aliás de difícil verificação, de uma deliberação unânime do Conselho em sentido contrário. Era assim, um sistema de limitação do recurso ao uso da força sem eliminação total desta possibilidade¹⁷⁴.

Os mecanismos de manutenção da paz dependiam, todavia, da boa-fé dos Estados Membros, pois contavam com os esforços destes com o objetivo de criar um clima de confiança que pudesse reforçar a paz e a segurança no plano internacional. Como se bem sabe, a Liga das Nações teve sucesso em questões menores, surgidas durante as duas guerras mundiais, mas foi incapaz de opor-se à agressão das grandes

172 RIBEIRO, Manual de Almeida. *A Organização das Nações Unidas*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 36.

173 Artigo 16 do Pacto das Nações.

174 RIBEIRO, Manual de Almeida. *A Organização das Nações Unidas*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 37.

potências, conduzindo o mundo a um novo conflito generalizado¹⁷⁵.

O Conselho foi apontado como órgão demasiadamente enfraquecido para responder aos desafios da segurança internacional. Apesar da criação do Conselho de Desarmamento em 1925, quando Hitler assumiu o poder em 1933, estabelecendo como um dos seus principais objetivos a adoção pela Alemanha de importante forças armadas, ficava claro que o fracasso do Conselho em atingir seus objetivos para os quais foi criado, uma vez que a Europa caminhava novamente para um segundo conflito mundial.

Contudo, seu fracasso não significou a derrota das organizações internacionais. Ao contrário, os vencedores da Segunda Guerra Mundial extraíram lições dos problemas que permeavam a Liga das Nações. Em que pese o fato de as duas organizações nascerem de guerras mundiais, a Organização das Nações Unidas foi levada a desenvolver outras funções, distintas da manutenção da paz e da segurança internacionais.

A Carta da ONU, assinada em 25 de junho de 1945 em São Francisco (EUA) por cinquenta e um Estados, permite o acesso às instâncias decisórias somente a um pequeno e seleto grupo de países que comporiam o Conselho de Segurança¹⁷⁶. Enquanto a Assembleia Geral se demonstra como espaço de representatividade entre os Estados, colocando-os num mesmo plano jurídico, o Conselho de Segurança é composto pelas grandes potências vencedoras da guerra, capazes militarmente e com interesses generalizados.

Tornava-se evidente, portanto, que o sucesso da nova organização internacional somente seria eficaz se contasse com a aprovação das grandes potências. Daí porque a solução encontrada na Conferência de Yalta realizada em 1945 entre Churchill, Roosevelt e Stalin foi diferenciar os países membros do Conselho de Segurança entre permanentes e transitórios. Qualquer decisão que seja tomada pelo Conselho de Segurança não deveria sofrer a oposição de nenhum dos seus membros. Surgiu, assim, o chamado poder de veto.

Desde sua constituição, o Conselho de Segurança é criticado por alguns dos Estados Membros no que refere a não observância do princípio da igualdade soberana das Nações, tal como previsto na Carta da ONU, uma vez que atribuição

175 SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 112.

176 Composição do Conselho de Segurança da ONU: EUA, França, Rússia, Reino Unido e China.

de decisão a poucos Estados – os membros permanentes - coloca-os em patamar diferenciado. Aliás, a importância de países como Japão e Alemanha, bem como a ascensão econômica de países como Brasil e Índia no cenário internacional, obrigam a refletir se a composição atual do Conselho de Segurança manifesta a representatividade dos cinco continentes.

A segurança apresentou-se como primeiro e principal objetivo da nova organização internacional, a qual estabeleceu que a

ONU lutará para manter a paz e a segurança internacionais e, para este fim, tomar coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar à perturbação da paz.

Ao estabelecer em seu artigo 39 que o Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz ou ato de agressão, e, fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou reestabelecer a paz a segurança internacionais, a Carta abriu um amplo leque de interpretação e atuação, direta e material, para os Estados, em particular para os Estados permanentes, do Conselho de Segurança.¹⁷⁷

Somado ao fato de que as regras contidas na Carta da ONU sobre as decisões do Conselho de Segurança são bem abrangentes, considera-se também a ausência de previsão da Carta da ONU sobre um controle legalista das decisões do Conselho¹⁷⁸.

Carlos Roberto Husek ao expor sobre atos praticados pelo Conselho de Segurança questiona se, ao menos, estes atos estariam submetidos ao controle da Corte Internacional de Justiça. A conclusão a que chega é negativa, “porque não há no Estatuto da Corte a competência para julgamento da legalidade ou não de um ato do Conselho, embora um Estado ou grupo de Estados possa pedir um parecer da Corte e esta deverá julgar o caso nos termos da Carta da ONU, isto é, a “constitucionalidade” dos atos do Conselho de Segurança....os atos do Conselho de Segurança

177 SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 133.

178 CASTRO MENDES, Helena Correa. *A Reforma do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas*. Doutorado em Direito. São Paulo: USP/SP, 2010. 430p. Tese (Doutorado em Direito). p. 218.

carecem de fiscalização e, no domínio do poder, no sistema de Estados, o mundo fica à mercê dos mais poderosos.¹⁷⁹”

Aliás, sobre este tema Hans Kelsen, com sua singular concepção sobre o direito internacional, percebeu como primeiro grave problema da ONU a escolha de uma instância executiva como seu órgão mais importante, dotado pela primeira vez na história de monopólio de uso da força na esfera internacional¹⁸⁰.

De acordo com o entendimento de Kelsen, somente um órgão poderia ser detentor do poder, cuja compreensão depende da capacidade de diferenciar três dimensões de uma situação conflituosa: a) o juízo sobre a existência ou não de uma infração internacional; b) verificado o delito, o juízo sobre a sanção que será aplicada ao Estado faltoso e c) o juízo sobre quem aplicará a sanção e em que condições¹⁸¹.

Ao analisar o pensamento de Kelsen sintetizado por Cécile Tournaye, Ricardo Seitenfus¹⁸² defende a existência de um órgão jurisdicional para decidir as questões relativas à segurança internacional ao mencionar que

uma vez imparcial e tecnicamente correto, o juízo de existência de delito frearia a atitude belicosa dos Estados mais forte. Isto ocorreria porque os Estados não perderiam o direito de exercer a força, sozinhos ou em alianças, desde que o órgão jurisdicional entendesse pela existência de delito a ser reparado. Haveria, assim uma descentralização da execução da sanção, espécie de justiça privada, embora seja ela considerada um ato coletivo, da organização, quando constatada sua legitimidade.

Sobre as medidas que podem ser adotadas pelo Conselho de Segurança da ONU, pode-se mencionar inicialmente o congelamento de conflitos com a adoção de medidas provisórias (artigo 40 da Carta da ONU).

Em segundo lugar, tem-se a aplicação pelos Estados-Membros de certas medidas, sem a utilização de forças armadas, tais como a “interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos,

179 HUSEK, Carlos Roberto. *A Nova (Des) Ordem Internacional ONU: Uma vocação para a paz*. Doutorado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2004. 421. Tese (Doutorado em Direito). p. 1.

180 SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 148.

181 SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 148.

182 SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 149.

aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie, e o rompimento de relações diplomáticas” (artigo 41 da Carta da ONU).

Ademais, o Conselho pode também levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter a paz e a segurança internacional, conforme já mencionado acima.

Assim, observa-se que todas as medidas mencionadas acima podem ser tomadas pelo Conselho de Segurança de acordo com exclusivos critérios dos seus membros e sem que se tenha um controle da legalidade de seus atos, já que não há, a princípio, nenhum órgão internacional com legitimidade para rever as decisões tomadas por tal órgão.

Ao assumir feições políticas, com desigual distribuição de poder entre os membros de primeira e de segunda categoria, fica nítida a parcialidade do atual Conselho de Segurança, órgão tipicamente executivo. Resta claro que este detém um poder discricionário, não técnico jurídico, para constatar uma violação da ordem, o que coloca em dúvida a condição jurídica de suas medidas coercitivas. Face à hegemonia institucionalizada dos detentores de poder de veto, político e parcial, o Conselho leva os Estados a considerar mais importante estar protegidos pelos grandes do que respeitar o direito.¹⁸³

Diante do poder discricionário do Conselho de Segurança, cuja representatividade internacional é frequentemente questionada, faz-se necessário analisar se há limites que deveriam ser observados na edição e execução de Resoluções por tal órgão, tais como o respeito aos direitos humanos.

2. NOVO PARADIGMA INTERNACIONAL: OS DIREITOS HUMANOS

A ONU nasceu numa época em que os paradigmas eram outros. A partir de 1990, o eixo Leste-Oeste das relações internacionais, tais como configurados ao final da Segunda Guerra Mundial, parecem estar sendo substituídos por novas formas de estruturação da sociedade internacional.

Essa estruturação emergiu a partir do estabelecimento gradual de novos paradigmas internacionais, nos âmbitos políticos, valorativos e econômicos, tais como:

183 SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 149.

direitos humanos, meio ambiente, minorias, populações indígenas e narcotráfico.¹⁸⁴

Faz-se necessário “abrir parênteses” para definir paradigma, que na lição de Thomas Kuhn, é “o total de convicções, valores, técnicas, que os membros de uma comunidade partilham.” E de acordo com Carlos Roberto Husek:

não é a ideologia que nos interessa, mesmo porque ela afasta (ou unifica, utilizando a imagem de Milton Santos), não une, não convence a nossa sensorialidade. A ideologia é invasiva, indutora, dominadora, rude. O paradigma é arquétipo, protótipo. Não induz, seduz; não domina, convence; não invade, atrai¹⁸⁵.

Tais paradigmas, que têm por base o ser humano, exigem, aos poucos, a modificação estrutural do sistema internacional¹⁸⁶. Isto porque a soberania dos Estados não permitiu até bem pouco tempo atrás que os direitos humanos escapassem da órbita territorial dos Estados.¹⁸⁷

Assim, os direitos humanos não devem ser resguardados pelos Estados, mas sim devem ser proclamados como inerentes à pessoa, independentemente do território que nasceu, da organização política que pertencer, do seu nome civil. Como se sabe, a universalização dos direitos humanos consagrada pela Declaração dos Direitos do Homem em 1948 teve como efeito provocador as abusividades verificadas durante a Segunda Guerra Mundial, especialmente em razão do holocausto dos judeus.

Antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a proteção aos direitos do homem estava mais restrita apenas a algumas legislações internas dos países como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789¹⁸⁸. As questões humanitárias somente integravam a agenda internacional quando ocorria determinada guerra, mas logo em seguida mencionava-se o problema da ingerência no Estado

184 VIGEVANI, Tulio. *Política externa no período FHC: a busca de autonomia pela integração*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702003000200003&script=sci_arttext. Acessado em: 20.10.12 às 16:50hs.

185 HUSEK, Carlos Roberto. *A Nova (Des) Ordem Internacional ONU: Uma vocação para a paz*. Doutorado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2004. 421. Tese (Doutorado em Direito). p. 70.

186 HUSEK, Carlos Roberto. *A Nova (Des) Ordem Internacional ONU: Uma vocação para a paz*. Doutorado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2004. 421. Tese (Doutorado em Direito). p. 74.

187 HUSEK, Carlos Roberto. *A Nova (Des) Ordem Internacional ONU: Uma vocação para a paz*. Doutorado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2004. 421. Tese (Doutorado em Direito). p. 74.

188 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 217.

soberano e a discussão morria gradativamente¹⁸⁹.

Apenas uma exceção à concepção de soberania era admitida no período anterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos que dizia respeito à responsabilidade dos Estados soberanos por danos de estrangeiros em seu territórios, quando se reconhecia que o tratamento conferido a determinado estrangeiro representava afronta ao direito do Estado da nacionalidade daquele estrangeiro. .

No processo de internacionalização dos direitos humanos, portanto, foi se criando uma sistemática internacional de proteção, segundo a qual se torna possível a responsabilização do Estado no plano externo, quando internamente, os órgãos competentes não apresentariam respostas definitivas para a proteção dos direitos humanos.

Como bem definiu Dubas,

O Estado Nacional não dispõe mais, de fato, do monopólio da soberania jurídica; tem de conviver com a intervenção de uma série de novos atores como escritórios jurídicos, ONGs, instituições internacionais e nações hegemônicas, como os espaços jurídicos nacionais são mais e mais transnacionalizados, esses novos ‘regimes jurídicos’ são progressivamente introduzidos na cena. Direitos do homem, direitos de propriedade, direitos de diplomatas e de meio ambiente são alguns dos exemplos dos domínios nos quais os contextos internacionais e nacionais esfumaçam as fronteiras e definem novos traçados, transformando-se em instrumentos de poder e objetos de barganha¹⁹⁰.

Em que pese a universalidade dos direitos humanos ter sido consagrada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, aos poucos o velho conceito de soberania absoluta, que considerava os Estados como os únicos sujeitos de direito internacional público foi sendo deixada de lado. De acordo com Flávia Piovesan¹⁹¹, o antecedente que mais contribuiu para formação dos direitos humanos foi a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), após a Primeira

189 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 217

190 *Atores e Poderes na Nova Ordem Global*, p. 144. *Apud* FINKELSTEIN, Claudio. *Jus cogens como Paradigma do Metaconstitucionalismo de Direito Internacional*. Livre Docência em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2010. 237p. Tese (Livre Docência em Direito). p. 100.

191 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 4 ed. p 123 *Apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 216.

Guerra Mundial, com o objetivo de estabelecer critérios básicos de proteção ao consumidor, regulando sua condição no plano internacional, tendo em vista a assegurar padrões mais condizentes de dignidade e de bem estar social.

É neste contexto que começam a aparecer os primeiros contornos do Direito Internacional dos Direitos Humanos que, consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estabeleceu-se a que sua observância não seria apenas um assunto particular do Estado e relacionado à sua jurisdição interna, mas também matéria de interesse internacional e objeto da própria regulação do direito internacional.

Sobre este tema, nos valemos da lição de Vladmir Silveira¹⁹², segundo o qual:

não existe um mecanismo para solucionar as brechas do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ou outros tratados dos direitos humanos) que compelem um Estado a honrar suas obrigações, à medida que o direito internacional público respeita a soberania dos Estados. Não obstante, o caráter imperativo de atuar com boa-fé obriga o Estado a observar e traduzir com diligência a promessa de cumprir com todos os direitos humanos e os parâmetros de abordagem adequados que se articulam nos tratados internacionais de direitos humanos, com o fim de assegurar o gozo efetivo dos mesmos. Nesse particular, importante frisar que mesmo sem a ratificação, existe uma obrigação moral e ética que se torna vinculante, com base nas leis eternas e naturais.

Cabe observar que mesmo sem a ratificação de tratados de direitos humanos pelos Estados, estar-se-ia diante de uma modalidade de direito em que obriga os Estados terceiros e a comunidade internacional como um todo que, de acordo com Vladmir Silveira, derivaria de uma obrigação moral e ética que os tornaria vinculantes.

Cançado Trindade, todavia, parece não ter certeza do caráter vinculativo dos direitos humanos, pois sustenta que os tratados em geral são analisados do mesmo modo que os tratados acerca de direitos humanos. Daí a conclusão de que os tratados sobre direitos humanos vinculam os Estados partes signatários, estabe-

192 V. O. SILVEIRA, *O Direito ao Desenvolvimento na Doutrina Humanista do Direito Econômico*, p.194. *Apud* FINKELSTEIN, Claudio. *Jus cogens como Paradigma do Metaconstitucionalismo de Direito Internacional*. Livre Docência em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2010. 237p. Tese (Livre Docência em Direito). p.90.

lecendo padrões comuns de comportamento para tais Estados. Apesar de equiparar os tratados comuns àqueles que versam sobre direitos humanos, Cançado Trindade pondera que eventuais limitações a estes tratados devem ser cuidadosamente analisadas¹⁹³.

Tal lógica de que os tratados fazem leis entre as partes e de que, portanto, as partes tem a liberdade de excluir parcelas do texto que não a convenham, leva a questionar se os tratados de direitos humanos poderiam ser derogados em parte.

Segundo a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados entre os Estados e organizações internacionais de 1986, os Estados podem formular reservas por meio de declarações unilaterais com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado em sua aplicação a ele. Não obstante esse dispositivo na Convenção de Viena, parece que os Estados não poderiam derogar parte dos tratados que versarem sobre os direitos humanos, de acordo com os exclusivos critérios, pois se estaria diante de uma esfera do direito internacional em que tais derrogações não seriam possíveis, pois representariam valores essenciais, definidos como tais pela comunidade internacional.

Sobre esse tema, não se pode deixar de mencionar que muito se discutiu sobre a diversidade cultural, isto é, se a proteção aos direitos humanos esbarrariam nas diversidades econômicas e culturais de cada país, as quais deveriam ser respeitadas a todo custo.

Cabe mencionar as lições de Alberto do Amaral Júnior¹⁹⁴, segundo o qual:

Enquanto os EUA e as nações ocidentais sustentam a universalidade dos direitos humanos, que deveria sobrepor-se às soberanias nacionais, muitos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, liderados pela China, sublimaram o relativismo dos direitos humanos, que seriam a expressão dos valores ocidentais. Nesse sentido, conforme se alegou, nações com diferentes graus de desenvolvimento econômico e tradições culturais teriam concepções distintas de direitos humanos. Os EUA defenderam a posição segundo a qual nenhum país, com base no relativismo, poderia deixar de

193 CANÇADO TRINDADE, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. II, p. 57. *Apud* Finkelstein, Claudio. *Jus cogens como Paradigma do Metaconstitucionalismo de Direito Internacional*. Livre Docência em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2010. 237p. Tese (Livre Docência em Direito). p. 100.

194 AMARAL JUNIOR, Alberto. Entre ordem e desordem: o direito internacional em face da multiplicidade de culturas. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 8, n 31, abr/jun. 2000, p. 38 *Apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 217.

reconhecer e garantir os direitos humanos.

Assim, não se pode levar em conta especificidades levantadas por religiões ou político religiosas de países islâmicos e asiáticos que entendem que as regras de direitos humanos não, na verdade, máximas ocidentais que desprezam as particulares regionais para justificar o desrespeito aos direitos humanos.¹⁹⁵

A característica da universalidade desses direitos aponta cada vez mais o dever dos Estados de promover e proteger os direitos humanos violados, independentemente de seus respectivos sistemas legais, de questões culturais, sociológicas ou econômicas, não mais se podendo questionar, portanto, a inobservância dos direitos humanos com base no relativismo cultural ou mesmo com base na soberania dos Estados.

Como se pode observar, o novo paradigma que tem por base o ser humano criou uma nova forma de estruturação da sociedade internacional em que a soberania dos Estados não permitia até bem pouco tempo atrás. Como mencionamos anteriormente, estar-se-ia diante de uma modalidade de direito que obrigaria a comunidade internacional independentemente de especificidades culturais ou da vontade dos Estados no âmbito internacional.

Diante do novo paradigma internacional que se impõe, faz-se necessário analisar se ao Conselho de Segurança da ONU é atribuído o dever de respeito aos direitos humanos, em que pese o fato de este órgão ter sido criado profundamente influenciado pelo clima do final da Segunda Guerra Mundial, na qual a paz e a segurança internacional eram os bens supremos. Embora os objetivos deste órgão estejam ligados às questões de segurança internacional, parece que o Conselho de Segurança está obrigado à promoção da tutela dos direitos humanos, ainda que tais encargos não lhe tivessem sido outorgados expressamente pela Carta das Nações Unidas.

3. OS DIREITOS HUMANOS E A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Conforme já mencionado na introdução do presente texto, o preâmbulo da Carta da ONU já demonstrava a expectativa dos seus redatores, que mencionava:

195 HUSEK, Carlos Roberto. *A Nova (Des) Ordem Internacional ONU: Uma vocação para a paz*. Doutorado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2004. 421. Tese (Doutorado em Direito). p.74.

os povos das Nações Unidas, decididos a preservar as gerações futuras do flagelo da guerra [...] e reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade, e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas [...] e para tais fins (decidem) unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum [...]¹⁹⁶.

Além da menção feita aos direitos humanos no preâmbulo da Carta da ONU, tais direitos foram novamente citados entre os propósitos das Nações Unidas, como um dos objetivos pelos quais tal organização internacional trabalharia para estimular a promoção de tais direitos.

Não obstante as menções aos direitos humanos no preâmbulo e no propósito da Carta da ONU, há também referência explícita de tais direitos na listagem das responsabilidades confiadas à Assembleia Geral (artigo 13)¹⁹⁷.

Outras referências aos direitos humanos estão previstas no artigo 55 da Carta da ONU que trata da cooperação internacional e social internacional, a qual todos os Estados membros estão comprometidos, bem como nos artigos 62 e 68 que tratam do próprio Conselho Econômico e Social, operado sobre a autoridade da Assembleia Geral.

Os órgãos incumbidos da proteção e tutela dos direitos humanos – Assembleia Geral e Conselho Econômico e Social – foram dotados pela Carta da ONU de poder específico, o de iniciar estudos, destinados exclusivamente a capacitá-los e impulsionar o maquinário onusiano na proteção dos direitos humanos¹⁹⁸.

Como se pode notar, há poucos dispositivos dedicados aos direitos huma-

196 Carta das Nações Unidas (grifos nossos).

197 “Artigo 10 da Carta da ONU - 1. A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a:

a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação;

b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

2. As demais responsabilidades, funções e atribuições da Assembleia Geral, em relação aos assuntos mencionados no parágrafo 1(b) acima, estão enumeradas nos Capítulos IX e X.”

198 PEREIRA DOS ANJOS, Claudia Giovannetti. *Atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas nas Crises Humanitárias na Década de 1990*. São Paulo: USP/SP, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) p. 62.

nos no texto da Carta da ONU, sendo que a presença de imperativos de proteção da dignidade do ser humano do referido texto é muito mais pressentida do que concretamente ilustrada ou contabilizada¹⁹⁹.

Em que pese a proteção aos direitos humanos apresentarem-se entre os propósitos da organização, destacados como tal no preâmbulo da Carta da ONU, é de que se estranhar o pequeno número de dispositivos dedicados ao tema.

Sobre a questão da interpretação do preâmbulo dos tratados internacionais, faz-se necessário abrir parênteses para mencionar que a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados entre os Estados e Organizações Internacionais de 1986 traz no seu artigo 31 a lição de que os tratados devem ser interpretados “de boa-fé, segundo o sentido comum dos termos do tratado em que seu contexto à luz de seu objetivo e finalidade.” Em seguida, o dispositivo legal menciona que o “o contexto compreende, além do texto, seu preâmbulo e anexos”.

Pode-se valer também das lições de Salem H. Nasser²⁰⁰ que, ao comentar a interpretação dos tratados internacionais, esclarece que “um preâmbulo ajuda na determinação do contexto dentro do qual deve ser encontrado o sentido comum dos termos do tratado e que pode conter indicações sobre o objeto e a finalidade do mesmo.” Resek²⁰¹ destaca também a importância que deve ser atribuída ao preâmbulo de qualquer tratado ao mencionar que “como quer que seja, tem assentimento geral a ideia de que, a exemplo do preâmbulo de constituições nacionais e outros diplomas de direito interno, o discurso que encabeça todo tratado internacional pode representar valioso apoio à interpretação do dispositivo.”

Nesse sentido, ainda que a Carta da ONU não tivesse dedicado muitos dispositivos na estruturação das vias e dos meios de efetividade de um dos seus objetivos previstos no preâmbulo, não se pode negar a grande realização de união internacional em prol da paz e dos direitos humanos que a Carta da ONU representou²⁰².

199 PEREIRA DOS ANJOS, Claudia Giovannetti. *Atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas nas Crises Humanitárias na Década de 1990*. São Paulo: USP/SP, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) p. 62.

200 NASSER, Salem H. *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Aziz Tuffi Saliba (organizador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p.XX.

201 RESEK, Francisco. *Comentários à Carta das Nações Unidas*. Leonardo Nemer Caldeira Blant (organizador). Belo Horizonte: CEDIN, 2008. p. 29.

202 PEREIRA DOS ANJOS, Claudia Giovannetti. *Atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas nas Crises Humanitárias na Década de 1990*. São Paulo: USP/SP, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) p. 63.

Flávia Piovesan²⁰³ aponta a falta de clareza da Carta em determinar a importância dos direitos humanos e liberdades individuais no sentido de que “a Carta da ONU não definiu o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto, daí advindo o desafio em se desvendar o alcance e o significado da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais, não definidas na Carta.” Tal definição é trazida com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. E ainda segundo as lições de Flávia Piovesan é “como se a Declaração, ao fixar um código comum e universal dos direitos humanos, viesse a concretizar a obrigação legal relativa à promoção desses direitos – obrigação constante na Carta das Nações Unidas.”

É inegável, portanto, que a Carta da ONU tenha sido responsável por inaugurar o sistema universal de proteção dos direitos humanos e vários outros instrumentos posteriores a compõem. Assim, destacam-se aqueles que foram elaborados posteriormente: a Declaração Universal sobre Direitos Humanos, já mencionado acima, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁰⁴.

Ao Conselho de Segurança especificamente, sabe-se que lhe foi atribuída a responsabilidade de manutenção da paz e da segurança internacional, primeiro objetivo dos elencados no artigo 1º da Carta da ONU. Não há, portanto, qualquer menção expressa na Carta da ONU sobre encargos do Conselho de Segurança relativos à promoção ou à tutela de direitos humanos.

Efetivamente, os redatores não deixaram de mencionar que, no cumprimento dos deveres do Conselho de Segurança elencados no artigo 24 da Carta da ONU, tal órgão deveria agir de acordo com os propósitos e princípios das Nações Unidas²⁰⁵. Em que pese os direitos humanos não serem matérias afetas ao Conselho de Segurança, buscou-se assegurar (propositalmente ou não) que não houvesse des-

203 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 4 ed. p 223 *Apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 216.

204 FINKELSTEIN, Claudio. *Jus cogens como Paradigma do Metaconstitucionalismo de Direito Internacional*. Livre Docência em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2010. 237p. Tese (Livre Docência em Direito). p. 88.

205 Artigo 24 da Carta da ONU: “A fim de assegurar uma ação pronta e eficaz por parte das Nações Unidas, os seus membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que, no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade, o Conselho de Segurança aja em nome deles. No cumprimento desses deveres, o Conselho de Segurança agirá de acordo com os objetivos e os princípios das Nações Unidas. Os poderes específicos concedidos ao Conselho de Segurança para o cumprimento dos referidos deveres estão definidos nos capítulos VI, VII, VIII e XII.”

vio por parte de tal órgão no que se refere aos propósitos e princípios da organização internacional da qual faz parte.

Não obstante a referência expressa aos propósitos e princípios da Carta da ONU, entre os quais estão previstos a proteção aos direitos humanos, não se encontra, entre os artigos reservados a expor as funções e o funcionamento do Conselho de Segurança quaisquer menções aos “Direitos Humanos”, nem tão pouco a qualquer tema que se remata aos direitos humanos²⁰⁶.

É de se notar que os fundadores da ONU, tal como já mencionado acima, estavam profundamente influenciados pelo clima do pós-guerra, no qual a paz e a segurança internacional eram bens supremos, conforme já mencionamos acima. Assim, nada mais razoável que se atribuisse ao Conselho de Segurança, talvez o órgão mais importante da organização daquele momento, matérias relativas à paz e a segurança internacional, sendo que, na letra da Carta, os direitos humanos não deveriam estar entre as atribuições de tal órgão.

É nitidamente visível, por outro lado, que os redatores da Carta da ONU, sabiam que segurança internacional não poderia ser totalmente dissociada da proteção dos direitos humanos, como se pode notar na referência feita ao preâmbulo pelo artigo 24 que trata dos deveres do Conselho de Segurança, tal como já mencionado acima, e pelo artigo 55, em que a cooperação econômico-social é apresentada como um meio para instituir as condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações.²⁰⁷

É forçoso observar que os redatores entendiam que a preservação do bem estar da pessoa humana contribuiria com um ambiente internacional de paz e segurança internacional, mas a análise mais cuidadosa dos dispositivos da Carta leva a concluir que os direitos humanos eram tidos mais como instrumento de manutenção da paz, sem, todavia, constituir atribuição do órgão responsável pela segurança e manutenção da paz internacional.

Nos primeiros anos de funcionamento da organização parecia clara a incompatibilidade entre a natureza dos direitos humanos e a natureza externa dos es-

206 PEREIRA DOS ANJOS, Claudia Giovannetti. *Atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas nas Crises Humanitárias na Década de 1990*. São Paulo: USP/SP, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) p. 63.

207 PEREIRA DOS ANJOS, Claudia Giovannetti. *Atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas nas Crises Humanitárias na Década de 1990*. São Paulo: USP/SP, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) p. 63.

forços pela paz, mantendo os dois principais escopos da ONU afastados entre si. Conforme bem definido por Claudia Pereira dos Anjos²⁰⁸:

[...] o distanciamento protocolar do Conselho de Segurança em relação a temas de direitos humanos evidencia-se em seus primeiros quinze anos de funcionamento, não obstante a grande realização onusiana da época, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dizer respeito exatamente à consagração internacional dos direitos humanos. O estranhamento do Conselho para com assuntos desta temática é marca dos três casos ora apresentados (Índia- Paquistão, Coreia e Palestina).

Joanna Weschler ²⁰⁹, por outro lado, manifesta posição otimista sobre o reconhecimento, a partir de 2003, da interligação entre direitos humanos e segurança pelo Conselho de Segurança ao mencionar que:

As of 2003, the Council appears to have firmly accepted the link between security and human rights and the relevance of human rights information for its decisionmaking. One Council ambassador attributed the decreasing overall reluctance to deal with human rights issues to the Council's growing interest in seeing resolutions implemented and in particular its increased focus on achieving concrete results on the ground.

Ressalte-se que uma das polêmicas que envolvem a questão da atuação do Conselho de Segurança versus o dever de respeito aos direitos humanos diz respeito aos efeitos negativos para a população de um Estado aonde tiverem sido aplicadas medidas sancionatórias previstas nos artigos 41 e 42 da Carta da ONU.

Já que provou em casos práticos que a imposição de medidas coercitivas não militares podem ser devastadoras para a população e para suas gerações futuras. Em outras palavras, a imposição de medidas coercitivas por um longo período ou direcionada a determinado setor importante da produção de um país, pode levá-lo à ruína, sendo que o agravamento de tal situação econômica pode resultar em uma guerra civil, por exemplo, que pode gradativamente resultar em uma situação que configure ameaça à paz e a segurança internacional.

Helena Castro Mendes bem observa que,

208 PEREIRA DOS ANJOS, Claudia Giovannetti. *Atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas as Crises Humanitárias na Década de 1990*. São Paulo: USP/SP, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) p. 66.

209 WESCHLER, Joanna. *The UN Security Council. From the Cold War to the 21st Century*. David M Malone (editor). Londres: Lynne Rienner Publisher, 2004. p. 55

a imposição de medidas coercitivas, sejam elas econômicas ou de outras modalidades, com base no artigo 41 da Carta da ONU, sejam aquelas que autorizam o uso da força contra o Estado contraventor, nos termos do artigo 42 desta Carta, ambos colidem diretamente com direitos humanos básicos, como direito à vida e à dignidade humana.

De fato, o artigo 50 da Carta da ONU permite que o Estado, afetado pelas medidas coercitivas impostas pelo Conselho de Segurança ao Estado, questione os efeitos sofridos em decorrência da aplicação de tais medidas pela organização, devendo consultar o Conselho de Segurança sobre a solução adequada para a eliminação de tais efeitos indesejáveis²¹⁰.

Cabe notar que a redação do dispositivo acima mencionado trata apenas de um direito de consulta no sentido de auxiliar o Estado na eliminação dos efeitos nocivos das medidas coercitivas, sem que esteja prevista qualquer responsabilização da organização internacional nesse sentido. Nem tão pouco, há qualquer previsão sobre a possibilidade do Estado questionar ao Conselho de Segurança sobre a legitimidade das medidas que o afetam adversamente.

Conforme já mencionado no item anterior, não há nenhum órgão responsável pelo controle de legalidade dos atos do Conselho de Segurança, sendo que no caso específico da consulta sobre eventuais efeitos nocivos das medidas coercitivas comentada no parágrafo acima, o responsável por avaliar tais efeitos e responder a tal consulta é o próprio órgão executor dos possíveis danos.

Ao sintetizar o pensamento de Kochler sobre o tratamento dissociado dado aos objetivos de paz e segurança internacionais e os direitos humanos, Helena Castro Mendes²¹¹ bem observa que:

[...] a Carta da ONU trata da paz e seguranças internacionais como valor superior aos direitos humanos, ainda que a proteção à paz e segurança internacionais sejam os meios de garantir a preservação de um bem maior, qual seja, a vida humana... há uma presumida hierarquia de valores no

210 PEREIRA DOS ANJOS, Claudia Giovannetti. *Atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas as Crises Humanitárias na Década de 1990*. São Paulo: USP/SP, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) p. 215.

211 CASTRO MENDES, Helena Correa. *A Reforma do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas*. Doutorado em Direito. São Paulo: USP/SP, 2010. 430p. Tese (Doutorado em Direito). p. 218.

texto da Carta ao apontar que ela permite a aplicação de medidas coercitivas que afrontam direitos humanos básicos quando seja identificada uma ameaça à paz e seguranças internacionais pelo CSNU. Claramente, a Carta coloca a paz e a segurança mundiais em um patamar superior em termos de valores e princípios que fundamentam sua ordem jurídica.

Ainda que a proteção e promoção dos direitos humanos não estivessem entre os deveres expressamente atribuídos ao Conselho de Segurança pela Carta da ONU, conforme já mencionado acima, estar-se-ia diante de uma modalidade de direito em que obrigaria a comunidade internacional independentemente da vontade dos Estados no âmbito internacional, manifestada por meio dos tratados internacionais. Em outras palavras, parece que não se poderia admitir a superioridade de outro direito quando se estiver tratando de direitos humanos, os quais são reconhecidos como exemplos clássicos de *jus cogens*, como se tratará a seguir.

4. OS DIREITOS HUMANOS COMO *JUS COGENS*

A Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados entre os Estados e Organizações Internacionais de 1986 trata de *jus cogens* em dois momentos de seu texto. No artigo 53, a Convenção de Viena prevê que é nulo o tratado que, no momento de sua conclusão conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral, definindo esta como uma

norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional Geral da mesma natureza. Em seguida, o artigo 65 prevê que se “sobrevier uma norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existe que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Por se tratar de normas imperativas de Direito Internacional, *jus cogens* foi consagrado no ápice da pirâmide das fontes de direito internacional, o que é, justamente uma das características mais marcantes da evolução do Direito Internacional Público.

Em razão da sua posição diferenciada entre as fontes de direito internacional, a norma pertencente ao *jus cogens* não pode ser revogada por outra norma que não seja uma norma pertencente ao *jus cogens*, conforme se pode extrair da redação

do artigo 53 da Convenção de Viena.

Além da característica acima mencionada, as normas cogentes contêm valores essenciais, distintos dos valores comuns veiculados pelas normas comuns. Conforme bem apontado por André de Carvalho Ramos²¹²,

[...] a existência de valores essenciais indica a adoção de um paradigma objetivista das relações internacionais, voltado ao bem comum de uma civitas máxima...ficou imposto, então, um poderoso limite ao *pacta sunt servanda*, devendo a vontade dos Estados se submeter aos valores essenciais da comunidade como um todo.

Somada às duas características do *jus cogens* mencionadas acima, temos a terceira característica que diz respeito à determinação da essencialidade dos valores que deve ficar a cargo da comunidade internacional como um todo. Nesse sentido, o reconhecimento do seu caráter de norma imperativa pela comunidade internacional é essencial para a caracterização do direito como *jus cogens*.

É certo que a maioria das normas de Direito Internacional é composta de normas dispositivas, ou seja, não imperativas, que devem ser aplicadas tão somente se os Estados concordarem em se submeterem à tais regras. Porém, existem normas que não pode ser derogadas pelos Estados, justamente por conter valores fundamentais da comunidade internacional, aceitos desta forma pela comunidade internacional.

De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli²¹³,

o elemento psicológico que deve ser levado em conta quanto à aceitação de tais regras pela comunidade dos Estados, prende-se não apenas àque-la aceitação advinda da manifestação de vontade expressa, mas também àquela proveniente de algum comportamento que, de alguma forma, inequivocamente demonstre a intenção da comunidade internacional em dar-lhe valor jurídico (aceitação tácita).

Não resta dúvida acerca da importante contribuição dada pela Convenção de Viena ao introduzir o conceito de *jus cogens*, o qual vem sendo utilizado pelos

212 CARVALHO RAMOS, André de. *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Aziz Tuffi Saliba (organizador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 453.

213 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 91.

tribunais internacionais e pela doutrina internacional no sentido de reconhecer a qualidade de *jus cogens* dos direitos humanos. Um exemplo deste fato é o reconhecimento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de determinados direitos fundamentais como *jus cogens* em Parecer Consultivo n 18²¹⁴ sobre a condição jurídica dos direitos dos migrantes.

É de que se notar que os direitos humanos reúnem as características de *jus cogens*, pois aceitos e reconhecidos pela comunidade internacional como norma cogente, sendo inegável a consciência coletiva acerca da sua importância no âmbito mundial. Sabe-se que tais normas não tem destinatário certo, determinado²¹⁵, pois todos os sujeitos do ordenamento jurídico internacional são destinatários dessas normas e devem ser protegidos pelo manto dos direitos humanos.

Para José Carlos de Magalhães²¹⁶,

Os Direitos Humanos e sua proteção constituem o cerne do Direito Internacional contemporâneo. Resultam na consciência da comunidade internacional de que é necessário evitar a repetição de atos e fatos que degradam a natureza humana. Foi a noção de que o Direito deve atender às aspirações da Humanidade, expressas em valores, princípios, normas e costumes dos mais diversos povos e civilizações que o compõem, que inspirou e inspira a multiplicidade de instrumentos legais nacionais e internacionais tendentes a resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana [...].

É de que se notar, portanto, que os direitos humanos constituem o núcleo essencial de normas que compõe o ordenamento jurídico internacional contemporâneo, quer seja pelo critério material (conteúdo) ou pelo critério formal (norma *jus cogens*)²¹⁷. Não tendo destinatário final certo e determinado, haja vista

214 CARVALHO RAMOS, André de. *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Aziz Tuffi Saliba (organizador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 465.

215 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 91.

216 MAGALHÃES, José Carlos. "Prefácio" in CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Max Limonad. 2001. *Apud* CARVALHO RAMOS, André de. *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Aziz Tuffi Saliba (organizador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 465.

217 CARVALHO RAMOS, André de. *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Aziz Tuffi Saliba (organizador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p.466.

que a comunidade internacional como um todo está sujeita às tais regras, deve o Conselho de Segurança respeitar os direitos humanos básicos, tutelá-los e promovê-los, ainda que obrigações não façam parte do rol atribuições de tal órgão.

Assim como os tratados internacionais são derogados no que conflitam com os princípios de *jus cogens*, funcionando estes como limite ao *pacta sunt servanda*, também a omissão, na Carta da ONU, acerca da obrigação de tutela dos direitos humanos pelo Conselho de Segurança não legitima seu desrespeito, pois se tratam de normas imperativas de direito internacional, devendo a Carta da ONU ser preterida em favor da prevalência de princípios desta natureza.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou investigar se o Conselho de Segurança, detentor de legitimidade jurídica para o uso da força, deveria levar em conta, em suas recomendações e medidas adotadas, a promoção e tutela dos direitos humanos. Em outras palavras, se a ação intentada pelo Conselho de Segurança mediante uso de forças aéreas, navais e terrestres, ou mesmo mediante adoção de outras medidas previstas na Carta da ONU, seria incompatível com o respeito aos direitos humanos, face aos objetivos maiores deste órgão previstos no documento constitutivo da organização onusiana, quais sejam, manutenção da paz e segurança internacional.

Para tanto, iniciou com uma contextualização histórica do Conselho de Segurança, comparando-o com o “Conselho”, embrião do Conselho de Segurança na extinta Sociedade das Nações. Neste mesmo item, apresentaram-se algumas características do Conselho de Segurança, entre as quais, podemos destacar (i) o amplo leque de interpretação concedido ao Conselho de Segurança pela Carta da ONU, cabendo aos seus membros permanentes, de acordo com seus exclusivos critérios, a determinação acerca da existência de qualquer ameaça à paz ou ato de agressão; (ii) a ausência do controle legalista de suas decisões; (iii) a desigual distribuição de poder entre os “membros de primeira e de segunda categoria”, ficando nítido o poder discricionário e não técnico jurídico do órgão.

Diante do poder discricionário do Conselho de Segurança, cuja representatividade internacional é frequentemente questionada, buscou-se analisar se a observância aos direitos humanos seria um dos limites à atuação do Conselho de Segurança.

Constituído no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, observou-se que

o Conselho de Segurança nasceu numa época em que os paradigmas eram outros. A partir de 1990, novos paradigmas foram surgindo, tendo colocado o ser humano no centro do sistema internacional. Assim, a soberania dos Estados que permitia até bem pouco tempo atrás que os direitos humanos escapassem da órbita territorial dos Estados, foi dando lugar à ideia de que a observância dos direitos humanos não seria apenas um assunto particular do Estado e relacionado à sua jurisdição interna, mas também matéria de interesse internacional e objeto da própria regulação do direito internacional.

Diante do novo paradigma internacional que se impôs, observou-se que ao Conselho de Segurança da ONU é atribuído o dever de respeito aos direitos humanos, em que pese o fato da Carta da ONU ser omissa em relação aos encargos do Conselho de Segurança relativos à promoção ou à tutela de direitos humanos.

Isto porque mesmo sem constar expressamente na Carta da ONU entre os deveres do Conselho de Segurança, os direitos humanos, aceitos e reconhecidos pela comunidade internacional como *jus cogens*, são considerados normas imperativas devendo ser respeitados justamente por conter valores fundamentais da Humanidade.

Nesse sentido, o dever de manutenção da paz e segurança internacional não pode ser tema dissociado da promoção e tutela dos direitos humanos pelo Conselho de Segurança, não tão somente pelo fato de que a preservação do bem estar da pessoa humana contribui com ambiente internacional de paz e segurança, mas, antes de tudo, porque os direitos humanos e sua proteção constituem o cerne do Direito internacional contemporâneo.

REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Brasília: Escopo Editora, 1990.

CARVALHO RAMOS, André de. *Direito dos Tratados : comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Aziz Tuffi Saliba (organizador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CASTRO MENDES, Helena Correa. *A Reforma do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas*. Doutorado em Direito. São Paulo: USP/SP, 2010. 430p. Tese (Doutorado em Direito).

CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. São Paulo:

Editora Saraiva, 2007.

FINKELSTEIN, Claudio. *Jus cogens como Paradigma do metaconstitucionalismo de Direito Internacional*. Livre Docência em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2010. 237p. Tese (Livre Docência em Direito). p.100.

FONTOURA, Jorge. *Reforma da ONU: O fracasso anunciado*. Apud: Araminta de Azevedo Mercadante e José Carlos de Magalhães (coord.). *Reflexões sobre os 60 Anos da ONU*. Editora Unijal: 2005.

HUSEK, Carlos Roberto. *A Nova (Des) Ordem Internacional ONU: Uma vocação para a paz*. Doutorado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2004. 421. Tese (Doutorado em Direito).

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

NASSER, Salem H. *Direito dos Tratados : comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Aziz Tuffi Saliba (organizador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

PEREIRA DOS ANJOS, Claudia Giovannetti. *Atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas nas Crises Humanitárias na Década de 1990*. São Paulo: USP/SP, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)

RESEK, Francisco. *Comentários à Carta das Nações Unidas*. Leonardo Nemer Caldeira Blant (organizador). Belo Horizonte: CEDIN, 2008.

RIBEIRO, Manual de Almeida. *A Organização das Nações Unidas*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998,

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

VIGEVANI, Tulio. *Política externa no período FHC: a busca de autonomia pela integração*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702003000200003&script=sci_arttext. Acessado em: 20.10.12 às 16:50hs.

WESCHELER, Joanna. *The UN Security Council. From the Cold War to the 21st Century*. David M Malone (editor). Londres: Lynne Rienner Publisher, 2004.

8

O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC - ANÁLISE DO RELATÓRIO DA ONU SOBRE A GLOBALIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

PALOMA MOREIRA DE ASSIS CARVALHO

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Servidora pública do Instituto Nacional do Seguro Social. Advogada em São Paulo. E-mail: palominhah@yahoo.com.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. 1.1. A controvérsia no Direito Internacional. 1.2. Origem e procedimentos do Sistema. 1.3. Execução das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias. 2. O Sistema de Solução de Controvérsias e o tratamento das regras de direitos humanos. 3. Análise do Relatório da ex-Comissão de Direitos Humanos da ONU. Críticas ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

A intensidade das transações comerciais e o crescente volume da circulação de bens e serviços entre os países trazem consigo os desafios da interpretação legislativa e o aumento das controvérsias entre os Estados. A vasta regulamentação que rodeia o direito do comércio internacional aliada a tendência protecionista dos países e blocos regionais aos seus interesses contribuem sobremaneira para o aumento das distâncias econômico-sociais entre os Estados desenvolvidos e os em desenvolvimento.

Os conflitos resultantes das relações comerciais entre tais países, tradicionalmente solucionados através da diplomacia, foram intensificados pelo surgimento

de problemas relacionados ao poder dos países ricos na sobreposição de seus interesses aos países pobres, os quais acabavam abdicando de suas garantias e direitos pelo receio de perderem concessões em transações já consolidadas.

A Organização Mundial do Comércio (OMC), sucessora do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), apresenta papel de relevância no cenário internacional no que tange a regulamentação comercial, na busca da liberalização do comércio mundial realizada por meio de negociações multilaterais, contribuindo, assim, para o crescimento e desenvolvimento econômico dos Estados.

Uma das bases de sustentação da OMC e de seu sistema é o Órgão de Solução de Controvérsias, objeto do presente estudo. Trata-se de um sistema de resolução de conflitos entre os membros da organização, que torna coercitivo o cumprimento dos acordos e recomendações, impondo sanções àqueles que descumprirem o decidido.

O Sistema de Solução de Controvérsias, apesar da sua criação baseada no tratamento igualitário e de justiça distributiva, acaba por intensificar os conflitos existentes entre os países ricos e pobres. Isso se deve a algumas questões processuais que privilegiam os Estados desenvolvidos em detrimento dos Estados em desenvolvimento.

Nesse contexto, a presente pesquisa tem como objetivo analisar, brevemente, o surgimento e desenvolvimento do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, bem como a forma de execução e imposição de sanções aos Estados.

Examinaremos o tratamento das questões de direitos humanos no quadro legislativo da OMC e, principalmente, em seu Sistema de Solução de Controvérsias, na tentativa de demonstrar o posicionamento da Organização frente aos embates entre o direito do comércio internacional e os direitos humanos.

Por fim, a pesquisa fará uma breve análise do Relatório emitido pelo atual Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, ex-Comissão de Direitos Humanos, apresentado em 2003 na 5ª Conferência Mundial da OMC em Cancun, no tocante às críticas feitas ao mencionado Sistema de Solução de Controvérsias.

1. O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

1.1. A CONTROVÉRSIA NO DIREITO INTERNACIONAL

Entre as diversas razões para o início de uma controvérsia entre os países, os conflitos de interpretação somados as tentativas feitas pelos Estados de consolidação de seus próprios interesses, podem ser considerados como principais causas²¹⁸.

A definição de controvérsia no direito internacional foi dada pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) no julgamento do caso *Mavromatis*: *consiste em uma contradição, um desacordo entre dois ou mais sujeitos de direitos acerca da interpretação jurídica ou materialidade de um fato*.

Os Estados, ao se utilizarem da faculdade de auto interpretação de regras ou fatos, podem entrar em desacordo ou em conflitos, quando a pretensão de um em relação a um objeto (questão fática ou jurídica) afeta os interesses de outro, que apresenta interpretações e interesses diversos. Nesse momento, podem os interessados resolver o litígio ou submetê-lo a jurisdição de um terceiro, a quem incumbe aplicar o direito ao caso concreto.

Para Guido Soares²¹⁹, as controvérsias internacionais surgem de duas formas: quando há disputas acerca do significado de uma norma internacional ou quando a divergência na qualificação dos fatos venha a motivar a criação de uma nova regra. No primeiro caso, os Estados não concordam sobre o sentido da norma, enquanto no segundo, é necessária a elaboração de uma nova norma para solucionar a disputa.

As controvérsias internacionais podem ser classificadas a partir das partes que delas participam. As disputas relacionadas ao direito internacional público podem opor dois ou mais Estados, um Estado e um organização internacional ou duas organizações internacionais. Tradicionalmente, elas são solucionadas pela via diplomática ou jurisdicional, por meio da arbitragem ou por recurso à Corte Internacional de Justiça. As controvérsias de direito internacional privado, por sua vez, opõem pessoas físicas ou jurídicas, situadas em jurisdições diferentes.

218 AMARAL JUNIOR, Alberto. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008. p.59.

219 SOARES, Guido Fernando da Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2001. p.163.

1.2. ORIGEM E PROCEDIMENTOS DO SISTEMA

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, houve uma grande preocupação por parte da antiga Organização Internacional do Comércio em estabelecer uma forma de resolução de conflitos, no campo econômico, que evitasse o uso de medidas unilaterais pelos Estados conflitantes, amplamente utilizadas durante o período entre guerras.

A Carta de Havana, em seu Capítulo VIII, previa a possibilidade de submissão do caso em disputa à arbitragem, na hipótese de revelarem infrutíferos os acordos diplomáticos mantidos inicialmente, porém o modelo mostrou-se insuficiente.

No âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), as partes contratantes dedicavam-se a investigar e a efetuar recomendações, além de decidirem acerca das matérias a elas submetidas. As disputas eram resolvidas, basicamente, pela via diplomática, sem o recurso a instrumentos legais elaborados.

Em meados dos anos 50, teve início o sistema de *panels*, que consistia em uma forma jurisdicional mais complexa, com a finalidade de solucionar disputas através da aplicação de regras a cargo de um terceiro imparcial.

Na Rodada Uruguai iniciou-se o movimento pela reforma do sistema de solução de conflitos, baseado, principalmente, na importância do cumprimento das decisões para eficácia do modelo.

No Acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio foi prevista a criação de um mecanismo de solução de controvérsias, cujas características, definidas na mencionada Rodada, transformaram-se no Entendimento sobre Regras e Procedimentos que Governam a Solução de Controvérsias (ESC), responsável pela alteração dos artigos XXII e XXIII do GATT²²⁰.

A aplicação desse instrumento normativo é responsabilidade do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), que é uma especialização funcional do Conselho Geral da OMC, com as seguintes funções: autorizar a criação dos *panels*; adotar o relatório elaborado pelos *panels* pelo Órgão de Apelação; supervisionar a execução das recomendações sugeridas pelos *panels* e pelo Órgão de Apelação e autorizar a suspensão de concessões comerciais. Verificou-se, portanto, a alteração do modelo de negociação por vias estritamente diplomáticas para consolidação de um sistema

220 AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Op cit*, p.100.

organizado em torno de regras jurídicas²²¹.

O mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC é provavelmente mais eficaz que qualquer outro tribunal internacional que julgue questões extrapenais. O OSC estabelece prazos claros para cada fase do processo, evitando, assim, que os casos se prolonguem *ad eternum*. Geralmente, a solução de uma controvérsia pode durar de 12 a 18 meses, mas a aplicação das resoluções exige mais tempo.

O sistema é aplicado a todos os acordos da OMC e pode abranger também acordos plurilaterais, se as partes envolvidas assim decidirem. O Órgão de Solução cuida somente das questões jurídicas que se referem à interpretação dos tratados da OMC, através de um controle de legalidade ao verificar se a interpretação e aplicação das regras da Organização nas demandas apresentadas. Portanto, o sistema só formula uma resolução relacionada a outras questões, como à política ambiental, aos direitos humanos ou às questões sociais, se estiverem relacionadas a uma controvérsia referente a uma regra da OMC.

Conforme disposto no artigo 3.7 do ESC, os membros deverão avaliar a utilidade de atuar com base nos procedimentos existentes para solução de conflitos da OMC, antes da apresentação de uma reclamação. Apesar de não existir norma que exija a comprovação de interesse de agir no momento de formulação de um pedido de constituição de um *panel*, o artigo acima citado demonstra, ao mínimo, a necessidade de existência de uma relação entre a iniciativa de um membro e os meios escolhidos para se promover a solução da disputa.

1.3. EXECUÇÃO DAS DECISÕES DO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Com relação à adoção de medidas sancionatórias que garantam o cumprimento da norma violada, diversos são os procedimentos e princípios indicados para que a parte demandante possa suspender concessões ou outras obrigações quando o Membro demandado não cumprir a decisão do OSC dentro do prazo estabelecido²²². Dentre eles, podemos citar:

- a. A suspensão de concessões ou outras obrigações relativas ao(s) mesmo(s) setor (es) em que o OSC ou o Órgão de Apelação haja constatado uma

221 CRETELLA Neto, José. *Curso de direito internacional econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.450.

222 CRETELLA NETO, José. *Op. cit*, p.452.

infração ou outra anulação ou prejuízo.

b. Caso o item anterior seja considerado impraticável ou ineficaz, poderão ser suspensas concessões ou outras obrigações em outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido.

Vale lembrar que a suspensão deve ser equivalente ao montante de danos sofridos pelo demandante, não gerando reparação a prejuízos causados antes da prolação da decisão pelo Órgão.

Importante ressaltar que o mecanismo de execução das decisões no âmbito da OMC tende a beneficiar os países desenvolvidos em detrimento dos países em desenvolvimento. As sanções previstas pelo não cumprimento das recomendações, quando aplicadas pelos Estados desenvolvidos exercem maior pressão e se tornam mais eficazes, devido à importância de seus mercados consumidores. No quadro inverso, a aplicação dos remédios previstos pode gerar efeitos econômicos consideráveis, dada a maior dependência dos países em desenvolvimento em relação aos desenvolvidos. Além disso, os países desenvolvidos se absterem de executar as recomendações, tendo em vista a ausência de mecanismos que os obriguem. Cabe lembrar que as regras atuais impedem a aplicação de sanções antes da finalização do processo, o que incentiva a manutenção da medida conflitante e discutida²²³.

Com relação à retaliação, não há nenhuma regra que discipline o assunto ou permita verificar a legalidade ou licitude das atitudes do demandante. Tal omissão acaba por incentivar o abuso, uma vez que o vencedor poderá impor ao demandado montante superior ao autorizado na recomendação, gerando o desequilíbrio entre o dano e a indenização.

Além disso, há ainda a preocupação referente ao amplo alcance das regras e seus desdobramentos em relação aos interesses de políticas internas, na transformação do mecanismo em uma ameaça particular, tendo em vista a sua garantia na aplicação plena de regras criadas para favorecer a liberalização do comércio em detrimento do desenvolvimento social ou o respeito aos direitos humanos.

223 AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord.). *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2006. Relatório elaborado pelo Grupo de Solução de Controvérsias do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID). p.87.

2. O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC E O TRATAMENTO DAS REGRAS DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, conforme proposto por André de Carvalho Ramos²²⁴, podem ser definidos como *um conjunto de direitos necessários para assegurar uma vida ao ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade*.

Com a edição da Carta de São Francisco em 1945, após o fim da Segunda Grande Guerra, a proteção dos direitos humanos recebeu *status* internacional, tornando-se um dever para os Estados e uma das bases da futura Organização das Nações Unidas.

Na criação da Organização Mundial do Comércio, os direitos humanos tiveram destaque no preâmbulo do Acordo, na busca de objetivos necessários para a eficácia dos direitos do homem como o acesso ao mercado de trabalho, o incremento da renda, o aumento da produção e o uso dos recursos naturais de acordo com os princípios de desenvolvimento sustentável.

O comércio não é um fim em si mesmo, mas um instrumento a ser utilizado para promoção das mais nobres finalidades humanas, que para Montesquieu e Kant, são a paz e a harmonia entre os homens²²⁵.

A tentativa doutrinária de separação entre o direito do comércio internacional e os direitos humanos busca diminuir o alcance dado as exceções dos artigos XX e XXI do GATT de 1947, os quais tratam, basicamente, da defesa do meio ambiente, dos direitos sociais e dos países menos desenvolvidos, em uma clara contraposição aos ideais de justiça amplamente divulgados no mundo contemporâneo.

Nesse contexto, é necessário o estabelecimento de um equilíbrio entre os posicionamentos que separam o direito do comércio internacional e os direitos humanos, na busca de alavancar e consolidar o desenvolvimento socioeconômico dos países mais pobres e evitar o surgimento de relações comerciais que fomentem as desigualdades existentes entre os Estados.

Diversos tratados recentes tentaram conciliar o comércio internacional e os direitos humanos através da inclusão de cláusulas que possibilitam às partes a ado-

224 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.30

225 AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 127.

ção de medidas necessárias como a suspensão de ajuda financeira ou de preferências comerciais quando a democracia e os princípios básicos de direitos humanos não forem observados ou respeitados.

É fato indiscutível que o comércio está na raiz da atual globalização. É preciso então que as regras que o regulam, promovam e concretizem os direitos humanos nas relações econômicas internacionais. A interpretação dos artigos XX e XXI do GATT 1947 à luz do disposto no artigo 31.3 (c) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, pode ser considerado um caminho interessante na tentativa de harmonizar os direitos humanos e o comércio internacional, uma vez que o texto faz referência a quaisquer regras relevantes de direito internacional aplicáveis às relações entre as partes.

É necessário, ainda, que as normas comerciais sejam interpretadas de acordo com a hierarquia do direito internacional, através da separação de hipóteses de conflitos entre normas idênticas, hierarquicamente, daquelas em que o conflito ocorre entre regras situadas em níveis hierárquicos diversos, já que uma das regras reveste a natureza de *jus cogens*.

Segundo Joost Pauwelyn²²⁶, três são os momentos para apresentação de defesa baseada nos direitos humanos em relação ao mérito de um processo ajuizado na OMC:

a. Quando as violações das regras da OMC são permitidas ou mesmo impostas pelos meios de solução de controvérsias de um tratado sobre direitos humanos. Como exemplo, podemos citar o caso da Resolução da Conferência Internacional do Trabalho utilizada na investigação contra o Estado de Mianmar por graves violações a Convenção sobre Trabalho Forçado da OIT. Foi o primeiro caso em que sanções, nos termos do artigo 33 da OIT, foram aplicadas. Dessa forma, diversos membros da OMC decretaram embargo comercial a Mianmar contrariando as disposições da Organização Mundial do Comércio que proíbem tal prática. Para Pauwelyn, as recomendações da OIT deveriam prevalecer, uma vez que são mais recentes e específicas. Consequentemente, um membro da OMC não poderia requisitar ao sistema de solução de controvérsias um *panel* referente à ilegalidade do embargo.

b. As infrações dos acordos da OMC permitidas ou impostas por um tratado de direitos humanos. Tratam-se das situações em que uma medida é proibida pelos acordos da OMC, porém são permitidas ou prescritas por

226 PAUWELYN, Joost *apud* AMARAL JUNIOR, Alberto. *Op. cit.* p.270.

outro tratado de direito internacional ou pelos costumes internacionais. Como exemplo, pode-se citar o caso em que um membro da Organização deve tomar medidas ou tem o direito de estabelecê-las fundamentado em um tratado multilateral sobre proteção de direitos humanos ou preservação do meio ambiente que seja obrigatório para todas as partes envolvidas no conflito, ou ainda, em uma situação de um tratado bilateral que preveja imposição de medidas incompatíveis com as normas da OMC. No caso, cabe ao *panel* decidir sobre a aplicação da regra de acordo com a normativa internacional. Prevalecendo o tratado de direitos humanos, para Paulwelyn, não há o que se discutir acerca da violação de regras da OMC.

c. As medidas que infringem os acordos integrantes do sistema multilateral de comércio, permitidas por um tratado de direitos humanos, sob a condição de que um panel da OMC verifique se foram violadas as disposições deste tratado. Trata-se da situação em que tratados de cooperação econômica prevejam a possibilidade de aplicação de sanções comerciais quando houver violações aos direitos humanos. Para Pauwelyn, entretanto, o sistema de solução de controvérsias da OMC não pode ampliar sua competência para análise de casos que ultrapassem os limites dos tratados relativos à Organização.

O cerne do problema, contudo, encontra-se na atribuição do Órgão de Solução de Controvérsias em aplicar tratados de direitos humanos que preveem aplicação de sanções unilaterais repudiadas pelo ESC. Além disso, soma-se o fato do *panel* aplicar direitos e obrigações além das originariamente previstas.

Para Antônio Márcio Guimarães²²⁷ “a norma que protege os direitos humanos é a verdadeira norma fundamental”. Assim, os direitos do homem estão posicionados a frente dos Estados e das suas próprias Constituições, já que é pela a existência do próprio ser humano que se discute a validade dos tratados, soberania dos Estados e a hierarquia das normas.

Têm-se os casos, porém, de aplicação de normas *jus cogens* existentes nos tratados de direitos humanos, ou seja, normas aceitas e protegidas pela comunidade internacional por conter obrigações *erga omnes* para todos os Estados.

Em relação às normas *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, vale ressaltar que a Corte Internacional de Justiça não as definiu de forma concreta. Para Bruno

227 GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Tratados internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009, p.129.

Simma²²⁸, as normas *jus cogens* instituem obrigações *erga omnes* na medida em que vinculam a totalidade dos Estados. A partir desse contexto, tratados celebrados bilateralmente poderiam ser invalidados sempre que contrariassem interesses fundamentais da comunidade internacional.

A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 consagrou em seus artigos 53 e 64 a ideia do *jus cogens* como norma imperativa de Direito Internacional, reconhecida pela sociedade internacional e em relação às quais nenhuma derrogação, em regra, é permitida. Essas normas imperativas, capazes de anular qualquer tratado que com elas conflite, demonstram a aceitação geral, pela Convenção de algum dos princípios do Direito Natural. Além disso, elas impõem limitações à autonomia da vontade dos Estados, o que se justifica na medida em que visam a proteção de seus próprios interesses e destes contra suas próprias fraquezas.

Para Cláudio Finkelstein²²⁹, o OSC deve reconhecer a validade e aplicação de obrigações provenientes de acordos comerciais, ainda que não pertencentes ao seu quadro normativo, sempre que elas apresentem a natureza de *jus cogens*.

No que se refere à competência do Órgão de Solução de Controvérsias para declarar a nulidade de uma norma da OMC que esteja em conflito com uma regra de direitos humanos, a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados é omissa quanto ao assunto. No artigo 66 da Convenção, percebe-se somente a possibilidade das partes recorrerem a Corte Internacional de Justiça quando esteja em foco a aplicação dos artigos 53 e 64, sem a possibilidade de opinar nas controvérsias.

Além disso, o artigo 103 da Carta das Nações Unidas dispõe: “No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”.

Em suma, não se discute a competência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em declarar a nulidade de uma norma incompatível com uma regra *jus cogens*, nem que decida sobre a violação de um tratado de direitos humanos, cabendo-lhe apenas a observância hierárquica das normas internacionais.

Na hipótese de conflito entre uma norma de direitos humanos e uma obri-

228 SIMMA, Bruno. *From bilateralism to community interest in international law*. Recueil des Cours, Leiden, 1994. p. 217.

229 FINKELSTEIN, Cláudio. *Jus cogens como paradigma do metaconstitucionalismo de Direito Internacional*. Tese de livre-docência apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC-SP, 2010. p. 225.

gação, provenientes de um acordo ou tratado específico, a primeira prevalecerá. Os tratados da OMC se submetem a essa ordem, demonstrando que os direitos humanos serão considerados na discussão e análise das obrigações comerciais contraídas entre os Estados Membros. Isso para garantir a efetiva punição aos Estados violadores, ainda que os órgãos jurisdicionais da Organização não possam aplicá-la.

3. ANÁLISE DO RELATÓRIO DA EX-COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU – CRÍTICAS AO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

O Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, antiga Comissão de Direitos Humanos, estabelecido pela Assembleia Geral em 15 de março de 2006, e respondendo a ela diretamente, é formado por 47 Estados e apresenta como principais objetivos o fortalecimento da promoção e proteção dos direitos humanos em todo o mundo, através da resolução e recomendações sobre situações de desrespeito e violação.

Através do mecanismo da Revisão Periódica Universal, o Conselho avalia a situação dos direitos humanos em todos os 192 Estados-Membros da ONU. Também trabalha em estreita colaboração com os Procedimentos Especiais da Organização estabelecidos pela ex-Comissão sobre os Direitos Humanos.

Em sua 52ª sessão, em agosto de 2001, a antiga Comissão, através da sua Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, emitiu um relatório²³⁰ acerca do impacto da globalização na concretização dos direitos humanos (*Globalization and its impact on the full enjoyment human rights*). Entre os diversos assuntos tratados no texto, em seu Capítulo II (*International economic law and the regime of international human rights: tensions and complementaries*), o relatório dedicou um subitem a analisar a efetividade do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

Em um primeiro momento, o texto demonstra que a análise refere-se exclusivamente às questões processuais do Sistema e não com seus elementos substantivos. Verifica procedimentos relacionados ao acesso e a recursos eficazes em respeito ao devido processo legal, em especial dos países em desenvolvimento.

230 U.N. Commission on Human Rights. 52d Sess., Provisional Agenda Item 4, P15, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/13 (2000) Disponível em: [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/24cc2af22187550fc1256aa40058db88/\\$FILE/G0114801.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/24cc2af22187550fc1256aa40058db88/$FILE/G0114801.doc). Acessado em: 10.04.2013.

Apresenta grande preocupação em relação às questões sistêmicas, tais como a natureza representativa do OSC e a nomeação de funcionários do governo como “painelistas”. Tal situação poderia originar um sistema inclinado a uma determinada posição ideológica, causando injustiça sobre as possibilidades existentes de equilibrar as regras de livre comércio com os direitos humanos e ambientais, conforme proposto no já mencionado artigo XX do GATT.

O relatório admite que o Sistema é amplamente utilizado pelos membros da OMC, porém tal fato não é suficiente para comprovar sua eficiência. Quando se analisa o número de países que solicitam a instalação de um *panel*, se nota que os Estados desenvolvidos superam consideravelmente os em desenvolvimento. Além disso, os mais ricos coordenam suas reclamações de forma mais efetiva, demonstrando que são os protagonistas e os maiores interessados no mercado comercial internacional.

Uma das críticas feitas ao Sistema diz respeito aos artigos 8.1 e 8.2 do ESC. Os dispositivos tratam da composição dos *panels*, que devem possuir indivíduos *well-qualified* (“bem-qualificados”), sejam do governo ou não. Até mesmo aqueles que servem ao Secretariado da OMC podem compor um *panel*, caso sejam considerados altamente qualificados.

O artigo 8.2 declara que os membros devem ser escolhidos com vistas a “assegurar a independência dos outros membros, uma formação suficientemente diversificada dos *panels* e com uma vasta gama de experiência”,

Para a ex-Comissão, a possibilidade de nomeação de pessoal do governo para constituição de uma demanda é uma clara violação aos princípios fundamentais da justiça natural, uma vez que os relatórios adotados pelo OSC revestem-se de caráter obrigatório. A partir daí, torna-se impossível alcançar os objetivos pretendidos em relação à independência dos membros, conforme proposto no mencionado artigo 8.2 do ESC. Assim, a declaração do artigo 8.9 sobre a atuação individual e desvinculada de qualquer representação governamental ou organizacional se torna inexpressiva.

Outra preocupação em relação ao assunto refere-se a escolha de membros pertencentes, em sua grande maioria, aos governos de países desenvolvidos para compor os *panels*. A razão principal, mais uma vez, é a questão dos recursos financeiros, pois funcionários nomeados continuarão a ser remunerados pelos seus países após o fim do processo, o que para os Estados em desenvolvimento é impraticável.

Além disso, a problemática é agravada pelo fato de que as reuniões dos

panels são, em regra, fechadas, e as opiniões expressas nos relatórios pelos “painelistas” individualmente são anônimas. O nível de responsabilização dos membros, dada a falta de transparência do processo, é realmente mínimo.

A suspensão das concessões e a compensação são consideradas medidas de retaliação temporárias até a adequação das medidas internas do Estado vencido ao proposto na recomendação da Organização. Nesse contexto, levando-se em consideração a diferença entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento, é difícil crer que a sanção oferecida pelo Estado demandante possa ter algum impacto significativo na economia do Estado demandado (desenvolvido) que o obrigue a cumprir a decisão do *panel*.

Nesse sentido, o Relatório considera que o cumprimento da obrigação torna-se uma questão puramente moral, o que acaba afastando os países em desenvolvimento do Sistema de Solução de Controvérsias. Defende ainda a utilização de recursos mais eficazes, como o pagamento de uma compensação juntamente com as recomendações específicas para o cumprimento da obrigação.

Outro ponto a ser considerado refere-se à vulnerabilidade dos países em desenvolvimento de se tornarem demandados em inúmeros *panels*, por diversas vezes, pelo mesmo caso, como no episódio de restrição quantitativa de importação da Índia, demandada seis vezes por países diferentes. Além disso, outro problema é colocado ao Estado demandado: caso haja uma presunção de violação a uma ou diversas regras dos acordos da OMC, que possa, hipoteticamente, causar prejuízo aos outros membros, caberá a ele refutar a acusação, em desrespeito ao princípio do *due process of law*, amplamente defendido e difundido entre os membros da Organização.

Há diversas críticas da Subcomissão em relação aos altos custos das empresas especializadas em direito do comércio internacional que auxiliam os membros quando da instalação de um *panel*. Para a ONU, o acesso dos países em desenvolvimento a esse serviço é um fardo impossível de ser carregado. Além disso, a disponibilização de um assistente técnico da própria OMC a um país em desenvolvimento, conforme proposto no artigo 27.2 do ESC, é totalmente inadequado, tendo em vista que tal prática fere com o princípio de neutralidade que rodeia o sistema.

A própria Comissão propõe como solução às diferenças técnicas e de conhecimento, a criação de grupos regionais entre os países em desenvolvimento que tenham passado por experiências semelhantes com o objetivo de reunir recursos e garantir o desenvolvimento de estratégias para enfrentar os desafios futuros. Esses

grupos devem não somente fornecer conhecimento a um membro que se encontra em uma demanda, mas também recolher informações, analisar a política e as práticas comerciais de outros países para serem capazes de responder às situações da mesma forma que os Estados desenvolvidos.

A falta de transparência nos processos da OSC e as dificuldades ao acesso a informação não prejudicam somente os membros da Organização, mas toda a sociedade civil, impedindo-a de fiscalizar o funcionamento de um sistema que impacta profundamente em toda humanidade. É necessário que a OMC encontre meios de trabalhar com grupos da sociedade de uma forma mais construtiva.

A participação direta de organizações não governamentais (ONGs) também é outro problema a ser enfrentado dentro do Sistema de Solução de Controvérsias. Isso porque os países em desenvolvimento temem a invasão das grandes ONGs do hemisfério norte, aliadas aos interesses dos países ricos, em prejuízo da transparência do mecanismo.

Por fim, o relatório esclarece que o propósito do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC é levar justiça e transparência às relações comerciais, seja entre pobres e ricos, norte e sul. Deve o sistema assegurar a independência, imparcialidade e representatividade dos *panels*, além da acessibilidade dos países em desenvolvimento e da transparência interna e externa dos procedimentos aplicados. Tais objetivos, por sua vez, só serão atingidos através da confiança de todos os seus membros na aplicação equilibrada das regras do comércio internacional, que leva em consideração não somente a lógica do mercado, mas também o respeito e a proteção dos direitos humanos e ambientais.

CONCLUSÃO

É indiscutível a importância do Órgão de Solução de Controvérsias adotado pela OMC no cenário do comércio internacional para regulamentação e desenvolvimento econômico dos países envolvidos em litígios comerciais.

Ainda que não haja integralidade no cumprimento das recomendações feitas pelo Órgão de Solução de Controvérsias, o mecanismo se mostra apto e eficaz para solucionar conflitos através de meios adjudicantes, quando assume uma posição equidistante entre os litigantes, na tentativa de garantir imparcialidade e tratamento igualitário (formalmente) na tomada de decisões.

Os países em desenvolvimento ainda encontram grandes dificuldades para acionar o mecanismo quando se sentem prejudicados por concessões ou práticas comerciais utilizadas pelos demais Estados, seja pelo receio da quebra amigável das relações com aqueles que detêm os maiores mercados consumidores, seja pelos vultosos custos da demanda.

É necessário o aprimoramento normativo para corrigir as deficiências que existem em relação à criação de condições favoráveis para que países pobres tenham amplo acesso ao sistema. Alguns países emergentes, como Índia e Brasil, caminham na tentativa de “pertencer” ao sistema, todavia, enquanto essa divisão e diferença persistir, a pretensão de criar estabilidade no comércio internacional, através de um mecanismo adjudicante, será meramente ilusória.

É possível conceber instrumentos que atenuem tais problemas na medida em que se possa fazer a aplicação coerente das normas que regulam o comércio internacional. O artigo XX do GATT de 1994 é peça de fundamental importância para que seja alcançada a harmonia entre os fins que o sistema deseja atingir.

O preâmbulo do acordo constitutivo da OMC é direto e incisivo ao reconhecer que o comércio internacional deve caminhar no sentido de elevar os níveis de vida, através do incremento da produção, de bens e serviços, garantidos pelo pleno emprego. A isso se soma o respeito às regras de desenvolvimento sustentável e a proteção e preservação do meio ambiente de uma forma compatível com as necessidades e níveis de desenvolvimento econômico dos países.

Para que o sistema mundial do comércio seja plenamente justo para todos, é necessário que outros princípios, além do mero acesso equitativo a mercados, sejam respeitados. Um deles é que a liberalização comercial não deve ser defendida como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para que objetivos como o crescimento sustentável e a redução da pobreza sejam alcançados. Consequentemente, as políticas comerciais devem ser elaboradas e avaliadas levando-se em consideração esses objetivos.

As negociações em torno de qualquer acordo comercial e de integração devem observar os requisitos da democracia e da transparência. Os cidadãos e as organizações da sociedade civil que os representam devem ter fácil acesso a informações sobre negociações intergovernamentais e aos meios de comunicação, bem como a oportunidades necessárias para expressar suas opiniões sobre o conteúdo e possível ratificação desses acordos.

Ademais, os acordos da OMC já ultrapassaram as esferas comerciais, para abarcar questões relativas à proteção do meio ambiente e dos direitos humanos, em uma nítida demonstração de abertura de valores, em favor da aplicação coerente e coordenada das regras para consecução da justiça.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2006.

_____. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011.

CRETELLA Neto, José. *Curso de direito internacional econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Jus cogens como paradigma do metaconstitucionalismo de Direito Internacional*. Tese de livre-docência apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC-SP, 2010.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Tratados internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

LAFER, Celso. *O GATT, a cláusula da nação mais favorecida e a América Latina*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1971.

U.N. Commission on Human Rights. 52d Sess., Provisional Agenda Item 4, P15, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/13(2000) Disponível em: [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/24cc2af22187550fc1256aa40058db88/\\$FILE/G0114801.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/24cc2af22187550fc1256aa40058db88/$FILE/G0114801.doc) Acessado em: 10.04.2013.

SIMMA, Bruno. *From bilateralism to community interest in international law*. Recueil des Cours, Leiden, v.250, n.6, pp. 217-219, 1994.

SOARES, Guido Fernando da Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2001.

9

DIREITOS HUMANOS NA UNIÃO EUROPEIA: TOLERÂNCIA COM DIVERSIDADES

ELISAIDE TREVISAM

Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestra em Direitos Fundamentais pelo Centro Universitário UNIFIEO. Professora Universitária nas disciplinas de Direitos Humanos e Filosofia do Direito. Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais no Centro Universitário UNIFIEO no Grupo de Estudos de Minorias. E-mail: elis.trevi@hotmail.it

MARGARETH LEISTER

Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais no Centro Universitário UNIFIEO. Coordenadora do GESTI – Grupo de Estudos de Sistemas e Tribunais Internacionais. E-mail: margareth.leister@outlook.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direitos humanos, diversidade e multiculturalismo. 2. Concepção multicultural na União Europeia. 3. Efeitos de um mundo globalizado e o diálogo intercultural na Europa contemporânea. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Na atualidade globalizada, onde as etnias, crenças e culturas se encontram dentro de uma mesma sociedade, faz-se necessário o respeito pelas diferenças para a realização de um processo de integração entre os cidadãos que nela convivem. No caso da Europa, que historicamente é acometida por políticas nacionalistas e regionalistas, aceitar a diversidade cultural gera uma crise de identidade que traz problemas de ordem interna e externa no que tange aos direitos humanos consagrados nas diversas declarações e instrumentos internacionais.

É de se reconhecer que nesse momento vem à tona a crise de identidade do cidadão europeu, pois as estruturas das relações entre classes que identificavam e

localizavam o europeu dentro da sociedade local e no mundo, agregados a um eixo cultural comum, são ameaçadas pelas afirmações de culturas distintas e pela cidadania plural. Todavia a multiculturalidade é uma verdade trazida pela globalização, e, desse modo, reconhecer no outro a própria identidade é indispensável para se abandonar atitudes intolerantes que não condizem com o regime legal atual dos direitos das minorias.

Com a sociedade européia cada vez mais plural, o respeito às diversidades e a aceitação do outro dão significado aos conceitos de tolerância e de convivência pacificadora, e caminho para a concretização de um sistema universal de paz, ético e multicultural, comprometido com a defesa das culturas.

1. DIREITOS HUMANOS, DIVERSIDADE E MULTICULTURALISMO

A cultura²³¹ é um conjunto de significados construídos no tempo e as diferenças culturais entre grupos sociais, classes e povos têm sua origem nas condições materiais e sociais de sua história. Canclini²³² lembra que, para a “antropología de la diferencia, cultura es pertenencia comunitaria y contraste con los otros. Para algunas teorías sociológicas de la desigualdad, la cultura es algo que se adquiere formando parte de las elites o adhiriendo sus pensamientos y sus gustos”. Porém, todas as culturas são de igual valor, mesmo se com a constatação de diferenças inegáveis:

A filosofia é um produto da cultura e cada cultura contém filosofia...existem diferentes filosofias (intra e intercultural), pois é essas filosofias são resultado de pensamento filosófico. O projeto filosófico intercultural não privilegia um ou outro, mas exige uma mediação entre a particularidade das filosofias individuais e a generalidade da filosofia una e universal²³³.

O respeito genérico às diversidades culturais pode refletir tolerância e aceitação às desigualdades como fenômenos naturais, ou simplesmente ignorá-las e, conseqüentemente, excluir a minoria de cultura distinta daquela majoritária em

231 CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância: tensão entre diversidade e desigualdade. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (orgs.). *A tolerância e o intempestivo*. São Paulo: Ateliê Editorial, 2005. p. 55.

232 CANCLINI, Néstor García. Diferentes, desiguales o desconectados. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 66-67, 2004, p. 114.

233 MALL, Ram Adhar. The Concept of an Intercultural Philosophy. In: JANDT, Fred A. (Ed.) *Intercultural Communication: A Global Reader*. Tradução livre. London: Thousand Oaks, New Delhi: Sage, 2004. p. 316.

determinado território.

O princípio basilar do Direito Internacional dos Direitos Humanos é a universalidade dos direitos humanos, noção que se discute nos meios acadêmicos e que não reflete a diversidade cultural da humanidade. Desde a Declaração de Viena de 1993²³⁴, marco da tensão universalismo-relativismo, os foros políticos internacionais sediam debates sobre o caráter relativista.

Em 1995, os Estados membros da Organização das Nações Unidas assinaram a Declaração de Princípios sobre a Tolerância. Tal declaração foi proclamada devido à preocupação com a intensificação da intolerância, da violência, do terrorismo, da xenofobia, do nacionalismo agressivo, do racismo, da exclusão, do antissemitismo, da marginalização e da discriminação contra minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas, declarando-se em seu artigo 1º que a tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade, e que não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. Eleva a tolerância a sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito²³⁵.

O princípio da tolerância traz a expressão do valor ético do consenso nas relações sociais, devendo-se lembrar de que o fundamento da vida em sociedade está vinculado a esse princípio, onde a liberdade e a igualdade surgem não sob uma resolução desordenada, mas decorrente da vontade do homem de conviver com os outros, numa solidariedade pacificadora e que aceite as ideias e a diversidade mediante cooperação recíproca e dialógica.

A ideia original de multiculturalismo²³⁶ conduz a uma estratégia de reconhecimento e representação da diversidade cultural, não podendo ser concebido dissociado dos contextos dos combates travados pelos grupos culturalmente oprimidos, além de refletir a necessidade de redefinir conceitos em relação à afirmação e à representação política das identidades culturais subordinadas, questionando os conhecimentos produzidos e transmitidos de uns aos outros, evidenciando etnocentrismos e estereótipos criados pelos grupos sociais dominantes, silenciadores de outras

234 Resolução 48/121 da ONU.

235 UNESCO. *Declaração de princípios sobre a tolerância*. Tradução da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP. 1997.

236 SILVA, Maria José A. da; BRANDIM, Maria R. Lima. *Multiculturalismo e educação*: em defesa da diversidade cultural. In: Revista Diversa, n. 1. Jan/jun. 2008. p. 31-66. Disponível em: <http://www.fit.br/home/link/texto/Multiculturalismo.pdf>. Acessado: 15.07. 2012.

visões de mundo.

O multiculturalismo surge como representação de condição de vida, vez que da convivência multicultural emerge a preocupação com uma sociedade mais solidária. Esse modelo pluralista presume uma coexistência entre as diversas culturas, livres de preconceitos ou intolerâncias, pois cada ser humano tem a liberdade de participar da sociedade em que vive e dentro dessa sociedade manter sua própria identidade. Neste sentido, Raimon Panikkar²³⁷, se refere à presença em um mesmo lugar de culturas diversas, em trocas simbólicas no movimento sócio-político-cultural, buscando a interação das filosofias, culturas e religiões, e uma retomada do diálogo tolerante, com a finalidade de conhecer e aumentar a auto compreensão do outro: a interculturalidade, no sentido dado por Panikkar, é “... um processo real de vida, como uma forma de vida consciente em que se vai sufragando uma posição ética a favor da convivência com as diferenças²³⁸.”

Os artigos 2º e 5º da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural²³⁹ dispõe que os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, e é indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver. Aponta para políticas que favoreçam o pluralismo cultural como a resposta política à realidade da diversidade cultural. Hall²⁴⁰ alerta que:

Um tipo diferente de mudança estrutural está transformando as sociedades modernas no final do século XX. Isso está fragmentando as paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que, no passado, nos tinha fornecido sólidas localizações como indivíduos sociais. Estas transformações estão também mudando nossas identidades pessoais, abalando a ideia que temos de nós próprios como sujeitos integrados. Esta perda de um “sentido de si” estável é chamada, algumas vezes, de deslocamento – descentração do sujeito. Esse duplo deslocamento – descentração dos indivíduos tanto no lugar no mundo social e cultural quanto de si mesmos – constitui uma ‘crise de identidade’ para o indivíduo.

237 PANIKKAR, Raimón. Religión, Filosofía y Cultura, *‘Ilu. Revista de ciencias de las religiones*, n. 1, Madrid, 1996, p. 137 e seguintes.

238 PANIKKAR, Raimón. Religión, Filosofía y Cultura, *‘Ilu. Revista de ciencias de las religiones*, n. 1, Tradução livre. Madrid, 1996, p. 137 e seguintes.

239 UNESCO. *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acessado: 15.08. 2012.

240 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomás Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2000. p. 9.

Segundo Bauman²⁴¹, para que se revele o potencial emancipatório da contingência como destino, não basta procurar evitar a humilhação do outro. Antes, é necessário respeitá-lo e honrá-lo exatamente na sua alteridade, em sua preferência, ou seja, no seu direito de ter preferências, lembrando que o único é universal, e ser diferente é o que faz a semelhança de uns aos outros. Somente se pode respeitar a própria diferença quando se respeita a diferença do outro.

Barroco²⁴² afirma que a questão do pluralismo, assim como a da diversidade, não significa ausência de conflitos e interesses, mas o posicionamento diante destes conflitos, a possibilidade de manifestação e a responsabilidade ética de tomar uma posição política a respeito da questão. Nas sociedades pluralistas, convive-se na atualidade com evidências que se distanciam cada vez mais do Estado nacional constituído por uma população culturalmente homogênea, pois, a cada dia, desenvolve-se uma multiplicidade de formas culturais de vida, de grupos étnicos, de confissões religiosas e de diferentes representações do mundo. Portanto, é essencial que o processo²⁴³ democrático se preste como fiança da integração social de uma sociedade que se mostra cada vez mais diferenciada e autonomizada, admoestando que a sociedade pluralista, no que diz respeito à cultura e às visões de mundo, pratica o papel de fiador, e esse papel desenvolvido não pode ser transferido dos planos políticos ao substrato aparentemente natural de um povo pretensamente homogêneo, pois, por trás de uma fachada como essa, esconder-se-ia apenas a cultura homogênea de uma parcela dominadora da sociedade. Uma concepção de multiculturalismo crítico defende a pluralidade de identidades culturais e a heterogeneidade como marca de cada grupo, opondo-se à padronização e uniformização definidas e impostas pelos grupos dominantes, contribuindo para desencadear e fortalecer ações articuladas a uma prática social cotidiana em defesa da diversidade cultural e da vida humana, acima de qualquer forma discriminatória, preconceituosa ou excludente²⁴⁴.

Convém lembrar que, para se lidar com a pluralidade, com as diversidades

241 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 249.

242 BARROCO, Maria Lúcia S. Ética, Direitos Humanos e Diversidade. In: *Cadernos Especiais* n. 37, ed. de 28 de agosto a 25 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.assistentesocial.com.br>. Acessado: 10.07.2012.

243 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, pp. 134-135.

244 SILVA, Maria José A. da; BRANDIM, Maria R. Lima. Multiculturalismo e educação: em defesa da diversidade cultural. In: *Revista Diversa*, n. 1. Jan/jun. 2008, p. 31-66. Disponível em: <http://www.fit.br/home/link/texto/Multiculturalismo.pdf>. Acessado: 15.07.2012.

e com as diferenças das minorias, essas que afrontam o estigma de que foram vítimas da própria sociedade, tem-se que aceitar o multiculturalismo através da tolerância para que se possa trazer a convivência em harmonia entre as culturas, tornando-se indispensável reconhecer que as divergências de ideias observadas na história, se repetem na sociedade moderna, sendo somente através da compreensão que se poderá respeitar os direitos humanos.

Cada grupo humano²⁴⁵, qualquer que seja sua origem étnica e o seu fundo histórico, produz cultura, não pode viver e desenvolver-se senão em seu sistema de significados. Cada cultura humana, enquanto tal, tem igual dignidade e merece, enquanto sua diversidade, igual respeito. O multiculturalismo não é mais uma opção para discutir, é um dado de fato, uma realidade adquirida em um mundo sempre mais multipolar, multilinguístico, multirreligioso e multiétnico.

Entretanto, como a União Europeia, na atualidade, está enfrentando essa realidade? Estará o povo europeu preparado para abandonar o sentimento nacionalista e ser condizente com as diversidades culturais que ali se encontram, com respeito mútuo de identidades culturais?

2. CONCEPÇÃO MULTICULTURAL NA UNIÃO EUROPEIA

A Europa se constitui em uma união programada e sistemática que percorreu e ainda percorre momentos instáveis e de crises, que somente através do resgate de sua história e com base na integração política e econômica, além das implicações étnicas e culturais, é que se garantirá a sua legitimidade, desde que as diferenças e a pluralidade sejam respeitadas. A Europa é uma das principais²⁴⁶ e mais antigas civilizações do mundo, que influenciou na construção de várias outras culturas, sendo um conjunto de heranças superpostas formadas pelas ideias inventadas pelos homens:

A maioria das nações consiste de culturas separadas que só foram unificadas por um longo processo de conquista violenta - isto é, pela supressão forçada da diferença cultural. O “povo britânico” é constituído por uma série desse tipo de conquistas - céltica, romana, saxônica, vikingue normanda. Ao longo de toda a Europa, essa estória se repete ad nauseam. Cada conquista subjugou povos conquistados e suas culturas, costumes, línguas e

245 NESTI, Arnaldo. Multiculturalità, pluralismo religioso, conflittualità. Prospettive. In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006. p. 18.

246 MAGNOLIA, Demétrio. *União Europeia: história e geopolítica*. São Paulo: Moderna, 2004. p. 4.

tradições, e tentou impor uma hegemonia cultural mais unificada. (...) Uma forma de unificá-las tem sido a de representá-las como a expressão da cultura subjacente de “um único povo”. A etnia é o termo que utilizamos para nos referirmos às características culturais - língua, religião, costume, tradições, sentimento de “lugar” - que são partilhadas por um povo. E tentador, portanto, tentar usar a etnia dessa forma “fundacional”. Mas essa crença acaba, no mundo moderno, por ser um mito. A Europa Ocidental não tem qualquer nação que seja composta de apenas um único povo, unia única cultura ou etnia. As nações modernas são, todas, híbridos culturais²⁴⁷.

De fato, o Império Romano conferiu uma unidade política à Europa, o Cristianismo reforçou a unidade dos povos europeus e o Iluminismo trouxe o Estado e o nacionalismo. A partir da Revolução Industrial, originou-se a economia mundializada; e no século XX constituiu-se a União Europeia. O percurso da Europa, a partir da metade do século XX, depara-se com a questão de identificação social com uma cultura europeia, e o que parecia claro a cada um e que seria individualmente no espaço social de cada região, continua sendo um espaço histórico a ser reconquistado como plano supranacional, como paradoxo de uma unidade na diferença. A modernidade trouxe uma série de descobertas sociais em relação à enorme diversidade cultural, fazendo-se repensar os termos de uma normatividade asseguradora das condições culturais e de socialização entre os povos dos Estados europeus. Martins²⁴⁸ destaca ainda que “a diversidade da Europa foi amiúde reconhecida como o elemento distintivo do continente. Europa é a diversidade em si mesma.” O que ocorre, porém, na Europa, é a insatisfação da perda de identidade de cada povo com os efeitos das concepções universalistas trazidas pelas diversidades de culturas, sendo que, para cada Estado europeu, já existe a dificuldade de aceitação das culturas diversas dentro do próprio Estado, ou seja, da regionalização que configura a multiculturalidade junto ao próprio povo, que dirá a aceitação de culturas invasoras de outros povos.

Não sendo mais possível ao Estado moderno assegurar a homogeneidade cultural, as relações sociais, econômicas, políticas e, por consequência, jurídicas, entraram em um veloz e crescente processo de diferenciação funcional. Novas instâncias e esferas normativas surgem e se desenvolvem nos mais diversos contextos

247 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomás Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

248 MARTINS, Estevão C. de R. *Relações internacionais: cultura e poder*. Brasília: Funag, 2002. p. 97.

sociais. (...) o espaço social tornou-se, de fato, uma grande rede fragmentada em incontáveis estruturas sociais que se ligam uma as outras por outras tantas instâncias de normatividade jurídica ou moral. Tal dissolução que caracteriza as sociedades pós-modernas não passa de uma fragmentação de um antigo todo em subestruturas transversalmente cortadas por instâncias de regulação social²⁴⁹.

Na Europa, as instituições comunitárias, lideradas pelo Conselho da Europa, buscam a promoção do diálogo intercultural como forma de preservar e promover os direitos humanos, a democracia e o Estado de Direito. Desde a Primeira Cimeira de Chefes de Estado e de Governos dos Estados membros, ocorrida em 1993, está afirmado que a diversidade cultural caracteriza o patrimônio europeu e que a tolerância garante uma sociedade aberta. Em 1995, foi elaborada a Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, e foi instituída a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância. Os Estados-partes da Convenção-Quadro assumiram obrigações de: promover o espírito de tolerância e o diálogo intercultural, assim como a tomar medidas para facilitar o respeito e a compreensão mútuos e a cooperação entre todas as pessoas residentes no seu território, seja qual for a sua identidade étnica, cultural, linguística ou religiosa, nomeadamente nos domínios da educação, da cultura e da comunicação social²⁵⁰.

Recentemente, a “Declaração de Faro sobre a Estratégia do Conselho da Europa para o Desenvolvimento do Diálogo Intercultural” prevê o diálogo intercultural e a adoção de políticas públicas para a promoção da consciencialização, compreensão, reconciliação e tolerância, como meio de prevenção de conflitos e garantia da integração e da coesão da sociedade europeia. Sobre o processo de transformações econômicas, políticas e sociais na Europa,

[...] ocorre que a mesma modernidade que se consolidava através de um processo de transformações econômicas, políticas e socioculturais de caráter expansionista e abrangente que, por sua vez, havia favorecido a emergência de concepções de mundo universalistas, foi também aquela que assistiu ao surgimento das mais surpreendentes manifestações particularistas e restritivas. (...) Esta ambiguidade que caracteriza a modernidade encontra no Estado Nação uma de suas principais expressões uma vez que

249 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O reconhecimento como pressuposto discursivo para uma concepção pluriversalista de direitos humanos. In FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz et al. (ORG). *Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, prática e Jurisprudência*, vol. 3, São Paulo: Impetus, 2013.

250 Artigo 6.

nestes pode-se vislumbrar uma tensão entre o universalismo de uma comunidade legal igualitária e o particularismo de uma comunidade cultural a que se pertence por origem e destino.²⁵¹

Do ponto de vista jurídico, a Europa está no ponto de partida da *dinamogenesis* dos valores, ou seja, no reconhecimento *a priori* destes valores: “ainda não são, porque não são sentidos pelas comunidades e, assim, não valem para o direito (...) se encontram numa dimensão pré-sociojurídica e metassociojurídica²⁵².” O percurso de conformação da União Europeia, em relação a outros povos, evidencia a problemática de tantos aspectos étnicos, culturais, religiosos que são característicos do continente, e isso dificulta a aceitação das diversidades, o que por vezes parece ter sido superado, e por vezes se mostra ainda vivo dentro de um nacionalismo exacerbado. A Corte de Estrasburgo entende que as tradições culturais, majoritárias ou minoritárias, não podem primar sobre os princípios e os valores consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e noutros instrumentos do Conselho da Europa relativos aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Ou seja, os valores ainda não saíram do plano ideal para o real, para o normatizado.

O artigo 3 da Convenção-quadro garante à pessoa pertencente a uma minoria nacional direito de livre escolha em ser, ou não, tratada como tal. Deixa, pois, à pessoa decidir se deseja ou não beneficiar da proteção. Todavia, a escolha subjetiva da pessoa deverá estar necessariamente ligada a critérios objetivos relevantes para a sua identidade. Já o artigo 5 garante a proteção das pessoas pertencentes a minorias nacionais contra a assimilação forçada, não proibindo, todavia, a assimilação voluntária.

Veja-se o paradigmático caso da proibição de uso de véus nas escolas públicas por alunas muçulmanas: a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que esta proibição não viola o direito de liberdade religiosa, e é uma forma válida para se combater o fundamentalismo islâmico²⁵³. De acordo com a Corte, a proibição é assegura a separação entre Igreja e Estado, um dos requisitos para se garantir uma sociedade democrática. Por outro lado, a Corte Europeia de Direitos Humanos determinou que os crucifixos sejam retirados das salas de aula na Itália.

251 TAVOLARO, Lília G. M. *Dilemas da globalização na Europa Unificada*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2005. p. 25.

252 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da e ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194.

253 Leyla Sahin c. Turquia, Acórdão n.º 44774/98.

Como sugere Gomes²⁵⁴, sendo a Europa um local de convivência entre tantos povos e culturas distintas, faz-se necessário um processo de integração que tome respeito aos valores culturais para se obter uma verdadeira “União Europeia”, e acrescenta que “um dos principais patrimônios da União Europeia é, justamente, a diversidade de sua riqueza cultural, religiosa e humanista, pautada em valores universais e indivisíveis e que servem como sustentáculo para a manutenção e o desenvolvimento de qualquer Estado ou de qualquer comunidade política, como é o caso da União Europeia.” Uma identidade seguramente plural, que incorpora as diferenças culturais entre singulares países e entre a histórica minoria de um mesmo país, mas, sobretudo, diferenças substanciais, devido à presença de minorias estrangeiras, que reclamam uma integração social e um reconhecimento jurídico, é o que caracteriza a Europa na atualidade. Segundo Habermas²⁵⁵,

A coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões religiosas e formas de vida, não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade. O processo doloroso do desacoplamento não deve dilacerar a sociedade numa miríade de subculturas que se enclausuram mutuamente. Por um lado, a cultura majoritária deve se soltar de sua fusão com a cultura política geral, uniformemente compartilhada por todos os cidadãos; caso contrário, ela ditará a priori os parâmetros dos discursos de auto-entendimento. Como parte, não mais poderá constituir-se em fachada do todo, se não quiser prejudicar o processo democrático em determinadas questões existenciais, relevantes para as minorias. Por outro lado, as forças de coesão da cultura política comum - a qual se torna tanto mais abstrata quanto forem as subculturas para as quais ela é o denominador comum - devem continuar a ser suficientemente fortes para que a nação dos cidadãos não se despedace.

No que tange à União Europeia, com a expansão de suas origens nacionalistas que sempre impuseram suas culturas às outras Nações, chegou-se a uma convivência global marcada pela pluralidade de culturas através da abertura para entrada no território de outros povos. Isso, então, que permite dizer que a atual política europeia aceita o relativismo e integra outras culturas em detrimento de sua própria identidade respeitando as diversidades?

254 GOMES, Eduardo Biacchi. *União Europeia e Multiculturalismo—o diálogo entre a Democracia e os Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30.

255 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 166.

Em nome da identidade, o presente é fortemente sulcado de conflitos²⁵⁶, seja entre diversos povos e culturas, seja dentro das tradições culturais individuais, em grande parte determinada pelo fato de que as identidades em vários modos constituídas lutam para aceitar, ou, decididamente, recusam as diferenças, enquanto as tentativas de constituir sociedades de caráter multiracial e multicultural registram dificuldades nos processos de integração recíproca que, às vezes, parecem pôr em questão, desde as raízes, os pressupostos de tipo ético, político e culturais que são baseados naquelas mesmas tentativas.

A Corte Europeia dos Direitos do Homem reconheceu que, por um lado, “o pluralismo se baseia na aceitação e no respeito genuínos da diversidade e da dinâmica das tradições culturais, das identidade sétnicas e culturais, das convicções religiosas e das ideias e conceitos artísticos, literários e socioeconômicos” e que, por outro lado, “é essencial haver uma interacção harmoniosa entre pessoas e grupos de identidade diferente para a preservação da coesão social”²⁵⁷.

Para Arnaldo Nesti²⁵⁸, o multiculturalismo afirma que pessoas de raízes diversas podem coexistir e olhar do outro lado das fronteiras de raça, língua, sexo e idade, celebrando e enfatizando entusiasticamente a aproximação social à pluralidade. Todavia, mas lhe falta o realismo cosmopolita, e isso aceita a distinção nacional-internacional, de modo que lhe escapam as contingências e as ambivalências na aproximação social com a diferença, além da alternativa entre assimilação e integração.

Considerando o avanço do processo de desenvolvimento e integração da União Europeia e sua estruturação multicultural, convém destacar que esta vem se posicionando, através de vários tratados, com o devido esforço necessário para contemplar e aceitar toda a diversidade cultural que ali se encontra, agregando as diferenças e considerando as liberdades de outros povos para uma integralização da sociedade e do povo que ali convive. O Conselho da Europa²⁵⁹ tem a missão de promover um diálogo intercultural de tolerância com as diversidades culturais en-

256 RUGGIU, Luigi; MORA, Francesco. *Identità, differenze, conflitti*. Tradução livre. Milão: Memesis, 2007. p. 17.

257 Gorzelik e Outros c. Polónia, Acórdão n.º 44158/98 de 17 de Fevereiro de 2004.

258 NESTI, Arnaldo. Multiculturalità, pluralismo religioso, conflittualità. Prospettive. In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução do autor. Firenze: Universidade de Firenze, 2006. p. 9.

259 VALENTI, Stefano. *L'integrazione del dialogo interculturale nelle attività del Consiglio d'Europa, dell'Osce e dell'Unesco*. Tradução livre, p. 103. Disponível em: http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/DI_DU_CP_2007_099.pdf. Acessado: 09.07.2013.

tre os povos, contribuindo para a efetivação da democracia e do Estado de Direito e, para tanto, vem trabalhando para desenvolver um trabalho de preservação dos direitos humanos e da coesão social. Este desenvolvimento se deu após os conflitos nas Balcãs e no Cáucaso, no início dos anos 90, quando o Conselho de Europa editou normas acerca dos grupos envolvidos, designados “minorias nacionais” – ou seja, aqueles grupos historicamente assentados num território que reconhece como “lar”²⁶⁰ ao qual foi outorgado autonomia, geralmente na forma de unidade federativa ou assemelhados. A maioria dos países componentes do Conselho Europeu diferencia minorias nacionais de imigrantes, e alguns excluem os *Roma* (ciganos) do conceito. Tais exclusões têm sido contestadas e contrariam a Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais²⁶¹. Benhabib²⁶² aponta que os acordos de Schengen e Dublin, que pretenderam uniformizar a concessão de asilo e da condição de refugiado nos estados membros, “*hacían crecientemente dificultoso adquirir estatuto de asilado y refugiado*”, e que a pesar de um desejo de uma política de coerente no âmbito intergovernamental das instituições da UE, as condições dos imigrantes varia muito nos estados membros. E conclui:

Pese a estos nobles deseos de construir la EU sobre criterios institucionales liberal-democráticos “delgados” en vez de identidades culturales “gruesas”, tanto dentro de los estados miembros como en sus fronteras, se ha desarrollado un profundo conflicto entre los principios institucionales y la identidad.

Desde 2003²⁶³, o Conselho da Europa vem adotando instrumentos que visam à preservação do diálogo intercultural entre as diversidades religiosas, à prevenção de conflitos, a uma educação intercultural. Em 2005 anunciaram essas estratégias em conjunto pela “Declaração de Faro sobre a Estratégia do Conselho da Europa para o desenvolvimento do diálogo intercultural”, tratando-se de um plano

260 Galeses e Escoceses no Reino Unido, Catalães e Bascos na Espanha, Flamengos na Bélgica, Córsegos na França, minoria alemã na Itália, minorias francesa e italiana na Suíça, Suecos na Finlândia.

261 KYMLICKA, Will. Minority rights in political philosophy and international law. In BESSON, Samantha e TASIOLAS, John (ed.). *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 377-396, *passim*.

262 BENHABIB, Seyla. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*. Tradução de Gabriel Zudanaisky. Barcelona: Gedisa, 2004, cap. 4, *passim*.

263 VALENTI, Stefano. *L'integrazione del dialogo interculturale nelle attività del Consiglio d'Europa, dell'Osce e dell'Unesco*. Tradução livre, p. 103. Disponível em: http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/DI_DU_CP_2007_099.pdf Acessado: 09.07.2013.

de coordenação das ações do Conselho da Europa que culminou, no ano de 2008, no “Livro branco sobre o diálogo intercultural”²⁶⁴ na União Europeia.

Contudo, apesar de todo o empenho do Conselho da Europa, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não prevê direitos específicos das minorias nem supervisiona a situação das minorias dentro de um Estado, e as postulações dos direitos de minorias são inadmitidas na Corte, ainda que em seu artigo 14 insira as minorias no conceito de “todos”:

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção dever ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, o pertencimento a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Porém, tratados à parte, o eurocentrismo traz um conceito de cultura exclusivo e não inclusivo, que está baseado em suas normas e no seu modelo, percebendo-se uma restrita elite de indivíduos superiores, guias e autores da história, separados da massa dos comuns mortais. Esses, destinados a serem comandados, a obedecerem e considerados, por natureza, mero combustível inerte na história, esperando sempre a luz e a chama do outro. Ferrarotti²⁶⁵ traz, ainda, a seguinte concepção:

Esse conceito é doloroso para os europeus. Aplicarem essa crítica corrosiva, porém necessária, corresponde a um ato de autocirurgia uma vez que, o conceito normativo exclusivo de cultura, como prerrogativas de poucos contra os muitos, se substitui como um conjunto de práticas de vida e de valores compartilhados e convividos²⁶⁶. Esta intervenção no meio europeu faz referência verdadeiramente a uma dificuldade, mesmo quando, do ponto de vista prático-político, seja considerada necessária, pois os esquemas mentais tradicionalistas envolvem mais lentidão do que as situações da vida prática, porque traz em causa as mesmas bases da personalidade europeia e impõe uma revisão crítica do próprio passado.

264 CONSELHO DA EUROPA. *Livro branco sobre o diálogo intercultural: viver juntos em igual dignidade*. Estrasburgo, 2008. Disponível em: http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_PortugueseVersion2.pdf Acessado: 09.07. 2013.

265 FERRAROTTI, Franco. La crisi dell'eurocentrismo e La convivenza delle culture. In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006. p. 19.

266 FERRAROTTI, Franco. La crisi dell'eurocentrismo e La convivenza delle culture. In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006. p. 19.

Esse conceito é doloroso para os europeus. Aplicarem essa crítica corrosiva, porém necessária, corresponde a um ato de autocirurgia uma vez que, o conceito normativo exclusivo de cultura, como prerrogativas de poucos contra os muitos, se substitui como um conjunto de práticas de vida e de valores compartilhados e convividos²⁶⁷. Esta intervenção no meio europeu faz referência verdadeiramente a uma dificuldade, mesmo quando, do ponto de vista prático-político, seja considerada necessária, pois os esquemas mentais tradicionalistas envolvem mais lentidão do que as situações da vida prática, porque traz em causa as mesmas bases da personalidade europeia e impõe uma revisão crítica do próprio passado.

Para Habermas²⁶⁸, as nações europeias se encontram em um agir supranacional, vigorando dentro de uma observância do multiculturalismo e, desse modo, “todas as nações europeias encontram-se entrementes a caminho da sociedade multicultural”, contudo, essa multiculturalização da sociedade europeia não está ocorrendo de modo pacífico e a pacificação ocorrerá somente à medida que sejam adotadas políticas, no âmbito supranacional, de inclusão dos cidadãos no seu contexto.

Se as sociedades contemporâneas²⁶⁹ continuam lutando por um poder que não se desenvolve somente no espaço político e econômico, mas se estende para o terreno cultural, e se, ainda, o cenário de interdependência global e de intercâmbios culturais contribui para promover racismos, xenofobias, extremismos religiosos, exclusão social, econômica e étnica entre outras discriminações que atingem demasiadamente as minorias economicamente mais fragilizadas, torna-se urgente e inadiável a mobilização de esforços para solucionar e combater a opressão e reafirmar os direitos humanos, garantindo o direito à pluralidade e às diferenças culturais, a fim de evitar abalos mais profundos nos alicerces da ordem vigente.

A globalização, longe de ser consensual, é (...) um vasto e intenso campo de conflitos entre grupos sociais, Estados e interesses hegemônicos, por um lado, e grupos sociais, Estados e interesses subalternos, por outro; e mesmo no interior do campo hegemônico há divisões mais ou menos significativas. No entanto, por sobre

267 FERRAROTTI, Franco. La crisi dell'eurocentrismo e La convivenza delle culture. In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006. p. 19.

268 HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 141.

269 SILVA, Maria José A. da; BRANDIM, Maria R. Lima. Multiculturalismo e educação: em defesa da diversidade cultural. In: *Revista Diversa*, n. 1. Jan/jun. 2008. pp. 31-66.

todas as suas divisões internas, o campo hegemónico atua na base de um consenso entre os seus mais influentes membros. É esse consenso que não só confere à globalização as suas características dominantes, como também legitima estas últimas como as únicas possíveis ou as únicas adequadas²⁷⁰.

O conceito que ainda prevalece na cultura europeia, no que diz respeito ao aceite do multiculturalismo, passa a ser, na contemporaneidade globalizada, um conceito autorreferencial impeditivo de entendimento entre as pessoas de culturas diferente que ali vivem e, na maioria das vezes, o europeu, por sua cultura nacionalista, tende a conceber o outro como objetos para dominar e desfrutar ou, nas melhores das hipóteses, ser resgatados e redimidos, mas a quem nega um status de fundamental igualdade e respeito universal.

3. EFEITOS DE UM MUNDO GLOBALIZADO E O DIÁLOGO INTERCULTURAL NA EUROPA CONTEMPORÂNEA

O que se chama hoje de globalização são conjuntos diferenciados de relações sociais, diferentes conjuntos que dão origem a diferentes fenômenos de globalização, portanto não existe estritamente uma entidade única chamada globalização, mas várias globalizações e quando vence a globalização, as minorias acabam por desaparecerem da cena. Boaventura de Souza Santos²⁷¹ esclarece, ainda:

A globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou entidade rival e (...) não existe condição global para a qual não consigamos encontrar uma raiz local, uma imersão cultural específica.

O processo de unificação da Europa é caracterizado pelo livre comércio entre cidadãos, obedece a um movimento de queda de barreiras aduaneira entre os Estados membros, porém ainda conta com medidas protecionistas fundamentadas nos princípios nacionalistas de identidade política, muitas das vezes excluindo o cidadão não europeu.

270 SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.) *Globalização: Fatalidade ou Utopia?* Porto: Afrontamento, 2001. p. 36.

271 SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003. p.433.

Na atual sociedade globalizada²⁷², a luta é a de abandonar-se o fundamentalismo e basear-se na tolerância cosmopolita, diante do fato de que, num mundo globalizante, todos estão regularmente em contato com o que os outros pensam e vivem. Os cosmopolitas acolhem a complexidade cultural com satisfação, já os fundamentalistas veem essa complexidade de forma perturbadora e perigosa, tanto nos campos da religião, da identidade étnica ou do nacionalismo. Eles se refugiam numa tradição renovada e purificada, e, com muita frequência, na violência:

A cena mundial hoje apresenta características geopolítica e histórico-culturais de grande complexidade. O Estado-nação, esta invenção europeia (...), está certamente em crise, muito grande e burocraticamente intrincado para haver um contato direto e vital com as próprias comunidades de base e ao mesmo tempo muito fraco para dar curso aos investimentos necessários da atual tecnologia e enfrentar os desafios da globalização técnico-comercial guiada pelas empresas multinacionais, consideradas domicílios privados²⁷³.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2012, vetou a deportação do clérigo muçulmano Abu Qatada²⁷⁴ do Reino Unido para a Jordânia; condenou a Itália por violação de princípios de direitos humanos por rejeitar em alto mar migrantes e pessoas que buscavam asilo, vindas da África. No Caso Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Royaume-Uni, de 1985, a negativa de permissão de residência das esposas dos requerentes – estes legalmente estabelecidos no Reino Unido - foi considerada discriminação sexual e racial, pois as esposas eram, respectivamente, indiana, filipina e egípcia. A Corte entendeu pela violação do artigo 14 (proibição de discriminação) e do artigo 8 (discriminação sexual).

Anthony Giddens²⁷⁵ acrescenta ainda que a tolerância à diversidade cultural está estreitamente vinculada à globalização e a sociedade não é capaz de tornar-se senhora da própria história, mas pode e deve encontrar caminhos que possam melhorar o mundo, que, às vezes, parece estar em total descontrole. Será somente por meio

272 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 16.

273 FERRAROTTI, Franco. La crisi dell'eurocentrismo e La convivenza delle culture. In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006. pp. 23-24.

274 Caso Abu Qatada c. Reino Unido.

275 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 16.

do reconhecimento da pluralidade de culturas, da defesa do multiculturalismo e da tolerância com as diversidades que se poderá defender uma existência de culturas marginalizadas e excluídas da sociedade globalizada. É através de um diálogo e de uma integração social entre as diferentes culturas que se promoverá a proteção dos direitos humanos de um modo pacífico e universal.

A sociedade deve estar sempre atenta para que não se retornem os conflitos sociais marcados pela intolerância no século passado, quando a diversidade das minorias levou a sociedade a violações de direitos do ser humano, como bem assinalamos antes:

A diversidade cultural tem sido umas das principais fontes de conflito social nos últimos anos, notadamente movimentos sociopolíticos fundados na reconstrução de identidades culturais e em novas formulações das reivindicações das minorias “étnico-nacional” e “linguístico-cultural”, em clara resistência às tendências etnocidas e genocidas do século XX. Nesse contexto, a aculturação – vale dizer, a cultura que modela a cognição e a conduta das pessoas – e os imperativos culturais devem ser considerados na análise das condutas normatizadas nas sociedades plurais. (...) Os expoentes do multiculturalismo apresentam o argumento no qual afirmam que o multiculturalismo é o único modo de garantir uma política de tolerância e democracia onde há conflitos profundos entre as diferentes culturais. Esse argumento está relacionado à afirmação de que a tentativa de estabelecer normas universais inevitavelmente leva ao racismo e à tirania, o que pode ser afastado mediante a validação e proteção de culturas diferentes.²⁷⁶

O multiculturalismo é uma ampla configuração²⁷⁷ discursiva através do qual todos se confrontam com a presença de diferenças ao interno de uma sociedade, sobretudo aquelas legadas à globalização e ao fluxo migratório. É um discurso progressista fundado nos princípios de respeito e de tolerância.

A ideia central do multiculturalismo²⁷⁸ é que as diferenças trazidas por grupos humanos de diversas origens têm o direito de preservar-se, e serem não somente

276 LEISTER, Margareth A. Aculturação e identidade cultural: uma revisão do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista Derecho y Cambio Social*, p. 1 e 24-25. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/Acultura%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acessado: 02.01.2013.

277 DEI, Fabio. Multiculturalismo senza cultura? In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006. p. 37.

278 DEI, Fabio. Multiculturalismo senza cultura? In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006. p. 37.

consentidos, mas promovidos e salvaguardados do risco de dissolução e homologação. O multiculturalismo vê a diferença não como um problema, mas como um recurso, uma riqueza em potencial.

A comunicação intercultural perderia parte de seu valor²⁷⁹ se fosse somente entendida como pura comunicação e participação nas notícias de fato. Entende-se como um ato de consciência mediante o qual os indivíduos transcendem suas particularidades e atingem um senso universal. Esta consciência tem relação com a natureza problemática da partida humana no mundo, sendo comum, neste sentido, como o lugar da comunicação humana plena, ou, em outras palavras, os homens comunicam-se e compreendem-se somente enquanto estão prontos a reconhecer um outro indivíduo ou uma outra civilização como modificação ou forma daquela consciência de cuja civilização eles são formas de expressão.

Milhares de pessoas têm lutado no mundo²⁸⁰ pelos direitos humanos em defesa de classes sociais e grupos oprimidos, vitimizados por práticas econômicas excludentes ou por práticas discriminatórias. Com o objetivo político emancipatório, e, paralelamente aos discursos que fazem dos direitos humanos, com um localismo globalizado, desenvolvem-se práticas contra-hegemônicas que apresentam propostas de concepções não ocidentais de direitos humanos, organizando diálogos interculturais sobre princípios de dignidade da pessoa humana:

Se quisermos encontrar elementos comuns nas definições de multiculturalismo descobriremos a aceitação e legitimação da especificidade cultural e social de minorias, acreditando que indivíduos e grupos podem estar plenamente integrados numa sociedade sem perderem a sua especificidade, atribuindo ao Estado um papel muito importante na construção do modelo. Defende-se, neste contexto, a oportunidade de expressar e de manter elementos distintivos da cultura étnica, especialmente língua e religião, a ausência de desvantagens sociais e econômicas ligadas a aspectos étnicos, a oportunidade de participar nos processos políticos, sem obstáculos do racismo e discriminação e o envolvimento de grupos minoritários na formulação e expressão da identidade nacional.²⁸¹

279 FERRAROTTI, Franco. La crisi dell'eurocentrismo e La convivenza delle culture. In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006. p. 24.

280 SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p.440.

281 MARQUES, Rui. *Diversidade e Identidade Nacional na União Européia: Desafios multiculturais*. Disponível em: http://www.acidi.gov.pt/docs/Diversidade_e_Identidade_Nacional-desafiosmulticulturais.pdf. Acessado: 15.08.2012.

É historicamente provado que somente no Ocidente²⁸² é registrado um desenvolvimento industrial, econômico e técnico fundado num cálculo racional. Mas o progresso tecnológico é uma perfeição sem finalidade, incapaz de produzir valores finais, limita-se a fornecer instrumentos, é capaz de controlar a correção interna das próprias operações, mas não tem nada a dizer acerca dos problemas propriamente humanos (o reconhecimento, a dignidade, o amor, a justiça) e é, contudo, um recurso que a Europa não domina, ou não domina mais e a crise atual, do ponto de vista europeu, e também planetário, consiste no fato que os valores instrumentais foram transformados em valores finais. Boaventura de Souza Santos pondera que,

À luz destes desenvolvimentos, creio que a tarefa central da política e emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceitualização e a prática dos direitos humanos de um localismo globalizado, em um projeto cosmopolita, (...) superando o debate sobre universalismo e relativismo cultural, pois todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural, como posição filosófica é incorreto. (...) todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos. (...) todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana e (...) todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana. (...) Estas são as premissas de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode levar, eventualmente, a uma concepção mestiça de direitos humanos.²⁸³

O que ocorre na União Europeia é que as linhas de civilização de religião, de ideologias e de nacionalismo que pesa pelo histórico dos Estados-partes, marcam a identidade de cada país e até mesmo das regionalizações dentro deles, assentando um sincretismo cultural, que foi intensificado com a globalização, daí iniciando um afrontamento de diálogo intercultural que criou novos sincretismos complexos levando a um grande esforço para aceitação e respeito pelas diversidades, para se concretizar um convívio pacífico:

As atuais políticas de migração demonstram que o processo de unificação política na Europa se dá através de um complexo mecanismo de acordo

282 FERRAROTTI, Franco. La crisi dell'eurocentrismo e La convivenza delle culture. In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006. p. 29.

283 SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003. pp.442-443.

com o qual a queda das fronteiras internas ocorre mediante um reforço das fronteiras externas, constituindo assim uma base legal para a formação de uma Fortaleza Europeia delimitada por um cordão sanitário que separa os cidadãos europeus dos extracomunitários. (...) Nota-se, contudo, que as manifestações de intolerância que rondam a Europa se revestem de uma nova retórica de exclusão que se distingue daquelas que marcaram os conflitos étnicos europeus do passado²⁸⁴.

As propostas de multiculturalismo e respeito aos direitos humanos acaute-lam ameaças internas para a possibilidade de convivência que confere preferência à liberdade e à igualdade de tratamento entre diferentes culturas, além da abertura de tratamentos de integração social para aqueles que migram para a União Europeia em busca de novos rumos de oportunidade, trazidos pela globalização e somente quando ali chegam, descobrem a necessidade de um diálogo intercultural. Bauman²⁸⁵ elucida que,

Por muitos séculos, a Europa foi uma ciosa exportadora de seus próprios excedentes de história, incitando/forçando o resto do planeta a tomar parte como consumidores. Esses longos séculos de comércio unilateral, iníquo, agora se rebatem sobre a Europa, colocando-a face a face com a tarefa desanimadora de consumir localmente o excedente da história planetária. Desde o início da aventura europeia, mas em particular durante os séculos mais recentes e vividamente lembrados, ou pelo menos mais evocados, de sua longa história, o planeta foi, ou assim pareceu aos espíritos europeus inquietos, intrépidos e aventureiros, o playground da Europa. Esses séculos foram registrados nos livros europeus de história como “a era das descobertas geográficas”. Descobertas europeias, é claro: realizadas por enviados e emissários da Europa, e em benefício desta.

Segundo Kastyano²⁸⁶, o quadro da União Europeia implica que se interroge sobre algumas questões que dizem respeito à emergência de uma comunidade política europeia que traga uma cultura comum a todas as nações que formam esta nova entidade além das culturas diversas que ali adentram, pois essa Europa unida necessita do desenvolvimento de uma política assente na pluralidade de cul-

284 TAVOLARO, Lília G. M. *Dilemas da globalização na Europa Unificada*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2005. pp. 82-91.

285 BAUMAN, Zygmunt. *Europa, uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 19.

286 KASTORYANO, Riva. *Multiculturalismo: uma Identidade para a Europa?* Lisboa: Ulisseia, 2004. pp. 13-26.

turas, uma vez que a Europa nasceu a partir da vontade da vivência em conjunto que renunciasse à violência. Será somente através da harmonização das diferenças culturais econômicas, políticas e sociais que se chegará a um novo povo europeu, que fará uso pleno da sua cidadania, não importando à que cultura pertença, porém vivenciando um espaço solidário.

Os europeus, para defender uma certa identidade, um “algo que torna seu portador visivelmente diferente de todos os outros, mas que ao mesmo tempo o faz visivelmente semelhante a si mesmo, a despeito da passagem do tempo?”²⁸⁷ faria valer essa identidade. Bauman acrescenta, ainda, que:

Uma forma de vida especial, incomum, talvez mesmo singular, um modo de viver junto, de se relacionar com os outros e de ganhar com a presença deles, em relação ao qual os europeus tendem a avaliar a adequação/de-cência do mundo pelo qual são feitos ao mesmo tempo que o fazem. Uma forma de vida que eles lutam, como resultados ambíguos, para praticar. (...) um dos traços mais conspícuos da identidade europeia sempre foi a tendência de perseguir a identidade, enquanto ela se mantém, teimosamente, muito à frente de seus perseguidores. (...) o que vale defender (assim como lutar para obter e, uma vez obtido, é difícil de abandonar) é chamado de “valor”.

As identidades unidas por grupos sociais que se diferenciam entre si não deveriam ter como consequência a exclusão, a desigualdade, além de sofrer com discriminações e preconceitos²⁸⁸, pois dessa forma não serão aceitas socialmente precisamente por suas diferenças, que se envolverão no campo de questões de ordem ética e política, espaço esse da ação que tem como propósito o reconhecimento do direito à diversidade e do direito de ver sua cidadania, independentemente de sua cultura, respeitada. Já julgados na Corte, vários casos referente a utilização da língua curda na Turquia, dentre os quais: Ulusoy e outros c. Turquia, de 2007, pela proibição de encenar uma peça de teatro em curdo numa sala da Prefeitura; e Temel e outros c. Turquia, de 2009, sobre a expulsão da Universidade de 18 estudantes que solicitaram de disciplinas optativas de língua curda.

287 BAUMAN, Zygmunt. *Europa, uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 125.

288 BARROCO, M. L. S. Ética, Direitos Humanos e Diversidade. In: Cadernos Especiais n. 37, ed. de 28 de agosto a 25 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.assistentesocial.com.br>. Acessado: 10.07.2012.

Se as sociedades contemporâneas²⁸⁹ continuam lutando por um poder que não se desenvolve somente no espaço político e econômico, mas que se estende para o terreno cultural, e se, ainda, o cenário de interdependência global e de intercâmbios culturais contribui para promover racismos, xenofobias, extremismos religiosos, exclusão social, econômica e étnica entre outras discriminações que atingem demasiadamente as minorias economicamente mais fragilizadas, torna-se urgente e inadiável a mobilização de esforços para solucionar e combater a opressão e reafirmar os direitos humanos, garantindo o direito à pluralidade, ao multiculturalismo e às diferenças culturais, a fim de evitar abalos mais profundos nos alicerces da ordem mundial vigente.

CONCLUSÃO

Por meio do respeito ao princípio da tolerância, designada como a expressão do valor ético do consenso nas relações sociais e fundamento das sociedades livres, é que se verá, no atual mundo globalizado, o reconhecimento dos direitos humanos através de uma integração de identidades culturais.

Não será sob o efeito da desordem, mas sim sob o efeito da vontade do homem de conviver com os outros numa solidariedade, e conviver denota a aceitação das ideias e da diversidade por meio de uma cooperação recíproca e de um digno diálogo, que as minorias étnicas e culturais poderão vivenciar uma comunidade acolhedora e que, acima de tudo, respeita as diferenças.

Portanto, será somente através desse respeito ao valor do indivíduo que, num sistema globalizado, a União Europeia excluirá o fundamentalismo nacionalista e incluirá o outro, independentemente de sua diversidade cultural, religiosa, linguística ou étnica, fazendo do outro um seu co-nacional com os mesmos direitos respeitados, numa sociedade pluralista que há tanto tempo traz em seu bojo as lutas pela liberdade e pela igualdade.

289 SILVA, Maria José A. da; BRANDIM, Maria R. Lima. Multiculturalismo e educação: em defesa da diversidade cultural. In: *Revista Diversa*, n. 1. Jan/jun. 2008. pp. 31-66.

REFERÊNCIAS

- BARROCO, M. L. S. Ética, Direitos Humanos e Diversidade. In: *Cadernos Especiais* n. 37, ed. de 28 de agosto a 25 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.assistentesocial.com.br>. Acessado: 10.07.2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Europa, uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. Modernidade e ambivalência. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BENHABIB, Seyla. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*. Tradução de Gabriel Zudanaisky. Barcelona: Gedisa, 2004.
- CANCLINI, Néstor García. Diferentes, desiguales o desconectados. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 66-67, Barcelona, 2004.
- CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância: tensão entre diversidade e desigualdade. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (orgs.). *A tolerância e o intempestivo*. São Paulo: Ateliê Editorial, 2005.
- CONSELHO DA EUROPA. *Livro branco sobre o diálogo intercultural: viver juntos em igual dignidade*. Estrasburgo, 2008. Disponível em: http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_PortugueseVersion2.pdf
- DEI, Fabio. Multiculturalismo senza cultura?. In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006.
- FERRAROTTI, Franco. La crisi dell'eurocentrismo e La convivenza delle culture. In: NESTI, Arnaldo. (org.) *Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*. Tradução livre. Firenze: Universidade de Firenze, 2006.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- GOMES, Eduardo Biacchi. União Europeia e Multiculturalismo— o diálogo entre a Democracia e os Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomás Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.
- KASTORYANO, Riva, Multiculturalismo: uma Identidade para a Europa?. Lisboa: Ulisseia, 2004.
- KYMLICKA, Will. Minority rights in political philosophy and international law. In BESSON, Samantha e TASIOLAS, John (ed.). *The Philosophy of International*

Law. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 377-396.

LEISTER, Margareth A. Aculturação e identidade cultural: uma revisão do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista Derecho y Cambio Social*, p. 24-25. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/Acultura%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acessado: 02.01.2013.

MAGNOLIA, Demétrio. *União Europeia: história e geopolítica*. São Paulo: Moderna, 2004.

MALL, Ram Adhar. The Concept of an Intercultural Philosophy. In JANDT, Fred A. (Ed.) *Intercultural Communication: A Global Reader*. London: Thousand Oaks, New Delhi: Sage, 2004.

MARQUES, Rui. *Diversidade e Identidade Nacional na União Europeia: Desafios multiculturais*. Disponível em: http://www.acidi.gov.pt/docs/Diversidade_e_Identidade_Nacional-desafiosmulticulturais.pdf. Acessado: 15.07.2012.

MARTINS, Estevão C. de R. *Relações internacionais: cultura e poder*. Brasília: Funag, 2002.

NESTI, Arnaldo. (org.) Multiculturalismo e il pluralismo religioso fra illusione e realtà: um altro mondo è possibile?. Firenze: Universidade de Firenze, 2006.

PANIKKAR, Raimón. Religión, Filosofía y Cultura, 'Ilu. *Revista de ciencias de las religiones*, n. 1, Madrid, 1996, pp.

RUGGIU, Luigi; MORA, Francesco. *Identità, differenze, conflitti*. Milão: Memesis, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

_____. Os processos da globalização, in SANTOS, Boaventura de Souza (Org.) *Globalização: Fatalidade ou Utopia?* Porto: Afrontamento, 2001.

SILVA, Maria José A. da; BRANDIM, Maria R. Lima. Multiculturalismo e educação: em defesa da diversidade cultural. In: *Revista Diversa*, n. 1. Jan/jun. 2008. p. 31-66. Disponível em: <http://www.fit.br/home/link/texto/Multiculturalismo.pdf>. Acessado em: 15.07. 2012.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da e ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVOLARO, Lília G. M. *Dilemas da globalização na Europa Unificada*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2005.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O reconhecimento como pressuposto discursivo para uma concepção pluriversalista de direitos humanos. In FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz et al. (ORG). *Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, prática e Jusrisprudência*, vol. 3, São Paulo: Impetus, 2013.

VALENTI, Stefano. *L'integrazione del dialogo interculturale nelle attività del Consiglio d'Europa, dell'Osce e dell'Unesco*. Tradução livre, p. 103. Disponível em: http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/DI_DU_CP_2007_099.pdf.

UNESCO. *Declaração de princípios sobre a tolerância*. Tradução da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 1997.

_____. *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acessado: 15.07.2012.

10

DIREITO INTERNACIONAL E O USO DA FORÇA

ANA CARLA VASTAG RIBEIRO DE OLIVEIRA

Advogada, membro do GUTO – Gestão Urbana de Trabalho Organizado ligado a UNESP. Especialista em Direito Tributário pela UNIVEM, Pós-Graduada em Direito Constitucional Italiano e Europeu pela Università Degli Studi di Macerata. Mestranda em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica – PUCSP. Professora da Escola Superior de Advocacia. E-mail: anavastag@uol.com.br

EVERSON TOBARUELA

Advogado. Especialista em Contratos Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica, Doutor Honoris Causa pelo Centro Universitario Toledo. Pós-Graduado em Direito Constitucional Italiano e Europeu pela Università Degli Studi di Macerata. Mestrando em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica – PUCSP. Professor da Escola Superior de Advocacia. E-mail: tobaruela@terra.com.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. Jus ad bellum e jus in bello antes da Liga das Nações. 2. A limitação da guerra no Pacto da Liga das Nações, e seu anúncio no Pacto Kellogg-Briand. 3. A Carta das Nações Unidas. 4. A proibição geral do uso da força. 5. A exceção de autodefesa em caso de ataque armado. 6. Operações peace keeping e peace enforcing. 7. As ações dos Estados Unidos, que são autorizados pela Organização. 8. A ação contra a Iugoslávia e nova doutrina estratégica da OTAN. 9. A “guerra” contra o terrorismo e a ação no Afeganistão. Referências.

INTRODUÇÃO

Um relatório introdutório do direito internacional não é fácil apresentar neste momento conturbado e difícil das relações internacionais em que os valores morais e os princípios jurídicos estabelecidos há muito tempo parece estar em crise.

A fim de fornecer uma base comum para a análise, análise e debate, bem como para os estudiosos das disciplinas internacionalistas, mesmo para os estudiosos de direito público interno, o método que é mais apropriado para apresentar o estado de direito internacional sobre o uso de força é que a descrição do sistema, na

sua origem, na sua estabilização no período de equilíbrio e a coexistência até ao final dos anos oitenta e, finalmente, as mudanças na última década.

1. *JUS AD BELLUM* E *JUS IN BELLO* ANTES DA LIGA DAS NAÇÕES

Esta não é, naturalmente, o local escolhido para a investigação histórica sobre o direito internacional clássico sobre o uso da força e recurso à guerra²⁹⁰. Até o Pacto da Liga das Nações é a observação comum que os estados não estão sujeitos aos limites impostos pelo direito internacional quanto ao recurso à guerra.

Este sempre foi possível, porque não proibida em lei, a fim de proteger os interesses do Estado ou até mesmo simples de resolver disputas internacionais, especialmente às de natureza política. Normas legais sobre questões de importância, como havia medidas, sem dúvida, mais limitados, tais como o uso de um uso mais limitado da força, como retaliação, a intervenção armada em território e o bloco de outro, e quais são os procedimentos para o exercício de guerra previsto nas Convenções de Haia de 1899 e 1907.

É preciso lembrar que as Convenções de Haia são o melhor resultado da evolução do sistema antigo, como elas foram introduzidas os princípios e regras relativas aos procedimentos para a explicação das atividades de guerra e que ainda

²⁹⁰A clara distinção entre *jus in bello* e *jus ad bellum* é relativamente recente. Os termos não eram comuns em debates e documentos sobre o Direito da Guerra até a década anterior à Segunda Guerra Mundial. No entanto, os conceitos que abrangem certamente apareceram no debate jurídico antes, mas sem a clara distinção que a adoção dos termos ocasionou. O propósito do Direito Internacional Humanitário (DIH) é limitar o sofrimento causado pela guerra ao proteger e assistir as vítimas da mesma sempre que possível. O direito, portanto, aborda a realidade de um conflito sem considerar os motivos ou a legalidade de recorrer à força. Ele regula somente os aspectos do conflito que são de preocupação humanitária. Isso é conhecido como *jus in bello* (direito na guerra). Suas disposições se aplicam às partes beligerantes independentemente do motivo para o conflito ou se a causa defendida por qualquer uma das partes seja justa. O *jus ad bellum* (direito do uso da força) ou *jus contra bellum* (direito da prevenção à guerra) busca limitar o recurso da força entre os Estados. Segundo a Carta a ONU, os Estados devem abster-se de ameaçar ou usar a força contra a integridade territorial ou a independência política de outro estado (Art. 2º, para. 4º). As exceções a esse princípio são previstas para os casos de auto-defesa ou conforme a decisão adotada pelo Conselho de Segurança da ONU no capítulo VII da Carta da ONU. No caso de conflito internacional armado, é muito difícil determinar que Estado seja culpado de violar a Carta das Nações Unidas. A aplicação do Direito Humanitário não envolve a denúncia de partes culpadas, o que poderia gerar controvérsias e paralisar a implementação do Direito, já que cada adversário alegaria ser vítima de agressão. Além disso, o DIH visa proteger as vítimas de guerra e seus direitos fundamentais, independentemente da parte à qual pertencem. Por esse motivo, o *jus in bello* deve permanecer independente do *jus ad bellum* ou do *jus contra bellum*. Disponível em <http://www.icrc.org/por/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>, consulta realizada em 16/04/2013.

estavam em vigor e que depois foram confirmados, ampliados e especificados nas Convenções de Genebra de 1949 e nos protocolos relacionados de 1977.

2. A LIMITAÇÃO DA GUERRA NO PACTO DA LIGA DAS NAÇÕES, E SEU ANÚNCIO NO PACTO KELLOGG-BRIAND

É sabido também que, com o Pacto da Liga das Nações foi pela primeira vez regulamentada, até certo ponto, o recurso à guerra, e estabelecer certas limitações. Ponto do sistema da Aliança foi o compromisso dos Estados de respeitar e manter contra qualquer agressão externa, a integridade territorial e a independência de todos os seus membros (artigo 10). Estados também foram obrigados a resolver pacificamente os conflitos internacionais, com a obrigação de se submeter às regras de arbitragem ou decisão do Tribunal Permanente de Justiça Internacional (que estava então formada), ou submissão ao Conselho de Administração da Companhia. Neste contexto, o padrão de base do sistema era, por conseguinte, da arte. 12 do Pacto proíbe a guerra contra um Estado que vai respeitar a decisão do Tribunal Permanente ou arbitragem, ou que estivesse de acordo com o relatório do Conselho por unanimidade. Neste último aspecto, é importante salientar que para a obtenção de unanimidade não foi levado em conta o voto dos Estados em disputa, que tinha a obrigação de se abster. Por isso, o Pacto impôs uma moratória sob a qual os Estados-Membros eram obrigados a abster-se do uso da força por um período de três meses após a decisão arbitral ou judicial ou a disputa após o relatório do Conselho.

A guerra não foi, assim, radicalmente banida, mas manteve-se possível, especialmente para o Estado a violação de quaisquer decisões arbitrais e judiciais e as do Conselho de Administração da Companhia. Também não foram proibidos, finalmente, outras formas de violência militar que não seja a guerra. Como resultado, desde os primeiros anos da Liga das Nações, começou a busca de ferramentas adicionais para ampliar e fortalecer o princípio da proibição da guerra. Crucial a este respeito foi o Pacto de Paris de 1928 (Kellogg-Briand Pacto), que, com uma fórmula que, posteriormente, serão amplamente divulgados em textos nacionais e internacionais, estabeleceu o compromisso geral para os Estados contratantes a não recorrer à guerra como instrumento de política internacional e como um meio para a resolução de litígios.

O Pacto de Paris, embora estendesse a proibição de uso da guerra para os

casos em que isso não foi proibida pelo Pacto da Liga das Nações, não proibindo o uso de outros meios de violência militar que não seja a guerra, como retaliação e a intervenção. O Pacto de Paris foi, certamente, na base do Acordo de Londres de 1945, que estabelece o Tribunal de Nuremberg²⁹¹, que definiu a guerra de agressão como um crime internacional, envolvendo também a responsabilidade criminal individual de quem havia decidido e implementado a guerra.

3. A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

No final da II Guerra Mundial, os povos das Nações Unidas “ determinado a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes em nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade” (Preâmbulo da Carta), constituiu a Organização das Nações Unidas.

Quanto à preservação da paz e do uso da força, a Carta das Nações Unidas baseia-se, essencialmente, em três princípios e instrumentos: a proibição da ameaça ou do uso da força no art. 2 par. 4, a autodefesa individual ou coletiva no caso de ataque armado, conforme art. 51, o sistema de segurança coletiva pelo Conselho de Segurança, ao abrigo do Capítulo VII da Carta. A análise não pode avançar para os pontos principais, dada a vasta literatura sobre a questão menor assunto e numerosas é que a vida e a prática das Nações Unidas. Simplesmente esclareceu soluções geralmente aceitas a este respeito e consideradas como uma expressão do direito internacional.

4. A PROIBIÇÃO GERAL DO USO DA FORÇA

Quanto à proibição do art. 2 par. 4 ° da Carta das Nações Unidas, é disposição fundamental no sistema, cuja importância é amplamente enfatizado. Ela proíbe não só o uso da força, mas também a ameaça de tal uso. Certamente não é fácil de determinar o que constitui a ameaça da força. Algumas hipóteses são, no entanto, limites claros, como um ultimato ou enviar forças militares nas fronteiras de um Estado estrangeiro ou sua proximidade com intenções que não sejam pacíficos. O núcleo

291 Informações sobre julgamentos NE Nuremberg disponíveis para consulta através do site http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=overview, da universidade de Harvard. Acesso em: 06.03.2013

da provisão é, no entanto, a proibição do uso da força contra a integridade territorial de um Estado ou a sua independência. Não há dúvida de que a ação militar, ou até mesmo uma guerra contra a integridade territorial e a autonomia do governo de um Estado estrangeiro constitui uma violação da norma internacional e condenado por todo o sistema da Carta. Este tipo de crime também é considerado particularmente grave o suficiente para merecer uma qualificação e um tratamento especial no contexto da responsabilidade internacional dos Estados. É sabido que a violação das regras relativas à paz e à segurança internacionais foram qualificadas como crime internacional no artigo 19 Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado e por muitos anos manteve o projeto (1977-1996) da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que tem a tarefa de codificação do direito internacional. O texto finalmente aprovado pela Comissão em Agosto de 2001 e, agora, apresentado à Assembleia Geral das Nações Unidas, contém um capítulo especial dedicado a este importante tipo de crime dando-lhe consequências significativas para todos os membros da comunidade internacional.

A natureza fundamental da proibição do uso da força nas relações internacionais, exceto em conformidade com a Carta da ONU foi consagrada no acórdão do Tribunal Internacional de Justiça de 27/06/1986, no caso das atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra o qual ele disse, com toda a autoridade do tribunal internacional supremo, que o princípio do art. 2 par. 4 também é um princípio de direito internacional consuetudinário em geral.

E ‘aqui mal necessário recordar como as obrigações previstas na Carta, de acordo com o princípio consagrado no artigo. 103 da própria Carta terá precedência sobre todas as outras obrigações decorrentes de outros tratados internacionais. A regra do art. 2 par. 4 representa, assim, um verdadeiro direito internacional vinculativo (*jus cogens*).

5. A EXCEÇÃO DE AUTODEFESA EM CASO DE ATAQUE ARMADO

O direito de individual e coletiva de autodefesa em caso de ataque armado (artigo 51 da Carta) é o outro pilar do sistema das Nações Unidas. Deve-se aqui logo deixou claro que o exercício desse direito deve ser em resposta a um ataque armado, e não pode, portanto, ser uma medida preventiva necessária para evitar um futuro, mesmo iminente ataque armado outros. Também nesta área a Carta das Nações Uni-

das, mudou profundamente o direito internacional clássico, que, no entanto, sabia que a legítima defesa preventiva e que, mesmo na época da Liga das Nações e do Pacto Kellogg-Briand, deu a liberdade Membros a este respeito.

O objetivo do ataque armado deve ser o território das estruturas do Estado e / ou estado, mesmo que estes estão fora do território do Estado, como é o caso de corpos de tropas no exterior. Não é considerada qualquer ação contra um ataque armado contra a embaixada e / ou agentes de diplomatas estrangeiros como ataque ao Estado, como esclareceu o Tribunal Internacional de Justiça, no seu acórdão de 1980, no caso de Estados Unidos Pessoal Diplomático e Consular em Teerã. Além disso, não constituem um ataque armado até um incidente de fronteira.

De importância considerável na prática internacional recente é o denominado agressão indireta, que é criado quando a ação militar é conduzida por forças irregulares ou mercenários organizados por um Estado. Esta forma de agressão é ilegal, ele é condenado pela Resolução da AG das Nações Unidas n. 3314 de 1974, relativa à definição de agressão e incluídas dentro do conceito de agressão utilizado pela Corte Internacional de Justiça no julgamento, em 1986, na disputa entre a Nicarágua e os Estados Unidos.

É geralmente afirmou que deve ser necessário, proporcional e imediata a ação de autodefesa. Com estas três qualificações deverão apoiar-se: a) que a ação deve ser tomada absolutamente resistir e repelir o ataque armado, b) que a ação deve ser proporcional não só para o ataque imediatamente, mas acima de tudo a fim de que ela persegue , que é o de restaurar a situação antes do ataque, c) que o recurso deve ser razoavelmente imediato, no sentido de não ser temporalmente separada e imediato ao ataque, de modo a ser considerada, em vez disso, uma verdadeira retaliação . A arte mecanismo. 51 dispõe que as atividades individuais e coletivos de autodefesa deve ser imediatamente comunicadas ao Conselho de Segurança e, em seguida, cessa no momento em que o Conselho de Segurança tome as medidas necessárias para a manutenção e restauração da paz e da segurança internacionais.

Tendo em vista esta possibilidade de recurso para individual e coletiva autodefesa se um ataque armado outros estados têm, por vezes, entrou em alianças militares com precisão, a fim de facilitar a ação rápida e eficaz, que poderá ser necessário no futuro. O Tratado da OTAN e do Pacto de Varsóvia foi concluído nesta perspectiva. O que se esclarece aqui, e agora só com referência a OTAN devido à extinção do Pacto de Varsóvia, é que estes instrumentos estão sujeitos à Carta da ONU. Isso não

só por força do artigo 103 da Carta e o princípio da lei obrigatória nele, mas também para expressar a afirmação contida em tratados de aliança.

De fato, a arte. 1º do Tratado da OTAN que as partes contratantes, de acordo com a Carta das Nações Unidas, devem esforçar-se para resolver disputas internacionais por meios pacíficos de que serão as partes e que se abstenha de a ameaça e o uso da força de forma incompatível com os Propósitos das Nações Unidas. Artigo. 5º do Tratado da OTAN também prevê o exercício da autodefesa individual e coletiva, de acordo com as disposições do art. 51 da Carta, com a exigência de comunicação das medidas tomadas para CDs e terminação da ação como o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para restaurar e manter a paz internacional. Artigo. 7º do Tratado da OTAN, finalmente, declara, de forma bastante explícita, que o Tratado não muda e não deve ser interpretado como alteração dos direitos e obrigações impostas às partes pela Carta das Nações Unidas ou a tarefa prioritária do Conselho de Segurança no que diz respeito à manutenção da paz e segurança internacional.

Concluindo sobre a autodefesa no sistema das Nações Unidas pode haver avaliações de alguns episódios da vida internacional recente. Não são legítima defesa o bombardeio da Líbia EUA em 1986 como uma resposta às atividades terroristas ou apoiar o terrorismo internacional, a Líbia. A tentativa de condenação desse bombardeio pelo Conselho de Segurança foi bloqueada pelo veto de os EUA, Reino Unido e França. Não constitui legítima defesa nos termos do artigo. 51 da Carta do bombardeio da OTAN da Jugoslávia 1999. Na ação da OTAN foi expressamente definido como um “não artigo 5º operações”, ou seja, como uma ação diferente da legítima defesa coletiva prevista no fato art. 5º do Tratado da OTAN. Não constitui ataques israelenses de autodefesa e sul-africanos ocorrido nos últimos anos contra os países vizinhos, porque eles eram considerados uma ameaça para a integridade e segurança territorial, de fato, Israel e África do Sul.

As soluções mencionadas acima parecem interferir também por razões de interpretação, necessariamente, de ser atribuído à regra restritiva na arte. 51. Este é um limite especial à competência geral do Conselho de Segurança em matéria de paz e segurança internacionais e, portanto, deve ser interpretado de forma a limitar a competência central atribuído ao Conselho de Segurança.

6. OPERAÇÕES PEACE KEEPING E PEACE ENFORCING

Como é sabido, o sistema da Carta previsto no capítulo VII, um mecanismo de ação para a manutenção da paz ou de seu reestabelecimento conduzido diretamente pelo Conselho de Segurança com as forças militares colocados à sua disposição pelos Estados-Membros, com base em acordos a ser celebrado nos termos do art. 43. Nunca tendo sido celebrado esses acordos, o mecanismo funcionou ações dos Estados mediadas autorizadas pelo Conselho de Segurança ou por ações mais limitadas tomadas pelo Conselho e gerida pelo Secretário-Geral, de acordo com as diretrizes do Conselho de Administração. Desde esta segunda categoria de ações é numericamente o mais importante e, certamente, de acordo com a letra e o espírito da Carta, deve ser descrita pela primeira vez.

Estas são ações comumente referidas como manutenção da paz. Eles inicialmente tomaram a forma de envio de observadores militares, a fim de supervisionar o cessar-fogo e tréguas e, especialmente durante a década de noventa, voltaram-se para mais incisivo e importante. Impondo, por vezes, soluções pacíficas para as partes em conflito, assim, tomando o nome de ações de imposição da paz, às vezes tendendo para a reconstrução das aldeias destruídas pelas hostilidades, para assegurar o respeito pelos direitos humanos, organizar a administração civil, para preparar e acompanhar a realização das eleições, tomando o nome de ações de construção da paz. Que exemplos de operações de manutenção da paz tradicionais são lembrados, além da UNEF I enviados no Oriente Médio com a decisão da Assembleia Geral, sob a Unir para resolução da Paz de 1950 as decididas pelo Conselho de Segurança, como ONUC em 1960 para o Congo e, posteriormente, a UNEF II em 1973, o UNICYP em Chipre em 1974, as forças destacadas entre Israel e a Síria sobre as Colinas de Golã, em 1974, as forças estacionadas no Líbano (UNIFIL) em 1978.

A ação mais forte de paz aplicação foram, entre outros, aqueles que na Somália, em 1992-1993, que deram origem a UNOSOM I e II. Havia muitas ações que podem, então, ser definida como a construção da paz, embora frequentemente essas ações os personagens, mesmo as duas primeiras categorias de ações. Devemos lembrar as ações em Moçambique 1992-1994, em Ruanda, em 1993-1996, bem como as várias forças estacionadas na Iugoslávia desde 1992, e, finalmente, o verdadeiro governo entrou com uma ação civil no Kosovo, em 1999 e também em Timor Leste em 1999.

7. AS AÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS, QUE SÃO AUTORIZADOS PELA ORGANIZAÇÃO

A vida útil das Nações Unidas mostrou também há ações militares conduzidas pela organização, mas realizada por grupos de estados autorizados pela organização.

E “ação bem conhecido na Coréia” conduzido por uma coalizão liderada pelos Estados Unidos contra a Coréia do Norte, com base em decisões iniciais do Conselho de Segurança (em um estado de ausência voluntária do Conselho URSS) e depois continuada (quando os CDs foi bloqueada pelo veto Soviética) com base na Resolução Conf. Unindo pela Paz (1950) da Assembleia Geral. É também sabido que apenas outra vez, em 1956, a Assembleia decidiu criar e enviar uma força de paz no Oriente Médio após a cessação das hostilidades entre o Egito e a França, Inglaterra e Israel. Posteriormente, o Conselho de Segurança começou a exercer as suas funções, como mencionado no parágrafo anterior. No entanto, deve ter em mente que em várias ocasiões em que o Conselho de Segurança foi paralisado pelo direito de veto, as deliberações foram aprovadas pela AG, sem, no entanto, favoreceu a fundação de força para a restauração da paz. Por isso, é dito que a AG não pode, no futuro, em face de novos blocos dentro do CDS, e para evitar o risco de ações dos Estados em conflito com a Carta, a retomar um papel de complementar às vezes exercido no passado. E ‘Este é um ponto que parece digno de investigação no debate.

O Conselho de Segurança autorizou os Estados-Membros a tomar medidas contra o Iraque atacou o Kuwait em favor do bem conhecido de acordo com a Resolução 678, de 29 de Novembro de 1990. E ‘sabido que a legitimidade da resolução que autoriza, por vezes, tem sido contestada com base na sua prestação não explícita no esquema do Capítulo VII da Carta. A maior parte dos analistas acredita, no entanto, que a base geral em todo o Capítulo VII pode e deve ser encontrada, uma vez que, em particular o Conselho de Segurança reservado o controle da situação e autorizou a ação militar. Não se deve esquecer que a autorização do Conselho de Segurança foi emitido em um contexto em que foi, sem dúvida, o exercício legítimo do direito individual e coletivo de autodefesa. A única anomalia é que a solução para o exercício da autorização da força pelo Conselho de Segurança, e não mais um exercício espontâneo de autodefesa até que o Conselho de Segurança não tinha adotado as medidas necessárias. Ele não está aqui me debruçar sobre o caso da Guerra do Golfo, em relação ao quais os elementos do debate entre internacionalistas e entre estes e os

publicitários já são conhecidos e investigados em profundidade.

8. A AÇÃO CONTRA A IUGOSLÁVIA E NOVA DOCTRINA ESTRATÉGICA DA OTAN

A intervenção contra a Iugoslávia para impor uma solução em Kosovo é o mais respeitoso com os direitos da população de etnia albanesa e foi decidido e implementado por um grupo de Estados-Membros da OTAN incluindo a Itália, na ausência de qualquer decisão, recomendação ou autorização das Nações Unidas. Dada a proibição do uso da força no art. 2 parte. 4º da Carta e do fato de que nenhum ataque armado tinha sido trazido por Iugoslávia contra um membro da Aliança, deve considerar-se que a ação foi realizada em violação da Carta.

Aqui é supérfluo acrescentar que a ação na Iugoslávia é também uma violação do Tratado que institui a OTAN, que prevê, especificamente, à sua arte. 1 a obrigação de os Estados-Membros abster-se do uso da força, em qualquer forma incompatível com a Carta das Nações Unidas. É igualmente violado o compromisso assumido com o art. 5º do Tratado, que estabelece o direito e a obrigação de agir em autodefesa, como exigido pelo art. 51 da Carta das Nações Unidas e não de forma diferente.

Esta foi uma maneira diferente, no entanto, planeada e preparada na OTAN durante os anos noventa. É, essencialmente, um dos dois instrumentos adotados em Roma em novembro de 1991 e outra em Washington em abril de 1999 pelos chefes de Estado e de Governo dos países membros que definiram o novo “conceito estratégico” da Aliança. Esta nova estratégia inclui ações especificamente definidas “*não-artigo 5 de operações*” com possíveis ações em caso de conflitos internos, violações sistemáticas dos direitos humanos, o êxodo maciço de refugiados e ao terrorismo internacional. Sobre a adoção válida dessas modificações substanciais do Tratado da OTAN como inicialmente previsto, o julgamento deve ser feita tendo em conta os sistemas constitucionais dos diversos Estados-Membros. E ‘há dúvida de que esses novos compromissos, que incluem a adoção de comportamentos que não são autodefesa e que ignoram a conformidade com a Carta das Nações Unidas.

A intervenção contra a Iugoslávia e, em seguida, a ação de ocupação militar no Kosovo foi, assim, com base no novo Conceito Estratégico da OTAN a estabelecer-se, ao mesmo tempo em que a intervenção humanitária permitida pela Carta das Nações Unidas e / ou pelo direito internacional geral. Para uma apreciação jurídica

da intervenção devem ser considerados os argumentos que se seguem.

Até o momento da ação contra a Iugoslávia intervenção humanitária não foi considerada legítima e aceitável no direito internacional. Houve apenas casos esporádicos de proteção dos cidadãos no exterior, haviam sido discutidas criticamente as intervenções em que, por vezes, foram operados para proteger, por exemplo, as minorias cristãs em países muçulmanos, por outro lado, foram considerados legítimos dom ações humanitárias tomadas para indicar ao Conselho de Segurança. O Tribunal Internacional de Justiça, mencionado várias vezes no julgamento de 1986, em caso de atividades paramilitares na Nicarágua e expressamente rejeitada. O argumento dos Estados Unidos que justificaram a sua intervenção com razões humanitárias e para a proteção dos direitos humanos no país da América Central. Estas razões não justificam a intervenção. A doutrina confirmada e aprovada conclusão deste Tribunal, correspondente ao direito internacional, então - e ainda hoje - atual e até à data cumpriu com a única exceção significativa sendo, naturalmente, pela ação da OTAN contra a Iugoslávia.

Mesmo aqueles que se sentem geralmente admissível porque o objetivo humanitário de justificar uma ação militar - levando a verdade para o tema específico da prática das Nações Unidas da decisão do Conselho de Segurança - concluir, no entanto, no sentido de que a ação contra a Iugoslávia não tenha cumprido os seus próprios parâmetros de “intervenção humanitária”.

Na ocasião, ou com referência à ação contra a Iugoslávia foram propostos na análise da literatura que a distinção entre lei e do direito internacional geral da ONU, questionando a identificação substancial entre os dois conceitos que há muito haviam sido tomadas para concedido e teve sua consagração na referida jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça.

Deve ser lembrado primeiramente a construção dos chamados dois círculos concêntricos, em que o sistema das Nações Unidas seriam composta de um círculo interno, e de um círculo exterior, necessariamente mais amplo e diferente, e isso legitimaria o comportamento em vez inelegível sob as regras em vigor no círculo menor.

Também deve ser mencionada a construção de acordo com a qual o art. 2 par. 4 ° da Carta das Nações Unidas estabeleceria a proibição do uso da força, que se refere à reação para a violação das únicas obrigações mútuas entre Estados e não para a reação sobre as violações de obrigações *erga omnes*. A proibição do uso da força no art. 2 par. 4 não seria assim para ações destinadas a punir violações de obri-

gações para com a comunidade internacional como um todo, que permaneceria avaliável e, portanto, pode ser definida como legítima apenas sob o direito internacional geral. No entanto, no caso da ação contra a Iugoslávia, a intervenção da OTAN não seria legítima, mesmo como uma reação à violação das obrigações *erga omnes* sob o direito internacional geral.

Outros comentaristas têm lutado com o problema de avaliar o comportamento dos países da OTAN não tanto à luz do já existente lei, mas o comportamento inicial, para ser colocado na base das novas normas e princípios sobre o uso da força, bem como a paz e a segurança internacionais, ou começaram a falar de lacunas ou áreas cinzentas no sistema que, como resultado do fracasso em atingir mecanismos comuns para a manutenção da paz previsto no capítulo VII da Carta, seria incapaz ou inapto para avaliar certos fenômenos, como o uso da força inaugurou pela ação da OTAN contra a Iugoslávia.

A última categoria de comentaristas, ao qual este relatório se relaciona, acredita, ao contrário, de manter a parar a construção do sistema internacional, como tradicionalmente entendida por anos e baseia-se nos princípios da Carta da ONU. Como resultado, os autores estimam que, pura e simplesmente os comportamentos ilícitos diferentes, e apesar do fato de que eles são mantidos por Estados poderosos e importantes no quadro geral das relações internacionais. Vários aspectos particulares são enfatizados neste sentido. Note-se, por exemplo, como os estados que realizaram a conduta em questão sempre alegou agir em conformidade com o direito internacional e da Carta e, de fato, precisamente a fim de implementar de forma coercitiva seus princípios e suas regras. Aqui é mencionado, especialmente, a nota em conta a posição britânica no Conselho de Segurança em 1999.

É importante lembrar a ênfase no que diz respeito à Res. 1244 Estudo de 10 de Junho de 1999 pelo qual o Conselho de Segurança tomou conhecimento da cessação do conflito na Iugoslávia e os termos de regulamentos militares estabelecidos pelas partes e, portanto, estabelecida e organizada administração civil do Kosovo pela ONU. Seguindo essa resolução tem sido afirmado uma espécie de legitimidade *ex post* ou algum tipo de anistia pelo Conselho de Segurança da OTAN na Iugoslávia. As conclusões deste tipo parecem questionáveis, como o Conselho de Segurança, nos *considerandos* da mesma resolução, reiterou sua competência exclusiva em matéria de manutenção da paz e da segurança internacional. É ainda inegável que, com a Res. 1244 a situação foi referida na intervenção derivado da ONU e agora é

governado por estes. Portanto, as consequências clássicas internacionais do crime - especialmente o não reconhecimento de situações de mudança territorial pela força - não se aplica no que respeita à evolução da situação no Kosovo.

9. A “GUERRA” CONTRA O TERRORISMO E A AÇÃO NO AFGANISTÃO

As ações internacionais mais recentes envolvendo o uso da força como uma razão eles tinham a luta contra o terrorismo.

É claro que é necessário salientar, ainda que brevemente, a evolução do direito internacional. E sabemos que se passaram desde os anos sessenta por raras ocorrências de fenômenos terrorismo internacional são da vez maiores e marcante, em, em geral, com a persistência de problemas não resolvidos ou situações consideradas intoleráveis para populações inteiras ou grupos de pessoas mais ou menos extenso. Chegou então a uma certa cooperação internacional convencional para a supressão de atividades terroristas particularmente flagrantes, tais como sequestro, ataques contra a segurança da aviação civil e da aviação naval.

É então gradualmente consolidada na ONU uma atitude de condenação, que agora pode ser definida como adquirida no âmbito da comunidade internacional e teve aumento significativo da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança. Adotada em 1994 Res. 49/60 contendo a Declaração sobre as medidas para eliminar o terrorismo internacional e, em seguida, o RES. 51/210, de 1996 demonstrações financeiras do ano anterior. A Assembleia Geral exorta os Estados-Membros: a condenam o terrorismo internacional, em qualquer caso e punir os responsáveis, quaisquer que sejam as suas motivações não para financiar o terrorismo e não permitir bases terroristas em seu território, a fim de cooperar judicialmente à captura de terroristas, de acordo com o princípio do trabalho de formiga (cada caso de forma específica). Estes princípios, primeiro recomendados pela Assembleia Geral, foram incorporadas e, posteriormente, especificadas no texto de uma Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, patrocinado pela mesma Assembleia Geral.

Por sua vez, o Conselho de Segurança tem em vários casos qualificados incidentes de terrorismo como uma ameaça para a paz. Devem ser mencionados os casos de Líbia em 1992 (Res. 748) e em 1993 (Res. 883) e no Sudão em 1996 (Res. 1054 e Res. 1.070), no qual o Conselho de Segurança impôs sanções contra esses

países para a sua não cooperação no combate ao terrorismo e / ou apoio para si mesmo o terrorismo.

Neste contexto, e vindo para as posições e decisões que se relacionam mais diretamente ao Afeganistão, vale a pena mencionar os Resolução de n. 19987/1214, dirigida ao Governo do Taliban convidando-o não para servir de abrigo e proteção a terroristas, o RES. 1267, de 1999, prevê que a entrega do governo afegão de Osama Bin Laden e adotando sanções contra o Afeganistão, a Res. 1333/2000 renova as exigências e as sanções contra o Afeganistão.

Com os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington, a situação evoluiu rapidamente e de forma significativa. A Res. 1368 adotada em 12 de setembro de 2001, afirma que esses ataques constituem uma ameaça à paz e segurança internacionais e evocou o direito à legítima defesa dos Estados Unidos. A Res. 1.373 que estabeleceu novas sanções e medidas articuladas na luta contra o terrorismo internacional, mas não envolvendo o uso da força armada. Neste contexto, a ação começou nos Estados Unidos e seus aliados contra o Afeganistão, que terminou com a derrota do regime talibã em Cabul e no estabelecimento de um novo governo afegão, com a ajuda e o apoio de forças militares EUA e seus aliados.

A ação legal no Afeganistão é complexa e deve ser feita tanto no que diz respeito às várias fases da ação em si, que, com relação aos diversos princípios e normas de referência.

A ação dos EUA e seus aliados se baseava no artigo. 51 da Carta das Nações Unidas e com base na alegação de que os ataques de 11 de setembro constituiu um ataque armado para os Estados Unidos no âmbito da Carta. O ataque sofrido pelos Estados Unidos foi classificado como agressão indireta, nos termos do art. 3 g da Resolução Conf. de 1974 da Assembleia Geral sobre a definição de agressão, agressão, neste caso, devido ao Governo do Afeganistão do Talibã. Em conformidade com os compromissos da OTAN, a ação foi considerada ainda a cair no âmbito tanto do artigo. 5 ° do Tratado, como tradicionalmente entendida, é a nova doutrina estratégica formulada em 1991 e reafirmado em 1999, que inclui como objetivo a luta contra o terrorismo internacional.

A avaliação crítica dessa construção foi efetivamente realizada e deve ser encaminhado para. E foi reconhecido como Resoluções do Conselho de Segurança, referindo-se o direito de autodefesa ainda não havia identificado o estado em que ele estava se referindo ao ataque contra os EUA, na época, ainda não havia se identi-

caram em' Estado terrorista no Afeganistão envolvido na ação. E 'também foi observado como os ataques de 11 de setembro o ataque armado poderia ser considerado esgotado e, portanto, as medidas tomadas preferiria ser classificado como retaliação armada contra o autor de um delito. Tal retaliação armada - é supérfluo lembrar - está em desacordo com a interpretação do artigo 2 ° par. 4 ° da Carta e não parece encontrar a sua base legal (a permissão necessária) nas resoluções do Conselho Geral adotou após o ataque terrorista e nenhuma referência ao Afeganistão. Deve ser enfatizado que a ação no Afeganistão não se limitou a repelir um ataque armado ou responder a esse tipo de ataque, mas foi mais longe, até que se transformou em uma verdadeira guerra que tende a debelar o Estado afegão. Este resultado foi alcançado pela ação dos Estados Unidos, seus aliados e grupos afegãos opositores do regime do Taliban.

Imediatamente após a queda de Cabul com a Resolução do Conselho de Segurança. de 14 de Novembro 2001, tomou conhecimento de que o fim do governo do Taliban e manifestou o seu apoio ao povo afegão para o estabelecimento de uma administração interina em primeiro lugar e, em seguida, um novo governo, apelou a todas as forças afegãs que se abstenham de represálias e respeitar os direitos humanos e as regras do direito humanitário; instou todos os Estados a fornecer ajuda humanitária e ajuda a recuperação a longo prazo e o desenvolvimento econômico e social do país. Ao contrário do que aconteceu no Kosovo, e o Conselho de Segurança, assim, começou a organizar a administração civil do país, que é deixado para a administração e o governo então formado com a ajuda dos militares interveio, e até mesmo passou a regular o estabelecimento e operação de forças militares estrangeiras no Afeganistão.

Comparando-se entre sua ação na Iugoslávia e uma no Afeganistão nas suas relações com o sistema das Nações Unidas, algumas diferenças são imediatamente aparentes máximo. Enquanto a ação contra a Iugoslávia não conseguiu encontrar qualquer base na Carta e em particular com alguma resolução do Conselho de Segurança, a ação contra o Afeganistão, pelo menos inicialmente, foi apresentado como uma resposta ao ataque armado sofrido pelos Estados Unidos e foi, até certo ponto, atribuível ao artigo 51 da Carta. A ação contra a Iugoslávia terminou como resultado da aceitação dos termos deste regulamento militar e política ditada pelas potências da OTAN que tinha realizado operações. Ao contrário da ação contra o Afeganistão foi conduzido até a dissolução do Governo do Taliban e da ocupação da capital e a

maior parte do país.

Finalmente, no que diz respeito às atividades das Nações Unidas após o fim das hostilidades, no caso da Jugoslávia, o Conselho de Segurança (Res. 1244) tomou conhecimento dos termos dos regulamentos militares adotadas pelas potências vitoriosas e procedeu-se à organização da administração civil no Kosovo. No caso do Afeganistão, no entanto, o Conselho de Segurança tomou simplesmente nota da cessação das hostilidades e situação militar surgiu, não indo diretamente para organizar, ou sob seu controle, a retomada da vida civil no país.

CONCLUSÃO

De tudo o que precede, é claro, a avaliação feita dos acontecimentos dramáticos que ocorreram na vida internacional, mais recentemente. A Carta das Nações Unidas, apesar de todos os esforços de interpretação evolutiva, não permite avaliar como legítimo os dois principais operações realizadas contra a Jugoslávia e contra o Afeganistão.

Dizer que tais operações devem ser avaliadas sob a lei internacional geral, e, possivelmente, concluindo pela legitimidade de qualquer operação significa conceber e aceitar a diferença e separação entre o sistema das Nações Unidas e do direito internacional geral. Isso parece, no mínimo, prematuro, porque muita imediatamente depois de terem sido mantidos pelo comportamento dos estados, embora muito poderoso e importante, que não estão de acordo com as obrigações previstas na Carta. Essa lacuna, certamente concebível, do ponto de vista teórico-dogmático, só deve ser feita após cuidadosa verificação, em um contexto em que - e isso deve ser enfatizado - a identificação entre o direito das Nações Unidas e do direito internacional geral, tem sido comumente aceito prática e pelo direito internacional. Este é sempre o caso com a confirmação de uma série de corolários importantes sobre, por exemplo: a primazia da ONU sobre quaisquer outras obrigações decorrentes de outros tratados internacionais, a natureza das normas imperativas das regras fundamentais da Carta, em particular, os da proibição do uso da força, o alcance de certas obrigações *erga omnes* dos Estados e as consequências em termos de responsabilidade internacional por sua violação, o princípio da não reconhecimento das situações que produziram o uso ilegítimo da força.

A hipótese de diferenciação entre a lei e a ONU contem um novo direito

internacional geral e não deve fazer esquecer que a Carta da ONU é em qualquer caso um acordo internacional vinculativo para as partes e só podem ser alterados como resultado do novo acordo, ainda que tacitamente manifestadas, as mesmas partes. No entanto, continua a ser essencial, além de comportamentos diferentes da Carta pelos Estados protagonistas de operações internacionais analisados acima, também e sobretudo o consentimento dos outros estados. Bem, esse consentimento não estão apresentou provas convincentes. Na verdade, a heterogeneidade dos casos (intervenção humanitária no caso da Jugoslávia e da ocupação de uma parte do seu território, uma resposta a um ataque terrorista no caso do Afeganistão e Estado) resultou em diversas reações dos não atores, impossível devido a uma expressão geral do consentimento.

Na avaliação atual que parece juridicamente correta - e politicamente desejável no interesse da convivência internacional - é a de considerar as ações na Jugoslávia e no Afeganistão como um comportamento não está de acordo com o direito internacional e, portanto, ilegal.

Na economia desta conferência é, portanto, para os estudiosos do direito público avaliar como os elementos provenientes da análise do direito internacional afetaram e afetam o funcionamento dos órgãos do Estado que deve reagir a esses elementos e em relação ao qual eles devem tomar suas próprias decisões. A posição dos órgãos nacionais é ainda mais importante e decisivo, hoje, num momento em que as normas internacionais tradicionalmente aceitos parecem ser posta em causa por alguns estados e as novas doutrinas de política internacional e estratégia militar. A escolha de manter firmes os parâmetros e valores de convivência internacional ou optar por novas diretrizes estabelecidas (com efeitos ainda não totalmente claros, mas certamente revolucionária em relação a alguns dos princípios fundamentais do saldo existente), é, portanto, para cada Estado e seus órgãos competentes em matéria de relações internacionais.

REFERÊNCIAS

- ABDALLA, Maria Cristina. *Bohr o arquiteto do átomo*. São Paulo: Odisseus. 2002.
- ALBERT, Michel. *Capitalismo versus Capitalismo*. São Paulo: Loyola, 1992.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Rio Grande do Sul: Livraria do

Advogado, 2008.

_____. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALIGHIERI, Dante. *Da monarquia*. 2. ed. São Paulo: Brasil, 1960.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo, 1ª edição.

ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais*. Editora Renovar, 3ª edição.

_____. *Contratos Internacionais: Autonomia de Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direito Internacional Privado: Teoria e prática brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Segurança e Financiamento através dos Créditos Documentários, in *Direito e Comércio Internacional – Tendências e Perspectivas – Estudos em Homenagem a Irineu Strenger*, São Paulo, LTR, 1994.

CASTRO, Christiane Costa e Silva de, *Proteção, Tratamento e Garantias dos Investimentos Internacionais contra Riscos Políticos: aspectos de direito internacional*, 1997, tese de mestrado USP.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O Poder de Controle da Sociedade Anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

_____. *Controle Conjunto, Abuso no Exercício do Voto Acionário e Alienação Indireta de Controle Empresarial. Direito Empresarial – Ensaios e Pareceres*. São Paulo: Saraiva. 1995.

_____. *Grupo Societário Fundado em Controle Contratual e Abuso do Poder do Controlador*. Direito Empresarial – Ensaios e Pareceres. São Paulo: Saraiva. 1995

_____. *Titularidade do Poder de Controle e Responsabilidade pela Concessão Abusiva de Crédito*. Direito Empresarial – Ensaios e Pareceres. São Paulo: Saraiva. 1995.

COSTA, Ligia Maura. *O Crédito Documentário e as Novas Regras e Usos Unifor-*

mes da Câmara de Comércio Internacional. São Paulo, Saraiva, 1994.

DOLINGER, Jacob. II. TIBURCIO, Carmem. *Vade-mécum de direito internacional privado*. 1.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, 8.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FINKELSTEIN, Claudio. *Jus cogens como paradigma do metaconstitucionalismo de Direito Internacional*. Tese de livre-docência apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC-SP, 2010.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Aval – Alcance da Responsabilidade do Avalista*, São Paulo, RT, 1987.

GUIMARÃES, Antonio Marcio da Cunha. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

LEISTER, Margareth. *Aspectos Jurídicos do Countertrade*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

LUNARDI, Ângelo Luiz. *Operações de câmbio e pagamentos internacionais no comércio exterior*, Aduaneiras, 2000.

MELLO, Fábio de. *Manual de Crédito Documentário*. São Paulo, Aduaneiras, 1990.

RATTI, Bruno. *Comércio Internacional e Câmbio*, 7.ed., São Paulo, Aduaneiras, 1993.

SILVEIRA, Vladimir; MENDEZ ROCASOLANO, Maria. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 200.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo, LTr, 1998.

_____. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo, LTr, 1996.

SITES CONSULTADOS

<http://www.icrc.org/por/war-and-law/ihl-other-legal-regmies/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>, consulta realizada em 16/04/2013.

http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=overview, da universidade de Harward, consulta realizada em 06/03/2013

11

O PAPEL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

ANTÔNIO MÁRCIO DA CUNHA GUIMARÃES

Doutor e Mestre em Direito Internacional pela PUC/SP, faculdade na qual leciona desde 1991. Advogado e consultor jurídico. Autor de obras jurídicas. E-mail: marcioguimaraes@globocom.com

MIGUEL ÂNGELO MARQUES

Mestrando em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela PUC/SP. E-mail: miguelangelomarques@ig.com.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. Estrutura do Tribunal. 2. Imunidade dos Membros da Corte. 3. Jurisdição. 4. Competência. 5. Entrega ou *Surrender*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A comunidade internacional há muito ansiava pela criação de um tribunal internacional permanente, isso porque alguns dos crimes mais hediondos foram cometidos durante os conflitos que marcaram o século XX. O Tratado de Paz de Versalhes, de 1919, que dentre outras coisas cancelou o final da primeira grande guerra, previa a punição daqueles agentes, como o imperador Guilherme II da Alemanha, que ordenou a prática de crimes contra a humanidade, “mas a punição dos vencidos, como se sabe, resumiu-se a uma vultosa indenização, jamais paga integralmente”²⁹².

Ao final da primeira grande guerra criou-se, também, a Sociedade das

²⁹² LEWANDOWSKI, E.R. *Op. Cit.*

Nações (*SdN*), que infelizmente fracassou no seu mister, na medida em que não conseguiu evitar a eclosão da segunda guerra mundial, uma triste página na história da humanidade. Com o fim da segunda grande guerra os aliados criaram os Tribunais de Nuremberg²⁹³ e de Tóquio²⁹⁴, com o escopo de punir os criminosos de guerra, particularmente os líderes nazistas.

O Tribunal de Nuremberg representou um importante marco histórico, já que foi a partir de sua criação que se passou a falar num direito internacional penal, como regime específico e distinto de responsabilidade. A sua contribuição segundo Herbst, caracterizou:

*“una evolución que abrió nuevos cauces al Derecho Penal Internacional y la convivencia entre los pueblos, pues esa era la primera vez que la comunidad internacional hizo el intento de llevar ante los Tribunales a criminales de guerra y responsables de crímenes contra los Derechos humanos, y así juzgar a los acusados en un proceso justo, es decir, hacerles acreedores de la protección y la dureza de la justicia, sin abandonarlos en manos de la arbitrariedad de los vencedores, pero tampoco dejarlos impunes, sino exigirles responsabilidad por sus hechos ilícitos”*²⁹⁵.

Na década de 90 surgem outros importantes Tribunais *ad hoc*, como Tribunal Internacional Penal para a antiga Iugoslávia de 1993 e o Tribunal de Ruanda de 1994²⁹⁶, ambos com competência para apurar e julgar as pessoas acusadas de graves violações aos direitos humanos.

Mas, frise-se: esses Tribunais eram temporários ou de exceção, razão pela qual recaíram, sobre eles, pesadas críticas, algumas das quais fundadas em argumentos sólidos e, no nosso entendimento, intransponíveis, na medida em que não se observou princípios elementares de direito penal, como a legalidade e a anterior-

293 O Tribunal Militar Internacional (TMI), também conhecido como Tribunal de Nuremberg foi instituído em 8 de agosto de 1945, na chamada Conferência de Londres.

294 O Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, também conhecido com Tribunal de Tóquio foi instituído em 19 de janeiro de 1946, com a finalidade de julgar as agressões japonesas cometidas durante a Guerra.

295 HERSBT, S. Los derechos humanos ante las cortes: los juicios de Nuremberg y su significado actual. Revista Memoria, Nuremberg, n.8, p.12-20, 1996 *apud* MAIA, Marriele. In: Op cit, p. 48, citado por CARVALHO, Flávia Nunes de, in “A entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional à luz da Constituição Federal e das alterações advindas da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 - Disponível em: http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/FLAVIA_NUNES_CARVALHO.pdf Acessado em: 04.01.2013.

296 O Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), com sede em Arusha, capital da Tanzânia, foi criado pela Resolução 955 do Conselho de Segurança da ONU, 08 de novembro de 1994.

ridade, imortalizados no brocardo “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”. Ademais, por ser um “tribunal de vencedores” não houve uma preocupação em se responsabilizar os autores dos massacres de Hiroshima e Nagasaki ou qualquer outro país aliado por violações de direitos humanos.

*Los tribunales de Nuremberg y Tokio, establecidos al término de la segunda guerra mundial para juzgar a los responsables de crimines de guerra, si bien constituyen precedentes de una “justicia internacional”, sufren el stigma de ser la manifestación de la ley del vencedor sobre el vencido. Asimismo, los tribunales de naturaleza ad-hoc creados por el consejo de seguridad para juzgar los crimines de la Ex Yugoslavia y Ruanda, sin perjuicio de las circunstancias que justificaron su instauración, carecen de las condiciones de legitimidad, representatividad y amplio consenso con que debería ser consagrado un tribunal con tales atribuciones*²⁹⁷.

Essa barreira só veio a ser rompida em 1998, com a criação de um Tribunal Internacional com competência Permanente em matéria Penal, *in casu*, o TPI cujo propósito era processar e julgar aqueles agentes, que, após a sua criação, viessem a ser acusados da prática de crimes contra a humanidade.

A CONFERÊNCIA DE ROMA

Em 1994 foi apresentado à Assembleia Geral das Nações Unidas o Projeto de Estatuto para criação de uma Corte Penal Internacional Permanente. Aprovado em, 17 de julho de 1998, durante a Conferência das Nações Unidas denominada “*United Nations Diplomatic conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*” realizada na cidade de Roma, o Estatuto obteve 120 votos favoráveis, 7 contrários (China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. Contudo, esse importante tratado internacional só entraria em vigor três anos depois, em abril de 2002, quando foram superadas as 66 ratificações necessárias.

Atualmente, 121 países ratificaram o Estatuto de Roma, sendo, 33 da África, 18 da Ásia-Pacífico, 18 do Leste Europeu, 26 da América Latina e do Caribe e 25 da Europa Ocidental e América do Norte.

297 SCAFF, Juan Antônio Martabit. Tribunal Penal internacional: universalização da cidadania. Câmara dos Deputados, Brasília: Centro de documentação e informação, coordenação de publicação, 2000, p 31/32. Citado por CARVALHO, Flávia Nunes de. *Op. cit.*

Obviamente, os países que ainda não aderiram possuem governos “fortes” (ditaduras em muitos casos) e não pretendem ver julgados os seus atos “rigorosos” para manutenção da paz interna e na verdade, o seu poder interno²⁹⁸.

O Brasil assinou o Estatuto em fevereiro de 2000, ratificando-o por meio do decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, tornando-se o 69º Estado a reconhecer a jurisdição do TPI, sujeitando-se, segundo a prática consuetudinária que rege o Direito Internacional, ao cumprimento das normas previstas naquele tratado.

Em 2004, por meio da Emenda nº 45, o Congresso Nacional inseriu um novo dispositivo em nossa Constituição, com o *status* de cláusula pétrea, reconhecendo definitivamente a Jurisdição do TPI.

CF, art. 5º, §4º - O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Porém, ainda hoje, algumas potências internacionais, como China, Índia e EUA, se valendo de argumentos pouco convincentes ou falaciosos como a necessidade de utilização de uma “guerra preventiva”, não aderiram ao referido Tratado de Roma.

O governo dos EUA, v. g. com receio da atuação dessa nova e importante Corte Internacional firmou vários acordos bilaterais objetivando impedir a entrega de cidadãos americanos ao TPI. Sobre essa prática lamentável merece destaque o magistério de Paulo Borba Casella segundo o qual:

o Tribunal Penal Internacional, ao lado de outras instâncias jurisdicionais internacionais, pode e deve ser unanimemente reconhecido como avanço, rumo à instauração de patamar mais elevado e consistente da legalidade internacional. Parece este ser considerado como ameaça pelos que pretendem fazer as próprias regras e se esquecem do legado do século XX, tão fascinante quanto complexo, do qual a única lição a tirar é que o estado de direito não admite transigência, quer interna, quer internacionalmente; tem-se de progressivamente construir as bases do sistema de direito internacional cogente, não passível de redução ao princípio *pacta sunt servanda*. Contrariamente, a rejeição ao TPI cria mundo menos seguro, e a busca de acordos bilaterais de “exclusão de jurisdição”, de duvidosa legalidade,

298 GUIMARAES, Antonio Marcio da Cunha. Tribunal Penal Internacional - Breve análise. In: Paulo Borba Casella; André de Carvalho Ramos. (Org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009. pp. 663-673.

tem pernicioso alcance como considero²⁹⁹ (*grifei*).

1. ESTRUTURA DO TRIBUNAL

O TPI é uma organização internacional independente, razão por que não integra a estrutura das Nações Unidas, diferentemente da Corte Internacional de Justiça, que a ela se subordina por ser uma dos seus órgãos principais. Não obstante, nos termos do art. 2º do Estatuto de Roma “a relação entre o Tribunal e as Nações Unidas será estabelecida através de um acordo a ser aprovado pela Assembleia dos Estados Partes no presente Estatuto e, em seguida, concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste”.

Assim como a Corte Internacional de Justiça (CIJ), o TPI possui sede na cidade de Haia, na Holanda, mas sempre que os juízes considerarem necessário, o Tribunal poderá funcionar em outro local, por força do disposto no art. 3º do Estatuto de Roma.

O Tribunal goza, ainda, de personalidade jurídica internacional, possuindo plena capacidade jurídica para promoção de atos e realização de seus propósitos (Art. 4º).

A Corte é formada por quatro órgãos: 1) A Presidência - órgão responsável pela administração geral do Tribunal, sendo composta por três juízes eleitos para um mandato de três anos; 2) Uma Seção de Instrução; uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Recursos; 3) O Gabinete do Procurador; e 4) A Secretaria, órgão responsável pelos aspectos não judiciais da administração e pelo funcionamento do Tribunal (Art. 34 do Tratado de Roma).

Há no TPI 18 (dezoito) juízes, eleitos para um mandato de 9 (nove) anos, em regime de exclusividade e sem possibilidade de reeleição, com a ressalva de que não poderá haver 2 (dois) juízes de uma mesma nacionalidade (art. 36.1)³⁰⁰.

299 CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público (Hildebrando Accioly). 20. ed. Editora Saraiva, 2012. p. 32.

300 Os atuais membros do Tribunal são: Sang-Hyun Song (República da Coreia), Sanji Mmasenono Monageng (Botswana), Cuno Tarfusser (Itália), Hans-Peter Kaul (Alemanha), Akua Kuenyehia (Gana), Erkki Kourula (Finlândia), Anita Ušacka (Letônia), Ekaterina Trendafilova (Bulgária), Joyce Aluoch (Quênia), Christine van den Wyngaert (Bélgica), Silvia Alejandra Fernández de Gurmendi (Argentina), Kuniko Ozaki (Japão), Miriam Defensor-Santiago (Filipinas), Howard Morrison (Reino Unido), Anthony T. Carmona (Trinidad e Tobago), Olga Herrera Carbuccion (República Dominicana), Robert Fremr (República Checa) e Chile Eboe-Osuji (Nigéria).

Dispositivo interessante, nos moldes do princípio da identidade física do juiz, possibilita ao magistrado permanecer em suas funções até a conclusão do julgamento ou dos recursos de casos que estiver a seu cargo. É o que ocorreu, *v. g.*, com a Dr^a Sylvia Steiner, representante brasileira, que apesar de ter concluído o seu mandato em março de 2012, continua na presidência do julgamento do Congolês *Jean-Pierre Bemba Gombo*³⁰¹. Além da magistrada brasileira, os seguintes juízes continuam no cargo, por força do Art. 36 (10) do Estatuto de Roma: Dr^a Elizabeth Odio Benito (Costa Rica); Dr René Blattmann (Bolívia); Dr Fatoumata Dembele Diarra (Mali); Dr Adrian Fulford Sir (Reino Unido) e o Dr Bruno Cotte (França).

Para postular um cargo no Tribunal, “o candidato a juiz deve entender de Direito Penal e Direito Internacional, (...) bem como ser fluente em pelo menos um dos idiomas do Tribunal, línguas oficiais da Corte: inglês, francês, russo, chinês, árabe e espanhol”³⁰² (*grifei*).

O TPI possui, ainda, um Ministério Público, responsável por apurar e investigar denúncias, caso em que o Procurador-Geral poderá ser auxiliado por procuradores adjuntos, tendo em vista que o TPI não possui polícia judiciária, assim como receber comunicações e qualquer outra informação, devidamente fundamentada, sobre crimes de competência do Tribunal. Outra observação interessante é que “diferentemente do Direito Interno, na grande maioria dos países e, também no nosso, em que o Ministério Público é órgão à parte da Justiça, nos Tribunais Internacionais, por inexistir um Poder Executivo Internacional, a Promotoria, órgão de acusação, faz parte da estrutura da Corte. É a necessidade de se conservar o equilíbrio: acusação, defesa, sentença”³⁰³.

Até o momento 16 (dezesesseis) casos foram levados pelo Ministério Público ao Tribunal Penal Internacional, todos envolvendo países africanos. São eles República Democrática do Congo (1 - Thomas Lubanga Dyilo; 2 - Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui;³ -Bosco Ntaganda; 4 -Callixte Mbarushimana; 5 - Sylvestre Mudacumura); Central Africano República (6 - Jean-Pierre Bemba Gombo; 7 -Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen); Darfur, Sudão (8 - Muhammad AhmadHarun (“Ahmad Harun”) e Ali Muhammad Ali Abd

301 Jean-Pierre Bemba, na qualidade de comandante militar, está respondendo a duas acusações de crimes contra a humanidade: assassinato (artigo 7 (1) (a) do Estatuto) e estupro (artigo 7 (1) (g) do Estatuto) e Três acusações de crime de guerra: assassinato (artigo 8 (2) (c) (i) do Estatuto); estupro (artigo 8 (2) (e) (vi) do Estatuto) e pilhagem (artigo 8 (2) (e) (v) do Estatuto).

302 HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Ed. LTR. p. 340.

303 HUSEK, C.R.*Op. Cit.* pp. 339-340.

-al-Rahman (“Ali Kushayb”); 9 - Omar Hassan Ahmad Al Bashir; 10 - Bahar Idriss Abu Garda; 11 - bdallah Banda Abakaer Nourain e Saleh Mohammed Jerbo Jamus; 12 - Abdel Raheem Muhammad Hussein); República do Quênia (13 - William Samoei Arap Ruto e Joshua Sang; 14 - Francis Muthaura Kirimi e Uhuru Kenyatta Muigai); Líbia (15 - Saif Al-Islam Kadhafi e Abdullah Al Senussi); República da Costa do Marfim (16 - Laurent Gbagbo).

2. IMUNIDADE DOS MEMBROS DA CORTE

O Estatuto de Roma garante aos juízes, aos Procuradores, assim como ao Secretário os mesmos privilégios e imunidades reconhecidos aos chefes das missões diplomáticas quando estiverem no exercício de suas funções, continuando a usufruir de absoluta imunidade judicial relativamente às suas declarações, orais ou escritas, e aos atos que pratiquem no desempenho de funções oficiais após o término do respectivo mandato.

3. JURISDIÇÃO

O TPI é uma corte internacional de natureza eminentemente criminal, cuja jurisdição internacional caracteriza-se por ser universal, permanente, subsidiária/complementar (art.1º do Estatuto de Roma).

Universal porque todos os países estão sujeitos à jurisdição do TPI, ainda que não tenham ratificado o Tratado de Roma,³⁰⁴ isso porque, como assevera André de Carvalho Ramos “as regras constantes do Estatuto de Roma demonstram a preocupação da comunidade internacional em evitar que a impunidade dos agentes responsáveis pelas condutas tipificadas possam servir de estímulo a novas violações”³⁰⁵. Foi o que ocorreu, v. g, com o presidente do Sudão – Omar Al-Bashir.

Permanente porque o TPI foi criado para permanecer ativo, em funcionamento, independente de algum fato ou acontecimento, diferentemente de outros tribunais internacionais *ad hoc* que o precederam, como, por exemplo, os tribunais de Nuremberg, de Tóquio, e os tribunais para a antiga Iugoslávia e Ruanda³⁰⁶.

304 Em regra o processo deve ser deflagrado apenas contra os Estados signatários do Tratado de Roma, contudo nas hipóteses de investigação pelo Conselho de Segurança da ONU, poderá se abrir processos contra os países não signatários.

305 RAMOS, André de Carvalho citado por GUIMARÃES, A.M.C.*Op. Cit.* p. 58.

306 GUIMARÃES, A.M.C. *Op. Cit.* pp. 58-65.

Complementar porque o TPI deverá ser “acionado subsidiariamente (ou complementarmente), quando o Estado não tomar as providências cabíveis para apuração e punição dos crimes relacionados no Estatuto.³⁰⁷ Segundo Ricardo Lewandowski, “à primeira vista, o princípio da complementaridade parece chocar-se com os fins colimados no Tratado de Roma, mas justifica-se porque compete em primeiro lugar aos Estados o dever de reprimir os crimes capitulados no Estatuto do Tribunal, até para que a repressão se faça de modo mais eficaz. A Corte, pois, atua apenas subsidiariamente, agindo sobretudo na hipótese em que ocorre a falência das instituições nacionais”³⁰⁸.

No mesmo sentido é o magistério de Antonio Márcio da Cunha Guimarães, segundo o qual o objetivo da criação do TPI “é o processamento e julgamento de pessoas quando o país do qual são cidadãos não tem condições para tanto, ou não tem interesse em promover tais atos. Aí entra a jurisdição suplementar do tribunal, sendo competente para levar adiante os processos que seriam inviáveis no país de origem”³⁰⁹.

4. COMPETÊNCIA

A competência do Tribunal Penal Internacional restringir-se-á ao julgamento dos crimes de Genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, cometidos após 1º de julho de 2002 e desde que o agente tenha mais de 18 (dezoito) anos. A definição desses delitos está prevista no Estatuto de Roma.

Entende-se por “genocídio”, a prática de qualquer ato realizado com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como: Homicídio de membros do grupo; Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Por “crimes contra a humanidade” entende-se a prática de qualquer ato cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer

307 NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito Internacional*. Ed. Saraiva. 2011.

308 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> - Acessado em: 04.01.2013.

309 GUIMARÃES, A.M.C. *Op. Cit.*

população civil, havendo conhecimento desse ataque, tais como: Homicídio; Extermínio; Escravidão; Deportação ou transferência forçada de uma população; Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; Tortura; Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; Desaparecimento forçado de pessoas; Crime de *apartheid*; Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Os “crimes de guerra”, segundo o Estatuto de Roma abrangem as violações das Convenções de Genebra de 1949 e Protocolo Adicional I de 1977, leis e costumes internacionais em conflitos armados internacionais (Convenção de Haia de 1907 e as Convenções de Genebra acima citada), tais como: assassinato; mutilação, tratamento cruel e tortura; tomada de reféns; Dirigir intencionalmente ataques contra a população civil; dirigindo intencionalmente ataques contra prédios dedicados a religião, a educação, ciência, arte ou à beneficência, monumentos históricos ou hospitais; pilhagem; estupro, escravidão sexual, a gravidez forçada ou qualquer outra forma de violência sexual; recrutar ou alistar crianças menores de 15 anos nas forças armadas ou grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades.

O Estatuto de Roma dispõe que os crimes de agressão incluem, entre outras coisas, a invasão, ocupação militar, e anexação pelo uso da força, o bloqueio dos portos ou das costas, se for considerado ser, por seu caráter de gravidade, e escala, uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas. O autor do ato de agressão é uma pessoa que está em uma posição de forma eficaz para exercer o controle sobre ou para direcionar a ação política ou militar de um Estado.

Esses crimes, por disposição expressa (Art. 29), são imprescritíveis e os seus autores estarão sujeitos a penas que variam de uma simples multa ou expropriações até a pena prisão por até trinta anos, podendo nos casos mais graves ser aplicada a pena de prisão perpétua. Não haverá, contudo, condenação à pena de morte.

Questão interessante é a que indaga sobre a compatibilização da prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma com a vedação prevista na Constituição brasileira de 1988. Para alguns internacionalistas como Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros e Valério Mazzuoli, haveria apenas um conflito aparente, na medida em que a prisão perpétua é direcionada ao legislador interno e não ao legislador internacional³¹⁰. Ademais, o art. 120 do Tratado de Roma, ratificado pelo Brasil, não admite reservas, ou seja, “a adesão de algum país a este tratado internacional deve ser total, ampla, sem possibilidade de escusar-se de cumprir qualquer regramento ou cláusula que seja. Em outras palavras, o Estado adere e cumpre o tratado do TPI na íntegra, em sua totalidade ou não adere e não faz parte dele, pois cumpri-lo em parte não é uma opção”³¹¹.

No mesmo sentido é o magistério de Antonio Marcio da Cunha Guimarães:

Importante considerar ainda, que a instituição do Tribunal Penal Internacional através de um tratado internacional fortemente caracterizado como sendo de direitos humanos implicou no estabelecimento de algumas garantias e seguranças ao homem, *in casu*, em favor daquele que é julgado pelos crimes horribéis previstos no artigo 5. Não obstante a conduta delituosa do agente, de grande repúdio pela comunidade internacional, à ele foram asseguradas todas as prerrogativas justas e humanas previsíveis em um processo criminal que extrai seus fundamentos de um tratado internacional de direitos humanos, tais como o devido processo legal, a ampla defesa, a não existência de crime sem que a lei defina previamente. Estes princípios são perfeitamente coincidentes com o pensamento e sentimento brasileiro, estampadas que estão, também em nossa Carta Magna, asseguradores dos procedimentos adequados para que o processo a que o acusado é submetido atinja a Justiça como ideal maior. De qualquer forma, entendemos ser perfeitamente possível adotar-se o regime de prisão perpétua, entre as penas previstas no tratado do TPI, ainda mais se levarmos em consideração a revisão obrigatória da pena prevista no artigo 110, e principalmente, a gravidade dos crimes cometidos, conforme elencados no artigo 5, ambos do Estatuto de Roma. E a ratificação do Brasil ao Estatuto de Roma não apresenta maiores entraves no tocante à este ponto – prisão perpétua, em

310 Entrevista com o Dr Valério de Oliveira Mazzuoli no programa “Artigo 5º”, exibido pela TV Justiça em 25/04/12. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3rwxr6C6DXY> - Acesso em: 02.01.13.

311 GUIMARAES, Antonio Marcio da Cunha. Tribunal Penal Internacional - Breve análise. In: Paulo Borba Casella; André de Carvalho Ramos. (Org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009. pp. 663-673.

face de tudo quanto ponderado³¹².

Por outro lado, os penalistas, César Roberto Bittencourt e Luiz Luize rechaçam essa tese, já que para eles a vedação contida no art. 5º, XLVII, do texto constitucional é intransponível³¹³.

5. ENTREGA OU *SURRENDER*

Uma questão importante, que poderia trazer alguma polêmica, tem a ver com a entrega de acusado pelo Estado-membro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional para vir a ser processado e julgado. E qual seria a polêmica? Apenas quando este acusado for um nacional do Estado-membro, no nosso caso, houver uma requisição de entrega ao tribunal de um cidadão brasileiro para que seja processado e julgado por aquela corte internacional³¹⁴.

A nossa Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, LI, que nenhum brasileiro será extraditado. Assim, precisamos bem definir se entrega é a mesma coisa que extradição, ou não³¹⁵.

A entrega ou *surrender* é um instituto de cooperação internacional que gera muita confusão com o instituto da *extradição*. Esta “representa o envio de um cidadão, nacional ou estrangeiro, à um outro Estado soberano, para que seja submetido à um processo neste país, mediante requisição formal, e procedimentos adequados, que passam, inclusive, por uma delibação junto ao Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102, g, da CF³¹⁶”.

De acordo com Antonio Marcio da Cunha Guimarães “a dificuldade inicial em aceitar os dois conceitos como sendo diferentes é que não existe em nosso ordenamento jurídico a expressão entrega, ou o ato jurídico da entrega, utilizado da forma como está previsto no Estatuto de Roma. No tratado internacional existe a clara diferenciação entre entrega e extradição exatamente para contornar problemas de recusa dos Estados em enviar seus nacionais para processo e julgamento pela

312 GUIMARAES, A.M.C. *Op. Cit.*

313 Entrevista com o Dr Valério de Oliveira Mazzuoli no programa “Artigo 5º”, exibido pela TV Justiça em 25/04/12. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3rwxr6C6DXY>- Acessado em: 02.01.2013.

314 GUIMARAES, A.M.C. *Op. Cit.*

315 GUIMARAES, A.M.C. *Op. Cit.*

316 GUIMARAES, A.M.C. *Op. Cit.*

corte internacional. Acontece que, internamente, ao menos no Brasil, somente temos a extradição como instituto, e a entrega como mero ato formal de disponibilizar o indivíduo em mãos do Estado ou ente solicitante. Para nós a entrega é apenas este ato formal de enviar o cidadão para que se submeta à jurisdição alienígena ao passo que para o TPI se trata de verdadeiro instituto, diverso da extradição. Temos aqui uma outra possibilidade em acatar as normas do Estatuto de Roma sem ferir nosso ordenamento jurídico interno, baseando-se na premissa de que se trata de um Tratado Internacional de Direitos Humanos que deve ser prestigiado e acolhido pela nossa sociedade, aliado ao fato de que não se trata de outra jurisdição estatal, mas de uma jurisdição facultativa e porque não dizer – complementar à nossa própria jurisdição estatal, incapaz de promover naquele caso concreto, com seriedade, imparcialidade e segurança algum tipo de julgamento. Podemos acolher em nosso conjunto normativo a expressão “entrega” como sendo um novo conceito jurídico, diverso do conceito de “extradição” e não um mero ato formal de disponibilização do indivíduo” (*grifamos*)³¹⁷.

Por fim, “para fazer valer a sentença do TPI, não haveria necessidade de homologação pelo STJ, salvo melhor juízo, porque não se trata de sentença advinda de outro Estado, mas de uma Corte Internacional de que o Estado brasileiro faz parte”³¹⁸.

CONCLUSÃO

Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres foram vítimas de atrocidades inimagináveis que chocaram profundamente a consciência da humanidade reconheceu-se, não apenas, a necessidade de se por fim à impunidade desses autores, mas, sobretudo, contribuir para a prevenção de novos massacres. Com este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras criou-se um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto.

Este importante Tribunal acaba de completar uma década de existência, com muitos elogios e também com algumas críticas. Por ser um Tribunal relativamente novo, alguns erros cometidos são plenamente justificados, na medida em que foi necessário criar, v. g, toda estrutura administrativa, processual e regulamentar

317 GUIMARAES, A.M.C. *Op. Cit.*

318 HUSEK, C.R. *Op. Cit.*

normas importantes como a que trata da proteção de testemunhas.

Duas críticas, contudo, merecem destaque. A primeira recai sobre a demora no julgamento dos casos. Para se ter uma ideia, o primeiro caso analisado pelo tribunal - o do congolês Thomas Lubanga Dyilo, condenado em 10 de julho de 2012 a 14 anos de prisão como co-autor de guerra - teve início em março de 2006 e demorou seis anos entre a fase preliminar e a sentença. Espera-se que, na medida em que o tribunal for construindo uma jurisprudência ocorra, também, uma diminuição no tempo desses julgamentos.

Outro ponto pacífico de crítica foi a lamentável ausência da tipificação do crime de terrorismo. A não inclusão desse crime hediondo no Estatuto do TPI, segundo Hassan SOUKI “decorreu de várias questões levantadas durante a Conferência de Roma, como, por exemplo, (i) a ausência de consenso acerca do fenômeno terrorista e, notadamente, as implicações de tal noção com relação aos movimentos de libertação nacional, (ii) o desacordo acerca da noção de terrorismo de Estado, (iii) a desnecessidade da integração do crime de terrorismo no Estatuto, (iv) a falta de gravidade suficiente de alguns atos terroristas, o que não justificaria sua inclusão na competência do Tribunal, (v) a eventual politização do Tribunal, (vi) a maior eficácia dos mecanismos nacionais no combate do terrorismo do que a jurisdição internacional etc”³¹⁹.

Por outro lado merece destaque o art. 27 do Estatuto de Roma que retirou todas as imunidades diplomáticas previstas nas Convenções de Viena de 1961, possibilitando a expedição de mandados de prisão contra ditadores acusados de cometer crimes contra a humanidade, mesmo que estejam em pleno exercício de seus mandatos e ainda que seus países não sejam signatários do Tratado de Roma. Nestes casos, porém, deverá haver um pedido do Conselho de Segurança da ONU, foi o que ocorreu, *v. g.* com Omar Al Bashir, Presidente do Sudão e os ditadores Muammar Kaddafi e seu filho Saif Al-Islam Kaddafi.

Artigo 27, Irrelevância da Qualidade Oficial

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso

319 SOUKI, Hassan. *O terrorismo e o Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://professorhassan.blogspot.com.br/2011/10/o-terrorismo-e-o-tribunal-penal.html> - Acesso em: 04.01.2013.

algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena. 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

Outro ponto a ser ressaltado refere-se a mitigação do princípio “*ne bis in idem*”. Segundo Sylvia Steiner, juíza no Tribunal Penal Internacional, se ficar comprovada a existência de fraude no julgamento, o Tribunal poderá promover um novo julgamento. De acordo com a magistrada brasileira, este seria o único caso em que o princípio “*ne bis in idem*” poderia ser mitigado³²⁰.

Depreende-se, portanto, que o estabelecimento do TPI não é apenas uma oportunidade para compensar as vítimas e sobreviventes de crimes bárbaros, mas também, um meio potencial para poupar vítimas dos horrores de tais atrocidades, no futuro. Efetivamente, o Tribunal Penal Internacional vai ampliar e melhorar o sistema do Direito Internacional, levando os sistemas nacionais a investigar e julgar os mais cruéis crimes contra a espécie humana. Afinal, ele provavelmente garantirá que, em caso de falha dos sistemas nacionais, tais crimes não ficarão impunes. Desta forma, o TPI operará para garantir que a justiça prevaleça sobre a impunidade³²¹.

Esperamos que, não obstante alguns entendimentos que possam haver no sentido de que haja esse ou aquele conflito entre as disposições do Estatuto de Roma com determinada disposição normativa interna brasileira, tenhamos a grandeza de atender ao comando maior da Humanidade e da proteção internacional dos Direitos Humanos³²².

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. Ed. Saraiva, 2012.

CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público* (Hildebrando Accioly), 20. ed. Ed. Saraiva. 2012.

320 Entrevista com a Dr^a Sylvia Steiner in *Direito sem Fronteiras*, exibido pela TV Justiça em 10/09/12. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3rwxr6C6DXY> - Acessado em: 03.01.2013.

321 MARRUL, Indira. Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.pime.org.br/mundoe-missao/globalizacaoopenal.htm>. Acesso em: 04.01.2013.

322 GUIMARAES, Antonio Marcio da Cunha. *Op. Cit.*

GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha Guimarães. *Direito Internacional*. Ed. Campus, 2009.

GUIMARAES, Antonio Marcio da Cunha. Tribunal Penal Internacional - Breve análise. In: Paulo Borba Casella; André de Carvalho Ramos. (Org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.

HERSBT, S. *Los derechos humanos ante las cortes: los juicios de Nuremberg y su significado actual*. Rvista Memoria, Nuremberg, n.8, p.12-20, 1996 apud MAIA, Marriele. In: Op cit, p. 48, citado por CARVALHO, Flávia Nunes de, in “A entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional à luz da Constituição Federal e das alterações advindas da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Disponível em: http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/FLAVIA_NUNES_CARVALHO.pdf - Acessado em: 04.01.2013.

HUSEK, Carlos Roberto. Curso de Direito Internacional Público. 11.ed. Ed LTR., 2012.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/About+the+Court/> - Acessado em: 04.01.2013.

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> - Acessado em: 04.01.2013.

MARRUL, Indira. *Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.pime.org.br/mundoemissao/globalizacaopenal.htm>. Acessado em: 04.01.2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira in programa “Artigo 5º”, exibido pela TV Justiça em 25/04/12. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3rwxr6C6DXY> - Acessado em: 02.01.2013.

MOISÉS, Cláudia Perrone. *In Antecedentes históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional*. 2009. Disponível em: <http://hannaharendt.wordpress.com/2009/11/20/antecedentes-historicos-do-estabelecimento-do-tribunal-penal-internacional/> - Acessado em: 04.01.2013.

REZEK, Francisco. In *Direito Internacional Público*. 13. ed., Ed. Saraiva, 2011.

SCAFF, Juan Antônio Martabit. *Tribunal Penal internacional: universalização da cidadania*. Câmara dos Deputados, Brasília: Centro de documentação e informação, coordenação de publicação, 2000.

STEINER, Silvia. *Direito sem Fronteiras*, exibido pela TV Justiça em 10/09/12. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3rwxr6C6DXY> - Acessado em: 03.01.2013.

SOUKI, Hassan. *O terrorismo e o Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://professorhassan.blogspot.com.br/2011/10/o-terrorismo-e-o-tribunal-penal.html> - Acessado em: 04.01.2013.

12

A SOBERANIA E A INTERDEPENDÊNCIA

CLARISSE LAUPMAN FERRAZ LIMA

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre e professora da PUC-SP. Acessora contratos internacionais - Kömell Advogados e assessora jurídica - Marcla Engenharia. E-mail: claupman@terra.com.br

MARCELA JUNQUEIRA CESAR PIROLA

Acadêmica do sétimo semestre de Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: marcelapirola@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Soberania, Nascimento e Evolução. 1.1. Breve Histórico do Surgimento da ideia de Soberania. 1.2. A Concepção Clássica de Soberania. 1.3. Breve Noção Histórica sobre a Globalização. 1.4. A aproximação entre Direito Internacional e Interno decorrente da Globalização. 1.5. A Concepção Moderna de Soberania. 2. Interdependência; 2.1. Autonomia e Independência. 2.2. Consequências da Interdependência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O interesse sobre o estudo da soberania tem se demonstrado tão longo quanto à própria soberania. Estudada pela Teoria Geral do Estado e pelo Direito Internacional, entre outros segmentos, a soberania e sua relação internacional exercem um fascínio entre todos os pensadores do Direito.

Compreender os valores soberanos, em suas mais distintas formas e épocas, é essencial para o estudo do Estado Moderno e do Direito Internacional.

Apesar de todo este interesse, o estudo da soberania não encontra, ainda, uma sinalização uniforme. E, conforme Celso D. de Albuquerque Mello, continua a

ser uma das noções mais obscuras e mais discutidas de todos os tempos.

A relação entre soberania e Estado se mantém ao longo do tempo, entretanto, a época atual, trás uma nova roupagem a este relacionamento. Uma nova visibilidade sobre a interdependência entre Estados nos ilumina sobre a questão que nos gera tantas dúvidas. O que é ser soberano? Sobre esta dúvida e outras mais nos debruçamos neste artigo.

1. SOBERANIA, NASCIMENTO E EVOLUÇÃO

1.1. BREVE HISTÓRICO DO SURGIMENTO DA IDEIA DE SOBERANIA

A ideia de soberania é tão antiga quanto o desejo do Homem de comandar e de sua necessidade de viver em sociedade. Contudo a soberania, tal como a conhecemos, tem uma origem bem mais recente.

Conforme afirmava Aristóteles, o homem é um ser social, de forma que, a partir do momento em que passou a viver definitivamente em sociedade, fez-se necessária “a criação de normas de conduta para reger a vida em grupo (...), harmonizando e regulamentando os interesses individuais”.³²³

No entanto, como bem observa Ernst Cassirer,

na história da humanidade, o estado, em sua forma presente, é um produto tardio do processo civilizador. Muito antes de o homem descobrir essa forma de organização social, ele havia feito outras tentativas de organizar seus sentimentos, desejos e pensamentos. Tais organização e sistematizações estão contidas na linguagem, no mito, na religião e na arte. (ACCIOLY, Hildebrando, G. E. do Nascimento e SILVA, Paulo Borba Casella. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59).

Foi, portanto, somente a partir do século XVII, notadamente a partir dos tratados de Westfália de 1648, que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos, conflito religioso envolvendo soberanos católicos e protestantes, que foram traçadas as primeiras características do que hoje conhecemos como Estado Moderno.

Assim, além de por fim à citada Guerra, “causada pelas ambições políticas

323 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais: IELF - Instituto de Ensino Jurídico Professor Luiz Flavio Gomes, 2004. p. 11.

dos príncipes europeus, e travada em nome da intolerância religiosa”³²⁴, a assinatura dos tratados de Westfália, deu início a organização do mundo em Estados, trazendo, de forma consensual, noções e princípios como o de soberania estatal e o de Estado-nação. Nesse sentido, as guerras posteriores à esse acordo não mais tiveram como causa principal a religião, mas passaram a girar em torno de questões de Estado.

Aproximava-se o fim da era medieval, “em que o poder de mando repartia-se entre reinos, feudos, cidades e corporações, convergindo na suprema autoridade do Papa e do imperador, os fundamentos da soberania”³²⁵. Caía por terra, também, a teoria do domínio eminente - “*omnia sunt regis*” – que, como apontado por Celso D. de Albuquerque Mello, “fazia parte das regalias que integravam o poder soberano”³²⁶.

Ao cabo do processo histórico de ruptura e reacomodação de parâmetros a partir danegação da autoridade do imperador e da Igreja Católica, “a noção de Estado torna-se mais precisa. Os povos vão tomando consciência da unidade nacional”³²⁷. Nasce, assim, o Estado moderno, isto é, o Estado soberano. E, como bem aponta Carlos Roberto Husek,

com o Direito Internacional, o Estado viu-se obrigado a certas adaptações, uma vez que nem sempre pode dar, em todos os assuntos, a última palavra, premido que está por necessidades políticas, econômicas e sociais, compensadas pela ordem internacional, independentemente de ser um Estado de pequeno território ou de imensa massa de terra. (HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 204).

1.2. A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE SOBERANIA

Classicamente, a soberania foi definida, por diversos pensadores do Direito, como absoluta e inseparável da ideia de Estado. Jean Bodin, foi o primeiro a falar

324 ACCIOLY, Hildebrando, G. E. do Nascimento e SILVA, Paulo Borba Casella. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 88.

325 HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 203.

326 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1114.

327 ACCIOLY, Hildebrando, G. E. do Nascimento e SILVA, Paulo Borba Casella. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

de soberania nesse sentido clássico. Em sua obra “Lês Six Livres de la Republique” de 1576, relata a necessidade da elaboração de um conceito de soberania, para que se possa entender a República. Considera a soberania como um poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa para se referir tanto aos particulares como aos negociadores de Estado. A soberania é, portanto, na visão deste pensador, inseparável do Estado, absoluta e perpétua. Ou seja, sem limites, senão os denominados Direitos Naturais, os quais até os reis se sujeitam, e sem tempo para ser exercida.

Nesse mesmo sentido, Hugo Grotius, defensor do Direito Natural, trata a soberania como absoluta, proveniente de um poder superior, fala, contudo, em uma soberania de duas cabeças³²⁸, onde a tirania não seria respeitada e a justiça não se completaria.

Rousseau, por sua vez, em seu Contrato Social, trás nova luz a questão soberana. Com novos ideais, transporta a sua titularidade do governante para o povo, o real dono da vontade soberana. Assim, a soberania, segundo sua concepção, é inalienável, por estar nas mãos do povo, a “grande maioria”.

Para Kelsen a soberania é a expressão da unidade de uma ordem, enquanto para Jellinek, ela é uma qualidade essencial do poder do Estado.

Prontamente, Carlos Roberto Husek, trás duas noções principais que caracterizam a soberania: a supremacia interna e a independência da origem externa. Trata-se de instituto de caráter negativo, uma vez que, conceitua-se como a impossibilidade “para o Estado de ter seu poder limitado por outro qualquer, tanto nas relações internas como nas externas, ou seja, todo Estado vencido que se vê forçado a aceitar as condições impostas pelo vencedor deixa, nesse momento, de ser soberano, perde essa qualidade”³²⁹.

Nesse sentido, em sua concepção clássica, a soberania tem os atributos de unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. Pela unidade, entende-se que dentro de uma determinada ordem não haveria mais de uma soberania. A segunda característica implica na impossibilidade de delegação de poderes, frente à sua indivisibilidade. A terceira, expressa a impossibilidade de ser transferida, de

328 “ Muitas pessoas alegam muitas inconveniências contra a tal soberania de duas cabeças; mas em questões políticas nada está totalmente livre de inconveniências; e os Direitos surgem não do que parece ser conveniente para um ou para outro, mas sim da vontade daquele que é a origem dos Direitos”. (MORRIS, Clarence. *Os Grandes Pensadores do Direito*. p. 84.)

329 HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 200.

forma que, não é, também, possível sua renúncia. A quarta, e última, faz da soberania algo eterno.

Celso D. de Albuquerque Mello, trás a ideia de soberania territorial, ou seja, direito que o Estado exerce sobre o seu território, onde seu poder é exclusivo.

Por fim, Francisco Rezek, define-a como a exclusividade e plenitude de competências que o Estado detém sobre seu suporte físico – territorial e humano. Isto quer dizer que o Estado exerce sem qualquer concorrência sua jurisdição territorial, e faz uso de todas as competências possíveis na órbita do direito público. Assim, “não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício, de forma plena e exclusiva, de suas competências”³³⁰.

Diante dos conceitos clássicos expostos, percebe-se que todos se constroem, essencialmente, sob a noção da relação entre três elementos: o território como âmbito de exercícios de competências, das quais o Estado figura como detentor.

Essa concepção vem, todavia, evoluindo para uma noção mais compatível com o novo cenário mundial que se instalou com a ocorrência do fenômeno denominado globalização.

1.3. BREVE NOÇÃO HISTÓRICA SOBRE A GLOBALIZAÇÃO

Não existe uma data definitiva sobre o início do que chamamos de processo deglobalização. Como bem coloca Wagner Menezes:

Cabe observar que ao contrário do que alguns defendem a globalização não é uma novidade de nossa era, muito menos se limita a uma prática imprimida pelos países ocidentais. O processo de globalização teve início com a mobilidade da própria sociedade, quando na história começaram a ocorrer choques e interação de diferentes culturas, que passaram a trocar e assimilar informação, conhecimentos científicos, técnicas e culturas...”(-DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; CELSO, Antônio (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 969.970).

330 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 259.

Desde tempos remotos encontramos interesse humano no que lhe é estranho, estrangeiro, diferente.

Primeiramente através das guerras e da conquista. Assim, persas, gregos e romanos fizeram seus impérios, expandindo seus territórios e alargando suas fronteiras.

Nos séculos XV e XVI, as grandes navegações acalentaram as ideias colonialistas de expansão e poder.

A Revolução Industrial, por sua vez, trouxe uma nova forma de conquista, a partir da qual, o desenvolvimento das regiões industriais proporciona uma interação mundial até então não vista.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, a globalização se impõe, a passos largos, à sociedade internacional. O comércio internacional, que muito se desenvolveu durante a Segunda Guerra, quer manter sua posição e aumentar ainda mais suas conquistas.

Seguido do importante movimento do nascimento das Organizações Internacionais, principalmente a ONU, Organização das Nações Unidas, revoluciona-se a ideia do Estado como único sujeito de Direito Internacional, o que passa a refletir, ainda mais, as mudanças ocorridas quanto ao conceito de soberania.

A partir da década de 1960, as empresas se tornam transnacionais e a relação comercial interestatal ganha novas dimensões, ainda maiores. Mas, é a partir da década de 1980, que o processo global se alavanca de forma assombrosa, e o Mundo se conecta de forma inexorável.

Atualmente, o processo global é uma realidade cotidiana, as conquistas tecnológicas nos surpreendem a cada dia, a interligação mundial acontece a todo tempo, não cabem mais ponderações sobre certo ou errado. A globalização é fato consumado e todos precisam conviver com ela.

1.4. A APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E INTERNO DECORRENTE DA GLOBALIZAÇÃO

A sociedade internacional constituiu-se paralelamente à evolução da própria concepção dos Estados sob o conceito de sua soberania absoluta, e foi crescendo e tomando forma e força conforme o aumento e aprofundamento das relações interestatais, decorrentes da globalização.

Conforme aponta Wagner Menezes,

Da concepção do Direito Internacional Clássico até nossos dias, ocorreram várias transformações: passou-se por uma reformulação da ordem internacional no mundo Pós-Segunda Guerra, de onde emergiram novos atores centrais; ampliaram os temas da agenda internacional; consubstanciaram-se novos mecanismos de aplicação das regras jurídicas; estabelecem-se novos paradigmas nas relações internacionais que passam a imprimir uma transmutação das regras entre os poros e fissuras na película de soberania dos Estados e, em razão disso tudo, ampliam-se as fontes de produção normativa no plano internacional. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; CELSO, Antônio (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 964).

Além da criação da Organização das Nações Unidas e da proclamação da Declaração Universal dos Direitos dos Homens como ideologia desta comunidade internacional em formação, contribuiu para esse novo cenário internacional pós Segunda Guerra Mundial um fator em especial, qual seja, a internacionalização da ordem econômica a partir de Bretton Woods (FMI, BIRD, GATT/OMC).

Este fator trouxe sua contribuição na forma de fortalecedor da presença do capital transacional que, por sua vez, levou à fragmentação do poder de soberania estatal, na medida em que, a ordem internacional econômica passou, aos poucos, a corroer as fronteiras. Dessa forma, deixou o Estado de ser o detentor único da competência para legislar sobre regras econômicas, visto que, ele mesmo, permitiu a internacionalização do sistema.

Diante disso, “não há mais como ignorar a forte influência normativa externa no âmbito nacional”³³¹, isto é, o impacto causado pela globalização no direito interno, antes adstrito aos limites territoriais de seu respectivo Estado.

Convencionou-se chamar de globalização a série de transformações pelas quais passou a sociedade mundial, resultantes de fatos históricos, políticos, científicos, econômicos e tecnológicos que ultrapassaram fronteiras, aproximaram distâncias e derrubaram barreiras, criando um “sentimento global de cosmopolitismo entre

331 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; CELSO, Antônio (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 962.

os povos”³³².

A partir dessa nova realidade, instaurada pelo fenômeno da globalização, observa-se a ingerência cada vez maior do Direito Internacional nas competências do direito interno, de forma a influenciar, cada vez mais, a produção de normas que estejam em conformidade com os objetivos delimitados nos foros internacionais. Passam, assim, as instituições legislativas de cada Estado integrante da comunidade internacional, a ter o dever de cumprir tais objetivos originados “de compromissos de governo no exercício das relações internacionais”³³³.

Neste cenário, o Direito nacional, cada vez mais influenciado pelo que ocorre no plano internacional, vai a ele se amoldando e termina por assim gerar uma espécie de fragmentação das soberanias, classicamente, tidas como absolutas.

1.5. A CONCEPÇÃO MODERNA DE SOBERANIA

A concepção clássica de soberania não tem mais razão de ser num mundo moderno e globalizado. É dizer, no cenário atual, ela perde um de seus principais atributos, a qualidade de absoluta. Todavia, isso não importa em dizer que o Estado não seja mais soberano, e sim que, na ordem internacional, ela não se impõe com a mesma intensidade, uma vez que, o Estado, neste âmbito, está em total igualdade com os demais, embora essa igualdade seja apenas jurídica.

Para Francisco Rezek:

a soberania não é apenas uma ideia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos-da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais.” (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 260).

Na concepção Carlos Roberto Husek, não há que se falar em relativização

332 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; CELSO, Antônio (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 962.

333 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; CELSO, Antônio (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 987.

da soberania, mas sim em dois conceitos diferentes, quais sejam, soberania, que se refere à atuação do Estado no plano interno, e independência, referente ao plano internacional. Ou seja, a atuação do Estado, na conjuntura atual, possui duas facetas, a supremacia interna e independência (ou interdependência) externa entre eles, principalmente quanto ao aspecto econômico. O conceito de independência traz a ideia de que o Estado, munido de personalidade própria, admite e reconhece a de outros Estados, motivo pelo qual vive numa sociedade internacional.

Nesse sentido, o próprio texto constitucional brasileiro, dita como fundamento do Estado a soberania (art. 1, I), mas faz a ressalva de que, nas relações internacionais rege-se com independência (art. 4, I).

Ainda podemos pensar em não fazer uso da palavra relativização. Relativizar é de alguma forma perder poder, o que não é interesse de qualquer um que o detenha. Desta forma ao que proferem a relativização da soberania melhor seria falar em delegação. Ora veja que, ao delegar o Estado permanece absolutamente soberano. Aproveitando de seus interesses quando estes lhe convierem.

De pronto, Jónatas Machado³³⁴ nos chama atenção ao dizer que não foi a soberania que se relativizou, e sim o Estado. Nesse sentido, e uma vez que não mais único, teve que passar a manifestar sua condição de igualdade perante os demais Estados para, assim, negociar sua sobrevivência em um mundo interdependente.

A independência, no entanto, não quer significar que o Estado moderno deixa de ser soberano, mas que tal soberania deve ser exercida de forma consciente em cooperação com os demais Estados e organismos internacionais, dentro da comunidade internacional. Quer significar, ainda, que se encontra em pé de igualdade com todos os demais, pouco importando “se o Estado é um Estado forte ou é considerado um Estado fraco ou se tem grande ou pequena porção de terra”³³⁵.

A soberania é, portanto, circunstancial, ou seja, atua na ausência de pressões externas legítimas, como é o caso dos Tratados Internacionais. É nessa medida em que se pode falar na sua relativização, isto é, não é sempre absoluta e inatingível. Dessa forma, no plano internacional, a soberania transforma-se em independência (ou interdependência). Atualmente, a soberania é, portanto, conceito que se limita ao âmbito interno dos Estados e que se consubstancia na exclusiva posse de suas

334 MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional*. 3. ed. Coimbra: Ed.Coimbra, 2006.p.184.

335 HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 206.

capacidades institucionais e plenitude das competências.

Tendo em vista que os Estados e todas as organizações internas e internacionais, e todo o aparato jurídico criado são do homem, para o homem e pelo homem, outro sentido não poderia se dar à própria existência do Estado e sua soberania nos tempos atuais.

A teoria apresentada, no entanto, não traz o desfazimento do Estado. E sim, uma concepção de Estado que atua para contribuir como um elo no progresso da humanidade, isto é, que possui responsabilidade regional e global para além de seu território, quanto à sobrevivência da espécie humana, através da cooperação para o progresso e manutenção da paz mundial.

Não poderia ser diferente, uma vez que, se a soberania, frente à globalização em todos seus aspectos, fosse vista como um poder absoluto, a sociedade internacional estaria fadada ao fracasso, na medida em que cada Estado apenas consideraria como certas e valiosas as suas próprias ações e não se curvaria a nenhum outro poder na esfera mundial.

Assim, frente à globalização, o Estado, diante de suas necessidades políticas, econômicas e sociais, passou a assinar tratados e se relacionar na órbita internacional por absoluta necessidade, de forma que, viu-se obrigado a certas adaptações, pois, nem sempre pode dar a última palavra em um “mundo moderno que se caracteriza pela interdependência”³³⁶.

No plano internacional, portanto, os Estados soberanos, devem se por “de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo”³³⁷.

Assim, a soberania, como atributo fundamental do Estado, “o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores”.

336 HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 206.

337 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 259.

2. INTERDEPENDÊNCIA

2.1. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA

Quando falamos de interdependência, na atmosfera atual, estamos reavaliando o conceito de soberania sobre dois aspectos: a independência e a autonomia.

Segundo Celso D. Albuquerque Mello:

a soberania tem um aspecto interno e um aspecto externo. O primeiro se manifesta nos diferentes poderes do Estado: no Legislativo, no Executivo e no Judiciário. Ele é a consagração do direito de autodeterminação, isto é o direito do Estado de ter governo e as leis que bem entender sem sofrer interferência estrangeira. O aspecto externo é o direito à independência que se manifesta no direito de convenção; direito à igualdade política; direito de legação; direito ao respeito mútuo. (MELLO, Celso D. Albuquerque. A Soberania através da História. Anuário: direito e globalização: a soberania. 9. ed. São Cristovão –RJ: Renovar, 1999).

Por independência tomamos o aspecto formal de uma soberania, isto é, o Estado necessita ser independente para poder se relacionar com outros Estados na esfera internacional. E nesta relação não pode estar atrelado ou subordinado a nenhum outro Estado, embora esteja sujeito a normas internacionais.

Já a autonomia, relacionada ao aspecto material de um Estado soberano, diz respeito a quanto um Estado pode atuar de forma internacional, e este *quantum* nos remete a uma valoração que pode ser feita considerando aspectos sociais, econômicos, políticos, militares dentre outros possíveis. Desse modo, quando questionamos o quão autônomo é um Estado estaremos comparando-o, em relação a uma situação específica, com os demais Estados envolvidos na questão. Podemos dizer, portanto, que a autonomia estatal é gradativa em relação ao ambiente internacional no qual esta envolvida.

Assim, as noções de autonomia e independência se fazem necessárias para compreender o Estado como sujeito de Direito Internacional, qualificado para suas atribuições. Sendo imprescindível que haja autonomia, ainda que mínima, e independência para o exercício de sua soberania.

2.2 CONSEQUÊNCIAS DA INTERDEPENDÊNCIA

Protagonista das relações interestatais e demais sujeitos do Direito Internacional, a globalização já apresenta muitas consequências para o mundo atual. Dentre as quais, a mudança nos conceitos de Estado e soberania pode ser uma das mais significativas.

As mudanças em questão se dão a partir da introdução de novos sujeitos internacionais, principalmente as organizações internacionais, que dialogam com os Estados, questionando sua responsabilidade no âmbito internacional, e, portanto, sua reação soberana, e indicando novas formas de solução para questões internacionais e quiçá, muitas vezes, também para questões internas.

Com isto, os Estados vêm se tornando mais permeáveis à ideia que já não são os únicos sujeitos de direito internacional, mesmo que ainda deveras importante, e que novas demandas surgem a todo instante, modificando de forma constante o Direito Internacional e sua perspectiva.

Ainda sobre o tema, discorre Wagner Menezes:

O Direito Internacional deixa de ser eminentemente direcionado para os Estados e passa a atingir empresas, indivíduosque, por sua vez atuam mais constantemente também na ordem internacionais, até mesmo como protagonistas (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; CELSO, Antônio (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 987).

Outra das mais significativas decorrências da interdependência é a inclusão do ser humano como ator principal na relação entre Direito Internacional e Estado. Se o Estado atual tende a ser democrático, nada mais sensato que o poder do povo, para o povo e pelo povo, seja exercido pelos indivíduos que o constituem. O ser humano, ainda que tutelado, ganha uma colocação de ator principal, nuclear, onde o Direito esta voltado para ele, recebendo igualmente um destaque importante no novo cenário internacional.

É certo que, nos tempos atuais, o indivíduo vem se apresentado como questionador do Direito colocado e, também, da autoridade do Estado sobre sua vontade individual. Temos que considerar que este indivíduo não esta maduro para se autotutelar, contudo já se faz púbere para questionar as atitudes de seus pares,

atores internacionais, como os Estados e as Organizações Internacionais.

CONCLUSÃO

Observando que a soberania é fruto da sociedade internacional e de seu tempo e, lembrando que a mesma soberania nasce junto à idealização e necessidade de um Estado forte, com regras claras, que viesse contrapor os dissabores causados por tutelas tirânicas anteriores, podemos entender a necessidade do caráter imperativo e absoluto da soberania.

É através da força soberana que se cria um Estado agregador, que irá transformar conceitos e trazer a possibilidade do povo ser titular de direitos.

Também é na possibilidade de progressão e novidade, que a mesma soberania se reinventa e cede possibilidade para que o contágio internacional se de entre as nações.

É na busca de um melhor conceito, tanto de poder soberano quanto de Estado, que a sociedade internacional se relaciona e faz aflorar a real necessidade de mudança e aprimoramentos dessas ideias. Ser soberano pode então significar ser independente e autônomo, obedecendo a regras internacionais.

O processo de globalização vem, portanto, ampliar os horizontes da sociedade internacional e estimular os diálogos que até então só aconteciam em função dos Estados.

Novos atores internacionais como o próprio homem, as organizações internacionais, as empresas transnacionais e organizações não governamentais, criam um cenário ideal para a provocação do quão soberano pode ser um Estado e, neste ínterim, convence-os de que sua força não está em não aceitar o novo, mas sim em se modificar junto aos anseios de seus membros inseridos cada vez mais, por força do fenômeno da globalização, em uma realidade mundial, que transcende as fronteiras físicas.

Dentro deste vislumbre panorâmico, podemos ainda nos questionar sobre o extermínio da soberania. O que no nosso entender é, ainda hoje, um questionamento infantil e não tolerável.

A soberania é fator vital para o desenvolvimento dos Estados, e também do Direito Internacional. Sua existência é fundamental para a sociedade internacional e seu processo dialético.

A pergunta ideal seria então como ser soberano no mundo atual, como res-

peitar a multiplicidade de desejos que se acercam da pluralidade de atores. Como entender a soberania como questão fundamental de um Estado e como transformá-la, mais uma vez, a favor da ordem instituída e tirar o melhor proveito desta mudança.

Aqueles que decodificarem estas mudanças de forma rápida o triunfo aos que tardarem a morte iminente.

Não nos resta dúvida, que a questão de soberania pode revolucionar a dita “aldeia global”, transformar grandes e pequenos. Só nos resta saber como atentar para esta modificação.

A soberania vai continuar a existir. Não há como imaginar o Mundo sem sua organização estatal, porém devemos mais uma vez refletir. E nesta reflexão encontrar uma nova forma de pensar a soberania, mas pensa-la sempre a partir da nova ordem global instaurada e da qual fazemos parte. Para que esta possa, uma vez mais, servir aos propósitos maiores do mundo atual.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando, G. E. do Nascimento e SILVA, Paulo Borba Casella. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; CELSO, Antônio (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional*. 3. ed. Coimbra: Ed.Coimbra, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais: IELF - Instituto de Ensino Jurídico Professor Luiz Flavio Gomes, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *A Soberania através da História*. Anuário: direito e globalização: a soberania. 9. ed. São Cristóvão –RJ: Renovar, 1999.

MORRIS, Clarence(org.); tradução Reynaldo Guarany. *OS Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

13

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: BREVES COMENTÁRIOS

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

Doutor em Direito (UFPR). Professor Convidado do Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. E-mail: fglitz@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. A formação de um Direito internacional econômico. 2. Por que se relacionar Direitos Humanos e Direito Internacional Econômico? 3. O Pacto e o Superior Tribunal de Justiça: notas conclusivas. Referências.

INTRODUÇÃO

Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos nascem em um contexto de afirmação da necessidade de os Estados promoverem medidas de defesa dos Direitos humanos. Trata-se, contudo, como se sabe, de dever imposto não apenas ao Estado, mas, igualmente, ao particular.

Esta característica, reconhecida apenas mais recentemente na história da formação dos Direitos humanos, é especialmente refletida no texto do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) do Homem. Outro dado marcante é que o próprio texto do Pacto prevê a possibilidade de sua limitação pela legislação interna do país signatário, na medida em que isso não seja incompatível com a natureza desse direito e sempre com o intuito de promover bem-estar geral.

O PIDESC foi concluído e assinado em Nova Iorque, em dezembro de 1966, mas entrou em vigor tão somente em janeiro de 1976 três meses após a data do depósito do instrumento de ratificação do trigésimo quinto Estado signatário (nos termos do art. 27, 2).

O Brasil, por sua vez, aderiu ao Pacto apenas na década de 1990, tendo-o ratificado em janeiro de 1992, e o promulgado por meio do Decreto nº 591/1992. O Pacto foi ratificado, até o momento, por 160 países, dos quais as mais significativas ausências são: Cuba, África do Sul e Estados Unidos da América (já signatários)³³⁸.

A “recente” ratificação brasileira, a complexidade normativa da tradução de instrumentos de Direitos humanos para o ordenamento jurídico interno e a dificuldade de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais em um país de terceiro mundo motivam o adensamento do debate.

Propõe-se, portanto, por meio da análise da perspectiva econômica, a ponderação de como se trabalhar com tais direitos, reconhecidos como Humanos e, portanto, universais e fundamentais, a partir de seu reconhecimento normativo pelo ordenamento jurídico nacional e sua tradução pelo judiciário brasileiro.

Para tanto, o presente artigo será dividido em três itens: um primeiro em que se percebe a preocupação econômica a partir dos olhos do Direito internacional a motivar sua tradução em Direito Humano; uma segunda, em que esta relação é explicitada e uma terceira em que se tenta entender como o judiciário brasileiro a percebe. Advirta-se, desde já, que esta pesquisa jurisprudencial foi limitada ao Superior Tribunal de Justiça que, por razões normativas, tem o papel de unificar o entendimento sobre matéria infraconstitucional (já que o Tratado internacional uma vez recepcionado pelo Direito brasileiro, antes da Emenda Constitucional nº 45, teria esta natureza).

1. A FORMAÇÃO DE UM DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO

Interessante desdobramento das discussões doutrinárias acerca do objeto e extensão do Direito internacional foi a constatação de que existiriam momentos em que se ocuparia de problemas “mistos” (ora, públicos, ora privados). Esta “ambiguidade” refletiria a preocupação com os efeitos econômicos internacionais e seus reflexos jurídicos³³⁹.

A História econômica demonstra que inúmeras são as mudanças desde os meados da década de 1940, o que historicamente coincide com a criação da Orga-

338 Dados disponibilizados pelas Nações Unidas. Disponível em: <http://treaties.un.org>. Disponível em: 24.04.2013.

339 TRACHTMAN, Joel P. The International Economic Law Revolution. In: *Journal of International Economic Law*, n. 17, 1996, pp. 33-55, *passim*.

nização das Nações Unidas e da Corte Internacional de Justiça. A ameaça nuclear garante a gélida paz³⁴⁰ entre as superpotências militares, econômicas e ideológicas, ao mesmo tempo, em que antigas colônias ingressam nos jogos comerciais internacionais.

Esta “nova ordem econômica internacional”³⁴¹ acabaria por refletir, em termos políticos, também, o choque entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos, especialmente na definição das novas regras do comércio internacional. Este embate, levado à Assembleia Geral das Nações Unidas, redundou na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (1974) pelos quais os diversos países assumiam o expreso compromisso de preservar a soberania alheia, coexistência pacífica, respeito aos Direitos Humanos e liberdades fundamentais, dentre outros (Capítulo 1º)³⁴².

Se uma nova ordem econômica se coloca, fortalecida pela crise e desmoronamento soviético, também novos desafios se apresentam. É a partir da afirmação da liberalização do comércio internacional e da chamada “globalização econômica” que a antiga explicação jurídica da “soberania” encontra seu ocaso.

Desta forma, por exemplo, já era possível, desde meados do século passado, reconhecer-se que o conceito de soberania passava a estar condicionado ao Direito internacional, restringindo-se a discricionariedade estatal, especialmente com vistas à proteção dos Direitos Humanos³⁴³. É também, portanto, em razão disso que o Direito Internacional passa a se ocupar de questões envolvendo os domínios econômicos e sociais³⁴⁴.

Em termos teóricos, estes movimentos internacionais repercutem no de-

340 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Perspectivas do Direito Internacional Econômico. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Coords.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 71.

341 VINUESA, Raúl Emilio. El nuevo orden económico internacional. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 55. São Paulo: RT, jul./set. 1984, pp. 114-121.

342 NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. Resolução n. 3281 de 12 de dezembro de 1974 que institui a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos do Estado. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/738/83/IMG/NR073883.pdf?OpenElement>. Acessado em: 24.04.2013.

343 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os rumos do Direito internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus gentium no século XXI. In: *O Direito Internacional em um Mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 1047-1051.

344 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os rumos...*, p. 1054.

envolvimento dos chamados “Direito do Desenvolvimento”³⁴⁵ e “Direito Internacional econômico”³⁴⁶.

Enquanto a primeira linha teórica ainda situava a discussão em torno do papel exclusivo dos Estados, a segunda partia da premissa de que as relações comerciais internacionais não diziam respeito, apenas, aos agentes privados, mas ao Estado como um todo. Em outros termos, a lógica liberal clássica de que haveria um papel a ser desenvolvido pelo Estado e outro pelos agentes particulares³⁴⁷, separados com forma de preservação da liberdade, acaba se mostrando insuficiente a explicar a nova lógica do Mercado.

Além disso, atualmente se reconhece a existência de diversos possíveis atores com capacidade de participar de relações internacionais significativas e com algum tipo de possibilidade de produção normativa, desde os tradicionais Estados e organismos Internacionais, até as Organizações não governamentais e empresas transnacionais³⁴⁸. Além disso, não só se percebe nítido aumento desse tipo de “envolvimento”, como sua natureza tem variado:

aumento no papel e responsabilidades dos atores privados na vida econômica, diminuição do papel do Estado (tendência para privatização), e um fortalecimento do envolvimento de organizações governamentais in-

345 “O direito internacional do desenvolvimento, com seus vários componentes (direito à autodeterminação econômica, soberania permanente sobre os recursos naturais, princípios do tratamento não recíproco e preferencial para os países em desenvolvimento e da igualdade participatória dos países em desenvolvimento nas relações econômicas internacionais e nos benefícios da ciência e tecnologia), emergiu como um sistema normativo internacional objetivando regular as relações entre Estados juridicamente iguais mas economicamente desiguais”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os rumos...*, p. 1065.

346 Que segundo Mello deve ser entendido como a regulamentação de “diferentes aspectos das relações internacionais, como investimento estrangeiro, integração econômica, organizações internacionais econômicas, moeda, regime jurídico do estrangeiro, etc”. (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Perspectivas do Direito...*, p. 79). Já segundo Carreau e Juillard seria o conjunto de regras que regem a organização das relações internacionais macro-econômicas, das quais se excluiriam os contratos de interesse estritamente particular. Cf. CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2007, pp. 02-03.

347 NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do Direito econômico*. São Paulo: RT, 1995, p. 12.

348 “O termo empresa transnacional assim cobre um conjunto de situações. Inicialmente, estende-se além das fronteiras nacionais. Segundo, pela sua estrutura e organização foge de controles internacionais, tornando-se juridicamente desnacionalizada. Terceiro, tendo unidades de produção em vários países, tem o montante de seu ativo e de seus resultados descentralizados e no estrangeiro. Sendo administrada por indivíduos de origens nacionais, suas decisões escapam da ótica nacional, cujas operações não se encontram ao alcance das políticas nacionais de país algum”. (OLIVEIRA, Odete Maira de. *Relações Internacionais: estudos de introdução*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 261.).

ternacionais e forças internacionais do Mercado nas políticas econômicas e financeiras estatais³⁴⁹.

Mello, contudo, mostrava-se cético quanto aos interesses e possibilidades deste ramo do Direito, ao qual atribuía o fortalecimento das desigualdades entre os Estados, embora reconhecesse seu condicionamento aos Direitos humanos³⁵⁰.

2. POR QUE SE RELACIONAR DIREITOS HUMANOS E DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO?

Se do ponto de vista nacional é possível limitar constitucionalmente o conteúdo de uma norma, por outro lado, este controle nem sempre é simples quando essas mesmas normas (sejam contratuais ou consuetudinárias) fogem do estrito controle do Estado.

Como salientado anteriormente, uma das consequências atribuídas a chamada globalização econômica é o virtual deslocamento da exclusividade de atuação estatal para a pluralidade de instituições³⁵¹ e, portanto, de fontes normativas.

Em termos de tutela da pessoa humana, podemos concluir, com razoável certeza, que deixa o Estado de ser o único protagonista, deslocando parte de sua antiga atribuição para organizações privadas, nacionais e internacionais, frente ao onipresente “Mercado”. Além disso, é igualmente razoável concluir que o próprio Mercado não teria condições de regular, exclusivamente, a matéria³⁵².

Desta forma, ainda que o Estado ceda parte de seu poder, nem todo ele é apropriado de forma excludente. Resta, assim, o dilema de como resolver as aparentes contradições que, eventualmente, surgissem da ausência de um sistema dotado da coerência estatal.

349 COOMANS, Fons. Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights in the framework of International Organisations. Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 11, 2007, p. 360.

350 MELLO, Celso Duviol de Albuquerque. *Perspectivas do Direito...*, p. 93.

351 JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. (Orgs.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 200. pp. 04-05.

352 “O mercado, malgrado suas evidentes qualidades, não é um mecanismo apto a resolver e a equacionar todas as situações que se apresentam a um sistema econômico. Por um lado, ele contém falhas operacionais; por outro, não consegue assegurar a realização de certas metas ambicionadas pela sociedade através de seus canais de expressão política”. NUSDEO, Fábio. *Op. cit.*, pp. 16-17.

É neste sentido que se afirma que a relação dos Direitos humanos com os direitos nacionais é de supremacia, cabendo, em alguma medida, a sua coordenação pela Constituição (uma vez que positivados como fundamentais) e demais fontes normativas³⁵³. Interessante, ainda, destacar que de acordo com a tradicional doutrina³⁵⁴ e jurisprudência brasileira³⁵⁵, anteriores a Emenda Constitucional n° 45, o tratado internacional uma vez recebido no seio de nosso ordenamento passaria a ter natureza de norma infraconstitucional.

Além disso, o Estado também não é o único agente econômico e jurídico global³⁵⁶. Em razão de esse poder crescente atribuído ao particular de exercer liberdade de definição normativa pode-se aceitar sua responsabilidade para o respeito e implantação de padrões mais condizentes com as necessidades de proteção do homem.

*Just as States, at one and the same time, are capable of breaching human rights standards and are charged with the responsibility of upholding those standards, so corporations and other global commercial actors are equally capable and can be expected to shoulder the same or similar responsibility.*³⁵⁷

A responsabilização da atividade empresarial por violação dos Direitos

353 Este posicionamento não negaria, portanto, uma construção normativa piramidal. Reconhece-se, contudo, a problemática desta visão quando se trata de enfrentar o Direito internacional e as clássicas doutrinas monista e dualista. Embora não se negue, por pressuposto, o pluralismo normativo convém que haja, como se está tentando demonstrar, algum tipo de controle sobre as fontes internacionais. Este controle embora não seja exclusividade do Estado-nacional parece ter nele, e nos demais organismos jurisdicionais por ele tolerados, o principal sustentáculo de proteção. Neste sentido compartilha-se parcialmente o posicionamento de BOGDANDY, que não nega a estrutura hierárquica, mas também não nega o pluralismo normativo e a independência normativa do Direito internacional. BOGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law. In: *ICON*, v. 6, n. 3/4, 2008, pp. 412-413.

354 Cite-se, por exemplo: FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e norma de Direito Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

355 Cite-se o famoso Recurso Extraordinário n° 80.004 de 1977, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

356 MCCORQUODALE, Robert. An Inclusive International Legal System. In: *Leiden Journal of International Law*, v. 17, 2004, pp. 477-504.

357 KINLEY, David. Human rights, globalization and the rule of law: friends, foes or family. In: *UCLA Journal of International law and foreign affairs*, v. 7, 2002, p. 262. Tradução livre: "Assim como os Estados são capazes de violar, ao mesmo tempo, em que assumem o dever de sustentar os padrões de Direitos Humanos, as corporações e outros atores comerciais internacionais são capazes de assumir, e se espera que o façam, responsabilidade similar".

humanos não é de todo desconhecida. Triponel destaca as diferentes abordagens promovidas pela legislação americana e francesa. Estas iniciativas vão desde o estabelecimento de obrigações legais, até a adoção do standards voluntários e a responsabilização do Estado por violação cometida por particulares³⁵⁸.

Certo, no entanto, é que a mera tutela repressiva, ainda que civil, não é suficiente já que não inibe a consecução da violação. É de se pensar também em medidas preventiva. Confiar, no entanto, no “livre jogo do Mercado” não parece suficiente. As mesmas forças que impedem o consenso político em âmbito internacional são aquelas que definem as regras do jogo. Estas, por sua vez, nem sempre levam em consideração outros valores que não a mera sustentação das próprias trocas, seu discurso, portanto, não é apolítico³⁵⁹.

É, portanto, em razão disso que já se defende a possibilidade de responsabilização da “Corporação Transnacional” pela proteção dos Direitos humanos³⁶⁰: atribuindo-lhe o dever respeitar e implantar de padrões protetivos aos Direitos humanos, seja no mercado interno ou internacional (por exemplo proibição de comportamentos que violem o direito a vida, liberdade e integridade física, proteção aos direitos trabalhistas – por exemplo vedação de trabalho forçado, trabalho infantil e direito a negociação coletiva-, proteção do meio ambiente e dos direitos das comunidades nativas)³⁶¹. Tal responsabilidade deveria ser pensada sobre a participação dessas Corporações nos três âmbitos da economia mundial: empreendimen-

358 TRIPONEL, Anna. Business & Human rights law: diverging trends in the United States and France. In: *American Uniform and International Law Review*, v. 23, 2008. pp. 874-898.

359 ZUMBANSEN menciona a origem não política e a possibilidade de repolitização da lex mercatoria (ZUMBANSEN, Peer. Piercing the legal veil: commercial arbitration and transnational law. In: *European Law Journal*, v. 8, n. 3, 2002, p. 430). Em outro texto, referindo-se à adoção pela análise econômica do Direito da defesa das normas sociais, o autor deixa mais clara a preocupação: “What really lies behind the plea for social norms over law is not a genuine interest in norm-formation but a disregard for processes of negotiation and contestation”. ZUMBANSEN, Peer. Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law. In: *Comparative Research in Law and Political Economy*, v. 4, n. 3, 2008, p. 37. Tradução livre: “O que realmente está atrás do argumento das normas sociais não é o interesse genuíno na formação da norma, mas a desconsideração dos processos de negociação e contestação”.

360 WEISSBRODT, David; KRUGER, Muria. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights. In: *The American Journal of International Law*, v. 97, n. 4, 2003. pp. 901-922.

361 KINLEY, David; TADAKI, Junko. From talk to walk: the emergence of Human rights responsibilities for Corporations at International law. In: *Virginia Journal of International Law*, v. 44, n. 4, 2003-2004, pp.931-1023.

tos empresariais, comércio e investimento e ajuda financeira internacional³⁶².

Por outro lado, nem sempre mecanismos tipicamente privados são adequados a este propósito. Zumbansen comenta que apoio jurídico ao discurso da autorregulação social apenas reduz e torna formal o papel do Direito e das instituições jurídicas, já que como sua principal função é assegurar a previsibilidade, efetividade, confiabilidade para os participantes dos jogos de Mercado, qualquer interferência a título de política pública poderia ser negada com base em violação da autonomia privada³⁶³.

Além disso, adverte Teubner:

*Driving motive behind such an extension of constitutional rights in the private sphere is the more general normative argument to constitutionalize private law. This is to argue not only for the infusion of the law of contract, tort and property with the values of the political constitution, which is important enough, but rather for transforming private law itself into a new constitutional law. If it is true that today's private governance regimes are producing vast amounts of law that govern, regulate and adjudicate wide areas of social activities then the question of a 'constitution' for these private regimes is as pressing as the constitutional question was for the monarchical political regimes in recent European history. Traditional private law could be fundamentally transformed to play this role of a private constitution protecting the many autonomies of civil society.*³⁶⁴

Alternativa sustentada é a abertura desta normatividade oriunda do Mercado (que chamaremos de *lex mercatoria*) para o “debate e controle público”³⁶⁵ e o reconhecimento e proteção dos Direitos humanos por meio da atuação de organizações

362 KINLEY, David; NOLAN, Justine. Trading and aiding human rights: corporations in the global economy. In: Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter, v. 25, n. 4, 2007, pp.353-377.

363 ZUMBANSEN, Peer. The law of society: governance through contract. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, 2007, p. 232.

364 TEUBNER, Gunther. Contracting worlds: the many autonomies of private law. In: *Social and Legal Studies*, v. 9, n. 3, 2000, p. 414. Tradução livre: O motivo determinante por detrás de tamanha extensão dos Direitos fundamentais na esfera privada é o argumento normativo mais geral de constitucionalização do direito privado. Isto é argumento a infusão dos valores constitucionais no Direito contratual, responsabilidade civil e propriedade, o que é suficientemente relevante, mas de preferência transformar o Direito privado em um novo Direito constitucional. Se for verdade que regimes de governança estão produzindo grandes quantidades de normas que regulam, governam e julgam várias áreas da atividade social, então o tema de uma constituição para esses regimes é tão premente quanto o foi para os regimes monárquicos na recente história europeia. O Direito privado tradicional poderia fundamentalmente transformado para exercer este papel de constituição privada para proteger estas diferentes autonomies da sociedade civil.

365 TEUBNER, Gunther. *A Bukowina...*, p. 27.

internacionais como as agências especializadas da ONU e a OMC³⁶⁶.

Adverta-se, contudo, que este posicionamento levanta críticas³⁶⁷, especialmente pela suposta colonização econômica da temática³⁶⁸, a proposta não deixa de ser interessante: a proteção dos Direitos humanos não só na agenda política, mas igualmente econômica³⁶⁹. Embora, em princípio, as obrigações previstas pelo tratado da OMC, por exemplo, não sejam incompatíveis com a proteção dos Direitos humanos, a verdade é que o sistema de solução de controvérsias não seria adequado para interpretá-los e impô-los³⁷⁰.

Segundo Forst os Direitos humanos são um fenômeno complexo com faceta moral, jurídica, política e histórica³⁷¹. Eles são, historicamente, justificados com base em argumentos morais, políticos e jurídicos. De qualquer forma, normalmente se atribui a eles a capacidade de proteção de condições mínimas de desenvolvimento do indivíduo, inclusive o desenvolvimento econômico, como lembra Baptista³⁷².

4. O PACTO E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: NOTAS CONCLUSIVAS.

Benyekhlef parece identificar esta tendência e descreve como os direitos da pessoa poderiam influenciar o judiciário nacional, seja pela aceitação de sua recepção (por meio da aceitação de que as Convenções de Direitos Humanos não são como as demais e independem de alguns de seus (destas) requisitos); seja pela compreensão de que eles podem servir como elemento de persuasão de decisões

366 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Time for a United Nations 'Global Compact' for integrating human rights into the law of worldwide organizations: lessons from european integration. In: *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, 2002, pp. 621-650.

367 HOWSE, Robert. Human rights in the WTO: whose rights, what humanity? Comments on Petersmann. In: *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, 2002, pp. 651-659.

368 ALSTON, Philip. Resisting the merger and acquisition of human rights by trade law: a reply to Petersmann. In: *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, 2002, pp. 815-844.

369 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Taking human dignity, poverty and empowerment of individuals more seriously: rejoinder to Alston. In: *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, 2002, pp. 845-851.

370 MARCEAU, Gabrielle. WTO Dispute Settlement and human rights. In: *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, 2002, pp. 753-814.

371 FORST, Rainer. The justification of human rights and the basic right to justification: a reflexive approach. In: *Ethics*, v. 120, jul. 2010, pp. 711-712.

372 BAPTISTA, Luiz Olavo. Mundialização, comércio internacional e Direitos humanos. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. (Orgs.). *Direitos humanos no Século XXI*. Brasília: IPRI, 1998, p. 260..

domésticas (*transjudicialism*)³⁷³.

Aqui, então, se apresenta o problema chave que nos fez indagar como o Judiciário brasileiro recepciona a construção histórica dos Direitos humanos, especialmente aqueles consagrados no PIDESC.

Com base em pesquisa realizada no site do Superior Tribunal de Justiça pode se perceber que esta recepção está longe da ideal. Antes, contudo, de tecermos maiores comentários, mister explicar que a pesquisa se limitou ao Superior Tribunal de Justiça em razão de seu papel uniformizados da jurisprudência nacional em matéria infraconstitucional. Além disso, a pesquisa não teve qualquer limitador temporal ou de relatoria e Turma. A única exceção se deu em relação ao verbete adota, este foi o mais amplo possível: “Pacto”, “internacional”, “direitos”, “econômicos”.

Surpreendentemente, no entanto, foi localizado um único julgado que preenchesse estes critérios. Trata-se do recurso especial nº 1.264.116/RS que trata da matéria do Direito à educação e o direito à transferência voluntária. Da leitura do acórdão depreende-se que a menção ao PIDESC embasa a noção da educação como direito universal e inafastável, dirigida ao “pleno desenvolvimento da personalidade humana”, não podendo, portanto, sofrer limitações.

Embora fora dos critérios aqui esboçados, o Relatório da Comissão Internacional de Juristas sobre os “Tribunais e o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais”³⁷⁴ menciona, ainda, decisão do Supremo Tribunal Federal (RE436.996) em que também serve de base para a discussão o direito a educação.

Digna de menção, ainda, é a pesquisa realizada por CUNHA³⁷⁵ e outros, mas limitada ao judiciário estadual carioca, que permitiu concluir haver descompasso entre o discurso judicial e o efetivo conhecimento sobre os sistemas de proteção dos Direitos humanos da ONU e OEA.

Estranhamento, no entanto, vários daqueles mesmos direitos humanos que constam do Pacto também estão consagrados como fundamentas pela Carta brasileira. Ou bem se trata de desconhecimento de importante fonte internacional ou estreita consideração do que venha ser o sistema jurídico nacional.

373 BENYEKHLEF, Karim. Op. cit., pp. 198-203.

374 ICJ. Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability. Geneva: ICJ, 2008, p.109.

375 CUNHA, José Ricardo e outros. Direitos humanos globais e Poder Judiciário: uma análise empírica sobre o conhecimento e aplicação das normas dos sistemas ONU e OEA no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 13, n. 2, jul/dez 2008, pp. 133-176.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11.ed., São Paulo: Saraiva, 1982.
- ALSTON, Philip. Resisting the merger and acquisition of human rights by trade law: a reply to Petersmann. In: *European Journal of International Law*, v. 13. n. 4, 2002.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Mundialização, comércio internacional e Direitos humanos. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. (Orgs.). *Direitos humanos no Século XXI*. Brasília: IPRI, 1998..
- BENYEKHFLEF, Karim. *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*. Montréal: Éditions Thémis, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 6. ed., Brasília: UNB.
- BOER, Th. M. de. Living apart together: the relationship between public and private international law. In: *Netherlands International Law Review*, v. 57, 2010.
- BOGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law. In: *ICON*, v. 6, n. 3/4, 2008, p. 397-413.
- CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2007.
- COOMANS, Fons. *Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights in the framework of International Organisations*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 11, 2007.
- CUNHA, José Ricardo e outros. Direitos humanos globais e Poder Judiciário: uma análise empírica sobre o conhecimento e aplicação das normas dos sistemas ONU e OEA no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 13, n. 2, jul/dez 2008.
- DALLARI, Pedro. *Constituições e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e norma de Direito Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FREEMAN, Michael. Direitos humanos universais e particularidades nacionais. In PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. (Orgs.). *Direitos humanos no Século XXI*. Brasília: IPRI, 1998.
- HOWSE, Robert. Human rights in the WTO: whose rights, what humanity? Comments on Petersmann. In: *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, 2002.
- JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. (Orgs.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio

de Janeiro: Renovar, 2005.

KINLEY, David. Human rights, globalization and the rule of law: friends, foes or family. In: *UCLA Journal of International law and foreign affairs*, v. 7, 2002.

KINLEY, David; NOLAN, Justine. Trading and aiding human rights: corporations in the global economy. In: *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, v. 25, n. 4, 2007.

MARCEAU, Gabrielle. WTO Dispute Settlement and human rights. In: *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, 2002.

MCCORQUODALE, Robert. An Inclusive International Legal System. In: *Leiden Journal of International Law*, v. 17, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Perspectivas do Direito Internacional Econômico. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Coords.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998.

NAÇÕES UNIDAS. *Assembléia Geral*. Resolução n. 3281 de 12 de dezembro de 1974 que institui a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos do Estado. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/738/83/IMG/NR073883.pdf?OpenElement>.

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do Direito econômico*. São Paulo: RT, 1995.

OLIVEIRA, Odete Maira de. *Relações Internacionais: estudos de introdução*. Curitiba: Juruá, 2001.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *Time for a United Nations 'Global Compact' for integrating human rights into the law of worldwide organizations: lessons from european integration*. In: *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, 2002.

REZEK, J. F., *Direito Internacional Público: curso elementar*, 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. Impulso In: *Revista de Ciências Sociais e Humanas*. v. 14, n. 33, 2003.

TEUBNER, Gunther. Contracting worlds: the many autonomies of private law. In: *Social and Legal Studies*, v. 9, n. 3, 2000.

TRACHTMAN, Joel P. The International Economic Law Revolution. In: *Journal of International Economic Law*, n. 17, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os rumos do Direito internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus gentium no século XXI. In: *O Direito Internacional em um Mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar,

2002.

TRIPONEL, Anna. Business & Human rights law: diverging trends in the United States and France. In: *American Uniform and International Law Review*, v. 23, 2008.

VINUESA, Raúl Emilio. El nuevo orden económico internacional. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 55. São Paulo: RT, jul./set. 1984.

WEISSBRODT, David; KRUGER, Muria. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights. In: *The American Journal of International Law*, v. 97, n. 4, 2003.

ZUMBANSEN, Peer. Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law. In: *Comparative Research in Law and Political Economy*, v. 4, n. 3, 2008.

ZUMBANSEN, Peer. Piercing the legal veil: commercial arbitration and transnational law. In: *European Law Journal*, v. 8, n. 3, 2002.

ZUMBANSEN, Peer. The law of society: governance through contract. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, 2007.

14

A SITUAÇÃO DO BRASIL NO GRUPO DE TRABALHO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

ANA CLÁUDIA RUY CARDIA

Advogada. Mestranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especializada em Direito Internacional Público, Direito da União Europeia e Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Copenhague, Dinamarca. Membro do *Alumni* da Academia de Direito Internacional da Haia, Holanda. Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Tribunais e Cortes Internacionais da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo (NETI-USP). E-mail: anaclaudiaruy@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Organização das Nações Unidas: Contexto de criação e finalidades. 1.1. Histórico de surgimento do Direito das Organizações Internacionais. 1.2. A criação da Organização das Nações Unidas. 1.3. Principais finalidades da Carta das Nações Unidas. 2. O Sistema ONU. 2.1. A “Família ONU”. 2.2. Outros mecanismos de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3. O Conselho de Direitos Humanos da ONU e o Mecanismo de Revisão Periódica Universal. 3.1. A criação do Conselho de Direitos Humanos da ONU como parte do processo de fortalecimento do sistema global não convencional de proteção aos Direitos Humanos. 3.2. O Mecanismo de Revisão Periódica Universal. 4. A situação brasileira no grupo de trabalho da Revisão Periódica Universal. 4.1. O Brasil no Primeiro Ciclo da Revisão Periódica Universal. 4.2. A participação Brasileira no Segundo Ciclo da Revisão Periódica Universal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional, conhecido em sua origem como um direito eminentemente de Estados soberanos, encontra-se em franca evolução, contando atualmente com a participação de novos sujeitos de Direito Internacional Público, também dotados de extrema relevância e de igual personalidade jurídica, como as

Organizações Internacionais e, em especial, os indivíduos.

A preocupação com os indivíduos ganhou especial relevância internacional após a criação, em 1945, da Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Internacional por excelência cujo objetivo primordial é garantir a paz e a segurança internacionais, bem como assegurar a todos os indivíduos da sociedade global o respeito aos seus principais direitos e garantias fundamentais.

Assim, referida Organização consolidou-se como vetor para a proteção internacional dos Direitos Humanos, ensejando a criação de novos organismos e mecanismos internacionais capazes de colaborar com esse objetivo. A partir desse momento histórico, portanto, é possível afirmar que o indivíduo passou a ser o objetivo central das preocupações internacionais concernentes aos Direitos Humanos, tendo reflexos também em coletividades e grupos tidos como vulneráveis perante a sociedade internacional.

É no contexto de proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos por parte da ONU e de demais organismos especializados que se insere a criação do Conselho de Direitos Humanos. Criado em 2006, em substituição à antiga Comissão de Direitos Humanos, referido Conselho tem por objetivo primordial o fortalecimento e a promoção da proteção aos Direitos Humanos perante a sociedade internacional.

Uma de suas formas de atuação se dá mediante a Revisão Periódica Universal, que é a maneira de os Estados avaliarem o cumprimento, no plano interno, das obrigações e compromissos internacionalmente assumidos pelos demais Estados-membros da ONU em questões relacionadas à proteção e promoção dos Direitos Humanos. O Brasil, país signatário da ONU, submeteu-se a esse mecanismo, tendo passado por duas revisões, ocorridas nos anos de 2008 e 2012.

O presente trabalho, dessa maneira, terá por objetivo primordial analisar a participação brasileira no Mecanismo de Revisão Periódica Universal, atentando para as recomendações feitas pelos Estados participantes e pelas demais entidades da sociedade civil nacional e internacional, bem como verificando as medidas de política externa adotadas pelo Estado Brasileiro em referido contexto.

Para se alcançar o objetivo proposto, a metodologia adotada no presente estudo será a da pesquisa histórico-bibliográfica, sendo, ainda, utilizado o método indutivo para o alcance das principais conclusões.

1. A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS: CONTEXTO DE CRIAÇÃO E FINALIDADES

1.1 HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO DIREITO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

O Direito das Organizações Internacionais é considerado o ramo do Direito Internacional Público que sofreu os maiores avanços nas últimas seis décadas³⁷⁶. Seus principais antecedentes remontam ao século XIX, com o Congresso de Viena, realizado em 1815³⁷⁷, bem como às Conferências de Paz da Haia, ocorridas respectivamente em 1899 e 1907³⁷⁸. Ainda, a criação das chamadas Uniões Públicas Internacionais, como a União Telegráfica Internacional, criada em 1865, e a União Postal Internacional, criada em 1874, estabeleceram o modelo de conferências gerais³⁷⁹ que foi adotado pelas Organizações Internacionais contemporâneas.

Em 1919, com a assinatura do Tratado de Versalhes³⁸⁰, teve início a Liga das Nações (ou Sociedade das Nações), que, com seus órgãos, comitês, agências e comissões, estabeleceu os fundamentos para a criação da ONU, Organização Internacional que a sucedeu.

Ainda, com o reconhecimento da personalidade jurídica das Organizações

376 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *The Law of International Institutions*. United Nations Audiovisual Library of International Law (2008). Disponível em: http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Cançado-Trindade_IO_video_1.html. Acessado em: 20.11.2012.

377 Em síntese, o objetivo do Congresso de Viena foi o de reorganizar as fronteiras europeias após as Guerras Napoleônicas e restaurar a ordem absolutista que marcou o Antigo Regime europeu, deixando como legado a ideia de um Parlamento Internacional entre os países participantes.

378 Na Primeira Conferência de Paz da Haia foram criadas convenções referentes às soluções pacíficas das contendas internacionais, bem como a aplicação da Convenção de Genebra sobre a Guerra Marítima. A Segunda Conferência de Paz da Haia, realizada em 1907, estabeleceu, dentre outros, a criação da Corte Permanente de Arbitragem. In HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Editora LTR, 2012. p. 32.

379 Foram criadas as estruturas básicas de *bureau*, de conselho, no entendimento de Antônio Augusto Cançado Trindade. In TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op. cit.* Acessado em: 20.11.2012.

380 Tratado de paz assinado ao final da Primeira Guerra Mundial, cujo objetivo era pacificar o continente Europeu, estabelecer sanções aos países derrotados naquele conflito e, em documento a ele anexo, criar uma organização internacional com vistas ao alcance da paz, qual seja, a Sociedade ou Liga das Nações.

Internacionais na sociedade internacional³⁸¹, o que contribuiu para a expansão do *corpus juris* de Direito Internacional³⁸², tamanha foi a evolução do Direito das Organizações Internacionais nas últimas décadas que atualmente se verifica um número maior de organismos dessa monta em comparação ao número de Estados existentes no globo terrestre³⁸³, comprovando, assim, sua força para o estudo do Direito Internacional.

1.2 A CRIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Foi no contexto de evolução do Direito das Organizações Internacionais que foi criada, em 1945, a ONU³⁸⁴, maior Organização Internacional que se tem conhecimento na atualidade.

Conhecida como a Organização Internacional por excelência³⁸⁵, sua criação se deu em resposta às atrocidades cometidas durante o período correspondente à

381 O caminho para o reconhecimento, pela sociedade internacional, da personalidade jurídica das Organizações Internacionais foi aberto com o Parecer da Corte Internacional de Justiça no *Caso das Reparações de Danos*, de 1949. Em referido Parecer, restou determinado que a ONU, apesar de apresentar características diversas dos Estados que a compõem (e também não podendo ser considerada um “superestado” – parágrafo 179), tem em sua personalidade jurídica elemento indispensável para atingir os objetivos e princípios especificados em sua Carta constitutiva: (“(...) we must consider what characteristics it was intended thereby to give to the Organization. The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States. This development culminated in the establishment in June 1945 of an international organization whose purposes and principles are specified in the Charter of the United Nations. But to achieve these ends the attribution of international personality is indispensable”) Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (parágrafo 178). In Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (I.C.J. Reports 1949, pp. 174-188).

382 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind – Towards a new Jus Gentium*. Martinus Nijhoff Publishers, 2010, The Hague Academy of International Law, p. 181.

383 Referido número é dado sem mesmo serem consideradas as organizações não governamentais, que não serão objeto do presente estudo. SEITENFUS, Ricardo. Manual das organizações internacionais. p.25. In MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 610.

384 Constituída efetivamente em 24 de outubro de 1945, quando entrou em vigor a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, em 25 de junho de 1945, juntamente com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

385 TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 8.

Segunda Guerra Mundial³⁸⁶. Foi a partir desse momento que a sociedade internacional comprovou a importância de uma reunião de esforços para reconstruir uma nova ordem mundial³⁸⁷, capaz de reverenciar os direitos inerentes à pessoa humana e de evitar qualquer nova forma de desrespeito à humanidade como um todo.

Dessa maneira, a ONU foi criada com o objetivo último de garantir a paz mundial e o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos seres humanos ao redor do globo. A Carta das Nações Unidas é seu principal elemento constitutivo, de maneira que os demais tratados de formação de seus órgãos foram e são criados separadamente àquele instrumento³⁸⁸.

O sucesso da ONU no plano internacional como organismo capaz de institucionalizar de forma permanente a cooperação internacional³⁸⁹ foi o principal motor de criação de novas Organizações Internacionais, fortalecendo, assim, o estudo de tais organismos, bem como de suas normas regulamentadoras.

1.3 PRINCIPAIS FINALIDADES DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

A Carta das Nações Unidas, documento principal da ONU - e considerada por alguns autores como o modelo de constituição da sociedade internacional³⁹⁰ -,

386 Tais como o nazismo e o fascismo, movimentos de extrema direita e que pregavam um nacionalismo exacerbado, sendo intolerantes para com todos aqueles que não fossem nacionais. No nazismo, por exemplo, a vida de aproximadamente onze milhões de pessoas foi acometida, sendo que mais da metade dos povos exterminados era composta por judeus.

387 Uma nova ordem mundial econômica, social e mesmo política.

388 Esta foi uma tendência inovadora da Carta das Nações Unidas. A Liga das Nações ou Sociedade das Nações contava em sua Carta com dispositivo que exigia a votação unânime dos membros daquele organismo internacional, bem como da maioria de votos na Assembleia para todas as ações nela realizadas, o que incluía a elaboração de tratados de paz, bem como outros tratados constitutivos de órgãos a ela pertencentes. A ONU, por sua vez, conta com a criação em separado de tratados de paz e de tratados constitutivos de órgãos dela provenientes que, após aceitação dos Estados-membros, passam a formar um corpo único com a Carta das Nações Unidas. In TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *The Law of International Institutions*. United Nations Audiovisual Library of International Law (2008). Disponível em: http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Cancado-Trindade_IO_video_1.html. Acessado em: 20.11.2012.

389 MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional do paradigma clássico ao pós 11 de setembro*. 3. ed. Coimbra Editora, 2006. p. 243.

390 A esse respeito, válidas são as colocações de Bardo Fassbender. Contudo, deve-se atentar para o fato de que o autor não compara a Carta das Nações Unidas com uma constituição nos mesmos moldes de uma constituição nacional, atribuindo a essa característica uma ideia de conceito autônomo. In DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge University Press, 2009. pp. 133-147.

trouxe, já em seu preâmbulo³⁹¹, considerações a respeito da proteção irrestrita dos indivíduos e da igualdade entre os povos e, em especial, relacionadas à promoção do progresso social e econômico de toda a sociedade internacional. Tais determinações resultaram na base para a criação de novos tratados e convenções internacionais relacionados à promoção do desenvolvimento e do respeito aos direitos da pessoa humana³⁹².

As maneiras de proteção à dignidade humana encontram-se insculpidas na maior parte dos artigos de referido documento, sendo encorajada por parte de todos os órgãos da ONU³⁹³ a busca pela igualdade e pela tolerância de diversas formas, sendo sempre o meio de alcance de tais finalidades a cooperação internacional³⁹⁴.

Assim, a garantia da paz e da segurança internacionais, grandes finalidades da ONU, somente podem ser alcançadas mediante o esforço dos Estados que a compõem, devendo ser observadas em todos os planos da sociedade internacional.

391 “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla”.

392 João Mota de Campos ainda afirma que outra manifestação da ONU na primeira fase de sua existência com referência à questão dos direitos humanos foi a confirmação, logo na primeira Assembleia Geral, dos princípios do Estatuto do Tribunal Internacional de Nuremberg. In CAMPOS, João Mota de (coord). *Organizações Internacionais – Teoria Geral*. 3. ed, 2. Reimpr. Curitiba: Juriá, 2010. p. 246.

393 A título de exemplo, menciona-se o artigo 13, parágrafo 1º da Carta das Nações Unidas, que determina que os estudos e recomendações elaborados pela Assembleia Geral, órgão da ONU, serão destinados a “promover a cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação; promover a cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural educacional e sanitário, e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, língua ou religião (...)”. Além disso, são também dignos de menção os artigos 55, c, que traz como objetivo da cooperação internacional econômica e social “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua e religião”; 62, § 2º, que determina que o Conselho Econômico e Social da ONU poderá “fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos”; e 76, c, que traz como objetivos básicos do Sistema Internacional de Tutela o estímulo “aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”, além do favorecimento do “reconhecimento da interdependência de todos os povos”.

394 Como se verifica a partir da redação do art. 1º, §3, da Carta das Nações Unidas, que, ao definir os propósitos daquela Organização, assim determina: “Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

Dessa forma, seja nos planos econômico, social, cultural ou humanitário, a Carta das Nações Unidas promove a garantia da proteção dos indivíduos como ponto central das preocupações internacionais.

Restam naquele documento, portanto, expressas as preocupações da sociedade internacional com relação à proteção, ao desenvolvimento e ao progresso igualitário entre os povos, progresso este que deve ser pautado na garantia da observância dos Direitos Humanos dos indivíduos e de toda a coletividade.

Mediante a breve análise da ONU e de sua Carta constitutiva, é possível concluir que referida Organização foi criada com a finalidade precípua de assegurar a proteção dos indivíduos no plano internacional³⁹⁵, criando as bases para o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos³⁹⁶ e de novos organismos internacionais de proteção, como se verá a seguir.

2. O “SISTEMA ONU”

2.1. A “FAMÍLIA ONU”

O sucesso da instituição da Carta das Nações Unidas, com a consequente atuação da ONU no plano internacional, consagrou a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos de maneira que, como fora mencionado, uma série de novos organismos internacionais passou a surgir como forma de complementar a proteção então existente, institucionalizando, assim, o regime de Direitos Humanos³⁹⁷.

Dessa forma, além dos órgãos principais que compõem a ONU ³⁹⁸, em torno de referida Organização orbitam Organizações Internacionais de alcance uni-

395 Apesar de referida conclusão, há doutrinadores que entendem ter sido a criação da ONU expressão do sucesso dos países Aliados na Segunda Guerra Mundial, em detrimento dos países derrotados naquela Guerra. A esse respeito, ver CAMPOS, João Mota de (coord). *Organizações Internacionais – Teoria Geral*. 3. Ed, 2ª Reimpr. Curitiba: Juriá, 2010. p. 187.

396 Entendido seu desenvolvimento a partir da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, documento específico com diretrizes para a proteção dos Direitos Humanos em escala global. In PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Código internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

397 Neste sentido, ver GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. Oxford University Press: New York. 2005. p. 107.

398 Quais sejam, a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Secretariado, o Conselho Econômico e Social e o Conselho de Tutela.

versal e de domínio específico³⁹⁹, que são também conhecidas como as agências especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com responsabilidades definidas em seus instrumentos básicos nos campos econômico, social, cultural, educacional, dentre outros⁴⁰⁰.

Apesar de disporem de personalidade jurídica e funcional próprias, a relação de vinculação das agências especializadas com a ONU se dá pela identidade de Estados-membros – sendo que os Estados-membros são praticamente os mesmos que compõem a ONU -, bem como pelo fato de que muitas das diretrizes de tais organismos acabam sendo decididas no próprio foro da ONU⁴⁰¹, mais especificamente, na Assembleia Geral.

A título de exemplo, menciona-se a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO)⁴⁰², a Organização para a Alimentação e a Agricultura (FAO)⁴⁰³, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional⁴⁰⁴, além das uniões administrativas e técnicas, como a Organização Mundial da Saúde⁴⁰⁵ (OMS) e a Agência Internacional de Energia Atômica⁴⁰⁶ (AIEA). A conjugação de tais Organizações Internacionais em cooperação com a ONU forma o que se conhece atualmente por “Família da ONU” ou “Sistema ONU”.

Da leitura dos acordos constitutivos de referidas Organizações Interna-

399 A esse respeito, por exemplo, ver REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*; 11. ed.; São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 265.

400 ACCIOLY, Hildebrando e Geraldo Eulálio do NASCIMENTO E SILVA. *Manual de Direito Internacional (com atualização de P.B. CASELLA e colaboradores)*. São Paulo. 20ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 461.

401 REZEK, Francisco. *Op. Cit.* p. 265.

402 Fundada em 1946 e sediada em Paris.

403 Fundada em 1945 e sediada em Roma.

404 Ambos com sede em Washington.

405 Fundada em 1946 e sediada em Genebra.

406 Fundada em 1955 e sediada em Viena.

cionais denota-se novamente a necessidade de proteção aos Direitos Humanos⁴⁰⁷. A preocupação com a garantia da assistência aos Direitos Humanos nos mais diversos campos como forma de conquista da paz e da segurança internacionais corrobora a tendência crescente de respeito de tais direitos pela sociedade internacional.

Não obstante a criação de novas Organizações Internacionais, que ampliaram o escopo de observância do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, o alargamento do rol de direitos protegidos foi objeto de novas normatizações, em especial mediante o que fora estabelecido pelos comitês especializados da ONU.

2.2. OUTROS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme demonstrado anteriormente, a edição da Carta das Nações Unidas serviu de inspiração para a edição um grande número de tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos. A edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, foi a interpretação autêntica⁴⁰⁸ das disposições referentes aos Direitos Humanos presentes na Carta das Nações Unidas, sendo considerada como ponto de partida para o que atualmente se conhece por Direito Internacional dos Direitos Humanos. A partir de então, novos tratados foram celebrados com o

407 É o que se denota, por exemplo, da leitura dos atos constitutivos das Organizações Internacionais mencionadas. O acordo constitutivo da OIT, por exemplo, traz em seu preâmbulo preocupações com as condições de trabalho como forma de garantia da paz e harmonia internacionais (*“Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, em miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais (...)”*). Ainda, o documento que instituiu a UNESCO afirma em seu preâmbulo que *“a ampla difusão da cultura e da educação da humanidade para a justiça, a liberdade e a paz são indispensáveis para a dignidade do homem constituem um dever sagrado que todas as nações devem cumprir com um espírito de assistência mútua e preocupação”*, sendo o objetivo de referida Organização *“contribuir para a paz e a segurança, promovendo a colaboração entre as nações através da educação, ciência e cultura, com o fim de respeito universal pela justiça, pelo Estado de direito e dos direitos humanos e liberdades fundamentais que são confirmadas aos povos do mundo, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião, pela Carta das Nações Unidas”* (Artigo 1º). A OMS, por sua vez, traz grandes considerações relacionadas à garantia da saúde dos indivíduos como forma de garantia da paz e a segurança internacionais: *“O gozo do mais alto nível possível de saúde é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, crença política, condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é fundamental para a realização da paz e da segurança e é dependente da plenitude da cooperação dos indivíduos e dos Estados. A realização de qualquer Estado na promoção e proteção da saúde é de valor para todos (...)”*. De maneira semelhante, a FAO trata do direito à alimentação como forma de garantia do progresso das nações, sendo a AIEA responsável por realizar, por meio da aceleração e ampliação da energia atômica, a paz, a saúde e a prosperidade ao redor do globo (artigo 2º do Estatuto da AIEA).

408 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104.

escopo de garantir um maior número de direitos do que aqueles enumerados nos instrumentos até então editados.

Essa foi, como visto, a tendência predominante na criação normativa das agências especializadas da ONU, e também serviu de base para a criação de novas normas internacionais de Direitos Humanos, verificando-se, assim, uma verdadeira multiplicação de direitos⁴⁰⁹.

Referida multiplicação de direitos resultou na criação, por exemplo, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴¹⁰, bem como do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴¹¹, além da produção normativa feita no âmbito dos comitês especializados da ONU, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial⁴¹², a Convenção internacional sobre todas as formas de Discriminação contra as Mulheres⁴¹³, a Con-

409 Termo cunhado por Norberto Bobbio. In SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. MENDEZ ROCASO-LANO, Maria. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

410 Adotado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966, tendo entrado em vigor em 03 de janeiro de 1976. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de aplicação progressiva, traz disposições relacionadas à proteção do ser humano nos campos econômico, familiar, de trabalho, de previdência, sindical, de moradia, alimentação, entre outros.

411 Considerado por alguns doutrinadores como o tratado mais abrangente de Direitos Humanos (In GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. Oxford University Press: New York. 2005. p. 111), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966, tendo entrado em vigor em 23 de janeiro de 1976. Referido tratado consagra a proteção da vida humana, da autodeterminação dos povos, da proibição da tortura, da escravidão e da ingerência na vida privada, da garantia de acesso à justiça, de liberdade de circulação, pensamento, expressão, religião e associação, bem como dos direitos das crianças e da criação de um Comitê de Direitos Humanos.

412 Criada no âmbito do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, e adotada pela Assembleia Geral da ONU (Resolução nº 2106 (XX)) em 21 de dezembro de 1965, tendo entrado em vigor em 4 de janeiro de 1969. Referida Convenção trouxe, pela primeira vez, o conceito de discriminação, sendo os demais artigos relacionados especificamente à proibição de quaisquer formas discriminatórias, bem como à adoção de medidas preventivas e protetivas por parte dos Estados que ratificarem a Convenção.

413 Criada no âmbito do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, e adotada pela Assembleia Geral da ONU (Resolução nº 34/180) em 18 de dezembro de 1979, tendo entrado em vigor em 3 de setembro de 1981. Convenção com o segundo maior número de ratificações (ficando apenas atrás da Convenção sobre os Direitos das Crianças), mas com o maior número de reservas apresentadas pelos Estados-membros. Foi o primeiro Tratado Internacional de caráter vinculante a dispor sobre os direitos das Mulheres e a determinar não apenas a promoção de seus direitos na busca da igualdade de gênero, mas também a repressão a quaisquer discriminações contra a Mulher praticadas pelos Estados-membros. Nesse sentido, ver PIMENTEL, Silvia. *Experiências e Desafios: Comitê sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW/ONU) – relatório bienal de minha participação*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008. p. 15. e SCHÖPP-SCHILLING, Hanna Beate (editor) and FLINTERMAN, Cees (associate editor). *The circle of empowerment: twenty-five years of the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women*. Published by The Feminist Press at the City University of New York, 2007, p. 16

venção sobre a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁴¹⁴, a Convenção sobre o Direito das Crianças⁴¹⁵, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias⁴¹⁶, e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência⁴¹⁷.

Ainda, em 1993, a adoção da Declaração e Programa de Ação de Viena⁴¹⁸ consagrou o reconhecimento de que todos os Direitos Humanos são derivados da dignidade e inerentes às pessoas humanas⁴¹⁹, sendo estas o centro da proteção daqueles direitos e liberdades fundamentais⁴²⁰ por parte da sociedade internacional. Dessa maneira, em todos os instrumentos da normativa do plano global⁴²¹ mencionados, não restam dúvidas de que os indivíduos são os principais beneficiários da normativa internacional. Estes devem, ainda, ser participantes ativos na promoção e garantia de respeito aos seus direitos e liberdades.

Consagra-se, assim, a autodeterminação dos povos no plano internacional, bem como a obrigação dos Estados de garantir a proteção aos Direitos Humanos.

414 Criada no âmbito do Comitê contra a Tortura, e adotada pela Assembleia Geral da ONU (Resolução nº 39/49) em 10 de dezembro de 1984, tendo entrado em vigor no dia 26 de junho de 1987. Seu objetivo primordial era reforçar o caráter desumano e degradante da prática da tortura, determinando aos Estados-membros a obrigação de proteger seus cidadãos de quaisquer práticas de tortura, bem como de punir eventuais torturadores.

415 Criada no âmbito do Comitê dos Direitos da Criança, e adotada pela Assembleia Geral da ONU (Resolução nº 44/25) em 20 de novembro de 1989, tendo entrado em vigor em 2 de setembro de 1990. Referida Convenção tem por objetivo garantir todos os direitos até então mencionados às crianças de até 18 anos, determinando também a obrigação dos Estados –membros de proteger seus direitos e punir eventuais abusos.

416 Adotada pela Assembleia Geral da ONU (Resolução nº 75/158) em 18 de dezembro de 1990, tendo entrado em vigor em 1º de julho de 2003.

417 Adotada pela Assembleia Geral da ONU (Resolução nº 61/106) em 30 de março de 2007.

418 Adotada em 25 de junho de 1993.

419 Entendimento que deve ser considerado o piso mínimo de proteção, pelos Estados, aos indivíduos.

420 Preâmbulo da Declaração e Programa de Ação de Viena.

421 Por normativa global entendem-se as normas de proteção aos Direitos Humanos criadas no âmbito da ONU. No plano regional de proteção aos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a Convenção Europeia de Direitos Humanos reforçam ainda mais o entendimento de que a proteção aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos é a regra perante a sociedade internacional.

3. O CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU E O MECANISMO DE REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

3.1. A CRIAÇÃO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU COMO PARTE DO PROCESSO DE FORTALECIMENTO DO SISTEMA GLOBAL NÃO CONVENCIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Na esteira da organização decorrente do sistema global de proteção aos Direitos Humanos, insere-se o Conselho de Direitos Humanos da ONU, organismo não convencional⁴²² de proteção que se vale da interpretação ampla⁴²³ dos objetivos de proteção aos Direitos Humanos determinados pela Carta das Nações Unidas, bem como pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Sua criação se deu em 2006⁴²⁴, sendo este órgão vinculado à Assembleia Geral da ONU, em substituição à antiga Comissão de Direitos Humanos⁴²⁵, então vinculada ao Conselho Econômico e Social⁴²⁶ da mesma Organização. O novo órgão

422 O mecanismo não convencional de proteção aos Direitos Humanos recebe este nome por ser decorrente de resoluções criadas por órgãos das Nações Unidas, como a Assembleia Geral, o Conselho Econômico e Social, entre outros. Ele difere do mecanismo convencional de proteção aos Direitos Humanos, formado por regras específicas criadas *In PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*; 11ª Ed.; São Paulo: Editora Saraiva, 2010. pp. 237-238.

423 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104.

424 Por meio da Resolução nº 60/251 da Assembleia Geral da ONU, sendo adotado por 170 votos favoráveis, quatro votos contrários (Estados Unidos, Israel, Ilhas Marshall e Palau) e três abstenções (Irã, Belarus e Venezuela).

425 Criada em 1947 e formada por representantes de Estados, distribuídos de maneira a preservar a representatividade geográfica das diversas nações do mundo. A Comissão de Direitos Humanos da ONU teve importante papel no auxílio aos Estados em questões envolvendo a reforma de leis nacionais, a incorporação de normas internacionais de Direitos Humanos, a promoção da democratização, o treinamento de representantes da justiça criminal, além da promoção de outros objetivos, valendo-se também dos trabalhos prestados pelos relatores especiais, responsáveis pela verificação dos Direitos Humanos em determinados países, ou mesmo pela análise de temas gerais de Direitos Humanos. Uma das críticas feitas à Comissão de Direitos Humanos da ONU se deu no que diz respeito à sua excessiva politização, consubstanciada no inadequado processo de seleção de membros participantes, bem como à sujeição do tema dos Direitos Humanos a serviço de cálculos ideológicos e estratégicos por parte de alguns países. Referida Comissão ainda recebeu algumas críticas no sentido de não ter lidado especificamente e de maneira regular com os direitos socioeconômicos, como os direitos ligados à questão democrática, por exemplo. Sobre a Comissão de Direitos Humanos da ONU, conferir PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* pp. 237-248; RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.* pp. 105-119; e WEISS, Thomas G.; FORSYTHE, David P.; COATE, Roger A. *The United Nations and Changing World Politics*. 4ª ed. Colorado: Westview Press, 2004. pp. 169-174.

426 A rigor do disposto no artigo 68 da Carta das Nações Unidas.

é formado por 47 Estados, e suas reuniões ocorrem no Escritório da ONU localizado em Genebra.

O Conselho de Direitos Humanos foi instituído com a missão de fortalecer o sistema não convencional de proteção aos Direitos Humanos, encorajando a cooperação internacional entre os Estados e entre os Estados e a ONU⁴²⁷, e aprimorando os mecanismos adotados pela antiga Comissão de Direitos Humanos, que se traduziam na realização de Procedimentos Especiais⁴²⁸, relatorias especializadas, bem como procedimentos de denúncias. Além disso, previa-se a instituição de mecanismos novos, que fossem isentos dos vícios⁴²⁹ encontrados nos mecanismos existentes na antiga Comissão de Direitos Humanos.

A organização do Conselho foi dada mediante a Resolução nº 5/1⁴³⁰, sendo este então composto pelo Mecanismo de Revisão Periódica Universal, pelo Comitê Consultivo, bem como por um Procedimento de Reclamação, criado para combater violações sistêmicas de Direitos Humanos mediante a atuação dos Grupos de Tra-

427 Conforme disposição do artigo 56 da Carta das Nações Unidas.

428 Como, por exemplo, os Procedimentos nº 1235 e nº 1503. O primeiro, criado pela Resolução nº 1235 do Conselho Econômico e Social em 6 de junho de 1967, tinha por objetivo o estabelecimento, à critério da Comissão de Direitos Humanos, de um órgão especial de investigação de eventuais violações de Direitos Humanos em Estados acusados de posturas colonialistas ou mesmo segregacionistas, como no caso do *apartheid*, sendo possível também o recebimento de comunicações individuais que caracterizassem violações sistemáticas e maciças de Direitos Humanos. Referido procedimento sofreu alterações com o passar dos anos, admitindo-se, ainda, a criação de órgãos especiais de investigação de caráter geográfico para apurar quaisquer modalidades de violações de Direitos Humanos, e não mais ligadas aos temas de colonização e *apartheid* (sendo designados relatores especiais para investigar situações de violações de Direitos Humanos, efetuando visitas *in loco*, bem como elaborando relatórios finais contendo recomendações de ações aos Estados), assim como a criação, em 1980, de órgãos especiais de investigação por temas específicos. O Procedimento nº 1503, por sua vez, foi criado em 27 de maio de 1970 pela Resolução nº 1305 do Conselho Econômico e Social com a finalidade de investigar, de forma permanente e confidencial, comunicações relacionadas às violações sistemáticas de Direitos Humanos. O Procedimento 1305 foi alterado em 2000, por meio da Resolução nº 2000/3, adotada pelo Conselho Econômico e Social em 2000. Em ambos os procedimentos foi permitida a adoção de medidas urgentes. In PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* pp. 240-248; RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.* pp. 110-115;

429 Como explicado em notas anteriores. Além disso, muitas críticas foram feitas aos Procedimentos 1235 e 1305 da Comissão de Direitos Humanos, no sentido da confidencialidade dos procedimentos adotados por meio da Resolução nº 1305, da não abrangência das violações investigadas, bem como do caráter político que permeava tais atividades.

430 Aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de junho de 2007.

balho sobre Comunicação e sobre Situações⁴³¹.Atualmente⁴³², verifica-se um processo de transição⁴³³ entre as atribuições dos dois órgãos, sendo ainda utilizados os Procedimentos Especiais concomitantemente ao Mecanismo de Revisão Periódica Universal⁴³⁴, este último o objeto de estudo do presente artigo.

3.2. O MECANISMO DE REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

O Mecanismo de Revisão Periódica Universal foi criado simultaneamente à criação do Conselho de Direitos Humanos da ONU⁴³⁵, como forma de complementar o trabalho proveniente dos Comitês estabelecidos mediante o sistema convencional⁴³⁶ de proteção aos Direitos Humanos⁴³⁷.

Sua atuação no Conselho de Direitos Humanos foi regulamentada um ano após a instituição daquele organismo, por meio da Resolução nº 5/1, de 2007. Referido Mecanismo tem por base de atuação a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos, os instrumentos de proteção aos Direitos Humanos aos quais os Estados são parte, assim como os compromissos voluntários assumidos pelos Estados no momento da apresentação de suas candidaturas ao Conselho de Direitos Humanos.

Os principais objetivos da Revisão Periódica Universal relacionam-se com a cooperação internacional: busca-se, mediante referido instrumento intergovernamental, o cumprimento das obrigações e compromissos de Direitos Humanos assumidos pelos Estados, assim como a avaliação de desenvolvimentos positivos e desafios relacionados à proteção dos Direitos Humanos no âmbito interno.

O modo de atuação de referido Mecanismo baseia-se no monitoramento

431 Itens 91 a 99 da Resolução nº 5/1, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de junho de 2007.

432 Deve-se atentar ainda para a Resolução nº 65/281, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de julho de 2011, e que estabelece a revisão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, com novas determinações a respeito dos organismos que a compõem.

433 A título de exemplo, alguns dos Procedimentos Especiais previstos nas Resoluções 1235 e 1305 foram mantidos, aguardando manifestação e consenso sobre eventuais alterações em sua realização.

434 É possível encontrar menção aos Procedimentos Especiais nos itens 39 a 64 da Resolução nº 5/1 (2007).

435 Resolução nº 60/251 da Assembleia Geral da ONU.

436 Cujos órgãos e produção normativa são estabelecidos mediante tratados internacionais.

437 Conforme disposição do item 5, “e”, da Resolução nº 60/251 da Assembleia Geral da ONU.

pelos pares⁴³⁸, ou seja, a avaliação da situação de Direitos Humanos de um Estado será realizada por outros Estados, em um processo essencialmente político⁴³⁹. Todos os 193 Estados-membros da ONU devem se submeter à Revisão Periódica Universal, sendo os prazos de tais submissões previstos conforme disposição da Assembleia Geral.

A Revisão Periódica Universal segue o trâmite previsto na Resolução nº 5/1, de 2007⁴⁴⁰, e consiste na preparação, pelo Estado examinado, de um relatório geral sobre os Direitos Humanos no plano interno. Em seguida, conta-se também com a participação de organizações não governamentais de proteção aos Direitos Humanos, bem como da sociedade civil, que apresenta relatórios complementares com suas considerações. Todos os documentos mencionados são resumidos pela equipe do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos⁴⁴¹, e o Estado examinado passa a ser questionado sobre a promoção dos Direitos Humanos em seu território no momento das reuniões dos Grupos de Trabalho do Conselho de Direitos Humanos.

O exame dos relatórios, bem como o diálogo referente às questões de Direitos Humanos neles levantadas fica a cargo de três Estados⁴⁴², nomeados pelo Conselho de Direitos Humanos e que são considerados os verdadeiros relatores da revisão periódica do Estado examinado.

Ao fim do diálogo realizado entre o Estado examinado e os três Estados relatores, cumpre a estes a preparação de um Relatório Final, determinando quais serão os eventuais compromissos que deverão ser assumidos voluntariamente pelo Estado na busca pela efetivação da proteção aos Direitos Humanos em seu território.

Como dito, as determinações dadas aos Estados examinados serão de aplicação voluntária de sua parte, não havendo qualquer sanção coercitiva em caso de descumprimento. Contudo, após quatro anos e meio - contados da realização da primeira Revisão Periódica Universal -, os Estados devem se submeter a um segun-

438 Também conhecido como *peer review*. In RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.* pp. 120.

439 Idem.

440 Com as recentes modificações implementadas pela Resolução nº 16/21, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 12 de abril de 2011.b

441 Artigo 15, “C” do Anexo da Resolução nº 5/1.

442 Os três Estados escolhidos também recebem o nome de “troika”. In RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.* pp. 122.

do ciclo de revisões⁴⁴³, em que serão verificadas se as recomendações da revisão anterior foram atendidas, sendo também realizadas novas averiguações no campo interno de proteção aos Direitos Humanos.

O Mecanismo de Revisão Periódica Universal é o único no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos que conta com o diálogo efetivo entre os Estados, garantindo-lhes o tratamento igualitário no que tange à avaliação de problemáticas relacionadas aos Direitos Humanos e consagrando a questão referente ao interesse dos Estados na proteção dos Direitos Humanos por parte de outros Estados que compõem a sociedade internacional⁴⁴⁴.

Assim, traçados os contornos do Mecanismo de Revisão Periódica Universal, passa-se à análise da participação brasileira em referido Mecanismo.

4. A SITUAÇÃO BRASILEIRA NO GRUPO DE TRABALHO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

4.1. O BRASIL NO PRIMEIRO CICLO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

O Brasil, como país que sempre participou ativamente das atividades realizadas na ONU⁴⁴⁵, manifestou-se positivamente à criação do Conselho de Direitos Humanos e do Mecanismo de Revisão Periódica Universal. Assim, foi um dos primeiros países a se submeter ao procedimento de referido Mecanismo⁴⁴⁶, cujas conclusões foram dadas na primeira sessão do Conselho de Direitos Humanos para esse fim⁴⁴⁷.

A primeira participação do Brasil ocorreu em 2008, ocasião em que o país se submeteu à avaliação da *troika* formada por Gabão, Arábia Saudita e Suíça. Na

443 O primeiro ciclo da Revisão Periódica Universal encerrou-se em 2012, em sua décima segunda sessão, após todos os países terem se submetidos à revisão. *International Service for Human Rights*. Disponível em: . Acessado em: 19.11.2012.

444 A este respeito, ver GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. Oxford University Press: New York. 2005. pp. 110-116.

445 Nesse sentido, ver GARCIA, Eugênio Vargas. *O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926) – Vencer ou não perder*. 2.ed. Rio Grande do Sul: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000. pp. 27-48.

446 Segundo André de Carvalho Ramos, o Brasil foi o pioneiro na proposição de um novo mecanismo de exame da situação de Direitos Humanos na ONU. *In RAMOS, Op. Cit.* p. 122.

447 A primeira sessão do Mecanismo de Revisão Periódica Universal ocorreu entre os dias 7 a 18 de abril de 2008.

avaliação de 2008, o Grupo de Trabalho concluiu, em seu Relatório Final⁴⁴⁸, pela elaboração de quinze recomendações ao Estado Brasileiro⁴⁴⁹. À época, o País se comprometeu a cumprir voluntariamente todas as recomendações e ainda declarou que instituiria, também voluntariamente, um sistema nacional de indicadores de Direitos Humanos, trabalhando na elaboração de um relatório anual de averiguação das práticas de Direitos Humanos no plano interno.

4.2. A participação Brasileira no Segundo Ciclo da Revisão Periódica Universal

O Segundo Ciclo da Revisão Periódica Universal com a participação brasileira ocorreu no ano de 2012, na décima terceira sessão daquele Mecanismo, ocorrida entre os dias 21 de maio e 4 de junho de 2012. O Brasil foi, desta vez, avaliado pela *troika* composta pela China, Equador e Polônia.

448 O Relatório Final elaborado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU da participação brasileira no Primeiro Ciclo da Revisão Periódica Universal (A/HRC/8/27, de 22 de maio de 2008) está disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/136/68/PDF/G0813668.pdf?OpenElement>. Acessado em: 25.11.2012.

449 A saber: (i) Ampliar e disseminar a experiência de biocombustíveis e sua relação com a preservação do direito à alimentação (Argélia); (ii) resolver a questão do abuso de poder e uso excessivo da força (Gana); (iii) continuar o empenho no Programa de Reforma Agrária (Gana); (iv) desenvolver em ritmo mais acelerado a Reforma Agrária pela implementação de políticas orientadas para a melhoria das condições de vida de afrodescendentes, indígenas e outras minorias (Nigéria); (v) ampliar o acesso à justiça bem como melhorar o sistema judicial, desafio enfrentado por diversos países da região (México); (vi) criar uma instituição nacional compatível com os Princípios de Paris (México); (vii) empreender todos os esforços para garantir a aprovação da lei sobre o acesso dos cidadãos à informação pública (Peru); (viii) Empreender maiores esforços em relação aos sistemas prisionais nos vários estados da Federação a fim de serem transformados em centros de reabilitação (Uruguai); (ix) integrar a plena perspectiva de gênero no acompanhamento do processo de Revisão Periódica Universal; (x) tomar medidas para melhorar o sistema prisional e implementar as recomendações do Comitê contra a Tortura e outros órgãos da ONU (Alemanha); (xi) intensificar os esforços para garantir a segurança dos defensores dos Direitos Humanos e reforçar a cooperação com todas as partes interessadas, em especial, com a polícia militar nos diversos estados (Bélgica); (xii) continuar e intensificar seus esforços para diminuir a pobreza e a desigualdade social (Bélgica); (xiii) federalizar graves crimes de Direitos Humanos o mais cedo possível, caso o país ainda não tenha feito (Holanda); (xiv) ao dar continuidade às iniciativas positivas, o Brasil deve investir mais rigor na avaliação dos resultados das atividades planejadas nestas áreas: condições das prisões, sistema de justiça criminal, sistema de justiça juvenil, violência e assassinatos extrajudiciais cometidos pela polícia militar, tortura, proteção dos defensores de Direitos Humanos, violência contra as mulheres, comunidades indígenas, violência rural e conflito agrário, trabalho infantil e escravo, impunidade daqueles envolvidos em tráfico de pessoas e corrupção (Reino Unido); (xv) dar mais atenção para as questões de violação dos Direitos Humanos dos povos indígenas, a falta de segurança pública e as condições de detenção precárias (Coreia do Sul). *Conectas Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.conectas.org/politica-externa/2-o-brasil-na-rpu-em-2008-1o-ciclo>. Acessado em: 15.11.2012.

Em sua segunda participação, o Brasil recebeu cento e setenta novas recomendações por parte dos Estados⁴⁵⁰. Além de terem sido retomados pontos importantes trazidos no Primeiro Ciclo⁴⁵¹, que não foram cumpridos pelo Estado Brasileiro desde então, a sociedade internacional manifestou sua preocupação com a condução, pelo Brasil, dos trabalhos de preparação para a Copa do Mundo, a ser realizada em 2014, e para os Jogos Olímpicos, cuja realização se dará em 2016⁴⁵².

Foram tratados também com maior rigor nesse segundo diálogo interestatal outros temas importantes de proteção aos Direitos Humanos que não fizeram parte do Primeiro Ciclo, como a integração social e no mercado de trabalho das pessoas com deficiência, assim como a importância do reconhecimento de uniões homoafetivas. O Brasil foi, ainda, instado a criar uma instituição nacional de proteção aos Direitos Humanos, em conformidade com o disposto nos Princípios de Paris, recomendação esta que havia sido feita também na revisão de 2008.

Assim, da análise das duas submissões do Estado Brasileiro ao Mecanismo de Revisão Periódica Universal, denota-se a preocupação da sociedade internacional não apenas com relação ao descumprimento, pelo Brasil, de uma grande gama de Direitos Humanos nas mais diversas áreas (social, cultural, econômica, entre outras), mas também com o não cumprimento de obrigações assumidas perante os órgãos não convencionais do sistema global de proteção aos Direitos Humanos.

450 O Relatório Final elaborado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU da participação brasileira no Segundo Ciclo da Revisão Periódica Universal (A/HRC/21/11, de 9 de julho de 2012) está disponível em :<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/151/15/PDF/G1215115.pdf?OpenElement>. Acessado em: 25.11.2012.

451 Em especial relacionados à continuidade da ocorrência de casos de violência contra a mulher, mesmo após a edição da Lei nº 11.340/2006; problemas relacionados à violações de Direitos Humanos no sistema prisional brasileiro, além do número insuficiente de defensores públicos e da consequente dificuldade de acesso à justiça; a permanência da ocorrência de assassinatos extrajudiciais por agentes oficiais mesmo após a edição da Lei de criação da Comissão da Verdade e da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, direitos indígenas, relacionados à finalização da demarcação da reserva dos índios Guarani-Kaiowá, dentre outros.

452A principal preocupação da sociedade internacional com relação à Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016 encontra-se em questões relacionadas à ocorrência de eventuais despejos forçados, por exemplo.

CONCLUSÃO

No contexto de humanização do Direito Internacional⁴⁵³, que contou com amplo desenvolvimento e cruciais avanços nas últimas seis décadas, verificou-se a proliferação de Organizações Internacionais voltadas especificamente para a proteção dos indivíduos na sociedade internacional, em que se encontra como Organização paradigma a ONU.

Como visto, a criação da ONU, bem como de suas agências especializadas e demais organismos internacionais relevantes, comprovou que não era o direito das potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial que estava assegurado, mas sim o ideal de que os indivíduos se consagram como um fim em si mesmos, sendo insubstituíveis e únicos⁴⁵⁴, seja em seus Estados de origem, seja perante a sociedade internacional.

Foi com base nesse ideal, de valorização do ser humano e de consequente evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que restou garantida a tônica da Comissão de Direitos Humanos da ONU, substituída em 2006 pelo atual Conselho de Direitos Humanos da mesma Organização.

Neste contexto, o Mecanismo de Revisão Periódica Universal se consagra como um arrojado organismo do Conselho de Direitos Humanos da ONU, sendo mais uma ferramenta multilateral de discussão e de busca por uma maior evolução da proteção aos Direitos Humanos pela sociedade internacional.

Com relação à participação brasileira em referido Mecanismo, o Brasil submeteu-se ao exame internacional de suas práticas de Direitos Humanos nos anos de 2008 e 2012, recebendo recomendações dos Estados-membros da ONU nas mais diversas áreas de proteção aos Direitos Humanos. Da análise da participação brasileira, contudo, verificou-se que a maior parte das recomendações internacionais feitas ao Brasil e por ele e aceitas (bem como as medidas que o Estado Brasileiro espontaneamente se comprometeu, como a promessa atinente à criação de um sistema nacional de indicadores de Direitos Humanos) não foi, de fato, colocada em prática no plano interno.

A não-implementação de tais recomendações pelo Brasil restou patente a

453 No entender dos autores Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade. In PIOVESAN, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*; São Paulo: Editora Saraiva, 2006; e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

454 PIOVESAN. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*; São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 10.

partir do Segundo Ciclo da Revisão Periódica Universal, em que não apenas foram feitas novas recomendações (e em maior número), mas também foram recolocadas as recomendações feitas no Primeiro Ciclo, uma vez que aquelas não foram postas em prática pelo Estado Brasileiro.

A conclusão a que se chega o presente trabalho, portanto, é a de que, apesar dos grandes avanços impostos pelo Mecanismo de Revisão Periódica Universal, em que os limites dos Estados restam reconhecidos pela sociedade internacional, cumpre a estes mesmos Estados a tomada de medidas efetivas para garantir que as recomendações feitas por seus pares no tocante à proteção dos Direitos Humanos sejam concretizadas em seu plano interno. A não submissão à qualquer forma de sanção por parte de referido mecanismo não deve, em qualquer hipótese, servir de entrave à realização espontânea, pelos Estados, de práticas em prol da proteção dos Direitos Humanos.

Assim, é fundamental a cooperação por parte dos Estados no sistema não convencional de proteção aos Direitos Humanos, seja no cumprimento das obrigações internacionalmente assumidas, com a proteção dos direitos dos indivíduos no plano nacional, seja na criação de novas e eficientes posturas de prevenção de novas violações. O papel do Estado Brasileiro, conclui-se, está inserido neste contexto de transformação da sociedade internacional, consubstanciando-se no efetivo cumprimento das recomendações aceitas (e voluntariamente assumidas) perante o Mecanismo de Revisão Periódica Universal.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando e Geraldo Eulálio do NASCIMENTO E SILVA. Manual de Direito Internacional (com atualização de P.B. CASELLA e colaboradores). São Paulo. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (I.C.J. Reports 1949, pp. 174-188).

CAMPOS, João Mota de (coord). *Organizações Internacionais – Teoria Geral*. 3. Ed, 2ª Reimpr. Curitiba: Juriá, 2010.

Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Publicação do Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil.

Conectas Direitos Humanos: <http://www.conectas.org/>. Acessado em: 15.11.2012.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism*,

International Law, and Global Governance. Cambridge University Press, 2009.

GARCIA, Eugênio Vargas. *O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926) – Vencer ou não perder*. 2. ed. Rio Grande do Sul: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. Oxford University Press: New York. 2005.

HARRIS, DJ; *Cases and Materials on International Law*; Sixth Edition; Thomsom (Sweet & Maxwell); London, 2004.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 11 ed. São Paulo: Editora LTR, 2012.

International Service for Human Rights: <http://www.ishr.ch/>. Acessado em: 19.11.2012.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional do paradigma clássico ao pós 11 de setembro*. 3. ed. Coimbra Editora, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público – Volume I*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PIMENTEL, Silvia. *Experiências e Desafios: Comitê sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW/ONU) – relatório bienal de minha participação*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008.

PINHEIRO, Leticia; MILANI, Carlos R. S. (Organizadores). *Política externa brasileira: as práticas da política e a política das práticas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

PIOVESAN, Flávia (Coordenação). *Código internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*; São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*; 11. ed.; São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Temas de Direitos Humanos*; 4. ed.; São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais: legislação internacional anotada*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*; 11. ed.; São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SCHÖPP-SCHILLING, Hanna Beate (editor) and FLINTERMAN, Cees (associate editor). *The circle of empowerment: twenty-five years of the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women*. Published by The Feminist Press at the City University of New York, 2007.

SHAW, Malcom N. *International Law*. Sixth Edition. New York: Cambridge University Press. 2012.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. MENDEZ ROCASOLANO, Maria. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coordenadores). *Direito Global*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

_____. *Direito das Organizações Internacionais*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *International Law for Humankind – Towards a new Jus Gentium*. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague Academy of International Law, 2010.

_____. *The Law of International Institutions*. United Nations Audiovisual Library of International Law (2008). Disponível em: http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Cançado-Trindade_IO_video_1.html. Acessado em: 20.11.2012.

TRINDADE, Antônio Augusto; ROBLES, Manuel E. Ventura. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. atual. e ampl. San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004.

WEISS, Thomas G.; FORSYTHE, David P.; COATE, Roger A. *The United Nations and Changing World Politics*. 4th ed. Colorado: Westview Press, 2004.

15

HARMONIZAÇÃO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS (ENTRE SI) E INTERNACIONAIS: (RE)CLASSIFICAÇÃO E NOVAS PERSPECTIVAS

JONATHAN BARROS VITA

Advogado, Consultor Jurídico e Contador. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET-SP, Mestre e Doutor em Direito do Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP e Mestre em Segundo Nível em Direito Tributário da Empresa pela Universidade Comercial Luigi Bocconi – Milão – Itália. Professor do Mestrado em Direito Tributário da Empresa na Universidade Comercial Luigi Bocconi, do Mestrado e da Graduação da UNIMAR e das especializações em Direito Tributário da PUC-SP/COGEAE, IBET, FAAP e EPD e em Direito Internacional da EPD. Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Secretário da Comissão Especial de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB. E-mail: jbvita@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Paralelismos, convergências, compatibilidades e alinhamentos entre sistemas jurídicos: contextualizando a harmonização jurídica. 2. (Re)definindo o conceito de harmonização. 3. Classificação semiótica da harmonização. 4. Harmonização e teoria dos sistemas: possibilidades teóricas. 5. A harmonização na pragmática contemporânea: redefinindo espécies e apontando exemplos. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Dentre os elementos primordiais de um artigo científico, é necessário estabelecer o sistema de referência adotado, no caso, um baseado em um tripé composto

por: Law and Economics de Posner⁴⁵⁵ e ⁴⁵⁶, Teorias da Linguagem (especialmente utilizando-se de técnicas da Semiótica), representadas pelo Construtivismo Lógico-Semântico de Barros Carvalho⁴⁵⁷, e Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann⁴⁵⁸.

Estas plataformas teóricas que possuem como raiz comum o movimento do Giro Linguístico são unificadas no sistema de referência proposto⁴⁵⁹, no qual dois são seus fundamentos, a compatibilização entre elas e a efetivação de um processo evolutivo destes paradigmas, em que cada uma delas exerce um papel específico na análise do tema proposto por este artigo, como será visto.

Neste sentido, com estes acoplamentos teóricos, possibilitam-se mudanças de posição em relação ao objeto jurídico estudado, assim como existem várias espécies de física que são compatíveis entre si (física clássica, física quântica e física gravitacional) enquanto seus objetos são distintos (objetos comuns, microestruturas e macroestruturas).

Este sistema de referência já foi utilizado também no estudo do direito internacional e abriu portas para a criação de novas pontes linguísticas (*wormholes*) de partes não adjacentes (geograficamente) no campo da relação entre vários direitos nacionais mediados pelo direito internacional.

A partir desta proposta filosófico-metodológica, cada um destes sistemas de referência será utilizado para elucidar as formas de integração e convergência de sistemas jurídicos, (re)definindo harmonizações positivas⁴⁶⁰ entre sistemas jurídicos (públicos) internacionais e nacionais (entre si), perfazendo grandes movimentos de aplicação de um sistema de referência à prática.

455 Para um apanhado geral sobre *Law and Economics*: ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Cidade do México: ITAM, 2000.

456 Já na doutrina brasileira, como autores que trabalham com este sistema de referência, mais especificamente voltado ao direito (tributário) brasileiro, entre outros: CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005; CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; e SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

457 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

458 LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

459 Para a visão mais atual deste sistema de referência proposto, além de grande parte das definições utilizadas como premissas aqui neste trabalho, incluindo certas passagens aqui reorganizadas para um estudo desta natureza (capítulo de livro): VITA, Jonathan Barros. *Teoria Geral do Direito: Direito Internacional e Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin 2011.

460 Para um interessante estudo a respeito da harmonização negativa realizada pela Corte de Justiça Europeia: CARRIL, María Cruz Barreiro. *Los impuestos directos y el derecho de la Unión Europea. La armonización negativa realizada por el TJUE*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2012.

Posteriormente a este movimento, formas classificatórias serão determinadas a partir: da Semiótica, do Constructivismo Lógico-Semântico e da Teoria dos Sistemas; cada uma delas enfocando elementos distintos da harmonização intra e inter-sistemas jurídicos, dando-se, ao final deste texto, exemplos de como as formas propostas ocorrem na prática.

Obviamente, deixar-se-á de lado as propostas clássicas do estudo da harmonização internacional⁴⁶¹, pois o que se quer reforçar é o fato de que o sistema teórico apresentado perfaz, especialmente em suas facetas da Teoria da Linguagem e da Teoria dos Sistemas, uma interessante plataforma para a abordagem do tema proposto.

Finalmente, alerta-se para o fato que os exemplos utilizados aqui são prioritariamente de direito tributário são propositais, pois este campo do direito possui provavelmente o maior número de textos harmonizados ou que utilizam-se de modelos de referência, pois a atração/retenção da base impositiva é um dos elementos motores de todos os ordenamentos jurídicos nacionais.

1. PARALELISMOS, CONVERGÊNCIAS, COMPATIBILIDADES E ALINHAMENTOS ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS: CONTEXTUALIZANDO A HARMONIZAÇÃO JURÍDICA

Antes de iniciar as considerações a respeito da nova proposta de contextualização/definição da harmonização, é importante realizar um corte epistemológico para os fins deste trabalho, deixando claro que este corte não implica perder de vista a luhmaniana forma de visualizar a unidade pela diferença.

Obviamente, este corte não nega a existência de vários temas correlatos

461 Como importantes textos clássicos a respeito do tema, entre outros: CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do Direito— O Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: *Integração Jurídica Interamericana: As convenções interamericanas do direito internacional privado (CIDIP's) e o direito brasileiro*. São Paulo: Ltr, 1998; CASELLA, Paulo Borba. *Harmonização do direito internacional interamericano*. Disponível em: http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Harmonizacao%20do%20Direito%20Internacional%20Interamericano.doc. Acessado em: 04.06.2013; OLIVEIRA, Renata Fialho. *Harmonização jurídica no direito internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008; VIEGAS, Vera Lúcia. Teoria da harmonização jurídica: alguns esclarecimentos. In: *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 9, n. 3. Itajaí: UNIVALI, 2004.

(ou sobrepostos) à harmonização, como cooperação⁴⁶², integração⁴⁶³, comunidade internacional (incluindo o direito comunitário⁴⁶⁴), a chamada Teoria das Fontes, reciprocidade, vontade coletiva, codificação ou, mesmo, o costume (incluindo a ideia de *lex mercatoria* ou de os contratos padronizados, incluindo o sistema de pagamentos internacionais (como o UCP)) como unidade mínima do direito internacional⁴⁶⁵.

Da mesma forma, não se tratará dos processos de harmonização ocorridos no âmbito privado^{466e467}, como: as regras de conduta autorreferentes/autorregulatórias das empresas, como as trabalhistas, assim como as regras internas às corporações transnacionais, de natureza de administração interna, produção de balanços ou governança corporativa; lembrando que estas regras são postas em diversos ambientes jurídicos e se mantêm como válidas, lícitas, aplicáveis aos funcionários/gestores e procedimentos internos destas corporações. Mais ainda, cite-se que uma aplicação distinta desta ideia pode ser vista nos termos do chamado transconstitucionalismo de Marcelo Neves⁴⁶⁸, que possui certas distinções dos fundamentos não aceitas por este trabalho, especialmente: racionalidade transversal pressuposta por este autor; e os processos utilizados para tanto, como na forma necessária de entrelaçamento pressuposto ou efetivo entre ordens jurídicas distintas.

Entretanto, a proposta de (re)contextualizar e (re)definir o termo harmonização concluindo com sua (re)classificação é o objetivo deste artigo, utilizando-se

462 Como texto que trata especificamente deste tema: ARAUJO, Nadia. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. In: *Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

463 Como importante texto que trata de uma das facetas da integração: RAMOS, André de Carvalho. Os modelos de interação entre direitos humanos e os processos de integração econômica. In: *Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

464 Para mais sobre o direito comunitário e sua faceta integradora/harmonizadora: BORGES, Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

465 Como obra que discorre sobre os termos clássicos do chamado direito internacional público, o que compreende os últimos termos citados: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Vol. 1 e 2., 12.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

466 Para um estudo sobre esta forma de harmonização a partir do sistema de referência proposto: VITA, Jonathan Barros. *Teoria Geral do Direito: Direito Internacional e Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin 2011.

467 Para uma obra específica sobre harmonização no direito privado, apesar do distinto fundamento teórico e foco mencionado: LIMA, João André. *Harmonização do direito privado*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008. NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 471 LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

468 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 471 LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

do sistema de referência supracitado.

Prosseguindo, estabelece-se a premissa de que vários são os sistemas jurídicos existentes na sociedade complexa e uma extensa variabilidade no ambiente de normas jurídicas (e correspondentes sistemas jurídicos), naturalmente são vários os processos de alinhamentos (pressupostos) entre eles, em que evoluções paralelas se formam de maneira autopoietica.

Neste sentido, a harmonização surge em tal contexto, quando este desenvolvimento paralelo opera com finalidades pressupostas comuns, de maneira preordenada, a partir dos objetivos comuns (e possivelmente acordados pelos sistemas políticos) de dois ou mais sistemas jurídicos.

Outrossim, esta harmonização pressupõe/opera a partir de um paradigma de paralelismo através de acoplamentos no campo do subsistema política, em que a sobreposição e iritação recíproca de estruturas permitem seu refinamento e seleção de forma idêntica e sincrônica por dois sistemas jurídicos distintos, sendo uma convergência jurídica.

É dizer, na harmonização várias cópias sem original são (re)produzidas por vários sistemas jurídicos diversos em um processo em que o caráter digital de cada um desses sistemas parece ser, por um átimo de tempo, sincronizado, produzindo um structural drift paralelamente relacionado em cada um desses sistemas em sua evolução.

Logo, há uma forma de evolução paralela, com funções diversas em cada um dos sistemas, porém de resultados semelhantes entre si, ou seja, cada sistema faz sua seleção de estruturas a partir de seus próprios parâmetros de evolução, mas o resultado estruturado/programático/codificado é extremamente semelhante, apesar de as necessidades normativas de cada sistema e suas necessidades evolutivas serem distintas.

Como processo também correlato aos apresentados acima, tem-se a compatibilização, que garante que as informações possam fluir sem problemas independentemente do tempo de sua emissão, como nos casos em que uma jurisprudência antiga seja a memória do sistema aplicada em um novo contexto, a exemplo.

Um problema adicional desta memória é a distinção entre os futuros presentes e estados alcançados pela tecnologia, que não garante, normalmente, uma compatibilidade prospectiva e/ou retrospectiva em larga escala sem um maior esforço dos usuários.

Este paradoxo é representado pela contraposição entre o livro, que é uma instituição imutável, enquanto os arquivos telemáticos acabam sujeitos a esta compatibilidade, vide os programas em COBOL⁴⁶⁹.

Logo, a compatibilidade é um elemento de entropia negativa latente na produção comunicativa contemporânea, com o fim de que os dados/comunicações sejam acessados, enquanto memória/redundância no futuro, como uma cápsula do tempo⁴⁷⁰.

Recorda-se, ainda, que a redundância desse sistema da comunicação contemporânea é um simulacro da memória reproduzida e não de compartilhamento de experiências, várias visões distintas e isoladas que formam um todo comunicativo.

Prosseguindo, estas ideias apresentadas servem como plataforma para delimitar as consequências da interação entre a harmonização e a semiótica, em que existe um conflito entre duas sintaxes diversas, mas eixos semânticos comuns em seu núcleo significativo.

É dizer, a sintática da produção dos textos harmonizados é distinta, mas suas semânticas são centralizadas em um ponto comum, pondo de lado os problemas da periferia semântica das palavras em cada uma dessas línguas.

Portanto, a compatibilidade é projetada para o futuro e passado, sendo, justamente, a harmonização pretendida por sistemas jurídicos distintos entre si ou de novas regras de um sistema com as regras anteriores, representando um avanço e não uma revolução, que leva mais tempo para sua estabilidade de significação.

Neste sentido, compatibilidade e harmonização são termos correlatos, quase sinônimos, já que partem, sempre, de sintáticas/regras de construção e operação do sistema de criação distinta para um eixo semântico comum em dado um referencial estático, quer seja no sistema substituído, quer seja no sistema espelho/sincrônico (outro sistema parcial).

Mais ainda, no processo de compatibilização/otimização futura ou retrógrada, ocorre esta forma de centralização do fluxo de semânticas, dando um centro de significações comuns dentro do mesmo momento histórico/pragmático, em detrimento das regras sintáticas aplicadas.

469 Este é o nome dado a uma antiga/arcaica linguagem de programação que ainda rege alguns programas atuais, mas, por sua dificuldade e seu aspecto manual na construção, foi posta em desuso.

470 A expressão cápsula do tempo refere-se ao costume de certas escolas americanas e da NASA de se colocar objetos em um invólucro lacrado e o abrir após um período de tempo ou permitir que outras civilizações o acessem..

Neste contexto, uma forma de tentar realizar uma compatibilização é através da interpretação que, a partir da mutabilidade semântica e pragmática, funciona como elemento de compatibilidade prospectiva do direito.

Aqui, sem a possibilidade de uma interpretação constantemente mutante, a adaptabilidade do sistema jurídico restaria prejudicada ou, mesmo, haveria a negação do caráter contingencial dos programas jurídicos.

Neste sentido, o ato de interpretar e sua contingência são formas de estabilização das expectativas normativas, já que sem o ato de interpretar mutante, nada seria possível sem a criação de novos programas.

Como exemplo histórico deste processo em que a interpretação é que revoluciona o direito em detrimento da criação de mais programas (que aumentam a possibilidade de problemas), tem-se o caso da Constituição americana que é extremamente antiga e abrangente e permite que sua interpretação varie ainda que não se varie seu conteúdo (texto).

Outro problema enfrentado diz respeito a estabilidade dos programas em sua realidade textual, que deveriam ser mais perenes para permitir, justamente, que, apenas, a interpretação fosse mudada.

A revolução constante não deve ser dos textos, das palavras, mas dos significados e significações dados a elas, a semântica dos estados alcançados fazendo com que o direito acerte o passo/sincronize-se com o ambiente, perfazendo um *structural drift*⁴⁷¹, tração estrutural, ou seja, dois sistemas renovando/produzindo estruturas sincronicamente e simetricamente semelhantes.

Obviamente, esta revolução constante das interpretações tem como limite necessário o que se chama de *diffuse ripples*⁴⁷², ou seja, a neutralização de ondas.

É dizer, agentes externos (intérpretes) optam por modificações no sistema para que elas sejam as mais imperceptíveis possíveis, diminuindo o efeito da onda de choque decorrente deste ajuste de curso, algo com uma alta carga de eficiência operativa, como na aplicação das normas antielisivas.

No direito internacional talvez esta seja a solução de compatibilidades entre sistemas jurídicos distintos, em que cada um deles aplica seu direito fazendo com que as consequências futuras nos outros não criem mais *ripples*.

Esta forma deve ser complementada, também, com os tratados funcionan-

471 LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

472 Esta expressão foi utilizada por Philip K. Dick no seu conto Adjustment Team.

do como mínimo denominador comum entre legislações nacionais distintas que seriam mediadas por estes textos de direito internacional.

2. (RE)DEFININDO O CONCEITO DE HARMONIZAÇÃO

Tendo sido elucidado o contexto da harmonização, cabe definir este conceito em linhas simples, obviamente sem olvidar o fato que este termo possui a clássica dicotomia processo/produto.

Neste sentido, o processo da harmonização em sentido estrito é realizado com a (re)produção de estruturas jurídicas com função, forma e localização idênticas, além de uma mesma semântica programática.

Em outro giro, deve ser dito que harmonizar, em sentido estrito, é traduzir de maneira sincronizada analogicamente, é comparar estruturas reciprocamente através de suas próprias estruturas e gerar resultados que sejam compatíveis entre si, é tentar alinhar expectativas cognitivas recíprocas utilizando-se das formas normativas.

Elucidando, estas estruturas estão localizadas em posições semelhantes no sistema jurídico (no plano centro/periferia), sendo sua irritação contida pela onda de choque da mesma forma, e operam com funções semelhantes, realizando um papel simétrico àquele da regra no outro sistema de referência.

Sob outro ponto de vista, harmonizar é um processo de determinação do mínimo denominador comum entre várias legislações, ou seja, (re)criar legislações em vários sistemas jurídicos distintos a partir de uma estrutura mínima.

Mais ainda, harmonizar é homogeneizar⁴⁷³ sendo seu produto final normas jurídicas similares e, sempre, compatíveis entre si, pois a compatibilidade é a chave da harmonização, especialmente sob o ponto de vista pragmático.

Diversamente, a harmonização em sentido amplo é realizada com estruturas jurídicas que possuem formulação estrutural/material semelhante, mas com redução em seu campo semântico, estabelecendo uma harmonização quase psicológica.

Neste caso, o objetivo específico de uma norma produzida é seu maior

473 Como exemplo de autor que equipara, em certa medida, harmonização e homogeneização: ANDRADE, Rogério Emílio de. *Direito homogêneo* - Mercado Global, Administração Nacional e o Processo de Harmonização Jurídica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

consenso, deixando de lado uma maior amplitude de conteúdo da norma produzida que gerará a harmonização, sacrificando um maior conteúdo em função do código maioria/minoria⁴⁷⁴.

É dizer, uma visão radical não consegue compor a maioria qualificada e consensual necessária para produzir um texto mais forte e específico, porém acaba por representar a partir de um menor dirigismo legal, uma maior eficácia social da norma produzida.

Esta ideia é paralela àquela da distinção entre processo e produto na formação e diferenciação entre leis ordinárias e leis complementares, a exemplo, já que o procedimento com maioria qualificada crescente requer um texto com maior consenso, o que modifica o conteúdo destes, lembrando que o consenso é algo muito difícil de atingir no direito e, muito menos, a exemplo, no subsistema das artes, que possui um tempo mais lento na apropriação de seus códigos.

É dizer, as programações, como nos projetos de leis ordinárias, são mais rápidos e possuem conteúdo mais específico a medida que a capacidade de consenso exigida seja menor, estabelecendo a possibilidade de um decreto ser emitido em tão pouco tempo em detrimento de uma emenda constitucional, o que é referendado pela distinção dos seus procedimentos.

Sob outro ângulo, as sentenças judiciais demoram mais nos casos penais que naqueles tributários.

Mais ainda e especificamente, no contexto internacional, os tratados internacionais bilaterais tem maior especificidade de seus textos e demoram menos tempo que aqueles multilaterais para serem produzidos, sendo que estes possuem um alto grau de vagueza ou algo grau de subjetividade ou imprecisão semântica, não só para permitir sua aplicação nos mais diversos Estados envolvidos, mas também para facilitar seu consenso e, por conseguinte, a finalização do procedimento de aprovação.

O Tendo sido elucidado o contexto da harmonização, cabe definir este conceito em linhas simples, obviamente sem olvidar o fato que este termo possui a clássica dicotomia processo/produto.

474 Exemplo desta situação é o que ocorreu com o pacote americano anticrise que teve incluídas, a exemplo, cláusulas protecionistas (buy american) em sua versão final para acomodar o código maioria necessário para sua aprovação. Exemplo desta situação é o que ocorreu com o pacote americano anti- crise que teve incluídas, a exemplo, cláusulas protecionistas (buy american) em sua versão final para acomodar o código maioria necessário para sua aprovação.

Neste sentido, o processo da harmonização em sentido estrito é realizado com a (re)produção de estruturas jurídicas com função, forma e localização idênticas, além de uma mesma semântica programática.

Em outro giro, deve ser dito que harmonizar, em sentido estrito, é traduzir de maneira sincronizada analogicamente, é comparar estruturas reciprocamente através de suas próprias estruturas e gerar resultados que sejam compatíveis entre si, é tentar alinhar expectativas cognitivas recíprocas utilizando-se das formas normativas.

Elucidando, estas estruturas estão localizadas em posições semelhantes no sistema jurídico (no plano centro/periferia), sendo sua irritação contida pela onda de choque da mesma forma, e operam com funções semelhantes, realizando um papel simétrico àquele da regra no outro sistema de referência.

Sob outro ponto de vista, harmonizar é um processo de determinação do mínimo denominador comum entre várias legislações, ou seja, (re)criar legislações em vários sistemas jurídicos distintos a partir de uma estrutura mínima.

Mais ainda, harmonizar é homogeneizar, sendo seu produto final normas jurídicas similares e, sempre, compatíveis entre si, pois a compatibilidade é a chave da harmonização, especialmente sob o ponto de vista pragmático.

Diversamente, a harmonização em sentido amplo é realizada com estruturas jurídicas que possuem formulação estrutural/material semelhante, mas com redução em seu campo semântico, estabelecendo uma harmonização quase principiológica.

Neste caso, o objetivo específico de uma norma produzida é seu maior consenso, deixando de lado uma maior amplitude de conteúdo da norma produzida que gerará a harmonização, sacrificando um maior conteúdo em função do código maioria/minoria.

É dizer, uma visão radical não consegue compor a maioria qualificada e consensual necessária para produzir um texto mais forte e específico, porém acaba por representar a partir de um menor dirigismo legal, uma maior eficácia social da norma produzida.

Esta ideia é paralela àquela da distinção entre processo e produto na formação e diferenciação entre leis ordinárias e leis complementares, a exemplo, já que o procedimento com maioria qualificada crescente requer um texto com maior consenso, o que modifica o conteúdo destes, lembrando que o consenso é algo muito

difícil de atingir no direito e, muito menos, a exemplo, no subsistema das artes, que possui um tempo mais lento na apropriação de seus códigos.

É dizer, as programações, como nos projetos de leis ordinárias, são mais rápidos e possuem conteúdo mais específico a medida que a capacidade de consenso exigida seja menor, estabelecendo a possibilidade de um decreto ser emitido em tão pouco tempo em detrimento de uma emenda constitucional, o que é referendado pela distinção dos seus procedimentos.

Sob outro ângulo, as sentenças judiciais demoram mais nos casos penais que naqueles tributários.

Mais ainda e especificamente, no contexto internacional, os tratados internacionais bilaterais tem maior especificidade de seus textos e demoram menos tempo que aqueles multilaterais para serem produzidos, sendo que estes possuem um alto grau de vagueza ou algo grau de subjetividade ou imprecisão semântica, não só para permitir sua aplicação nos mais diversos Estados envolvidos, mas também para facilitar seu consenso e, por conseguinte, a finalização do procedimento de aprovação.

Obviamente, não se olvida, neste caso, que os tratados bilaterais, também, possuem também, em certos trechos, um grau alto de vagueza e remissões às legislações internas, sendo tão vagos quanto leis complementares, normalmente, pois seu consenso (entre dois países) é muito difícil.

Sinteticamente, a especificidade semântica de um dado texto jurídico é inversamente proporcional à necessidade do consenso para sua aprovação, ou seja, quanto mais consenso se exige, menor é a capacidade regulatória de um dado texto, sendo este mais principiológico e semanticamente aberto.

Conclusivamente, a harmonização é um elemento necessário para a sobrevivência de um dado sistema jurídico frente aos demais, uma vez que aumenta sua eficiência, capacidade de mimetização com o ambiente e, potencialmente, sua segurança jurídica, aumentando sua competitividade como jurisdição segura e importante no processo de escolha entre várias jurisdições em um dado concreto.

Isto ocorre, a exemplo, nos fatores que determinam a escolha do local da arbitragem, uma vez que o país que será escolhido é aquele considerado como tendo com um marco regulatório estável e potencializando, portanto, a atração de investimentos.

3. CLASSIFICAÇÃO SEMIÓTICA DA HARMONIZAÇÃO

Sinteticamente, harmonização seria, sob o ponto de vista da semiótica, uma plataforma de adaptação intertextual conjunta em que os vários sistemas jurídicos ajustariam sua semântica, sintática e pragmática a paradigmas comuns, ainda que pressupostamente.

Neste sentido, sendo a harmonização um elemento que se expressa no campo dos textos jurídicos ou de sua interpretação, a semiótica serve, em cada um de seus eixos como um bom paradigma para criar formas classificatórias do processo desta harmonização.

Portanto, especificamente, a harmonização pode ser sintática, semântica ou pragmática, lembrando que uma não exclui a possibilidade de a outra ser realizada, pois são espécies isoladas entre si.

Neste sentido, sendo a harmonização um elemento que se expressa no campo dos textos jurídicos ou de sua interpretação, a semiótica serve, em cada um de seus eixos como um bom paradigma para criar formas classificatórias do processo desta harmonização.

Portanto, especificamente, a harmonização pode ser sintática, semântica ou pragmática, lembrando que uma não exclui a possibilidade de a outra ser realizada, pois são espécies isoladas entre si.

Sob o ponto de vista sintático, as regras de construção de uma determinada língua são estudadas e, neste sentido, duas são as possíveis interpretações de tal ideia no campo da harmonização.

A primeira destas vincula-se a forma hipotéticocondicional das normas jurídicas, algo pressuposto para todos os sistemas jurídicos que são, portanto, harmonizados sob este aspecto.

A segunda forma de harmonização sintática seria na forma de estruturação dos sistemas jurídicos, ou seja, os sistemas em sua formulação estrutural, podendo ser das formas *Common Law* ou *Civil Law*.

Obviamente, inexistirá uma harmonização sintática também sob este aspecto, mesmo que, atualmente, a convergência e aprendizado entre estes dois tipos de sistemas é um dos fundamentos dos desenvolvimentos dos sistemas jurídicos contemporâneos.

Vários são os elementos internalizados de um em relação ao outro, mes-

mo com as dificuldades iminentes de tal operação, sendo um interessante exemplo as atuais legislações (como a italiana) que tentam dar um tratamento jurídico em sistemas *Civil Law* ao *trust*⁴⁷⁵, criando artificialidades como a atração da residência deste através da residência do beneficiário⁴⁷⁶, algo incompatível com os sistemas *Common Law*.

Prosseguindo, sob o visto da harmonização semântica, ou seja, das palavras utilizadas para compor os programas/normas jurídicas, esta pode ser conceitual ou definitiva, em que há uma convergência entre as classes existentes ou entre os critérios de definições de classes distintas (conotativa) ou dos objetos subsumidos a uma determinada classe (denotativo).

Sabe-se que tal forma é possível, mas para ser delimitada exige-se que a tradução seja realizada sob os já citados preceitos de Flusser⁴⁷⁷, verificando os núcleos de significados atingidos por palavras próximas sob o ponto de vista comparativo das suas funções em línguas distintas.

É dizer, neste caso, como preocupação importante, tem-se que deve haver cuidado no ato de traduzir textos legais que serão incorporados por países distintos para que estes tenham posições equivalentes em cada uma destas línguas, uma vez que há uma impossibilidade de que estes sejam idênticos, pois uma realidade vinculada a uma determinada língua é impossível de ser reproduzida exatamente em outra realidade linguística distinta.

Finalmente, quando se trata da harmonização pragmática, tem-se que os atos de aplicação e construção de um dado direito, incluindo seus usos, são (re)produzidos e incorporados em outra língua, novamente respeitando-se a necessidade da tradução.

Como exemplo de ausência de harmonização destes últimos dois tipos e

475 Sobre a definição deste conceito no direito brasileiro e na doutrina tradicional internacional: SANTOS, Raquel do Amaral de Oliveira. *Trust: das origens a aceitação pelos países de direito romano-germânico*. Dissertação (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, PUC, São Paulo, 2009; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; e BUTTY, Philippe. *The trust as regulated under Swiss law - Some key answers to crucial questions*. In: *Der Schweizer Treuhänder* 1-2/2009. Zurique: Zürichsee Werbe AG, 2009. pp. 92-94.

476 Esta residência do *trust* é mencionada no artigo 73 do TUIR italiano e em várias *Circolari* do fisco italiano. FLUSSER, Vilém. Para uma teoria da tradução. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1969, jan.-mar., Vol. 19, fasc. 63, pp. 16-22.

477 FLUSSER, Vilém. Para uma teoria da tradução. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1969, jan.-mar., Vol. 19, fasc. 63, pp. 16-22.

que gera muitos problemas, tem-se o caso clássico da qualificação jurídica dos serviços para os fins de aplicação das convenções para evitar a dupla tributação, pois a receita federal tem um ADN COSIT 1/2000 que estabelece o enquadramento dos serviços no artigo 21 (outros rendimentos) a despeito de serem rendimentos empresariais enquadráveis no artigo 7^o478 (ou 14) ou mesmo enquadráveis no artigo 12 como *royalties*479.

Paralelamente às possibilidades semióticas de classificação, no campo do Constructivismo Lógico-Semântico existe também duas formas possíveis de classificação das harmonizações.

Sob um primeiro ângulo, esta harmonização pode ser no campo geral e abstrato ou legal, ou seja, ela ocorre quando legislações distintas possuem centros de significações comuns, algo idêntico à espécie semântica citada.

Da mesma forma, na segunda forma de classificação, tem-se esta harmonização no campo individual e concreto, que pode ser existente: nos atos privados, no campo da pragmática administrativa ou na pragmática jurisprudencial.

Obviamente, da mesma forma que nas três versões semióticas destas subespécies de harmonização, pode ser que exista uma harmonização de direito (legal), mas não uma de fato (pragmática), especialmente quando a aplicação, a exemplo, de um tratado internacional é distorcida para beneficiar nacionais em detrimento de estrangeiros.

478 Como autores que criticam esta interpretação da Receita: ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos Tratados contra a Bitributação da Renda*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008; e XAVIER, Alberto. O Imposto de renda na fonte e os serviços internacionais. Análise de um caso de equivocada interpretação dos arts. 7º e 21 dos tratados. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 49. São Paulo: Dialética, out. 1999. p. 7.

479 Em algumas Convenções, como a com o México, aplica-se a os serviços de assistência técnica, por disposição expressa do protocolo o artigo 12, § 3º, exceto se o Brasil assinar protocolo ou tratado com outro país dispondo diversamente:

Protocolo Tratado Brasil –México

6. Com referência ao parágrafo 3 do Artigo 12

a) Fica entendido que as disposições do parágrafo 3 do Artigo 12 se aplicam a qualquer espécie de pagamento recebido em razão da prestação de assistência técnica e de serviços técnicos.

b) No caso de o Brasil acordar com qualquer outro país, após a data da assinatura da presente Convenção, um dispositivo mediante o qual os rendimentos provenientes da prestação de serviços técnicos que não impliquem um direito aos que se refere o parágrafo de referência se considerem como rendimentos aos quais se aplica o Artigo 7 ou 14, dita disposição aplicar-se-á automaticamente em lugar do estabelecido no inciso anterior deste Protocolo, no momento da entrada em vigor da Convenção que a contenha.

4. HARMONIZAÇÃO E TEORIA DOS SISTEMAS: POSSIBILIDADES TEÓRICAS

Tendo compreendido os fundamentos para uma visualizar e classificar a harmonização sob o ponto de vista da semiótica e Construtivismo Lógico-Semântico, este instituto pode ser visualizado, também, sob o posto de vista da Teoria dos Sistemas.

Neste sentido, a harmonização para a Teoria dos Sistemas está vinculada a formação de um código (no sentido do lícito/ilícito e no de língua comum) e programas facilmente transportáveis de um sistema a outro, cada um possuindo uma maior capacidade de resposta global.

Esta harmonização pode ocorrer sob o ponto de vista normativo geral e abstrato (semântico) ou individual e concreto (pragmático), algo possível quando visualizado, pela chave de leitura sistêmica, como uma harmonização programática.

Entretanto, este sistema de referência permite uma outra forma de visualização, em que a harmonização é uma ferramenta que serve para produzir alinhamentos de expectativas, que pode ocorrer sob três ângulos possíveis.

Inicialmente, vários sistemas jurídicos são alinhados em suas expectativas normativas, incluindo, aquele internacional, ou seja, as aspirações de cada um destes sistemas estão alinhadas, produzindo resultados comuns para irritações semelhantes.

Estas irritações podem ser alinhadas tanto no plano da programação geral e abstrata, uma harmonização legal, quer seja no plano aplicativo, decisional, em que irritações (individuais e concretas) são decididas ao mesmo tempo e da mesma forma por vários sistemas jurídicos distintos.

É dizer, neste segundo caso, o processamento de uma irritação ocorre em cada um dos sistemas jurídicos paralelamente e convergentemente ou estes escolhem apenas um para realizar este processamento, deixando seus procedimentos e, portanto, tempos digitais analogicamente alinhados.

Neste caso, pode haver uma translação do tratamento destas expectativas normativas para um dos sistemas que será a base para que seu resultado seja internalizado pelos demais.

Outra forma de harmonização pode existir quando alinham-se as expectativas normativas e cognitivas do mesmo sistema nacional, implicando-se reciprocamente em seus resultados (materiais), ou seja, as decisões tomadas no sistema jurídico refletem os anseios do sistema político ou econômico.

Obviamente, mesmo este processo sendo interessante em alguns aspectos para dar maior validação e estabilidade às relações entre os sistemas sociais internamente, é importante que se tenha cuidado para que tal processo não provoque corrupção sistêmica, ou seja, que estes alinhamentos prejudiquem o fechamento operativo (e independência) do sistema jurídico.

Como terceira forma de alinhamento destas expectativas, tem-se a possibilidade de que expectativas cruzadas entre sistemas (nacionais ou internacionais) distintos sejam alinhadas.

Este é o caso em que as expectativas normativas de um dado sistema jurídico se alinham aquelas cognitivas de outro sistema social.

Isto ocorre quando um país necessita de que medidas sejam tomadas em outro país para evitar uma entropia negativa na relação entre eles, especialmente na erosão da base tributária, fuga de capitais, contabilidade, governança corporativa, crimes transnacionais como tráfico de drogas, entre outros.

Nestes casos, especialmente os sistemas políticos de dois países se alinham e produzem em um destes países uma legislação que harmoniza as expectativas nacionais àquelas de outro país (ou do sistema internacional) no campo político com reflexos na programação geral e abstrata (semântica) do outro país.

Sinteticamente, nota-se que a harmonização entre expectativas mencionada no primeiro exemplo é jurídica, enquanto no segundo e terceiro é um instituto sistêmico, pois há um processamento pelo sistema jurídico, mas ela é realizada presumindo a operatividade da sociedade.

5. A HARMONIZAÇÃO NA PRAGMÁTICA CONTEMPORÂNEA: REDEFININDO ESPÉCIES E APONTANDO EXEMPLOS

Aparte todas as subespécies de harmonização citadas anteriormente, cada uma compatível com um dado sistema de referência específico, dentro da pragmática contemporânea, outras observações são possíveis sob este fenômeno, uma vez que ele possui eixos de pressão distintos que implicam formas distintas de produção deste fenômeno.

Neste sentido, as harmonizações podem ser compulsórias ou voluntárias, em que o Estado se obriga a fazê-las ou não no plano internacional.

Sob outro ângulo, esta harmonização pode ser horizontal/unilateral ou vertical/multilateral, em que a partir de um dado referencial, vários Estados são obri-

gados verticalmente a adotar determinados enunciados com semânticas semelhantes ou eles se auto-obrigam compatibilizando sua legislação com outras já existentes.

Obviamente, nesta espécie verticalizada este processo é nitidamente internacional, uma vez que existe um dado texto de direito positivo internacional o qual deve ser internalizado por vários países de maneira compulsória ou voluntária.

Já na harmonização horizontal, o dado Estado faz sua legislação como forma de aumentar sua competitividade frente aos outros sistemas nacionais, sendo, sempre, voluntária.

Para verificar tais fenômenos, alguns exemplos são interessantes para verificar como tal classificação é útil para identificar os fenômenos harmonizantes em cada uma das categorias citadas.

Como primeiros exemplos, tem-se as decisões tomadas pelo Comitê Técnico de Valoração Aduaneira criado no âmbito do artigo 18 e Anexo II do AVA, a exemplo, em que estas devem ser internalizadas (não compulsoriamente) pelos países a fim de direcionar certas interpretações nesta área, sendo uma forma de harmonização vertical e voluntária, que atua no campo pragmático.

Sob outro ângulo, estes tratados internacionais informam (primariamente) a forma de preenchimento semântico de certos conceitos internacionais, como o GATS, que informa a definição do conceito de serviços (e que deve ser seguido pelo ISS e ICMS) e o TRIPS, que informa a definição do conceito de propriedade intelectual.

Estes tratados funcionam como um mínimo denominador comum da definição de conceitos, sendo uma harmonização vertical, compulsória e semântica que tem como eixo de ação a adoção destas definições no direito positivo de um dado país.

As model laws servem, aparentemente como um facilitador do processo paralelo de desenvolvimento dos sistemas jurídicos por meio de instrumentos unilaterais/nacionais que derivam destes modelos internacionais com certas adaptações, perfazendo o processo de harmonização⁴⁸⁰ de certo sistema nacional com outros, de maneira verticalizada, mas voluntária.

Esta voluntariedade existe, pois estes textos são normalmente derivados de organizações internacionais, como a UNCITRAL, mas sua conversão em leis inter-

480 Para mais teorias sobre harmonização jurídica, em especial na experiência e métodos clássicos do direito internacional, partindo de premissas teóricas diversas: OLIVEIRA, Renata Fialho de. Harmonização jurídica no direito internacional. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

nas é voluntária para os países, como a lei modelo sobre arbitragem ou a lei modelo sobre falências transnacionais criadas por esta organização e adotadas por vários países, mesmo que o texto modelo não seja direito positivo em si.

Como exemplos ligeiramente distintos do apresentado, mas ainda voluntários, tem-se a chamada *Lex Mercatoria* como elemento que auxilia, com seus usos e costumes, uma forma de convergência (pragmática) entre as práticas de diversos sistemas jurídicos distintos no trato com o comércio internacional, orientando, em alguns casos (como fonte psicológica) os sistemas judiciais a verificar a validade de uma determinada conduta.

Da mesma forma, mas com um grau de concretude um pouco maior, uma vez que é escrito o seu texto, o UNIDROIT poderia perfazer uma forma de harmonização semântica, vertical e voluntária que atua como catalizador de interpretações em um dado sistema.

Simetricamente, as regras de regulamentação técnica do comércio internacional (incluindo aquelas do âmbito OMC), assim como as formas de classificação de produtos, como o Sistema Harmonizado, ou, mesmo, os INCOTERMS (*International Commercial Terms*), são aplicáveis de maneira uniforme no mundo, sendo forma de aplicação do direito internacional, diretamente, e de harmonização entre legislações, já que criam um código comum de comunicação entre sujeitos.

Diversamente, certos tratados internacionais produzem harmonizações compulsórias, especialmente aqueles constitutivos de blocos econômicos, pois vários destes tratados representam um mínimo denominador (semântico) comum que distribui competências e criam convergências, visando diminuir conflitos de competência.

Neste caso resta a evidência de que blocos de países necessitam muito mais de harmonização para sua consolidação, pois as diferenças estruturais entre estes sistemas devem ser mitigadas para que normas e procedimentos comuns existam entre estes países e facilitem tal integração.

Normalmente a espécie desta harmonização é determinada por normas gerais e abstratas, tratados ou convenções produzidas que direcionam os direitos internos, exercendo um papel semelhante às normas gerais em matéria tributária ou a LC 87/1996 do ICMS, a exemplos análogos que existem no direito brasileiro, em que legislações nacionais implicam direções a serem seguidas pelas ordens parciais (dos Estados federados).

A partir da ideia mencionada, no caso específicos da União Europeia, existe um interessante exemplo de harmonização forçada, normalmente negativa, (e individual e concreta) e não derivante do Legislativo, que é aquela orientada pelas decisões judiciais da CJE – Corte de Justiça Europeia⁴⁸¹.

Este tribunal obriga, no campo individual e concreto e, em certos casos, no campo geral e abstrato, que os países adequem suas decisões ou suas leis aos princípios da União Europeia, revogando-as ou criando-as, sendo harmonização negativa ou positiva, respectivamente.

Como exemplo de harmonização horizontal e, portanto, unilateral e voluntária, o Brasil experimentou um exemplo disto, que ocorreu a mudança dos critérios jurídicos para aferição dos chamados regimes tributários privilegiados que informam as chamadas *black lists*⁴⁸².

Esta mudança produzida pela Lei 11.941 seguiu os ditames da OCDE⁴⁸³ em diversos aspectos alinhando a legislação brasileira às práticas internacionais, ainda que não exista texto escrito para esta forma e, ainda, utilizou-se como espelho várias legislações estrangeiras.

Este mesmo fenômeno existe muito nos casos de legislações (e textos infralegais especialmente da CVM) em matéria de governança corporativa, contabilidade, com os IFRS sendo internalizados pelos CPCs (pós-Lei 11.638) e, mais fortemente ainda, nas formas e institutos utilizados pelo direito tributário para evitar a erosão das bases tributárias, pois as iniciativas bem sucedidas em vários países são copiadas por outros, como no caso dos preços de transferência, das *CFC legislation*, *thin capitalization rules*, entre outros.

Como nota adicional, lembra-se que considera-se as mudanças unilaterais como sendo voluntárias, mesmo sabendo que, em alguns casos, existiriam sanções não jurídicas a este cumprimento, como a perda da preferência comercial no âmbito da OCDE no exemplo citado.

481 Para um interessante estudo a respeito da harmonização negativa realizada pela Corte de Justiça Europeia: CARRIL, María Cruz Barreiro. *Los impuestos directos y el derecho de la Unión Europea*. La armonización negativa realizada por el TJUE. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2012.

482 Para mais sobre as mudanças deste sistema e o alinhamento às discussões do âmbito OCDE: VITA, Jonathan Barros. As regras dos países com tributação favorecida no direito brasileiro: (re)definindo conceitos. In: Revista de Direito Tributário Internacional – Ano 5, Vol. 14. São Paulo: Quartier Latin, 2010. pp.51-74.

483 Lembra-se que o Brasil não faz parte da OCDE nem como membro nem como observador, apesar de apor reservas aos comentários ao seu Modelo de Convenção e o utilizar na maioria de seus tratados firmados.

Obviamente, nenhum dos processos apresentados trata de uma codificação no sistema internacional⁴⁸⁴, uma vez que este processo não seria de harmonização, mas de mera consolidação do direito internacional sob um único dado texto jurídico, algo que é útil, sob o ponto de vista pragmático, mas, sob o ponto de vista teórico, não é necessário, dada a unidade do direito.

Mais ainda, no caso do chamado direito internacional público existe um texto que é considerado, como dito, uma metanorma deste ramo didaticamente autônomo do direito, a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados que perfaz, sob certo ângulo, uma forma de codificação deste direito.

Concluindo, interessante é notar como os exemplos citados demonstram a operatividade e necessidade de uma classificação das espécies de harmonização, pois vários são os grupos existentes derivantes deste processo, sendo tal classificação uma oportunidade para verificar as convergências possíveis entres estes elementos agrupados segundo critérios comuns.

CONCLUSÃO

1. As premissas teóricas que perfazem o pano de fundo para o desenrolar deste trabalho partem de um desenvolvimento das interações entre vários sistemas de referência distintos, que se conjugam para a formação de uma nova plataforma de ação da Ciência do Direito, incluindo Teorias da Linguagem, Teoria dos Sistemas e Law and Economics.

2. Harmonização, convergência, paralelismo e compatibilidade são termos análogos, cada um enfocando um aspecto do processo/produto da harmonização.

3. A harmonização sob o ponto de vista sintático pode ser aferida sob os ângulos da sintática, semântica ou pragmática, sendo possível também classificar-se como geral e abstrata ou individual e concreta.

4. Sob o ponto de vista da Teoria dos Sistemas, a harmonização pode se dar no nível do código ou programático, incluindo a possibilidade de alinhamento de expectativas intra-sociedade, inter-sistemas idênticos de sociedades distintas ou inter-sistemas distintos de sociedades distintas, perfazendo forma de tração estrutural (*structural drift*) existente no processo de evolução conjunto de dois sistemas distintos.

⁴⁸⁴ Para mais sobre a história da codificação no direito internacional: ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de direito internacional público. Vols. 1, 2 e 3., 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

5. Sob um outro ângulo classificatório, a partir do estudo de casos concretos, a harmonização pode ser horizontal/unilateral ou vertical/multilateral; compulsória ou voluntária, o que cria 4 subespécies distintas da combinação destas duas espécies.

Anexo I.

Países que aderiram ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional

Participante	Assinatura	Aprovação (AA), aceitação (A), adesão (a), Sucessão (d), a ratificação
Afeganistão		10 de fevereiro de 2003 um
Albânia	18 de julho de 1998	31 de janeiro de 2003
Argélia	28 de dezembro de 2000	
Andorra	18 de julho de 1998	30 de abril de 2001
Angola	7 de outubro de 1998	
Antígua e Barbuda	23 de outubro de 1998	18 de junho de 2001
Argentina	08 de janeiro de 1999	8 de fevereiro de 2001
Armênia	01 de outubro de 1999	
Austrália	09 de dezembro de 1998	01 de julho de 2002
Áustria	7 de outubro de 1998	28 de dezembro de 2000
Bahamas	29 de dezembro de 2000	
Bahrein	11 de dezembro de 2000	
Bangladesh	16 de setembro de 1999	23 de março de 2010
Barbados	8 de setembro de 2000	10 de dezembro de 2002
Bélgica	10 de setembro de 1998	28 de junho de 2000
Belize	5 de abril de 2000	5 de abril de 2000
Benin	24 de setembro de 1999	22 de janeiro de 2002
Bolívia (Estado Plurinacional da)	17 de julho de 1998	27 de junho de 2002
Bósnia e Herzegovina	17 de julho de 2000	11 de abril de 2002
Botswana	8 de setembro de 2000	8 de setembro de 2000
Brasil	7 de fevereiro de 2000	20 de junho de 2002
Bulgária	11 de fevereiro de 1999	11 de abril de 2002
Burkina Faso	30 de novembro de 1998	16 de abril de 2004
Burundi	13 de janeiro de 1999	21 de setembro de 2004
Camboja	23 de outubro de 2000	11 de abril de 2002
Camarões	17 de julho de 1998	
Canadá	18 de dezembro de 1998	7 de julho de 2000
Cabo Verde	28 de dezembro de 2000	10 de outubro de 2011
Central Africano República	7 de dezembro de 1999	3 de outubro de 2001

Chade	20 de outubro de 1999	01 de novembro de 2006
Chile	11 de setembro de 1998	29 de junho de 2009
Colômbia	10 de dezembro de 1998	05 de agosto de 2002
Comores	22 de setembro de 2000	18 de agosto de 2006
Congo	17 de julho de 1998	3 de maio de 2004
Ilhas Cook		18 de julho de 2008 um
Costa Rica	7 de outubro de 1998	7 de junho de 2001
Côte d'Ivoire	30 de novembro de 1998	
Croácia	12 de outubro de 1998	21 de maio de 2001
Chipre	15 de outubro de 1998	7 março de 2002
República Checa	13 de abril de 1999	21 de julho de 2009
República Democrática do Congo	8 de setembro de 2000	11 de abril de 2002
Dinamarca	25 de setembro de 1998	21 de junho de 2001
Djibouti	7 de outubro de 1998	5 de novembro de 2002
Dominica		12 de fevereiro de 2001 um
República Dominicana	8 de setembro de 2000	12 maio de 2005
Equador	7 de outubro de 1998	5 de fevereiro de 2002
Egito	26 de dezembro de 2000	
Eritreia	7 de outubro de 1998	
Estônia	27 de dezembro de 1999	30 de janeiro de 2002
Fiji	29 de novembro de 1999	29 de novembro de 1999
Finlândia	7 de outubro de 1998	29 de dezembro de 2000
França	18 de julho de 1998	09 de junho de 2000
Gabão	22 de dezembro de 1998	20 de setembro de 2000
Gâmbia	04 de dezembro de 1998	28 de junho de 2002
Geórgia	18 de julho de 1998	5 de setembro de 2003
Alemanha		11 de dezembro de 2000
Gana	18 de julho de 1998	20 de dezembro de 1999
Grécia	18 de julho de 1998	15 mai 2002
Granada		19 maio de 2011 um
Guatemala		02 de abril de 2012 um
Guiné	07 de setembro de 2000	14 de julho de 2003
Guiné-Bissau	12 de setembro de 2000	
Guiana	28 de dezembro de 2000	24 de setembro de 2004
Haiti	26 de fevereiro de 1999	
Honduras	7 de outubro de 1998	01 de julho de 2002
Hungria	15 de janeiro de 1999	30 de novembro de 2001
Islândia	26 de agosto de 1998	25 mai 2000

Irã (República Islâmica do)	31 de dezembro de 2000	
Irlanda	7 de outubro de 1998	11 de abril de 2002
Israel	31 de dezembro de 2000	
Itália	18 de julho de 1998	26 de julho de 1999
Jamaica	8 de setembro de 2000	
Japão		17 de julho de 2007 um
Jordânia	7 de outubro de 1998	11 de abril de 2002
Quênia	11 de agosto de 1999	15 março de 2005
Kuweit	8 de setembro de 2000	
Quirguistão	08 de dezembro de 1998	
Látvia	22 de abril de 1999	28 de junho de 2002
Lesoto	30 de novembro de 1998	6 de setembro de 2000
Libéria	17 de julho de 1998	22 de setembro de 2004
Liechtenstein	18 de julho de 1998	2 de outubro de 2001
Lituânia	10 de dezembro de 1998	12 de maio de 2003
Luxemburgo	13 de outubro de 1998	8 de setembro de 2000
Madagáscar	18 de julho de 1998	14 de março de 2008
Malawi	2 de março de 1999	19 de setembro de 2002
Maldivas		21 de setembro de 2011 um
Mali	17 de julho de 1998	16 de agosto de 2000
Malta	17 de julho de 1998	29 de novembro de 2002
Ilhas Marshall	6 de setembro de 2000	7 de dezembro de 2000
Maurício	11 de novembro de 1998	5 de março de 2002
México	07 de setembro de 2000	28 de outubro de 2005
Mônaco	18 de julho de 1998	
Mongólia	29 de dezembro de 2000	11 de abril de 2002
Montenegro		23 de outubro de 2006 d
Marrocos	8 de setembro de 2000	
Moçambique	28 de dezembro de 2000	
Namíbia	27 de outubro de 1998	25 de junho de 2002
Nauru	13 de dezembro de 2000	12 de novembro de 2001
Holanda	18 de julho de 1998	17 de julho de 2001 A
Nova Zelândia	7 de outubro de 1998	07 de setembro de 2000
Níger	17 de julho de 1998	11 de abril de 2002
Nigéria	1 de junho de 2000	27 de setembro de 2001
Noruega	28 de agosto de 1998	16 de fevereiro de 2000
Omã	20 de dezembro de 2000	
Panamá	18 de julho de 1998	21 de março de 2002
Paraguai	7 de outubro de 1998	14 de maio de 2001
Peru	7 de dezembro de 2000	10 de novembro de 2001
Filipinas	28 de dezembro de 2000	30 de agosto de 2011

Polônia	9 de abril de 1999	12 de novembro de 2001
Portugal		5 de fevereiro de 2002
República da Coreia	8 de março de 2000	13 de novembro de 2002
República da Moldávia	8 de setembro de 2000	12 de outubro de 2010
Romênia	7 de julho de 1999	11 de abril de 2002
Rússia	13 de setembro de 2000	
Samoa	17 de julho de 1998	16 de setembro de 2002
San Marino	18 de julho de 1998	13 de maio de 1999
São Tomé e Príncipe	28 de dezembro de 2000	
Senegal	18 de julho de 1998	2 de fevereiro de 1999
Sérvia	19 de dezembro de 2000	6 de setembro de 2001
Seychelles	28 de dezembro de 2000	10 de agosto de 2010
Serra Leoa	17 de outubro de 1998	15 de setembro de 2000
Eslováquia	23 de dezembro de 1998	11 de abril de 2002
Eslovenia	7 de outubro de 1998	31 de dezembro de 2001
Ilhas Salomão	3 de dezembro de 1998	
África do Sul	17 de julho de 1998	27 de novembro de 2000
Espanha	18 de julho de 1998	24 de outubro de 2000
São Cristóvão e Névis		22 de agosto de 2006 um
St. Lucia	27 de agosto de 1999	18 de agosto de 2010
São Vicente e Granadinas		03 de dezembro de 2002 um
Sudão	8 de setembro de 2000	
Suriname		15 de julho de 2008 um
Suécia	7 de outubro de 1998	28 de junho de 2001
Suíça	18 de julho de 1998	12 de outubro de 2001
República Árabe da Síria	29 de novembro de 2000	
Tajiquistão	30 de novembro de 1998	05 maio de 2000
Tailândia	02 de outubro de 2000	
A Antiga República Jugoslava da Macedônia	7 de outubro de 1998	6 de março, 2002
Timor-Leste		6 de setembro de 2002 um
Trinidad e Tobago	23 de março de 1999	6 de abril de 1999
Tunísia		24 de junho de 2011 um
Uganda	17 de março de 1999	14 de junho de 2002
Ucrânia	20 de janeiro de 2000	
Emirados Árabes Unidos	27 de novembro de 2000	
Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte	30 de novembro de 1998	4 de outubro de 2001
República Unida da Tanzânia	29 de dezembro de 2000	20 de agosto de 2002
Estados Unidos da América 10	31 de dezembro de 2000	
Uruguai	19 de dezembro de 2000	28 de junho de 2002

Uzbequistão	29 de dezembro de 2000	
Vanuatu		2 de dezembro de 2011 um
Venezuela (República Bolivariana da)	14 de outubro de 1998	7 de junho de 2000
Iémen	28 de dezembro de 2000	
Zâmbia	17 de julho de 1998	13 de novembro de 2002
Zimbábue	17 de julho de 1998	

16

**DA INTERNALIZAÇÃO MATERIALMENTE INDIRETA DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS – O CASO
DA EC 72/13 E OS EMPREGADOS DOMÉSTICOS**

FERNANDA DE MIRANDA S. C. ABREU

Mestranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC-SP. Advogada trabalhista. Especialista em Direito do Trabalho e em Direito Internacional. Professora de Direito Internacional nos cursos Bumerangue e Federal Concursos. E-mail: f_miranda_abreu@hotmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Tratados. 1.1. Ratificação de tratados. 1.2. Regramento da OIT sobre a internalização de seus instrumentos. 2. Contextualização histórica da Convenção nº 189 da OIT sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos. 2.1. Conteúdo da Convenção nº 189 internalizado por intermédio da EC nº 72/13. 3. Possíveis efeitos da ratificação da Convenção nº 189. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

Muito se discute a respeito do processo de internalização dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico pátrio, especialmente após a criação do rito especial para os que tratam sobre direitos humanos, pela EC nº 45/04. Seja pela regra geral dos artigos 49, I, combinado com o 84, VIII, CF/88, seja pela regra específica do art. 5º, §3º, da CF/88, os tratados devem ser ratificados pelo representante do poder executivo para que sejam formalmente internalizados.

Ocorre que nem sempre haverá a vontade política de se ratificar os tratados, ou mesmo dada a grande complexidade das negociações multilaterais por vezes o consenso não se faz possível. Ainda assim, quando a matéria é de grande relevância e representa uma preocupação uníssona no plano internacional, esta poderá reverter no plano nacional por via indireta, sem seguir o rito classicamente adotado.

Foi exatamente o ocorreu com a Convenção nº 189 da OIT sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos, que fomentou todo o debate que levou à aprovação da EC nº 72/13, que estendeu sobremaneira o direito destes empregados, e possivelmente será ratificada após internalização de seu conteúdo por meio do instrumento normativo interno.

Em 16 de junho de 2011 representantes de governos, de categorias profissionais e de categorias patronais presentes na 100ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho adotaram a Convenção nº 189 e a Recomendação nº 201, destinadas a tutelar as condições de trabalho de milhões de trabalhadores domésticos.

A grande inovação das novas normas da OIT foi a previsão de que esses trabalhadores, geralmente integrantes da economia informal, devem ter os mesmos direitos básicos que os demais trabalhadores. A aprovação desta Convenção foi de veras significativa e representou uma mudança no paradigma dominante: os trabalhadores domésticos sempre foram vistos como titulares de direitos menores.

Mesmo em nossa recente ordem constitucional, com todo o avanço representado pela promulgação da Carta Magna de 1988, uma série de direitos destinados aos empregados em geral foram extirpados dos empregados que atuam na esfera doméstica, por uma série de razões de origens histórico-sociológica que analisaremos no decorrer do trabalho.

O Brasil ainda não ratificou a Convenção nº 189, mas agiu de acordo com os cânones da OIT ao garantir os direitos previstos neste instrumento internacional, ainda que de forma indireta, sem internalizar um tratado internacional que já regulava tais direitos. O curioso é a ratificação provavelmente ocorrer após a garantia de todos esses direitos por intermédio da EC nº 72/13

O presente trabalho analisará esse caso paradigmático, partindo da teoria geral dos tratados e do regramento específico da OIT. Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, será realizado com base na pesquisa bibliográfica e histórica, utilizando por vezes do método dedutivo e outras o indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca dos textos normativos.

1. TRATADOS

Conforme ensina Francisco Rezek, “tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos”.⁴⁸⁵ O mesmo se depreende do artigo 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, segundo o qual tratado é “acordo internacional celebrado por escrito entre um ou vários Estados e entre uma ou várias Organizações Internacionais, ou entre várias Organizações Internacionais, regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”.

Do acima exposto, percebe-se que os tratados são os meios mais adequados de estabelecer obrigações e outras disposições que devem ser observadas pelos Estados em suas relações internacionais e, quando for o caso, também nas esferas nacionais, principalmente a partir do processo de codificação do direito internacional no século XX – cujo ápice ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Para que um tratado seja considerado válido é necessário que apresente certas condições ou elementos essenciais, a saber: i. capacidade das partes contratantes; ii. habilitação dos agentes signatários; iii. o consentimento mútuo; e iv. a existência de objeto lícito e possível.⁴⁸⁶ Sobre o primeiro elemento, a doutrina clássica⁴⁸⁷ ensinava que apenas os Estados teriam capacidade para contratar na esfera internacional. Hoje se sabe que as organizações internacionais também a possuem.

Necessário, também, que os agentes signatários estejam competentemente habilitados para tanto, com instrumento comprovando seus plenos poderes, que devem ser firmados pelo chefe de Estado ou de Governo ou do Ministro das Relações Exteriores.

Considerando que os tratados são acordos de vontade, tendo-se em vista que sua natureza jurídica é, ao menos em primeiro momento, eminentemente contratual, devem se basear no princípio geral do “pacta sunt servanda”, calcando-se

485 REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

486 ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 120.

487 Idem. p. 121.

na livre manifestação de vontade das partes. O consentimento ou concordância de vontades deve ser expressa e inequívoca. É o que se depreende dos artigos 12 e ss. da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Interessante destacar que se alguma violência ou intimidação forem exercidas contra a pessoa do negociador do tratado, o fato não terá relevância jurídica, porque o Estado que ele representa pode deixar de ratificar tal tratado ou de o considerar como válido. Se o consentimento foi obtido por meio de fraude ou baseado em erro essencial considera-se, em geral, que o tratado é nulo ou anulável – o que é justificável dado o caráter contratual dos tratados em uma primeira análise.

Importante notar que não há limitação de matérias que possam ser abordadas e disciplinadas pelos diferentes tratados. Eles devem, no entanto, objetivar uma coisa possível e permitida pelo direito e pela moral. A impossibilidade física é rara, sendo mais comum a impossibilidade jurídica. Esta resulta de ato contrário a compromisso anterior já assumido por uma das partes contratantes em relação a terceiro Estado ou a direitos particulares de outro nacional.

Há, indubitavelmente, um crescente processo de internacionalização de certas matérias, que, dada a sua importância, são objetos de convenções internacionais que procuram aumentar a observância a elas, fixando patamares mínimos que devem por todos ser respeitados.

1.1 RATIFICAÇÃO DE TRATADOS

Via de regra, para que um tratado seja aplicado na esfera interna nos países signatários faz-se necessário certo procedimento, geralmente envolvendo seus poderes executivo e legislativo, a fim de torná-lo apto a produzir efeitos nos planos nacionais. Tal procedimento variará de acordo com o Estado analisado, mas recebe o nome geral de ratificação.

Sua origem remonta a priscas eras, sendo encontrado em um dos mais antigos tratados noticiados, entre Ramsés II, do Egito, e Hattisuli, rei dos Hititas, em 1280 a.C. Era utilizado na Grécia, onde a aprovação advinha do Conselho e da Assembleia do Povo. No direito romano foi especialmente importante no episódio dos Desfiladeiros Caudinos (321 a.C.), em que os romanos assinaram um tratado

deveras humilhante⁴⁸⁸. De acordo com a teoria então vigente a obrigatoriedade só haveria se ele fosse ratificado⁴⁸⁹.

No Renascimento, com o desenvolvimento da teoria dos plenos poderes, a ratificação surge como forma de fiscalizar o negociador e o signatário. Com o tempo ela se torna obrigatória ao soberano, a não ser nos casos em que o mandatário houvesse excedido seus poderes. A ratificação, assim, se torna quase supérflua, visando apenas verificar se o negociar havia agido nos estritos limites do seu mandato.

A doutrina, em especial Bynkershoek, reage contra tal entendimento no século XVIII, considerando que a ratificação é obrigatória. Essa tese ganha corpo com a inclusão em grande parte dos Estados de normas em seu sistema constitucional que restringia os poderes do Executivo a respeito da conclusão dos tratados, a exemplo da Constituição Francesa de 1794. A ratificação como ato necessário para a validade do tratado consta pela primeira vez em um tratado concluído entre o Diretório da França e a rainha de Portugal (1797), para ser definitivamente consagrada no Protocolo nº 19 do Congresso de Berlim de 1878⁴⁹⁰.

Malcolm N. Shaw explica que o artigo 14 da Convenção de Viena de 1969 estatui que a “ratificação expressa o consentimento de um Estado em ser vinculado por um tratado nos casos em que este último o especifica; exige-se, além disso, que os Estados em negociação tenham concordado em que a ratificação seria necessária; que o representante tenha assinado o tratado a ser ratificado; ou, ainda, que a intenção do Estado de assinar o tratado a ser ratificado esteja manifesta nos plenos poderes concedidos ao representante ou tenha sido expressa durante as negociações”⁴⁹¹.

488 Apiano descreve com pormenor a humilhação sofrida pelo exército romano: os soldados foram desarmados e despojados das suas vestes e, unicamente vestidos com uma túnica, foram obrigados a passar um por um por baixo de uma lança horizontal disposta sobre outras duas cravadas no chão, que obrigavam os romanos a se inclinarem para as cruzar. Deste episódio, também chamado “a passagem sob o jugo”, nasceu a expressão passar sob o jugo ou passar pelas forcas caudinas, que significa o ter de aceitar irremediavelmente uma situação desonrosa. Assim mesmo, as condições de rendição exigiam a entrega de várias populações fronteiriças como Fregelas, Terentino e Satrico, a evacuação dos colonos romanos de Lucera e do vale do rio Liris, a retirada de todas as posições que mantinham no Sâmnio e uma trégua de cinco anos. Para garantir que o Senado romano ratificava o acordo atingido (*foedus caudinum*), Pôncio enviou os dois cônsules a Roma para que informassem do mesmo, ao mesmo tempo que retinha 600 cavaleiros romanos como prenda do acordo. APIANO. *Historia Romana*. Tomo I. Vol. II. Madrid: Editorial Gredos, 1985.

489 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. vol. 1., 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992. p. 174.

490 Idem. p. 175.

491 SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 678.

Referido autor aduz que as vantagens de se esperar a ratificação são basicamente de dois tipos: internas e externas. Estas estão representadas pela vantagem entre o período decorrido entre a assinatura e a ratificação, pois proporciona um tempo a mais para um exame minucioso no instrumento internacional, uma vez completado o instrumento de negociação.

Já as vantagens internas seriam ainda mais relevantes, por refletirem a mudança na atmosfera política que se verificou nos últimos cento e cinquenta anos e produziu uma participação muito maior da população dos Estados nos assuntos públicos. Assim, sendo obrigatória a ratificação, a opinião pública teria a oportunidade, segundo o autor, de expressar seus sentimentos, podendo uma forte reação negativa levar o Estado a não ratificar o tratado em apreço.

Assunto bastante controvertido é sobre que tipos de tratados precisam ser ratificados, dividindo-se a doutrina entre os que entendem que a ratificação somente se fará necessária quando as partes expressamente assim determinarem, e, por outro lado, os que defendem que a exigibilidade da ratificação é sempre presumida. Este é o posicionamento adotado pelo governo dos Estados Unidos.

Celso D. de Albuquerque Mello⁴⁹² entende que a Convenção de Viena declara que um Estado se obriga a um tratado pela ratificação quando: o tratado assim determina, a assinatura é submetida a ratificação e há intenção dos negociadores de submeterem o tratado a ratificação. Assim, segundo o autor, ela deixaria de ser regra geral, isto é, subentendida em todos os tratados para só ser necessária quando ocorrerem os casos acima.

Relativamente à natureza jurídica⁴⁹³ da ratificação, diversos são os entendimentos existentes. A primeira posição, encampada principalmente por Anzilotti, considera que a ratificação não é ato confirmatório da assinatura, mas a verdadeira declaração de vontade do Estado, pois ela dá vida a um ato novo.

A segunda posição, por sua vez, considera que os negociadores concluem um tratado condicional, a ratificação o tornando presente. Assim, segundo Phillimore, a ratificação não diz respeito à validade do tratado, mas à sua executividade.

A terceira posição, defendida por Balladore Pallieri, considera que a assinatura e a ratificação concorrem para a formação do tratado, não podendo este

492 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992. p. 175.

493 Idem. p. 176.

ser modificado no momento da ratificação, a não ser nos termos em que ele mesmo estipula.

Já a quarta posição, sustentada por Scelle, equipara a ratificação a um ato-condição, isto é, a um ato que, realizado, provoca a aplicação de uma situação jurídica objetiva. Tal classificação não tem sido aceita de forma pacífica, pois mesmo um ato material é um ato-condição se a lei considera a sua realização como produzindo efeitos jurídicos.

Analisando as escolas doutrinárias acima, Celso D. de Albuquerque Mello⁴⁹⁴ esclarece que a ratificação é um ato *sui generis* que não se encaixaria em nenhuma das classificações acima. Sendo umas das fases no processo de conclusão dos tratados, ela confirma a assinatura deste e dá validade a ele, sem que isto signifique não produzir a assinatura qualquer efeito.

Releva destacar que a principal característica da ratificação é que ela é um ato discricionário, do que decorrem duas consequências: (i.) a indeterminação do prazo para a ratificação; e (ii.) a licitude da recusa da ratificação. Outra característica importante é o fato de não ser um ato retroativo: o ato só produzirá efeitos a partir a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação.

Em tratados bilaterais geralmente a ratificação dar-se-á por meio da troca dos instrumentos exigidos, enquanto nos tratados multilaterais se faz necessário que uma das partes recolha as ratificações de todos os Estados – sendo comum que o Secretário-Geral das Nações Unidas desempenhe esse papel de depositário das ratificações.

Interessante destacar a derradeira análise que Celso D. Albuquerque de Mello faz do instituto em apreço: “A conclusão a que podemos chegar é que a ratificação, no seu sentido tradicional de ato do Executivo após aprovação do tratado pelo Legislativo, se encontra em decadência. [...] a OIT tem procurado controlar a execução das convenções internacionais mesmo quando não foram ratificadas, o que tem feito os Estados executarem tais convenções mesmo quando não as ratificam.”⁴⁹⁵

Como veremos no próximo tópico, o Estado não estará obrigado a ratificar a Convenção, posto que este é um ato voluntário e soberano, mas deverá submeter o texto da Convenção adotada pela Conferência à autoridade nacional competente

494 Idem. p. 176.

495 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992. p. 178.

e emitir relatórios aos Secretariado a respeito da evolução da análise a ser por esta proferida.

1.2 REGRAMENTO DA OIT SOBRE A INTERNALIZAÇÃO DE SEUS INSTRUMENTOS

As convenções são tratados multilaterais abertos à ratificação dos Estados-membros da OIT, embora sua vigência internacional dependa do número de ratificações demandado pelo próprio texto.⁴⁹⁶ As convenções aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho são classificadas como “tratados-leis”, isto é, tratados por meio dos quais as partes editam uma regra de direito objetivamente válida, com o intento de estabelecer certas regras uniformes de conduta.⁴⁹⁷

Conforme esclarece Arnaldo Süssekind,

[a]s convenções da OIT não correspondem (...) a leis supranacionais, capazes de ter eficácia jurídica no direito intero dos Estados-membros (...). O princípio da soberania ou, como preferia Kelsen, o da independência, é a base fundamental das relações entre Estados e, portanto, do Direito Internacional. Sem a adesão ao tratado multilateral aberto, por ato soberano, o Estado não estará vinculado ao respectivo instrumento, o qual, obviamente, não poderá gerar, no plano interno, os direitos e as obrigações estabelecidos em suas normas⁴⁹⁸.

Registre-se o fato de ser considerada contrária ao princípio da soberania a tese vitoriosa da Conferência de Berna de 1917, segundo a qual as convenções do trabalho aprovadas por maioria de dois terços de votos teriam força executiva depois de 12 meses. A Conferência de Versailles não encampou tal entendimento ao criar a OIT, preferindo privilegiar a aplicação das Convenções apenas aos Estados membros que soberanamente as ratificassem.

Relata Plá Rodríguez⁴⁹⁹, minudenciando o acima exposto, que as con-

496 SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000. p. 189.

497 REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

498 SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000. p. 189.

499 RODRIGUEZ, Americo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. Montevideo: Faculdade de Derecho, 1965. p. 282.

venções não constituem, portanto, leis supranacionais ditadas por um Parlamento universal capacitado para impor normas aos distintos Estados sem necessidade de contar com a aceitação de suas respectivas autoridades. Esta ideia havia sido exposta reiteradamente nos Congressos obreiros internacionais que preparam o ambiente para a aprovação da Parte XIII do Tratado de Versailles, mas no final não prevaleceu, como visto acima.

Jean-Michel Servais explica que as convenções da OIT são distintas dos tratados internacionais clássicos por uma série de razões: não são negociadas em Conferências Diplomáticas, mas sim em uma Assembleia compostas por representantes de Estados, trabalhadores e empregadores (composição tripartite); são adotadas e revisadas pela maioria de dois terços, e não por unanimidade; as formalidades para assinatura e registro são mínimas. Além dessas diferenças, a autoridade competente para solucionar eventuais conflitos de interpretação será a Corte Internacional de Justiça e não os Estados-partes⁵⁰⁰.

Diferentemente de outros tratados internacionais, o mero fato de uma convenção internacional ser adotada pela Conferência Internacional do Trabalho já gera obrigações aos Estados membros, antes mesmo de esta ser ratificada. Isso porque o artigo 19 da Constituição da OIT, como forma de fomentar o debate sobre os temas de seus instrumentos. Evidentemente, o Estado não estará obrigado a ratificar a Convenção, posto que este é um ato voluntário e soberano, mas deverá submeter o texto da Convenção adotada pela Conferência à autoridade nacional competente e emitir relatórios aos Secretariado a respeito da evolução da análise a ser por esta proferida. Américo Plá Rodríguez chama a primeira de obrigação substantiva e a segunda de obrigação informativa⁵⁰¹.

Como afirmado acima o Estado – e apenas ele – pode decidir se ratificará ou não uma convenção. No entanto, ao decidir fazê-lo, não lhe será permitido aceitar certas disposições e rechaçar outras. Deverá ratificar o texto em sua totalidade. Reservas não são permitidas, apesar de alguns países terem tentado e defendido tal possibilidade. Plá Rodríguez⁵⁰² estatui que do contrário se acabaria por anular completamente o valor da convenção. Tais reservas contrariariam o fim perseguido pela

500 SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. Third revised edition. Kluwer Law International BV: The Netherlands, 2011. p. 91.

501 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. Montevideo: Faculdade de Derecho, 1965. p. 256.

502 Idem. p. 306.

Conferência Internacional do Trabalho, que é justamente estabelecer uma legislação internacional do trabalho sobre bases uniformes.

Outra particularidade é que as convenções são tratados que versam sobre determinadas matéria, ou seja, está delimitada aos mesmos contornos que encerram a competência da OIT. Esses instrumentos devem versar unicamente sobre matéria relacionada com o trabalho, com a seguridade social e com tudo aquilo que conduza à paz e à justiça social. Dentro deste âmbito a Conferência Internacional do Trabalho tem liberdade absoluta, mas dele não pode reverberar⁵⁰³.

Quanto à natureza de suas normas, Sussekind⁵⁰⁴ estatui que as convenções podem ser: a. Autoaplicáveis: suas disposições não requerem regulamentação complementar para serem aplicadas pelos Estados que as ratificam; b. De princípios: dependem da adoção de leis ou outros atos regulamentares para sua efetiva aplicação. Tais providências devem ser promovidas nos 12 meses, entre a ratificação e a vigência da convenção no plano nacional. Comumente essas convenções são aprovadas juntamente com recomendações complementares, com o fito de propiciar a aplicação dos princípios gerais; c. Promocionais: fixam determinados objetivos e estabelecem programas para sua consecução. Servais as denomina de programáticas e explica que elas tendem a requerer que os Estados implementem políticas de atuação em certos campos de atuação. Não se trata de adotar leis e regulamentos, mas sim implantar políticas, preparar ou aprovar programas e, basicamente, justificar os atos que adotar para a consecução dos objetivos estabelecidos por essas Convenções⁵⁰⁵.

Há ainda a chamada “convenção particular”, prevista pelo artigo 21 da Constituição da OIT. São tratados bilaterais ou plurilaterais⁵⁰⁶, oriundos de projetos de convenção não aprovados pela maioria exigida, porém ratificados por dois ou mais países. Para Sússekind, referido artigo é inócuo, já que qualquer Estado pode celebrar tratado bilateral ou plurilateral sobre Direito do Trabalho e Seguridade So-

503 Idem. p. 284.

504 SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000. p. 191.

505 SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. Third revised edition. Kluwer Law International BV: The Netherlands, 2011. p. 90.

506 Aqui o termo plurilateral é utilizado como referente a tratados que somente podem ser ratificados por partes previamente determinadas. Não confundir com tratados multilaterais, cuja ratificação é aberta para qualquer sujeito de direito internacional público que possuir interesse em a ele aderir. Importante ressaltar que há autores que utilizam tais expressões como sinônimas.

cial, independentemente de autorização da OIT⁵⁰⁷.

Já para Américo Plá Rodríguez⁵⁰⁸ se dividem em: 1) convenções de uniformização: visam, mediante disposições autoexecutáveis, uniformizar a legislação atinente ao seu objeto dos Estados que as ratifiquem; 2) de princípios: visam, mediante disposições de caráter normativo, estabelecer princípios a serem observados pelos países que as ratifiquem; 3) de igualdade de direitos: têm por fim assegurar a igualdade de direitos entre trabalhadores nacionais e estrangeiros no território dos Estados que as ratifiquem; 4) de procedimentos: raras, estatuem disposições de natureza forma.

Interessante ressaltar que tantas particularidades geraram acirrado debate acerca da natureza jurídica das convenções da OIT, especialmente nos primeiros anos de existência desta Organização. Os doutrinadores então pouco habituados com os instrumentos adotados por organizações internacionais se questionavam se as convenções eram tratados ou códigos trabalhistas. Servais⁵⁰⁹ esclarece que são provavelmente um pouco de todos, mas ressalta que a presença de delegados representantes de empregadores e de trabalhadores não desnaturam o caráter contratual dos instrumentos adotados pela OIT. Em muitos aspectos, segundo este autor, as Convenções são acordos coletivos tripartites concluídos internacionalmente.

Plá Rodríguez⁵¹⁰ parte de acurada análise das teorias contratualista, normativista e mista para definir a sua posição a respeito da natureza jurídica das convenções da OIT. Para o doutrinador uruguaio estas são tratados-leis multilaterais: tratados-leis porque delas emanam normas jurídicas de caráter geral, aplicáveis indefinidamente em todos os Estados as que ratificam; e multilaterais porque podem aderir a elas todos os Estados-membros, salvo se for uma “convenção particular”, prevista pelo artigo 21 da Constituição da OIT.

Desta dupla característica, aduz o autor, surge o desdobramento da elaboração da convenção em dois atos: i. a criação da norma jurídica internacional, o seu ato-regra realizado pela Conferência Internacional ao aprovar o texto de uma con-

507 Idem. p. 192.

508 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. Montevideo: Faculdade de Derecho, 1965. p. 285.

509 SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. Third revised edition. Kluwer Law International BV: The Netherlands, 2011. p. 92.

510 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. Montevideo: Faculdade de Derecho, 1965. p. 296.

venção pela maioria de dois terços; ii. o ato-condição realizado por cada Estado ao ratificar a convenção, pela qual se compromete a submeter-se a ela, nascendo nesse momento a obrigatoriedade da norma, desde que cumpridos os requisitos formais estipulados no ato-regra (número de ratificações, prazo, etc.).

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA CONVENÇÃO Nº 189 DA OIT SOBRE O TRABALHO DECENTE PARA AS TRABALHADORAS E OS TRABALHADORES DOMÉSTICOS

Em 16 de junho de 2011 representantes de governos, de categorias profissionais e de categorias patronais presentes na 100ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho adotaram a Convenção nº 189 e a Recomendação nº 201, destinadas a tutelar as condições de trabalho de milhões de trabalhadores domésticos.

A grande inovação das novas normas da OIT foi a previsão de que esses trabalhadores, geralmente integrantes da economia informal, devem ter os mesmos direitos básicos que os demais trabalhadores.

Essa modalidade de trabalho está geralmente vinculada a categorias sociais não dominantes, tais como mulheres, menores de idade, pardos, negros, pessoas com baixa escolaridade, imigrantes ilegais, migrantes de áreas mais pobres do país.

É a atividade humana que mais se assemelha ao regime de servidão. Em verdade, ainda hoje grande parte dos trabalhadores domésticos não gozam dos direitos mais básicos a eles direcionados. Há baixos índices de formalização e baixos rendimentos. Mesmo os que estão inseridos em uma relação de emprego regular, não são titulares dos mesmos direitos atribuídos aos trabalhadores em geral.

No ordenamento jurídico pátrio, dois são os diplomas legais balizadores da atuação da Justiça do Trabalho: a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) e a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). O artigo 7º da CLT exclui expressamente os empregados domésticos do seu alcance.

Encontramos no artigo 7º da CF/88 o rol dos direitos trabalhistas mínimos. O seu parágrafo único, por sua vez, seleciona quais daqueles direitos serão aplicáveis aos empregados domésticos. Sequer na Carta Magna, conhecida pela alcunha de “Carta Cidadã”, os trabalhadores domésticos eram convenientemente contempla-

dos⁵¹¹.

Levando-se em conta que os Direitos Sociais contidos na Constituição Federal são considerados um mínimo existencial, diferenças normativas tão profundas não contribuíam para a construção da ideia de dignidade. Em verdade, apenas acen-tuam a inferioridade psicológica e social dos trabalhadores ditos braçais.

A nova Convenção da OIT, juntamente com a Recomendação que a acom-panha, representa uma grande chance para mudar o paradigma vigente. A sua in-trodução diz que “o trabalho doméstico continua sendo desvalorizado e invisível, feito principalmente por mulheres e meninas, muitas das quais são migrantes ou pertencem a comunidades desfavorecidas e são particularmente vulneráveis à discri-minação relativa ao emprego e trabalho, bem como de outras violações dos direitos humanos “.

As novas disposições acerca do trabalho doméstico deveriam servir como um guia para os governantes e para a sociedade civil, representada pelos trabalhado-res e pelos empregadores, a fim de dar a relevância necessária ao trabalho doméstico e impor normas garantidoras da dignidade desses trabalhadores como seres huma-nos.

Do ponto de vista brasileiro, a grande inovação trazida pela novel conven-ção era a previsão contida em seu artigo 10: o controle de jornadas de empregados domésticos, com o fito de remunerar eventuais horas extras.

O entendimento majoritário⁵¹² na doutrina e na jurisprudência pátrias era no sentido de que tal controle de jornadas é inviável. Argumentava-se que, sendo o empregador doméstico necessariamente pessoa física, não se poderia exigir dele as mesmas formalidades impostas aos empregadores em geral. Some-se, a isso, a impossibilidade de ingerência estatal no seio familiar. Eventual fiscalização das con-dições de trabalho do empregado doméstico, conforme previsto pela Convenção nº 189, constituiria desrespeito à inviolabilidade do domicílio e ao direito à privacidade e intimidade.

511 Relata Mauricio Godinho Delgado que a situação era ainda mais calamitosa antes da CRFB/88. O primeiro diploma a contemplar os empregados domésticos foi o Decreto-Lei 3078/41 que, por falta da regulamentação inferior necessitada, jamais produziu efeitos, segundo entendimento do autor. Apenas em 1972, com a Lei 5859, citados empregados alcançaram um mínimo de cidadania jurídica. Foram-lhe conferidos os seguintes direitos: vinte dias úteis de férias remuneradas a cada doze meses, anotação da carteira de trabalho (CTPS) e inscrição como segurado obrigatório da Previdência Oficial. Em: *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 367.

512 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito de Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 350.

De fato, a relação empregatícia no âmbito doméstico apresenta, além da subordinação exacerbada, uma pessoalidade acentuada. Caracterizada pela relação de fidúcia, onde os serviços prestados são estritamente pessoais e cuja prestação se dá no âmbito familiar doméstico, essa modalidade constitui exceção ao princípio da despersonalização do empregador.

Pretensa familiaridade entre empregador e empregado doméstico, somada ao fato da prestação de serviço dar-se em uma unidade de consumo e não de produção tem sido utilizada como argumento para justificar o rol diminuto de direitos conferidos aos empregados domésticos. “A desvantagem social é erigida em vantagem jurídica (fetichização), e esta passa a justificar a desigualdade”⁵¹³.

Tal desigualdade era notada também pela não concessão da estabilidade provisória à empregada doméstica gestante (artigo 10, II, “b”, do ADCT). A explicação aqui é a mesma: dada a acentuada pessoalidade existente na relação empregatícia doméstica e em razão da inviolabilidade do domicílio e do direito à privacidade e à intimidade, constituiria um ato de violência impor a reintegração da empregada doméstica gestante injustamente dispensada.⁵¹⁴

Nesse caso, ao menos, haveria uma compensação pecuniária, sendo devida uma indenização pela dispensa imotivada da empregada em estado gravídico. Já no tocando à jornada extraordinária, não havia qualquer previsão no sentido de remunerar as horas excessivamente trabalhadas.

Por todos são conhecidos casos de empregados domésticos que laboram muito além do limite constitucional de dez horas diárias, principalmente aqueles que residem junto aos empregadores. A Recomendação nº 201 destaca a importância de limitar estritamente os horários de trabalho dos empregados domésticos, a fim de assegurar que disponham de tempo adequado para o descanso, para a educação ou formação profissional, para o lazer e para o contato com seus familiares, proibindo, em geral, que trabalhem durante a noite.

O mesmo diploma estabelece que a taxa de remuneração ou a compensação das horas extraordinárias e do tempo à disposição do empregador sejam claramente explicadas aos empregados domésticos. Sobre o tempo à disposição do empregador, estimula a fixação de um limite máximo de horas por semana, mês e ano em que

513 SANTOS, José Aparecido. “Trabalho doméstico, Constituição e cidadania: perspectivas para uma transformação social por meio do direito do trabalho”. Em *Direitos Sociais da constituição de 1988: uma análise crítica 20 anos depois*. São Paulo: LTr, 2008. p. 213.

514 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito de Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 350.

pode ser exigida tal disponibilidade, assim como a forma de cálculo dessas horas.

No tocante ao intervalo intrajornada, para descanso e alimentação, não há na legislação pátria nenhuma disposição o disciplinando na esfera doméstica. O respeito a essa pausa é imperativo segundo a Recomendação. Importante salientar que tal intervalo integra o chamado “núcleo duro” do direito do trabalho: as normas que regem as condições de saúde, segurança e higiene dos trabalhadores. Ainda assim, os empregados domésticos não gozavam de tal garantia.

A Convenção nº 189 ressalta a importância da fiscalização das condições de trabalho no âmbito doméstico para o efetivo cumprimento dos direitos por ela contemplados. No entanto, não aponta formas objetivas de como fazê-lo, qual o procedimento a ser adotado, como, enfim, tal disposição poderá ser operacionalizada.

Consideramos o controle da jornada dos empregados domésticos um meio efetivo de garantir a eles um tratamento isonômico, comparativamente aos outros empregados. Entre os hipossuficientes, os domésticos são, reconhecidamente, os mais aviltados, os mais necessitados de efetiva tutela.

Estender a eles toda a gama possível de direitos trabalhistas seria conceder-lhes um tratamento condizente com o princípio da dignidade humana, verdadeiro corolário da Constituição Federal de 1988. Referido princípio permeia todas as disposições constitucionais, inclusive a proteção à inviolabilidade do domicílio, à intimidade e à privacidade.

Conciliar esses dois valores constitucionais tão importantes é imperativo. Os operadores do direito devem ter em mente que estão em jogo direitos fundamentais. Devem ser criadas formas de fiscalização efetivas e, ao mesmo tempo, não vexatórias à família empregadora doméstica.

2.1 CONTEÚDO DA CONVENÇÃO Nº 189 INTERNALIZADO ATRAVÉS DA EC Nº 72/13

Em 14 de dezembro de 2012 foi apresentado ao Congresso Nacional um Projeto de Emenda Constitucional – a chamada PEC nº 66 – com o intuito de alterar a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e demais trabalhadores urbanos e rurais.

Como visto acima o parágrafo único no art. 7º da CF/88 era justamente o dispositivo constitucional que excepcionava uma série de direitos aos trabalhadores

domésticos, dentre os quais o mais palpitante era justamente o controle da jornada, tema abordado em profundidade pela Convenção nº 189 da OIT.

Mas não era só: aquele instrumento internacional defendia, em síntese, a paridade plena de direitos entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores, por não mais se justificar as diferenças de tratamento e tutela ainda existente em diversos países. A ideia da PEC nº 66 era justamente essa, permitindo que os trabalhadores domésticos finalmente tivessem acesso a uma vasta gama de direitos sociais que lhe foram negados por décadas a fio.

Podemos citar, a guisa de exemplificação, novos direitos a serem conferidos titularizados pelos trabalhadores domésticos: seguro-desemprego, indenização em demissões sem justa causa, conta no FGTS, salário-família, adicional noturno, auxílio-creche e seguro contra acidente de trabalho – ainda pendentes de regulamentação.

Em 26 de março de 2013, após votação em dois turnos na Câmara dos Deputados e dois turnos no Senado, a PEC nº 66 foi devidamente aprovada e se tornou a EC nº 72/13, promulgada em 09 de abril de 2013. Desde então vigora no Brasil uma nova ordem jurídica na esfera trabalhista, com plena igualdade entre os trabalhadores em geral e os domésticos, sem mais o ranço da escravidão a macular o direito do trabalho pátrio.

Ao garantir aos empregados domésticos um patamar de direitos simétrico ao patamar de direito atribuídos ao demais trabalhadores o poder reformador brasileiro se mostrou atento aos debates ocorridos na esfera internacional e apto a responder às demandas da sociedade global e da sociedade nacional. Afinal, a nossa própria ordem constitucional é fulcrada na dignidade da pessoa humana.

Hoje vivemos uma espécie de globalização também dos Direitos Humanos, aí incluído o Direito do Trabalho. É o que muitos chamam de Direitos Humanos Universais, reconhecidos como válidos e aplicados pela maioria dos povos. Isso é bastante perceptível no ramo trabalhista, onde muitos países adotam os critérios mínimos de proteção apontados pela OIT como sustentáculos para a incipiente – quando não inexistente – legislação interna. Importante ressaltar, assim, que ainda que o Direito Internacional do Trabalho seja aplicável a todos os países, desempenha papel preponderante nos países em desenvolvimento⁵¹⁵.

515 HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 75.

A garantia dos Direitos Sociais aos trabalhadores é fundamental, não podendo ser dissociada da proteção dos obreiros como seres humanos.

O trabalhador tem duas classes de direitos humanos: os direitos trabalhistas específicos [...] e os demais direitos do cidadão, inespecíficos, não específicos do trabalhador, mas que ele conserva, como cidadão, na relação de trabalho. Claro, o exercício desses direitos – liberdade de expressão, direito à intimidade, dignidade da pessoa humana, direito à saúde – pode ser modelado, adaptado a uma relação de subordinação na relação de dependência, na relação de pertinência a uma organização produtiva, mas existe⁵¹⁶.

Eis a real dimensão da necessidade da consagração dos direitos trabalhistas na esfera dos Direitos Humanos. Insta que o trabalhador seja protegido também como cidadão que é, evitando que a energia por ele despendida seja tratada cinicamente como mera mercadoria. Não podemos esquecer que atrás da mão-de-obra contratada, que atrás do serviço prestado, existe um ser humano, titular de direitos indisponíveis, que por todos devem ser observados. Inclusive pelos Estados.

Incrivelmente, os Direitos Sociais são alvo de um comportamento por vezes pernicioso dos Estados também na esfera internacional. Preleciona Flávia Piovesan:

“[...] a comunidade internacional continua a tolerar frequentes violações a direitos sociais, econômicos e culturais que, se perpetradas em relação aos direitos civis e políticos, provocariam imediato repúdio internacional. Em outras palavras, ‘independentemente da retórica, as violações de direitos civis e políticos continuam a ser consideradas como mais sérias e mais patentemente intoleráveis, que a maciça e direta negação de direitos econômicos, sociais e culturais. Em geral, a violação aos direitos sociais, econômicos e culturais é resultado tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental como da ausência de pressão internacional em favor dessa intervenção’⁵¹⁷.

Não é possível vislumbrar a efetiva garantia e proteção dos direitos dos

516 URIARTE, Oscar Ermida. *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais: organização e realização* Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004. p. 283.

517 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 175.

obreiros se os instrumentos que os consagram são vistos como diplomas legais de conteúdo programático. A Constituição e os Tratados Internacionais não são apenas normas enunciativas, mas sim as fontes supremas a serem observadas na interpretação e na aplicação do Direito do Trabalho. Não devem ser enunciados pairando no ar, com papel meramente abstrato.

Devem desempenhar efetiva função balizadora dos poderes estatais, seja do legislativo, seja do executivo, seja do judiciário. Com a novel EC nº 72/13 percebe-se a consolidação de uma mudança de paradigmas que se avizinhava desde a década de 1970, ou seja, uma nova forma de encarar as relações trabalhistas domésticas.

Ainda há um caminho importante a ser seguido para a operacionalização dos direitos recém - adquiridos, desde a sua regulamentação até a sua concreção pelo Poder Judiciário nas eventuais demandas que forem suscitadas pelos atores sociais.

Não se poderá olvidar, por outro lado, do direito à privacidade das famílias e como compatibilizar tal garantia com o controle da jornada que se faz necessário a partir de agora. Ademais, os novos direitos representam encargos com os quais muitas famílias não poderão arcar e isso poderá desencadear uma dispensa em massa dos trabalhadores domésticos. Para evitar tais distorções tem se estudado formas de desonerar o a célula família.

Tendo-se a dignidade da pessoa humana como norte e não permitindo que os direitos recém conquistados caiam no ostracismo, os ajustes necessários poderão ser feitos de forma conjunta pelos poderes governamentais e pelos representantes da sociedade civil, sempre sob os auspícios da Organização Internacional do Trabalho, que de forma direta ou indireta sempre atua juntamente aos setores relevantes no âmbito nacional e internacional.

3. POSSÍVEIS EFEITOS DA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 189

Vladmir Oliveira da Silveira, destacando a definição de Pérez-Luño, esclarece que os direitos humanos são “um conjunto de faculdades de instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos

ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”⁵¹⁸.

Tais direitos são de inegável importância e, portanto, é imperioso que sejam garantidos na esfera nacional e na esfera internacional. Com tal preocupação e tendo em consideração que nem sempre os Estados membros ratificarão suas Convenções, os membros da OIT tem a obrigação de submeter o texto de todas as Convenções adotadas às autoridades competentes, ainda que não a ratifiquem.

Conforme analisado no tópico acima isso ocorreu no Brasil e agora presenciemos um episódio curioso. Como reflexo de todo o debate social ocasionado pela aprovação da EC nº 72/13 deu-se no Brasil um movimento *sui generis* e o inverso do que geralmente ocorre: o país aderiu à Convenção nº 189, que primeiramente regulamentou a matéria na esfera internacional e norteou o debate também no plano interno.

Com tal decisão, o Poder Executivo inicia o processo de ratificação do tratado internacional em apreço, nos moldes acima estudados. Assim, a Presidência da República encaminhará ao Congresso Nacional decreto legislativo que recomenda a aprovação e a recomendação por parte dos parlamentares do texto da Convenção nº 189.

Tratando-se de um tratado que regula matéria de jornada de trabalho, isto é, afeta ao chamado núcleo duro do direito trabalhista (composto por assuntos que englobem segurança, higiene e saúde dos trabalhadores), é plenamente possível defender que tal instrumento internacional poderia ser internalizado pelo rito especial do art. 5º, §3º, da CF/88. Ainda que assim não fosse, ao menos a natureza supralegal deve ser a ele conferida. Senão vejamos.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 inseriu no artigo 5º o seu §3º, segundo o qual tratados de direitos humanos internalizados pelo procedimento das emendas constitucionais têm força constitucional. Após o advento da referida emenda, surgiu no STF a tese, defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, conforme análise retirada da decisão do HC 87.585 / TO, de 2007:

Vale registrar, neste ponto, a lição de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (“Curso de Direito Constitucional”, p. 670/671, item n. 9.4.4,

518 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 229.

2007, IDP/Saraiva) [...].

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

Era necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, ‘a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central’.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. [grifado no original]

No já citado HC 87.585 / TO, de 2007, o Ministro Celso de Mello encampa o entendimento de Celso Lafer, esclarecendo que

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica⁵¹⁹. [grifado no original]

Esse entendimento, que julgamos o acertado, não é o que prevalece, no entanto. A posição majoritária do STF segue a tese da supralegalidade, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados não internalizados segundo o rito de emenda constitucional teriam um *status* intermediário, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição.

Para os críticos desse entendimento, a tese da supralegalidade peca ao tratar desigualmente tratados da mesma espécie, isto é, de direitos humanos. Ao criar uma triplicidade de regimes jurídicos (constitucional, supralegal e ordinário) para o sistema de proteção dos direitos humanos, estatuiuindo três categorias diferentes para

519 Idem.

instrumentos internacionais que tutelam direitos humanos, esta teoria geraria a situação de conferir maior valor normativo aos aprovados pelo iter do §3º do artigo 5º da CF/88 em detrimento os que não o foram. Isso acabaria por enfraquecer o arcabouço normativo dos direitos humanos fundamentais.

Idealmente não haveria tais diferenças valorativas entre os diferentes instrumentos internacionais que regulem matéria de direitos humanos e a todos seriam conferidos status de emenda constitucional – entendimento plenamente defensável, baseando-se no art. 5º, §2º, da CF/88 e na ideia do “bloco de constitucionalidade”.

No entanto, ainda que se não se adote tal entendimento e a Convenção nº 189 seja internalizada pelo rito geral, entendemos que a ela deva ser conferido pelo menos a qualidade de norma supralegal, essencialmente por tratar de matéria afeta ao núcleo duro do direito do trabalho.

De fato, com o seu conteúdo internalizado através da EC nº 72/13, a presente discussão restou um pouco esvaziada por ora, sendo que o único direito que seria somado ao rol dos novos direitos garantidos aos empregados domésticos é o acesso ao PIS – Programa de Integração Social.

No entanto, novos direitos que por ventura venham a ser criados pelo legislador nacional poderão ser estendidos aos trabalhadores domésticos com base na Convenção nº 189, justamente por esta prever um paralelismo, uma simetria, entre esta classe econômica e as demais, defendendo não mais se justificar quaisquer diferenças de tratamentos que maculem as garantias destinadas a esses trabalhadores.

A ratificação da Convenção nº 189 e a atribuição a esta do status de emenda constitucional – e, conseqüentemente, cláusula pétrea-, ou, no mínimo, de norma supralegal, representaria a devida continuidade desse processo de mudança de paradigma representado pelo advento da EC nº 72/13.

CONCLUSÃO

Procuramos estudar no presente trabalho o curioso caso da Convenção nº 189 da OIT sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos e incorporação por vias indiretas de seu conteúdo ao ordenamento jurídico pátrio, por meio da EC nº 72/13. Ao estipular em sua Constituição, no artigo 19, a obrigação do Estado membro submeter à autoridade competente o texto da convenção adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, ainda que não venha a

ratificá-la, a OIT procura justamente fomentar o debate nas esferas nacionais de seus integrantes.

De um completo vazio legislativo, representado por sua expressa exclusão da Consolidação das Leis Trabalhistas, até a garantia parcial de direitos pelo parágrafo único do art. 7º da CF/88 foi um longo caminho enfrentado pelos trabalhadores domésticos brasileiros. Ainda assim, faltavam-lhe direitos básicos, como o controle da jornada e o acesso ao FGTS.

Com o amadurecimento da sociedade brasileira reverberando pelos poderes públicos, o país estava pronto para o debate suscitado pela PEC 66/12, que em menos de quatro meses se tornou a EC 72/13, estendendo aos trabalhadores domésticos uma série de direitos que antes lhe eram cerceados. Foi um grande passo à observância do grande princípio norteador no nosso sistema constitucional: a dignidade da pessoa humana, juntamente com a valorização social do trabalho, princípio também insculpido em nossa Carta Magna.

Há ainda questões a serem regulamentadas a fim de operacionalizar os direitos recém-adquiridos por essa importante categoria de trabalhadores, e também a melhor forma de ponderá-los com o outro lado da moeda: como manter um controle da jornada sem desprestigiar a privacidade do núcleo familiar e como não onerar ainda mais o empregador doméstico com os encargos sociais advindos desses direitos.

Para que a mudança de paradigmas não se encerre por aqui e para que novos direitos que por ventura sejam criados possam ser estendidos aos trabalhadores domésticos, faz-se necessária a ratificação da Convenção nº 189 da OIT e que lhe seja garantido pelo menos o status de norma supralegal. O ideal seria sua aprovação pelo rito do art. 5º, §3º, da CF/88, mas dificilmente haverá vontade política para tanto.

Assim, um enorme avanço foi empreendido e com o fito de consolidá-lo a ratificação do instrumento normativo trabalhista seria preponderante. Afinal, todo o debate aqui analisado iniciou-se com uma obrigação formal aparentemente inócua imposta pela Constituição de uma Organização Internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

- APIANO. *Historia Romana. Tomo I. Vol. II*. Madrid: Editorial Gredos, 1985.
- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito de Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUEZ, Americo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. Montevideo: Faculdade de Derecho, 1965.
- SANTOS, José Aparecido. “Trabalho doméstico, Constituição e cidadania: perspectivas para uma transformação social por meio do direito do trabalho”. Em *Direitos Sociais da constituição de 1988: uma análise crítica 20 anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- SERVAIS, Jean-Michel. *International Labour Law*. Third revised edition. Kluwer Law Internacional BV: The Netherlands, 2011.
- SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STF – Supremo Tribunal Federal. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acessado em: 15.05.13.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.
- URIARTE, Oscar Ermida. *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais: organização e realização Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.