

RUMO À RUPTURA?

ERALDO SILVA JUNIOR



Fonte: "Guerra." 1942. Lasar Segall. arteeartistas.com.br

RUMO À RUPTURA? - O DESMONTE DA ESTRUTURA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS INDIVÍDUOS COMO AMEAÇA À ESTABILIDADE DA ORDEM INTERNACIONAL

127

DISRUPTION AHEAD? THE DISMANTLE OF THE INTERNATIONAL PROTECTION OF INDIVIDUALS FRAMEWORK AS A THREAT TO THE INTERNATIONAL ORDER STABILITY

Eraldo Silva Junior*

Resumo: A existência de válvulas de escape em sociedades desiguais é imprescindível para a estabilidade de sua ordem jurídica. Os não-privilegiados precisam acreditar em um ideal de justiça. A segunda década do século XXI representa, até o momento, o fim da esperança na justiça. E é este o tema do presente ensaio, dividido em duas seções, uma dedicada à crise de refugiados e à fortaleza Europa, a segunda ao fechamento da jurisdição dos EUA à litigância estratégica em matéria de violação de direitos humanos. Em suma, será analisado o desmonte de parte da estrutura jurídica e política que criava as ilusões de esperança e de justiça essenciais para a manutenção da ordem e conseqüentemente para o bom funcionamento do Direito – afinal, não são a manutenção do *status quo* sempre que possível e a suavização das rupturas os objetivos principais do Direito?

Palavras-chave: transformações do direito internacional – proteção internacional do indivíduo – estabilidade sistêmica

Abstract: The existence of escape valves in unequal societies is essential for the stability of their legal system. The unprivileged need to believe in an ideal of justice. The second decade of the twenty-first century represents, so far, the end of hope in justice. And this is the theme of this essay, which is divided into two sections, one dedicated to the refugee crisis and the European fortress, the second one to the closure of the US jurisdiction to strategic litigation on human rights violations. In short, the dismantling of part of the legal and political structure that create the illusions of hope and justice essential for the maintenance of order and consequently for the proper functioning of the Law will be analyzed - after all, aren't the maintenance of the status quo whenever possible and the smoothing of ruptures the main goals of the legal science?

Keywords: transformations of the international law – international protection of the individual – systemic stability

* Doutorando em direito internacional pela UERJ. Mestre em direito internacional pela UERJ. Bacharel em direito pela UERJ. Defensor Público Federal

1 INTRODUÇÃO

Terça-feira, de manhã. Mas, seria possível? Dois dias antes, no campo de Petrogrado, havia apenas bandos sem chefes, sem víveres, sem artilharia, vagando à toa, sem nenhuma orientação. O que teria fundido essas massas desorganizadas e sem disciplina, de guardas-vermelhos e de soldados sem oficiais, num exército obediente aos chefes por eles mesmos escolhidos, num exército temperado para receber o choque da artilharia e o assalto da cavalaria cossaca?¹

128

O relato de John Reed exterioriza grande surpresa quanto à capacidade de auto-organização coletiva em momentos de dificuldade. É bem verdade que o episódio relatado – a vitória do Exército Vermelho na Revolução de Outubro de 1917 e o início do processo que culminaria na criação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) em 1922 – não surgiu espontaneamente, o processo de decadência do Império Russo se prolongava há muito, já estava evidente na São Petersburgo de Dostoiévski, digamos em Crime e Castigo (1866). A eclosão da maior das guerras – quem dera tivesse permanecido com este título – e os esforços czaristas em defesa de projetos geopolíticos alheios aos interesses diretos da população esfomeada levaram à erupção menchevique e à subsequente explosão bolchevique.

Em ordens baseadas na desigualdade, é imprescindível a existência de válvulas de escape para a base da pirâmide. É imprescindível que haja ao menos uma vã esperança de ascensão social ou de “justiça”. Quando todas elas desaparecem, a panela de pressão explode.

O século XX iniciou-se tardiamente. Alguns apontam a morte da Rainha Vitória, em 1901, e a progressiva saída do então Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do posto de principal protagonista mundial como o marco inicial do século, mas a Revolução Bolchevique é a melhor certidão de nascimento de um século que teve menos de oito décadas. O século XX foi o século da tensão geopolítica derivada do enfrentamento das duas potências políticas e econômicas – Estados Unidos da América (EUA) e URSS –, com os demais atores que tentaram concorrer ao posto rapidamente derrotados com o hasteamento da bandeira vermelha sobre o Reichstag, em abril de 1945, e com a primeira radio transmissão da voz do “deus” Hirohito com a rendição japonesa em agosto do mesmo ano.

¹ REED, John. 10 dias que abalaram o mundo. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009. P.276

O século da bipolaridade, apesar de marcado por episódios de violência extrema, por demonstrações de força capaz de obliterar a existência humana, foi um século de esperança. Sim, havia o medo constante de destruição global em uma guerra final, mas também havia a esperança. Para os insatisfeitos no bloco capitalista, o sonho de uma revolução socialista. Para os insatisfeitos no bloco socialista, a esperança de fuga para o outro lado do muro.

Foi neste século em que a Sociedade Internacional – e aqui não entraremos nas polêmicas acerca de sua efetiva existência – percebeu que o direito seria o único instrumento capaz de evitar a sua autodestruição. Em 1945, antes mesmo da captura de Berlim e da destruição de Hiroshima e Nagasaki, as tensões que marcariam as décadas subsequentes já estavam claras. O mundo já conhecia suas duas grandes potências (EUA e URSS) que, em complicada negociação resultante no quinteto com poder de veto nas Nações Unidas (EUA, URSS, França, China e Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), transformaram, também no âmbito internacional, força em direito e obediência em dever.

O sistema das Nações Unidas, apesar de sempre ter se mostrado ineficiente, representava uma esperança para os atores internacionais – quem sabe com a proibição do uso da força inscrita na carta e com a Corte Internacional de Justiça a “igualdade” entre os Estados se tornaria menos desigual? Para os indivíduos, as Nações Unidas, de fato, trouxeram algum alívio – apesar de pequeno – com a codificação e a consolidação do Direito Internacional dos Refugiados e as posteriores tentativas de normatização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Após o fim da Guerra Fria, consolidou-se o modelo de democracia representativa como o ideal para humanidade, apesar da impossibilidade prática de definir tal modelo. Simultaneamente, o uso pelos Estados Unidos da América da jurisdição como instrumento geopolítico, através da ampliação de sua extraterritorialidade, ganhou relevância, com a profusão de legislações específicas sobre o tema, em especial na área econômica, mas também com a interpretação ampliativa do *Alien Tort Statute*, regra datada do século XVIII, que, em última análise, passou a permitir o recurso de estrangeiros ao judiciário norte-americano para pleitear indenização por violação a determinados tratados ou regras costumeiras do Direito Internacional.

Se, por um lado, o fim da bipolaridade implicou na extinção da principal válvula de escape até então existente – a ideológica -, por outro, novas esperanças surgiram. Os EUA protegeriam as minorias que em seu território desembarcassem. A multicultural União Europeia receberia a todos. Os regimes democráticos se consolidariam, o povo exerceria o poder.

A segunda década do século XXI, contudo, representa, até o momento, o fim da esperança. E é este o tema do presente artigo em duas seções, uma dedicada à crise de refugiados e à fortaleza Europa, a segunda ao fechamento da jurisdição dos EUA à litigância estratégica em matéria de violação de direitos humanos. Em suma, será analisado o desmonte de parte da estrutura jurídica e política que criava as ilusões de esperança e de justiça essenciais para a manutenção da ordem e consequentemente para o bom funcionamento do Direito – afinal, não são a manutenção do *status quo* sempre que possível e a suavização das rupturas os objetivos principais de nossa ciência?

2 A FORTALEZA EUROPA E O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

A primeira metade do Século XX foi marcada por série de eventos que impactaram decisivamente no desenvolvimento do sistema de proteção internacional dos indivíduos. O massacre de armênios no Império Turco-Otomano, a Revolução Russa e, como um todo, a dissolução dos grandes impérios europeus, com o surgimento de inúmeros Estados nacionais, provocaram aumento considerável no fluxo migracional², tornando necessário o melhor desenvolvimento de institutos capazes de lidar com tal fenômeno.

Até então, a proteção de vítimas de perseguição se dava através do instituto do asilo, que normalmente pressupõe análise de casos individuais, exemplos extremos de perseguição promovida por um Estado contra um indivíduo em particular, normalmente sob o argumento de estar o poder público adotando medidas essenciais à preservação da ordem.

² CARLIER, J.-Y. Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits. In: _____ Recueil des cours. Haia: [s.n.], v. 332, 2007, p.185.

Historicamente, a origem dos direitos dos refugiados coincide com a origem dos sistemas gerais de proteção dos direitos humanos, ambos sendo produtos dos acontecimentos que marcaram a primeira metade do século XX³.

Até então, não havia política imigratória específica na Europa para o recebimento de grandes – e por vezes imprevisíveis – fluxos populacionais, sendo os estrangeiros que ingressavam no território dos Estados por vezes tratados como imigrantes comuns, em outras ocasiões como mercedores de asilo.

O fluxo migratório frequentemente era visto com bons olhos pelos governos, visto que os novos habitantes daquele Estado contribuiriam com o crescimento econômico deste, seja através da tributação, seja através do oferecimento de seus conhecimentos específicos⁴. Ademais, o controle de fronteiras na Europa não era particularmente rígido até a eclosão da Primeira Guerra Mundial. Entre 1826 e 1905, por exemplo, os portos ingleses eram abertos aos estrangeiros, sem restrições. Até mesmo monarquias autoritárias, como o Segundo Reich alemão (1871-1919), não dispunham de meios jurídicos para se opor ao ingresso de estrangeiros, recorrendo ao uso episódico de força para expulsar grupos nacionais, quando estes se tornavam indesejáveis⁵.

Por mais que do processo de consolidação do Estado Nacional na Europa já resultasse, ainda no século XIX, no fortalecimento da ideia de uma identidade nacional, esta ainda não representava uma barreira à movimentação de indivíduos. “A guerra de 1914 completa o processo de fechamento nacional ao tornar novamente obrigatórios os passaportes”⁶ para o ingresso na França, por exemplo. Tal processo já vinha ganhando força em praticamente todas as nações industrializadas, que adotaram medidas extremas de protecionismo como forma de combater os efeitos devastadores da crise econômica iniciada com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929⁷.

³ HATHAWAY, J. C. The rights of refugees under international law. Cambridge: Cambridge Press, 2005, p.75

⁴ MARRUS, M. R. The unwanted: european refugees in the twentieth century. New York: Oxford University Press, 1985, p.7.

⁵ NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.93.

⁶ Do original em francês: “La guerre de 1914 parachève le processus de fermeture nationale en rendant à nouveau obligatoires le passeports”. In: NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.92.

⁷ Ibid., p.93.

A liberdade de circulação que prevalecia até então desaparece e a imigração ganha caráter seletivo, de acordo com os interesses políticos momentâneos do Estado receptor⁸. Neste contexto, ou o indivíduo se enquadrava no padrão específico desejado pelo receptor, ou nos requisitos para o gozo de asilo – à época, já restrito à perseguições políticas – ou não conseguiria proteção.

Se, por um lado, a Primeira Guerra Mundial representou um marco no fechamento das fronteiras dos Estados europeus, por outro, episódios específicos que a antecederam já representavam importante desafio à proteção internacional dos indivíduos.

De fato, houve a mencionada migração de contingentes provenientes do Império Russo e do Império Otomano em direção à Europa ocidental, além de a Guerra dos Balcãs (1912-1914) ter dado início a ampla “*transferência involuntária de grupos de minorias étnicas daquela região*”⁹.

Durante a Primeira Guerra Mundial, os deslocamentos em massa ocorridos tinham como característica principal a sua temporariedade: as pessoas fugiam das hostilidades, em regra dentro do território do próprio Estado. Duas grandes exceções a este movimento: a migração em massa de belgas e sérvios, que, em razão da complexidade dos confrontos em seu território nacional foram forçados a migrar respectivamente para França e Albânia¹⁰, e, após 1917, de russos, mas estes fugindo da Revolução que eclodira naquele ano.

O recém-estabelecido regime russo, por sinal, inovou ao adotar em massa um mecanismo adicional de perseguição e punição daqueles que não apoiavam o governo. “*Em 28 de outubro de 1921, o Conselho dos Comissários do povo retira a nacionalidade russa dos refugiados que recusaram se submeter ao poder bolchevique*”¹¹ Medidas similares são adotadas posteriormente pela Itália (1926) e pela Alemanha (1935).

⁸ VIEIRA, L.R. Refugiados ambientais : desafios à sua aceitação pelo direito internacional. 2012. 203f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012, p.35.

⁹ ANDRADE, J. H. F. D. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp.20-21.

¹⁰ ANDRADE, J. H. F. D. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.21.

¹¹ Do original em francês: “Le 28 octobre 1921, le Conseil des commissaires du peuple retire la nationalité russe aux réfugiés qui refusent de se soumettre au pouvoir bolchevik”. In: NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d’asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.101.

A situação de desamparo em que as vítimas de perseguição estatal se encontravam foi respaldada pelo direito internacional, na medida em que consideravam que os nacionais de um Estado que desaparecera por anexação a outro não podiam manter a nacionalidade do Estado desaparecido e, na maioria dos casos, o Estado anexador não concedia a sua própria nacionalidade a todos os que possuíam a do Estado anexado¹².

Tais acontecimentos, cada vez mais frequentes durante o período entre guerras, fez com que se tornasse evidente a necessidade de desenvolvimento de um instituto capaz de conferir proteção a grande contingente de integrantes de indivíduos vítimas de perseguição em razão de pertencimento a grupos específicos, visto ser o instituto do asilo, em razão de seu caráter eminentemente individual, incapaz de conferir tal proteção.

Por tais fatos, imediatamente após o término da Primeira Guerra Mundial, iniciou-se o processo de criação e consolidação do instituto do refúgio, em um primeiro momento, de forma tímida, no âmbito da Liga das Nações, até a sua consolidação com o tratamento conferido pela Convenção de Genebra, já após a Segunda Guerra Mundial.

Neste sentido, o refúgio se apresenta como evolução natural do asilo, na medida em que amplia o grau de proteção conferido por este, ao ponto de ser considerado atualmente por muitos como “*o mecanismo de proteção internacional dos direitos humanos mais poderoso do mundo*”¹³.

Como visto, o direito internacional dos refugiados nasce no período entre guerras. Se, por um lado, desde antes havia episódios que hodiernamente levariam à caracterização de amplos grupos populacionais como refugiados, foi somente com o grande volume de russos fugidos da Revolução Russa de 1917 que a sociedade internacional começou a debruçar-se efetivamente sobre o tema.

Note-se que os demandantes de proteção internacional à época não mais eram perseguidos políticos, não se enquadrando, portanto, nos requisitos para o gozo de asilo político. “*Muitos havia que se encontravam em situação de completa falta de*

¹² Ibid. p.101.

¹³ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M. The law of refugee status. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.1.

proteção estatal, mesmo sem estarem nessa situação, necessariamente, em função de suas opiniões políticas ou de suas crenças religiosas”¹⁴.

Na prática, as vítimas de perseguição foram relegadas a um vida *extra legem*¹⁵, sempre a mercê da boa vontade dos Estados receptores. Com o aumento constante do fluxo de solicitantes de refúgio, tornou-se imprescindível a regulamentação do tema, que teve início ainda no período compreendido entre as duas Guerras Mundiais.

Finda a Segunda Guerra Mundial, a recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU) passou a se dedicar a temática dos refugiados, adotando a sua Assembleia-Geral, ainda em 1946, duas resoluções sobre o tema: a 8(I), que delega a análise da questão ao Conselho Econômico e Social, determinando que este levasse em consideração o caráter internacional do tema, a necessidade de estabelecimento de um órgão internacional específico, o princípio do *non-refoulement* e o auxílio, e quando possível, repatriação dos refugiados; e a 62 (I), sobre a criação da Organização Internacional para os Refugiados (OIR).

A OIR teve a sua Constituição assinada em julho de 1947, com entrada em vigor em agosto de 1948, como agência especializada não-permanente da ONU, adotando, em seu instrumento constitutivo, a abordagem por grupos dos refugiados. De acordo com o Anexo I à Constituição da OIR,

(...) o termo refugiado se aplica a toda pessoa que deixou ou está fora do país do qual é nacional, ou no qual mantinha a residência habitual e que, tenha mantido ou não a sua nacionalidade, que pertence a uma das seguintes categorias:

- a) vítimas dos regimes nazista e fascista (...)
- b) republicanos espanhóis (...)
- c) pessoas consideradas refugiadas antes da eclosão da Segunda Guerra Mundial em razão de raça, religião, nacionalidade ou opinião política¹⁶

Sob a égide da OIR, o refúgio deixou de ser visto como uma situação provisória, que persistiria somente até o momento em que possível a repatriação a única possibilidade. Em certas situações, o reassentamento definitivo passou a ser incentivado.

¹⁴ ANDRADE, J. H. F. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, N. D.; ALMEIDA, G. A. D. O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.119.

¹⁵ NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p. 101.

¹⁶ Parte I, Seção A, 1, do Anexo I à Constituição da OIR.

A questão dos refugiados era ainda considerada como sendo temporária, mero resultado da Segunda Guerra Mundial. Mas como ela não se resolvia passou-se a se considerar, no final da década de 1940, o que ocorreria em 1950, quando o mandato *ratione temporis* da OIR deveria terminar. Face a um fluxo contínuo de novos refugiados, vários países vislumbraram como única solução a criação de uma agência que viesse a suceder a OIR.¹⁷

Como substituto da OIR, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)¹⁸, cujo objetivo é garantir a proteção internacional dos refugiados, buscando soluções permanentes para a situação¹⁹, sem que configurasse, contudo, a única instituição no âmbito da ONU a versar sobre o tema.

O ACNUR surgiu com a bipolaridade geopolítica já consolidada, enfrentando grande resistência, sobretudo proveniente dos EUA e da URSS, que se opunham ao posicionamento da maior parte dos Estados da Europa ocidental – aqueles que recebiam o maior fluxo de refugiados –, defensores da criação de uma instituição permanente forte.

A ascensão do bloco socialista foi responsável por incontáveis fluxos de refugiados desde a sua primeira fase, com os refugiados russos no período entre guerras, razão pela qual a URSS se colocava contrária a qualquer tentativa de regulamentação da matéria.

Já os EUA resistiam à criação de instituições permanentes, desejando, tão somente, a criação de “*uma instituição temporária, com mandato rigorosamente definido, independente da Assembleia-Geral e sem a possibilidade de solicitar contribuições voluntárias aos Estados*”²⁰.

O ACNUR foi criado como órgão subsidiário, nos termos do art. 22 da Carta da ONU, devendo ter atuação apolítica, humanitária e social²¹, com o poder de recolher contribuições voluntárias dos Estados, mediante aprovação prévia da Assembleia-Geral. Em um primeiro momento, teve como única fonte de financiamento um fundo de emergência limitado, com o qual inúmeros Estados – inclusive os EUA – se

¹⁷ ANDRADE, J.H.F. A política de proteção a refugiados da Organização das Nações Unidas – sua gênese no período pós-guerra (1946-1952). 2006. 327f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p.51.

¹⁸ Resolução 428 (V) de 14 de dezembro de 1949 da Assembleia-Geral da ONU

¹⁹ ANDRADE, J.H.F, *op.cit.*, p.51.

²⁰ Do original em italiano: “un’istituzione temporanea, dal mandato rigorosamente definito, priva del sostegno dell’Assemblea Generale e senza la possibilità di richiedere contributi volontari agli Stati”. In: ASPRONE, M. Il diritto d’asilo e lo status di rifugiato. Roma: Aracne, 2012, p.74.

²¹ Artigo 2 do Estatuto do ACNUR

recusaram a contribuir. O caráter apolítico do ACNUR permitiu a sua atuação durante o período da Guerra Fria, bem como durante a eclosão de incontáveis conflitos armados. A sua razão de ser, contudo, ao menos em seu início, era a proteção de europeus afetados pela Segunda Guerra Mundial.

O instituto do refúgio teve sua origem no continente europeu, inicialmente visando a proteção daqueles indivíduos vítimas de perseguição em razão dos acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951, sobretudo naquele continente. Apesar de sua origem ser intimamente ligada ao continente europeu, estatísticas divulgadas pelo ACNUR apontam a baixa importância dos países europeus na circulação internacional de refugiados.

No fim de 2015, nenhum Estado membro da União Europeia constava entre os 10 maiores receptores de refugiados - cinco destes estados estão localizados na África subsaariana - sendo o único “europeu” presente no rol a Turquia, com aproximadamente 2,5 milhões de refugiados, muitos dos quais sírios fugidos da crise que enfrenta seu país de origem²².

De fato, no fim de 2015, aproximadamente dois terços dos refugiados (cerca de 11 milhões de pessoas) residiam nas regiões da África, Oriente Médio, Ásia e do Pacífico.²³ Desta forma, a simples prevalência da população de refugiados na Europa não é o bastante para caracterizar uma eventual queda de relevância do continente como destino do fluxo global de refugiados. É outro o dado estatístico relevante.

Ao longo do ano de 2013, não obstante o agravamento da crise na Síria, com o recrudescimento da guerra civil e com o aumento da dominação local pela organização que, em 2014, viria a fundar o chamado Estado Islâmico do Iraque e da Síria, e da disparada da violência na República Centro Africana e no Mali, o número de refugiados no continente europeu permaneceu estável em cerca de 1,8 milhão de indivíduos²⁴. No fim de 2015, tal número subira para aproximadamente 4,4 milhões de refugiados, número que, lembre-se, inclui os refugiados em território turco²⁵.

Apesar de uma avaliação empírica resultar na eleição da Europa como o principal destino de refugiados em escala global, os dados coletados pelo ACNUR não

²² UNHCR. Global Trends : Forced displacement in 2015. Genebra: UNHCR, 2016, p.13

²³ Ibid. p.12.

²⁴ UNHCR. War's human cost: UNHCR Global Trends 2013. Genebra: UNHCR, 2014, p.12.

²⁵ UNHCR. Global Trends : Forced displacement in 2015. Geneva: UNHCR, 2016, p.13

corroboram tal conclusão. Dois institutos do direito comunitário explicam, ao menos em relação aos membros da União Europeia, tal fenômeno: o controle comum de fronteiras externas e a política comum de refúgio.

A União Europeia, união econômica atualmente com 28 Estados-Membros e 6 países candidatos à adesão²⁶ (e o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte em processo de saída), tem como uma de suas características marcantes a efetiva implementação da livre circulação de pessoas, com quase completa eliminação dos controles de fronteiras internas, em especial quanto aos Estados-Membros do Acordo de Schengen²⁷.

A atual estrutura jurídica da UE é disciplinada pelo Tratado de Lisboa, de 2007, que, dentre outras inovações, conferiu efeito vinculante à Carta dos Direitos Fundamentais da UE, de 2000. A partir de então, passam a ser ainda mais relevantes as atribuições comunitárias quanto à defesa dos direitos humanos, por exemplo, assumindo o Tribunal de Justiça da UE papel relevante na defesa de direitos e liberdades fundamentais²⁸.

O tema do refúgio, contudo, já era objeto de regulamentação comunitária antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, havendo 3 diretivas do Conselho relevantes sobre o tema: a Diretiva 2003/9/CE, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento de solicitantes de asilo; a Diretiva 2004/83/CE, que estabelece normas mínimas sobre os requisitos para o gozo do estatuto de refugiado; e a Diretiva 2005/85, que estabelece normas mínimas quanto ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado.

A regulamentação comunitária, como se vê, se deu na forma de diretiva, instrumento que vincula os Estados quanto ao resultado objetivado, mas deixa à competência destes a forma e os meios de o alcançar, havendo, portanto, razoável

²⁶ Informação disponível em: http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm. Acesso em 06 de maio de 2015.

²⁷ O Acordo de Schengen, apesar de possuir íntima relação com a livre circulação de pessoas objetivada pela União Europeia, não integra o acervo normativo comunitário, constituindo instrumento convencional autônomo que conta, inclusive, com a ratificação por Estados que não integram a União, como é o caso da Suíça, da Noruega e da Islândia, além de haver Estados-Membros da UE, nominalmente Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e a República da Irlanda, que não integram o Espaço Schengen. Informação disponível em http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/index_en.htm. Acesso em 10/05/2015.

²⁸ CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia. Milão: Università Bocconi Editore, 2012, p.46.

margem de manobra legislativa²⁹. Há, contudo, normas mínimas que deverão ser observadas pelos Estados, além de, há muito, a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu, cada qual em seu campo de atribuições, estudarem a adoção de um sistema comum de concessão de asilo, que harmonizasse o tratamento conferido aos refugiados e, sobretudo, compartilhar as responsabilidades (e os custos) entre os Estados-Membros³⁰.

O maior problema da normativa europeia está na Diretiva 2005/85, que prevê a possibilidade de os Estados classificarem um país terceiro como sendo seguro e sequer apreciar as solicitações de refúgio de indivíduos que tenham passado por estes³¹. Com base em tal dispositivo, é possível a ocorrência de violações ao princípio da vedação ao *refoulement*, já que os critérios mínimos para a designação de um Estado como sendo seguro não garantem que este não entregará o indivíduo ao Estado perseguidor.

Aliado a esta vulnerabilidade normativa, está a principal consequência da flexibilização do controle das fronteiras internas: aumentou a exigência da UE em relação ao controle das fronteiras externas, com o ápice na criação da Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da UE – FRONTEX, pelo Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho.

A FRONTEX tem como objetivo principal a implementação da política comunitária relativa às fronteiras externas, com a garantia de nível elevado e uniforme de controle e vigilância, sem que estes deixem de ser de responsabilidade dos Estados-Membros³².

Neste contexto, a FRONTEX não constitui uma polícia de fronteiras, mas uma Agência, cujo objetivo é a harmonização e o desenvolvimento progressivo da proteção das fronteiras externas europeias, coordenando os trabalhos conjuntos dos Estados-Membros através de análise de risco das operações conjuntas, que, caso aprovadas, são por ela financiadas.

²⁹ LOBO, M. T. C. Manual de direito comunitário: 50 anos de integração. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.156.

³⁰ CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia. Milão: Università Bocconi Editore, 2012, p.48.

³¹ LÖHR, T. Schutz statt Abwehr: für ein Europa des Asyls. Berlin: Verlag Klaus Wagenbach, 2010, p.32.

³² Preâmbulo do Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho.

Além disso, desde 2007, tem a FRONTEX a missão de criar as Equipes de Intervenção Fronteiriça Rápida - RABITs³³, cuja atuação é restrita aos pontos de chegada de número expressivo de migrantes³⁴.

Na prática, a divisão de monitoramento da FRONTEX constata que determinada rota sofreu um aumento rápido de imigração ilegal rumo à Europa. Em seguida, a Agência planeja a implementação de operações de média ou longa duração, cujo objetivo principal é fazer cessar o fluxo naquela rota específica³⁵.

Uma das principais rotas de imigração atual abrange o extremo sul italiano, em especial a ilha de Lampedusa, que atrai grande quantitativo de migrantes oriundos do continente africano³⁶. No exercício de sua competência de controle das fronteiras externas, a Itália instituiu, em 2013, a operação militar e humanitária *Mare Nostrum*, cujo objetivo oficial era o enfrentamento da situação de emergência humanitária no estreito da Sicília devido ao alto fluxo de imigrantes, garantindo a vida e a integridade física dos potenciais migrantes, bem como a punição de eventuais traficantes de pessoas³⁷.

A operação *Mare Nostrum* foi substituída pela operação Triton, esta coordenada pela FRONTEX, em atendimento a requerimento formulado pela Itália. A operação em questão tem muitos pontos de contato com a que substituiu, em especial o fato de ser a Itália a principal responsável por sua execução, mas dela difere por não ter como objetivo principal o socorro humanitário, e sim o controle das fronteiras³⁸.

O controle das fronteiras externas é um dos principais objeto de preocupação da UE, que, em 2013, procedeu à criação do Sistema Europeu de Vigilância das Fronteiras – EUROSUR, cujos objetivos são a redução do número de imigrantes

³³ Do inglês Rapid Border Intervention Teams

³⁴ BRANDSCHEIDT, J. Menschenrechtsverletzungen im Rahmen europäischer Flüchtlingspolitik am Beispiel Frontex. Norderstedt: Grin Verlag, 2011, p. 7

³⁵ LÖHR, T. Schutz statt Abwehr: für ein Europa des Asyls. Berlin: Verlag Klaus Wagenbach, 2010, p.39.

³⁶ A ilha de Lampedusa está situada no extremo sul da Itália, distante 113km da costa tunisiana e 127km da costa italiana, estando, inclusive, mais ao sul do que a Tunísia e a Argélia. A extrema proximidade com o continente africano de um território europeu transformou a ilha em uma das principais portas de entrada de imigrantes ilegais e de requerentes de refúgio na UE. In: CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia. Milão: Università Bocconi Editore, 2012, p.53.

³⁷ Informação disponível em <http://www.marina.difesa.it/cosa-facciamo/operazioni-conclude/Pagine/mare-nostrum.aspx>. Acesso em 15/05/2015.

³⁸ Informação disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-566_en.htm. Acesso em 15/05/2015.

ilegais que ingressam na União, a redução do número de mortes de imigrantes ilegais durante as tentativas de ingresso e o combate à criminalidade transfronteiriça³⁹.

Em comum as medidas adotadas pela UE até o momento têm o fato de objetivarem transformar as fronteiras externas em obstáculos intransponíveis. O controle de imigração, até então visto como um direito dos Estados soberanos, passa a receber forte influência da normativa comunitária, na medida em que se fortalece o ideal de cooperação entre os Membros da UE no controle de fronteiras externas.

Se, por um lado, boa parte daqueles que tentam ingressar no território europeu, de fato, é composta por indivíduos que objetivam trabalhar ilegalmente na Europa, por outro, muitos são vítimas de perseguição, com direito ao *status* de refugiados ou a alguma forma de proteção subsidiária.

Aos que alcançam as fronteiras europeias em busca de proteção, aplicasse o *non-refoulement*, restando vedado, portanto, a sua devolução ao local em que sofrem perseguição. A estes, deve ser dada a oportunidade de, ao menos, solicitar refúgio. O problema atual diz respeito àqueles que não conseguem alcançar o território europeu.

Sabedores de suas obrigações decorrentes do direito internacional dos refugiados, diversos Estados, não apenas os europeus, como demonstra o episódio envolvendo os rohingya no sudeste asiático, recorrem a medidas de interceptação e detecção de embarcações em alto mar, evitando, assim, que os potenciais solicitantes de refúgio alcancem as suas águas territoriais.

Nesse ponto, novamente relevante a operação Triton, coordenada pela Frontex no mediterrâneo. Ao contrário da operação *Mare Nostrum* considerada um sucesso humanitário pela Organização Internacional de Imigração, principalmente por quebrar o paradigma até então vigente de repulsão dos migrantes ilegais ao focar no resgate e na condução segura destes até o território italiano⁴⁰, a operação atual tem como foco principal a vigilância de fronteiras. A lógica da repulsão dos migrantes antes que estes alcancem o território europeu prevalece em relação à preocupação com a proteção destes.

De fato, a crescente preocupação com o controle das fronteiras externas, em especial com as operações realizadas fora do mar territorial e da zona contígua dos

³⁹ Regulamento (UE) n° 1052/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho

⁴⁰ Informação disponível em: <http://www.iom.int/news/iom-applauds-italys-life-saving-mare-nostrum-operation-not-migrant-pull-factor>. Acesso em 25/05/2015.

Estados-membros, visando impedir o ingresso de imigrantes e potenciais solicitantes de refúgio, resulta na adoção de procedimentos cada vez mais arriscados para alcançar o território europeu. Rotas mais arriscadas e embarcações ainda mais precárias e superlotadas levam a reiteração de tragédias no Mediterrâneo. Em abril de 2015, o naufrágio de um único pesqueiro repleto de imigrantes resultou em mais de 800 mortes na costa da Líbia⁴¹.

Além disso, o fato de não haver, no âmbito da UE, qualquer regulamentação clara em relação à proteção de direitos humanos em alto-mar, transformado em uma quase zona livre de direitos humanos, na qual a Convenção de 1951 não é obrigatoriamente respeitada, possibilita a entrega de potenciais solicitantes de refúgio a estados com histórico de violação generalizada de direitos humanos.

A principal crítica à política europeia no Mediterrâneo se baseia no fato de a repulsão de embarcações repletas de migrantes ser feita sem qualquer análise individual. Assim, não há como saber se, de fato, dentre os incontáveis indivíduos mandados de volta para o continente africano, há mercedores de proteção internacional.

Desta forma, seja pela harmonização problemática levada a cabo na UE, com a liberdade de criação de listas de Estados seguros, para os quais os imigrantes podem ser devolvidos, sem o conhecimento da solicitação de refúgio, seja pela política de controle de fronteiras externas, que tentam impedir, a todo custo, o ingresso de imigrantes no continente, a Europa se transformou em um destino quase inalcançável para os solicitantes de refúgio.

Nada que sequer se aproxime às medidas adotadas pelos EUA nos primeiros meses de 2016, com a suspensão, por ao menos 120 dias, de todo o já rigoroso programa norte-americano de admissão de refugiados⁴². O fator Trump, contudo, é merecedor de aprofundado estudo, que não deve ser feito em tempo real, sob pena de graves falhas metodológicas.

De toda forma, o Direito Internacional dos Refugiados, até então uma das grandes válvulas de escape para a população de Estados marginalizados sofre forte golpe neste início de século. Até que ponto será possível manter a ordem na

⁴¹ Informação disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/italia-resgatou-638-imigrantes-em-alto-mar-na-segunda.html>. Acesso em 25/05/2015.

⁴² <https://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/28/trump-immigration-ban-syria-muslims-reaction-lawsuits>

Sociedade Internacional com multidões fugindo de Estados em processo de destruição, como o sírio, e milhões apinhados em insalubres campos de concentração – pois isso que o são – para refugiados em Estados sem recursos econômicos ou vontade política para lidar com a crise?

3 O FECHAMENTO DAS PORTAS DO EUA PRÉ-TRUMP ANALISADA SOB A ÓTICA DO CASO KIOBEL VS. ROYAL DUTCH SHELL

Paralelamente ao desmonte do Direito Internacional dos Refugiados, uma outra alternativa para a defesa de grupos populacionais vulneráveis parece desaparecer. Neste ponto, analisaremos a decisão da *Supreme Court of the United States* (SCOTUS) no caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell*, proferida em 2013, após longos anos de jurisprudência em sentido oposto no âmbito dos tribunais inferiores, com especial atenção quanto à atuação de Estados estrangeiros em tentativa de frear o alcance da jurisdição norte-americana em questões envolvendo as grandes corporações multinacionais, bem como no impacto de tal decisão na sistemática de *forum shopping* em defesa dos direitos humanos.

No caso em destaque, um grupo de nigerianos, residentes à época dos fatos na região de Ogoniland, ingressaram em juízo nos Estados Unidos da América, quando já residentes no território deste, contra, dentre outros, a Royal Dutch Shell, companhia petrolífera anglo-neerlandesa, alegando que esta atuara em desconformidade com o direito internacional ao apoiar reiteradas violações de direitos humanos cometidas pelas forças armadas nigerianas durante repressão a protestos em Ogoniland. Em socorro à Royal Dutch Shell, embora afirmando atuar como terceiros neutros, compareceram o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, o Reino dos Países Baixos e a República Federal da Alemanha, todos manifestando preocupações com o exercício extraterritorial de jurisdição pelos Estados Unidos da América.

Parte do estado nigeriano de Rivers, Ogoniland está localizada na margem oriental do delta do rio Níger, com topografia bastante acidentada, contando, no ano de 2006, com população aproximada de 832.000 mil habitantes,

predominantemente da etnia Ogoni⁴³. A região de Ogoniland enfrenta, há muito, constantes crises sociais e ambientais relacionadas à exploração e à produção de petróleo na região do delta do Níger com consequências que perduram até a presente data, não obstante tenham sido as atividades petrolíferas suspensas na região no ano de 1993.

A exploração e produção de petróleo na região tiveram início na década de 1950 e continuaram pelas décadas seguintes, sempre conduzidas por Shell Petroleum Development Company (Nigeria) Ltd (SPDC), uma *joint venture* formada pela companhia estatal nigeriana Nigerian National Petroleum Company (NNPC), Shell International, Elf e Agip. No momento da cessação das atividades, havia 12 campos na região, com 116 poços perfurados, 89 completos e capacidade de escoamento de cerca de 185.000 barris diários⁴⁴.

Os problemas sociais e ambientais decorrentes das atividades petrolíferas desenvolvidas no período anterior à independência da Nigéria em 1960 permaneceram, sendo registrados constantes derramamentos de óleo, e culminaram na criação do Movimento pela Sobrevivência do Povo Ogoni. A atuação do grupo, que demandava maior autonomia política e participação nos resultados da produção, foi duramente reprimida pelo Estado nigeriano, com a eclosão de grande e persistente onda de violência, responsável pela cessação da exploração e produção em Ogoniland no ano de 1993.

Os autores⁴⁵ do processo analisado residiam em Ogoniland durante um dos períodos de violência mais marcantes, no qual, segundo a população local, o Exército nigeriano e a polícia local atacaram as vilas Ogoni, valendo-se de métodos claramente violadores de direitos humanos, como tortura e estupros em massa. Após tais

⁴³ United Nations Environment Programme, 2011, p. 22

⁴⁴ Idem, p.22

⁴⁵ Conforme informações disponíveis em <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/factsheet%3A-case-against-shell-0>, Karalolo Kogbara, ao reclamar da destruição de sua plantação por tropas estatais, foi baleado e perdeu um braço. Uebari N-nah foi baleado e morto por soldados próximo a uma instalação da SPCD. Owen Wiwa foi detido reiteradamente durante o ano de 1994 para evitar sua participação em protestos, sempre submetido à tortura. Michael Vizer foi preso por suas atividades políticas, tendo sua filha estuprada no momento da prisão, sendo submetido posteriormente a sessões de tortura e tendo seu filho preso e torturado quando tentou lhe entregar comida. Por fim, Ken Saro-Wiwa, John Kpuinen, Barinem Kiobel, Saturday Doobee, Daniel Gbokoo e Felix Nuate, cujos familiares integram o polo ativo da demanda, faziam parte dos chamados Nove Ogoni – os líderes do movimento de resistência Ogoni – tendo sido condenados à morte e executados em processo irregular, sem garantia de defesa, por homicídios cometidos pelo Estado em uma reunião da qual participaram.

episódios, os autores conseguiram fugir para os Estados Unidos da América, onde foram reconhecidos como refugiados.

Considerando que a grande repressão estatal, responsável pelas violações apontadas, objetivava a normalização da exploração e da produção de petróleo em Ogoniland pela SPCD, os autores ingressaram em juízo contra as suas controladoras Royal Dutch Petroleum Company (Royal Dutch), pessoa jurídica incorporada no Reino dos Países Baixos, e Shell Transport and Trading Company, p.l.c. (Shell), pessoa jurídica incorporada na Inglaterra, requerendo a responsabilização de ambas pelos atos praticados. Ressalte-se que, de acordo com as vítimas e com numerosas instituições de defesa aos direitos humanos, a participação da Shell foi considerável, com o desenvolvimento de estratégias de atuação das forças de repressão, pagamento de propinas para viabilizar tal atuação e até mesmo com a indicação de líderes que deveriam ser eliminados.⁴⁶

Os atos supostamente praticados pelos réus, em especial os relativos à tortura e aos homicídios, são objeto de farto material convencional, com grande destaque para o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁴⁷, que, em seu artigo 7º, 1, *a* e *f* define o homicídio e a tortura como Crimes contra a Humanidade, quando cometidos no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil. Resta saber se a gravidade de tais atos possibilitariam a atuação do Judiciário norte-americano, questão que se resolve com a análise da legislação e sobretudo da jurisprudência pertinente.

O parágrafo 1350 do Código dos Estados Unidos da América dispõe que as cortes distritais têm jurisdição original para qualquer ação cível intentada por estrangeiro, quando esta tiver como objeto a responsabilização civil por violação do direito internacional ou tratados firmados pelos Estados Unidos⁴⁸. Conhecido como *Alien Tort Statute*, tal dispositivo foi historicamente utilizado pelos tribunais norte-americanos para o exercício extraterritorial de sua jurisdição.

⁴⁶ Informação disponível em: <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/factsheet%3A-case-against-shell-0>

⁴⁷ Informação disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm

⁴⁸ The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.¹

Em *Filártiga v. Peña Irala*⁴⁹, familiares de jovem (Joelito Filártiga) torturado e morto pelo então Inspetor-Geral de Polícia de Assunção (Américo Norberto Peña Irala) durante o governo Stroessner ingressaram em juízo nos Estados Unidos da América requerendo reparação civil. No momento do ajuizamento, Dolly Filártiga, irmã da vítima, e o réu residiam em território norte-americano, apesar de o último encontrar-se em situação migratória irregular. A United States Court of Appeals, Second Circuit, reconheceu a possibilidade de exercício de jurisdição, afirmando que estrangeiros vítimas de graves violações de direitos humanos podem recorrer ao judiciário norte-americano desde que este tenha como exercer jurisdição sobre o réu, salientando, ainda, que a proteção contra a tortura constitui direito internacional costumeiro de elevada categoria.

Em *In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation*⁵⁰, a United States Court of Appeals, Ninth Circuit, igualmente reconheceu a possibilidade de exercício de jurisdição em caso envolvendo pedido de responsabilização civil formulado por nacional das Filipinas contra o ex-Presidente filipino Ferdinand Marcos, por atos de tortura cometido nas Filipinas.

Tais casos constituem os precedentes de maior relevância na jurisprudência norte-americana e, apesar de não terem sido submetidos à SCOTUS, foram objeto de aprovação desta quando do julgamento de *Sosa v. Alvarez-Machain*⁵¹.

Humberto Álvarez-Machain, nacional mexicano, fora extraído do território de seu país por um grupo de mercenários que o levou ao território dos EUA, onde foi submetido a julgamento – e absolvido - por suposta participação em homicídio de oficial do governo norte-americano. No caso em questão, discutia-se a responsabilidade civil dos indivíduos responsáveis por sua captura e remessa ilegal para o território dos EUA.

Em *Sosa v. Alvarez-Machain*, a SCOTUS, além de referir-se em aprovação aos casos *Filártigas* e *Marcos* analisados *supra*, definiu parâmetros razoavelmente objetivos para a existência de jurisdição norte-americana em casos envolvendo o

⁴⁹ Informação disponível em: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1-irala>

⁵⁰ Informação disponível em: http://www.law.com/jsp/ca/PubArticleCA.jsp?id=1202423436145&In_re_Estate_of_Ferdinand_E_Marcos_Human_Rights_Litigation&slreturn=20130913202128

⁵¹ Informação disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=sosa&url=/supct/html/03-339.ZS.html>

Alien Tort Statute, restringindo sua aplicação aos casos nos quais haja jurisdição sobre as pessoas envolvidas (por exemplo, com a residência do réu em território norte-americano) e a conduta ensejadora de responsabilização seja objeto de proibição clara pelo direito internacional, enquadrando-se dentre limitado rol de atos especialmente odiosos, como pirataria, tortura e genocídio. Ainda, a SCOTUS fez menção expressa à possibilidade de afastamento da jurisdição através do princípio aberto do *forum non conveniens*.

Os três casos analisados resumem de modo satisfatório o tratamento dado pelo Judiciário norte-americano, inclusive pela SCOTUS, à responsabilidade civil por atos praticados no exterior, com o reconhecimento expresso da existência de jurisdição, servindo até mesmo como um incentivo ao ajuizamento de ações do gênero nos EUA.

Importante destacar que o procedimento de fixação de jurisdição no *common law* norte-americano é duplo, com a divisão entre *subject matter jurisdiction* e *personal jurisdiction*. Ao contrário do que acontece em países do *civil law*, como o Brasil, no qual basta a presença de um dos elementos fixadores de jurisdição, nos EUA é imprescindível a existência da jurisdição sobre a matéria e sobre as pessoas para que um determinado caso possa ser efetivamente julgado. Assim, a jurisprudência sobre o *Alien Tort Estatute* deve ser entendida como relativa tão somente ao aspecto material da jurisdição, sendo necessária a análise caso a caso quanto ao aspecto subjetivo desta.

Fato é que, no momento do ajuizamento da ação por Kiobel e outros, todos os elementos presentes indicavam a existência de jurisdição *subject matter*, eis que a conduta ensejadora de reparação caracteriza-se como violadora dos mais básicos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, ante os reiterados episódios de tortura – física e psicológica – ocorridos em Ogoniland. A expectativa existente era de discussão tão somente quanto ao aspecto subjetivo, visto serem os réus pessoas jurídicas estrangeiras.

Neste sentido, a decisão da SCOTUS foi recebida com grande surpresa, não só pelas partes, mas pela grande maioria das instituições que militam na área dos direitos humanos. Não se trata, contudo, de mudança de posicionamento inexplicável, sendo evidente que a intervenção de Estados estrangeiros no feito e as

constante preocupação da SCOTUS com a repercussão de suas decisões na política internacional desempenharam papel fundamental nesta guinada.

Ante a grande repercussão do caso e a possibilidade de os Estados Unidos da América declararem ter jurisdição sobre violação de direitos humanos cometida no exterior por empresas estrangeiras contra nacionais de outros Estados, inúmeros entes, de especialistas em direito internacional a grandes multinacionais, se apresentaram como *amicus curiae*. Dessas intervenções, destacamos as realizadas pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e pelo Reino dos Países Baixos em conjunto e pela República Federal da Alemanha, por tratar-se de comparecimento de Estados ao judiciário estrangeiro.

O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e o Reino dos Países Baixos apresentaram manifestação em conjunto⁵² devido à peculiar estrutura societária da Royal Dutch Shell, p.l.c., empresa verdadeiramente binacional, principal ente do conglomerado que engloba, em última análise, a SPCD. Na manifestação conjunta, defendem que o direito internacional impõe a limitação do exercício de jurisdição extraterritorial pelos Estados, sendo que a tendência de alargamento jurisdicional identificada nos Estados Unidos representariam um relevante risco de conflito diplomático e até mesmo violação ao direito internacional.

Já a República Federal da Alemanha ingressou no feito como *amicus curiae*⁵³ manifestando-se contrariamente ao exercício extraterritorial de jurisdição pelos Estados Unidos da América, requerendo a adoção de interpretação restritiva do ATS, negando jurisdição e, por consequência, evitando gastos desnecessários aos réus. A Alemanha é firme, ainda, ao requerer que a SCOTUS leve em consideração o interesse de outros Estados em exercer jurisdição sobre seus próprios súditos e territórios, em especial em matéria de responsabilidade corporativa, sendo uma interpretação ampliativa do ATS, portanto, uma violação reflexa à soberania dos demais Estados envolvidos.

⁵²Informação disponível em:

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_neutralamcunetherlands-uk-greatbritain-andirelandgovs.authcheckdam.pdf

⁵³Informação disponível em:

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_respondentamcufederalrepublicofgermany.authcheckdam.pdf

Os três Estados afirmaram em diversos momentos repudiar condutas corporativas que resultassem em violação a direitos humanos, mas foram enfáticas ao defender a limitação da jurisdição norte-americana.

A SCOTUS entendeu por unanimidade não haver jurisdição para o julgamento do caso, mas houve divergência quanto aos fundamentos. Por maioria, decidiu que a presunção contra a extraterritorialidade das leis se estende ao *Alien Tort Statute* e que, na inexistência de elementos neste que indiquem a vontade do legislador de ver a sua aplicação extraterritorial, deve ser o seu teor entendido como não aplicável a fatos ocorridos no estrangeiro.

A decisão em *Kiobel* representa relevante mudança na jurisprudência norte-americana e, em primeira leitura, indica até mesmo uma interpretação contrária ao texto da lei. A linha argumentativa desenvolvida pelo Chief Justice Roberts, redator do voto vencedor, expõe os interesses existentes por trás de tão relevante mudança. Por outro lado, as críticas formuladas pelo Justice Breyer, cujo voto vencido foi acompanhado por três outros membros da SCOTUS, merecem análise, por apontar claramente as incongruências existentes entre a decisão da Corte e a jurisprudência histórica.

O Chief Justice Roberts, relator vencedor, delimitou a questão sob análise à possibilidade e aos limites do reconhecimento pelas Cortes norte-americanas do uso de uma grave violação do direito internacional levada a cabo em território sujeito a uma outra soberania como causa de pedir em uma ação movida nos EUA. A questão, assim, se limitaria à *subject matter jurisdiction*.

De acordo com o relator, o ATS, datado de 1789, fora invocado em poucas ocasiões desde então e, apesar de prever a jurisdição das cortes, não contém nenhuma causa de pedir específica. Assim, é necessário recorrer a outros instrumentos para definir quais causas de pedir seriam admissíveis, concluindo que, de acordo com a *common law*, estas seriam um número pequeno de graves violações ao direito internacional. Mesmo assim, as condutas em questão não poderiam ser praticadas no território sob a jurisdição de outro Estado, visto que conflitos entre soberanos devem ser evitados a todo custo.

Citando o caso *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, o relator afirma que, para a SCOTUS intervir no delicado campo das relações internacionais, deve haver uma

sinalização clara e inequívoca do Congresso de ser esta a sua intenção, não bastando o fornecimento de mecanismos aptos a viabilizar tal intervenção.

O relator afirma reiteradamente que o Judiciário deve ser extremamente cauteloso ao analisar causas sujeitas ao ATS, visto que as potenciais implicações políticas no âmbito internacional poderiam ser interpretadas como ingerência indevida no âmbito de atuação discricionária do Legislativo e do Executivo.

Para o relator, ao dispor que as cortes distritais terão jurisdição originária para quaisquer ações cíveis intentadas por estrangeiros cujo objeto seja pedido de responsabilidade civil decorrente de violação ao direito internacional ou a tratados firmados pelos Estados Unidos da América, o ATS não efetuou qualquer tipo de indicação quanto à sua aplicação extraterritorial, não obstante ter sido a legislação em questão adotada no contexto do combate à pirataria. Nesta, contudo, os atos seriam praticados no alto-mar, e não em território estrangeiro, não havendo qualquer similaridade com os fatos em análise.

Finalmente, o relator cita o Justice Story, um dos maiores expoentes do direito internacional norte-americano, em passagem de especial relevância simbólica, segundo o qual *“no nation has ever yet pretended to be the custos morum of the whole world...”*.

Justice Breyer abriu divergência no julgamento, concluindo pela existência de *subject matter jurisdiction*, mas pela ausência de *personal jurisdiction*, tendo sido acompanhado por Justice Ginsburg, Justice Sotomayor e Justice Kagan.

De acordo com o Justice Breyer, a própria natureza do ATS implica sua incidência extraterritorial, na medida em que, no momento de sua aprovação, teve como objetivo combater violações a salvo-condutos e aos direitos de embaixadores e pirataria. Considerando a necessidade de interpretação evolutiva do dispositivo, teria aplicação a todas as violações ao direito internacional cuja gravidade fosse equivalente à pirataria do século XVIII.

A partir do histórico do ATS, Justice Breyer afirma que haveria jurisdição dos EUA quando 1- o ato causador de dano ocorreu em território norte-americano, 2- o réu for nacional dos EUA, ou 3- a conduta do réu violar algum interesse relevante dos EUA, dentre os quais se incluiria a não caracterização dos EUA como um porto seguro para os grandes inimigos da humanidade. O referido magistrado critica

duramente a distinção feita pela SCOTUS entre atos de pirataria e atos praticados em território de outro Estado, eis que os navios, quando em alto-mar, encontram-se sujeitos à jurisdição do Estado que lhe deu bandeira.

Justice Breyer conclui que as violações a direitos humanos apontadas são violações ao direito internacional graves o bastante para atrair a jurisdição norte-americana, mas, por ser a presença dos réus nos EUA limitada a pequeno escritório em Nova Iorque destinado a divulgar informações a investidores da Bolsa de Valores local, não haveria jurisdição pessoal sob os réus.

O voto minoritário reflete a jurisprudência reiterada das cortes ordinárias e da própria SCOTUS, possuindo consistência interna e sistemática. Contudo, tal entendimento permitiria o ajuizamento de novas ações similares perante as Cortes Interamericanas, o que faria com que o claro objetivo almejado pela SCOTUS não fosse alcançado.

O exercício da jurisdição é um dos aspectos mais relevantes da soberania estatal, na medida em que resulta na imposição da vontade de um ente a particulares em uma relação hierárquica, na qual o soberano se põe claramente em uma posição de superioridade.

Como decorrência da hierarquização das relações jurisdicionais, temos a máxima do *par in parem non habet imperium*, brocardo representativo da imunidade de jurisdição do Estado, segundo o qual é defeso a um Estado soberano o exercício de jurisdição sobre outro Estado, e o princípio da territorialidade das leis e da jurisdição, impedindo que um Estado imponha a sua vontade sobre bens e pessoas localizadas em território sujeito a um outro ente soberano.

Fenômenos complexos da pós-modernidade, caracteriza sobretudo pelo constante fluxo de pessoas e capitais e com a diminuição da relevância prática das fronteiras nacionais, resultaram em um crescente caráter extraterritorial da legislação e do exercício de jurisdição pelos Estados, criando um crescente campo de conflito e de afirmação de poder pelos entes soberanos, em especial em áreas sensíveis como a atuação de transnacionais.

Se, em um primeiro momento, identificamos uma clara tendência do Judiciário norte-americano em oferecer o seu foro às mais diversas demandas, reconhecendo claro caráter extraterritorial às suas atividades, temos uma mudança

de paradigma com o julgamento do caso Kiobel, na medida em que a SCOTUS reconhece a relevância geopolítica do exercício de jurisdição e estabelece como critério claro para a extraterritorialidade a existência de manifestação do Executivo e do Legislativo neste sentido.

Não há dúvidas de que as manifestações contundentes de Estados relevantes no delicado jogo de poderes do mundo contemporâneo alertando quanto à possível ingerência indevida em campos que seriam de sua atribuição desempenhou papel relevante na mudança de entendimento da SCOTUS. Outra importante válvula de escape parece desaparecer.

4 RUMO À RUPTURA? – ALGUMAS CONCLUSÕES POSSÍVEIS

O século XXI é, até o momento, um século de crise, e a crise atual não é apenas econômica, tendo um forte componente humanitário. Se antes eram usados termos como conjuntura, encarada como uma transição dolorosa, mas necessária, visando alcançar nova fase de prosperidade, portanto com uma visão positiva dos momentos de dificuldade, atualmente não há perspectiva de solução, ao menos de médio prazo, para os problemas que assolam a sociedade internacional⁵⁴.

A proteção das vítimas de perseguição e dos que fogem de graves crises econômicas, antes intimamente ligada aos grandes conflitos ocorridos na Europa na primeira metade do século XX e à instabilidade política que os seguiu durante os anos da Guerra Fria, ganha novos contornos: a questão dos refugiados se globaliza, ante a expansão dos deslocamentos humanos em massa para o nível mundial, a intensificação dos esforços de assistência humanitária e a ampla cobertura de casos paradigmáticos pela mídia⁵⁵.

Se, em 1929, a grande crise mundial foi resolvida pela aplicação das teorias keynesianas, com pesado investimento estatal para criação de empregos, tal lógica não pode ser repetida pois os países afetados estão endividados demais e não têm condições para investir. Ademais, a crise atual é caracterizada pela combinação da

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.III.

aposta econômica internacional, incluindo a liberalização de fronteiras, e medidas tomadas para lidar com estas pelos Estados, com prejuízo relevante aos indivíduos⁵⁶.

A crise atual, ao contrário da de 1929, não encontrou um Estado tão forte como se imaginava. Apesar de terem sido os Estados Unidos da América a resgatar as instituições financeiras e evitar um propagado colapso econômico global, os Estados, como regra geral, não foram capazes de alterar de forma definitiva as circunstâncias que levaram à crise⁵⁷.

Não bastasse tal fato, a conjunção da profunda – e interminável - crise econômica com um aumento considerável no fluxo de migração forçada criou verdadeira bomba-relógio prestes a explodir.

O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte votou por deixar a União Europeia. Nos EUA, o discurso nacionalista, protecionista, xenófobo e misógino de Donald Trump venceu as eleições presidenciais. Na França, Marine Le Pen, por longo período, liderou as pesquisas eleitorais para as eleições presidenciais de 2017. A extrema-direita ganha força também no processo eleitoral do Reino dos Países Baixos. A África do Sul iniciou os procedimentos para deixar o Tribunal Penal Internacional. Os testes bélicos da Coreia do Norte se intensificaram.

A instabilidade geopolítica deixa os Estados em posição de grande insegurança, na medida em que o direito internacional, ainda mais que o direito interno, depende em larga escala da política. Paralelamente, o desmonte de diversas das válvulas de escape existentes aumentam a pressão sobre os Estados que recebem, mesmo que temporariamente, vítimas de graves violações de direitos humanos. Como prever o comportamento do Estado turco com mais de 2 milhões de refugiados em seu território?

Bismarck, líder do Segundo Reich alemão, afirmava que *“um chefe de Estado não pode criar nada por si mesmo. Deve esperar e escutar até ouvir os passos de Deus soando através dos eventos; então pular e agarrar a bainha de suas vestes”*⁵⁸. Em tempos de incertezas, como prever o que ouvirão os chefes de Estado?

O direito internacional, novamente em crise – e quando não o esteve? – não parece mais bastar para alcançar o seu principal fim: a manutenção da ordem e da

⁵⁶ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 27.

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 29.

⁵⁸ EVANS, Richard J. A chegada do Terceiro Reich. 3ª ed., São Paulo: Planeta, 2016.P.40

segurança. O caminho para longe da instabilidade é invariavelmente político – mas como alcança-lo em um momento em que os tomares de decisão não necessariamente são aqueles escolhidos para tanto e há forte clamor popular em sentidos completamente divergentes? Parece-nos altamente improvável que, seguindo os eventos o curso atual, possa a ordem jurídica internacional continuar dando respostas minimamente efetivas às questões que lhe são postas. A ruptura do sistema se aproxima.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, J. H. F. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, N. D.; ALMEIDA, G. A. D. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

ANDRADE, J. H. F. D. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996

ANDRADE, J.H.F. A política de proteção a refugiados da Organização das Nações Unidas – sua gênese no período pós-guerra (1946-1952). 2006. 327f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2006

ASPRONE, M. *Il diritto d'asilo e lo status di rifugiato*. Roma: Aracne, 2012

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Rio de Janeiro, Zahar
BRANDSCHEIDT, J. *Menschenrechtsverletzungen im Rahmen europäischer Flüchtlingspolitik am Beispiel Frontex*. Norderstedt: Grin Verlag, 2011

CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. *Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia*. Milão: Università Bocconi Editore, 2012

CARLIER, J.-Y. *Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits*. In: _____
Recueil des cours. Haia: [s.n.], v. 332, 2007

EVANS, Richard J. *A chegada do Terceiro Reich*. 3ª ed, São Paulo: Planeta, 2016.

HATHAWAY, J. C. *The rights of refugees under international law*. Cambridge: Cambridge Press, 2005

HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M. *The law of refugee status*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014

LOBO, M. T. C. *Manual de direito comunitário: 50 anos de integração*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007

LÖHR, T. *Schutz statt Abwehr: für ein Europa des Asyls*. Berlin: Verlag Klaus Wagenbach, 2010

MARRUS, M. R. *The unwanted: european refugees in the twentieth century*. New York: Oxford University Press, 1985

NOIRIEL, G. *Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle*. Paris: Pluriel, 2012

REED, John. *10 dias que abalaram o mundo*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009

UNHCR. *War's human cost: UNHCR Global Trends 2013*. Geneva: UNHCR, 2014.

UNHCR. *Global Trends : Forced displacement in 2015*. Geneva: UNHCR, 2016.

VIEIRA, L.R. *Refugiados ambientais: desafios à sua aceitação pelo direito internacional*. 2012. 203f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012