

# DOSSIÊ TEMÁTICO

## I RIBAMAR - Encontro Maranhense de Direito Internacional

““Em cismar sozinho à noite  
mais prazer encontro eu lá”,  
pela Praça João Lisboa,  
recitando o “Marabá”...  
Ao longo da Praia Grande...  
No botequim da Sinhá,  
tirando o gosto da pinga  
com frescos de cajá...  
Ouvindo, ao luar de prata,  
acordes de serenata,  
com trovador e com flauta  
com violão e ganzá.”.

"Não permita Deus que eu morra  
sem que eu volte para lá...  
“Sem que carregue, contrito,  
o andor de São Benedito,  
na bênção que ao povo aflito,  
em procissão, ele dá...  
Sem que inda prove pequi,  
cupuaçu, bacuri,  
cambica de murici  
e um bom arroz de cuchá!...”.

““Quero morrer, na verdade,  
na minha velha cidade,  
namorando a antiguidade,  
numa rede de algodão...  
Dando um adeus ao passado,  
um viva a Pedro II  
na melhor terra do mundo:  
— São Luís do Maranhão!”.

Fonte: Versos 10, 11 e 12 do poema "São Luís do Maranhão" de Martins D'Alvarez.  
[peregrinacultural.wordpress.com](http://peregrinacultural.wordpress.com)

# A SAÍDA DO REINO UNIDO DA UNIÃO EUROPEIA E A TEORIA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL<sup>1</sup>

## *BREXIT AND REGIONAL INTEGRATION THEORY*

**Palavras-chave:** União Europeia. Brexit. Integração regional.

**Keywords:** European Union. Brexit. Regional Integration.

### 1 INTRODUÇÃO

Uma das características mais notáveis do processo de integração europeia nos últimos anos é a busca por um maior adensamento político-institucional através da adoção de mecanismos constitucionais ou análogos. O entendimento predominante é que a adoção de uma constituição europeia é simples corolário da maturidade do processo de integração e que não representa ruptura com os marcos legais já existentes. No entanto, os debates que têm se sucedido desde a adoção do Tratado Constitucional de Roma em 2004, cuja rejeição em referendos nacionais impediu que entrasse em vigor, até as reformas introduzidas pelo Tratado de Lisboa em 2009, demonstram que a etapa de constitucionalização do bloco não é encarada com a naturalidade prevista. A resistência mais notável até o momento é o referendo

---

<sup>1</sup> Mariana Carneiro Corrêa Nascimento é bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Maranhão e estudante de Direito na Universidade Estadual do Maranhão e Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo é Doutorando em Direito pela UERJ, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1999) e Professor Assistente do Departamento de Direito, Economia e Contabilidade da Universidade Estadual do Maranhão. Jéssica de Pinho Silva é Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Maranhão.

britânico de 2016, no qual a maioria dos eleitores do Reino Unido optou pela retirada da União Europeia.

A retirada do Reino Unido, apelidado de *Brexit*, é um evento insólito, afinal, que nação, em sua consciência, optaria por deixar a União Europeia, o mais desenvolvido e bem-sucedido modelo de integração regional do planeta? A literatura produzida sobre o assunto revela perplexidade e atribui a ocorrência a um erro de estratégia do governo britânico, qual seja, chamar a opinar sobre matéria de tão grande relevância um eleitorado que não compreende adequadamente as consequências da decisão. Aqui, optou-se por uma abordagem distinta, nas páginas que seguem, vai-se tentar compreender a decisão dos cidadãos britânicos sob uma perspectiva empática, isto é, não como o erro de uma maioria ignorante, mas como a decisão razoável de uma comunidade política.

Desse modo, a ênfase volta-se menos para o entendimento sobre o movimento de integração e seu desenvolvimento ao longo dos anos, por meio de acordos de cooperação e complementação econômica, da regulação da movimentação de pessoas, mercadorias, serviços e capital, da busca por união econômica e monetária e da harmonização e unificação de normas jurídicas em diversas áreas. Ao invés, a atenção volta-se para capturar a situação peculiar do bloco europeu, bem-sucedido, mas em uma encruzilhada, pois não se sabe como o desenvolvimento e a expansão da União Europeia, a partir da adesão de novos países, acontecerão à longo prazo, tendo em vista o acontecimento de fenômenos recorrentes como o automatismo de aprofundamento do bloco e o distanciamento das decisões políticas no plano supranacional das decisões e opções no plano dos governos nacionais.

Optou-se por compreender as diferentes perspectivas que fundamentam ou tentam justificar o processo de integração europeu considerando as narrativas teóricas oferecidas pelo neofuncionalismo, pelo *liberal intergovernmentalism* e pelo institucionalismo. O neofuncionalismo retoma uma abordagem evolucionista do processo de integração, pelo qual cada etapa implementada abre lugar para novas etapas e reforça o aprofundamento do processo, assim como cada evolução parcial em algum segmento do processo catalisa avanços em outros setores; o *liberal*

*intergovernmentalism*, por sua vez, estuda a cooperação internacional a partir de fatores econômicos, de assimetrias de poderes interestatais e da compreensão da força que tem os compromissos adotados no processo de tomada de decisão dos Estados; já o institucionalismo atribui maior peso à atuação das instituições comunitárias dentro do processo de integração, colocando em relevo a premissa de que toda organização tende a replicar sua lógica interna, tendendo a expandir sua área de atuação, a ampliar sua estrutura normativa e seu aparato burocrático, e a adquirir crescente autonomia em relação aos atores e circunstâncias que levaram à sua criação.

Nesse diapasão, questiona-se quais as causas que levaram ao *Brexit*, pois há um paradoxo entre o evidente sucesso do processo de integração europeu e a retirada de um dos seus mais importantes membros. Acredita-se que o fator de fundo é a percepção do déficit democrático, isto é, o discernimento do distanciamento entre os centros de decisão europeus e os interesses nacionais, que tem sido uma crítica constante ao modelo de integração europeia, marcado por uma abordagem burocrática e tecnicista. Esse fator de fundo, ligado às pressões demográficas, econômicas e de segurança, que se tornaram mais prementes a partir desta década, levaram os cidadãos britânicos a optar pela saída. Em um contexto mais geral, essa mesma explicação elucidada a atual onda de resistência ao aprofundamento do processo de integração.

Investigou-se o assunto por meio de pesquisa documental e bibliográfica que levou a estruturação do artigo em três itens.

No primeiro momento faz-se referência ao processo de integração regional e apresenta-se uma abordagem mais clara que ajuda a entender esse processo a partir do contexto histórico de criação da União Europeia e da produção dos tratados que constituíram o bloco europeu. Assim foi possível apresentar o conceito do *spill-over* e relacioná-lo com a lógica do processo de integração.

Na segunda parte discute-se o conceito de integração regional para o *liberal intergovernmentalism*, a partir de uma variável singular, neste caso, as

negociações existentes entre os Estados membros do bloco e seu reflexo no processo de integração europeu. Ainda nessa etapa, acrescentou-se à discussão a atuação das instituições comunitárias como preponderante no desenvolvimento da integração regional europeia, visão defendida pelos institucionalistas.

O terceiro item traz para debate a análise do Tratado Constitucional de Roma, de 2004. Colocou-se essa questão no intuito de mostrar simultaneamente os avanços da integração regional europeia, suas limitações, e a existência de políticas voltadas para suprir as expectativas da tecnocracia; esta, frustrada pelos resultados dos referendos que foram utilizados com o objetivo de legitimar o texto constitucional do bloco europeu.

Portanto, a investigação conduz a concluir que o *Brexit* se deu por fatores contextuais relativos à perda de credibilidade da tecnocracia europeia que se refletiram na posição dos eleitores britânicos no referendo do *Brexit*. Assim, da ideia neofuncionalista de *spill-over*, passando pelas abordagens intergovernamental e institucionalista, a hipótese que se apresenta é a de que o *Brexit* é uma resposta ao automatismo que se tornou a tônica do atual estágio de desenvolvimento da União Europeia e a razão impulsionadora de seu aprofundamento. Dado que o processo deixa de ser visto como uma opção política e passa a ser tratado como uma complexa questão técnica, os cidadãos britânicos demonstraram a sua visão de que, independentemente das vantagens inerentes ao processo, ele passa necessariamente por uma decisão política soberana.

## 2 INTEGRAÇÃO REGIONAL E SPILL-OVER

Depois da criação das Comunidades Europeias na década de 1950, os momentos mais importantes na história do desenvolvimento institucional do processo de integração foram o Tratado de Fusão (adoção, doravante a., 1965, vigência, doravante v., 1967), o Ato Único Europeu (a.1986, v.1987) o Tratado de

Maastricht (a.1992, v.1993) e o Tratado de Lisboa (a.2007, v.2009). Deseja-se chamar atenção aqui para o caráter progressivo da integração europeia, que se tornou uma causa independente e autônoma em relação aos interesses nacionais conforme percebidos pelas forças políticas tradicionais, ao mesmo tempo em que se tornou um patrimônio político das instituições europeias supranacionais.

A existência dessa autonomia política foi considerada nas últimas décadas uma das razões do sucesso da integração europeia, que por conta da existência de instituições supranacionais conseguiu avançar a agenda da integração de maneira mais eficaz e menos sujeita às inflexões das políticas dos Estados nacionais. A hipótese que se lança aqui é que, justamente essa ferramenta de sucesso criou um abismo crescente entre os ideais integracionistas e as percepções políticas das populações do continente, o que acabou favorecendo o crescimento de movimentos contrários à integração.

As vantagens decorrentes de um processo de integração capaz de aprofundar-se segundo uma lógica própria (HAAS, 1958, p.16) e relativamente independente dos interesses dos Estados estava no cerne do conceito clássico de integração, formulado ainda na década de 1950 como sendo o processo por meio do qual atores políticos de várias configurações nacionais são persuadidos para mudar suas expectativas e atividades políticas em direção a um novo centro, cujas instituições possuem ou demandam jurisdição no lugar das pré-existentes, assim, o resultado do processo de integração política é uma nova comunidade política sobreposta às anteriores.

A história das comunidades europeias começa com a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Tratado de Paris, a.1951, v.1952) por Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. Essa comunidade pioneira na integração econômica do continente europeu em bases supranacionais contava com órgão executivo, chamado *High Authority*, Assembleia Parlamentar, Conselho de Ministros, Tribunal de Justiça e Comitê Consultivo. Desde o início, os Estados fundadores tinham o claro intento de constituir um projeto que se direcionava à criação de uma Federação Europeia, sendo o mercado comum de

carvão e aço um laboratório cujas experiências deveriam gradualmente estender-se a outras esferas da economia do continente. Nesse espírito, foram criadas posteriormente a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Tratados de Roma, a.1957, v.1958). Segundo a Convenção sobre Certas Instituições Comuns às Comunidades Europeias (EUROPEAN PARLIAMENT, 2016), assinada e ratificada junto com os Tratados de Roma, a Assembleia Parlamentar e o Tribunal de Justiça seriam comuns às três comunidades, dessa forma, apenas os órgãos executivos permaneceram separados até a celebração do Tratado de Fusão (a.1965, v.1967), que completou o processo de unificação das instituições comunitárias.

O Tratado de Fusão foi um dos eventos mais importantes para impulsionar e moldar o processo de integração europeu. No entanto, os entusiastas do processo de integração tinham de lidar, nos países membros, com as críticas ao processo de delegação de competências, que por vezes era percebido como uma indevida transferência de atribuições estatais a um corpo deliberativo externo e alheio às necessidades e prioridades de cada Estado. Note-se que a questão política da delegação de competências e o processo de obtenção de um processo de integração mais ágil desde o início competiu com as percepções mais nacionalistas acerca do fenômeno.

A oposição ao modo como vinha se desenvolvendo o processo de integração ganhou forma contundente com o posicionamento francês a partir de junho de 1965, no episódio que ficou conhecido como “crise da cadeira vazia”. Na ocasião, o então Presidente *Charles de Gaulle* afirmou que decisões tomadas por maioria, mesmo qualificada, não podiam ter lugar diante da oposição de um país membro em razão de interesses nacionais relevantes. A partir de então, a teoria da integração teve que acomodar também o estudo da lógica da diversidade e dos aspectos intergovernamentais da Comunidade. A prática da unanimidade (LAURSEN, 2008), adotada após o compromisso de Luxemburgo, em 1966, que solucionou o impasse, era criticada por retardar ou mesmo paralisar o processo de integração em certos pontos.

Por outro lado, pode-se afirmar que o compromisso de Luxemburgo representou o acerto político necessário para que o processo de fusão das instituições executivas comunitárias pudesse ocorrer. O que se nota é que, no plano supranacional, criou-se um impulso autônomo ao fortalecimento e aprofundamento da integração, de modo que se pode afirmar que as instituições supranacionais operam com uma lógica distinta da dos Estados, ou seja, os corpos governativos do processo de integração possuem uma agenda própria que por vezes é distinta dos interesses dos Estados. Assim, os posicionamentos estatais refratários ao aprofundamento de aspectos da integração, ou que pretendem resguardar a margem de manobra política dos Estados são encarados, do ponto de vista integracionista, como obstáculos a serem superados ou contornados, e não como deliberações soberanas que precisam ser incorporadas ao processo. Isso gera o déficit de legitimidade que é uma explicação possível para a decisão da maioria do eleitorado do Reino Unido pela retirada da União Europeia.

Exemplo dessa lógica de superação de obstáculos foi a adoção do *Single European Act* (a.1986, v.1987) que inseriu o *qualified majority voting*, como um expediente para completar o mercado interno. A votação por maioria qualificada substituiu a regra da unanimidade em quatro das competências então atribuídas à Comunidade: ajuste da tarifa externa comum; regras relativas à liberdade na prestação de serviços; normas relativas à livre movimentação de capital; ajustes na política comum de transporte aéreo e marítimo. O novo processo de votação era aplicável também a uma série de novas atribuições, incluindo políticas sociais, pesquisa e desenvolvimento tecnológico e política ambiental.

O principal objetivo do Ato Único era dar impulso ao processo de construção europeu, assim como completar o mercado interno. Tais metas eram difíceis de alcançar, devido aos tratados já existentes e ao processo de julgamento no Conselho da Europa, que impunha a unanimidade para a harmonização da legislação. Por conta disso, o Ato Único previu o aumento do número de casos em que o Conselho poderia decidir pelo *qualified majority voting* (EUROPEAN UNION, 1987) em vez do sistema de unanimidade. Isto facilitou o estabelecimento do mercado

interno, o processo de julgamento e evitou os frequentes atrasos inerentes à procura de um acordo unânime entre os doze Estados membros. Portanto, para consolidar o Mercado Único, não se fez mais necessário o voto de unanimidade, exceto para as medidas concernentes à taxaço, à livre circulação de pessoas e aos direitos e interesses dos trabalhadores.

Os procedimentos mais ágeis adotados no fim da década de 1990 viabilizaram o aprofundamento do processo de integração, cujo desenvolvimento conduziu naturalmente à próxima etapa: a criação de um ente político supranacional, diferenciado das Comunidades até então existentes e que consolidava as conquistas políticas e jurídicas até então alcançadas. Deve-se ressaltar que, na lógica integracionista, cada degrau escalado replica as conquistas já alcançadas e simultaneamente cria as condições e necessidades para que outros sejam superados.

Assim, o Tratado de Maastricht (EUROPEAN PARLIAMENT, 2016, a.1992, v.1993) criou a União Europeia com base em três pilares: as Comunidades Europeias; a Política Externa e de Segurança Comuns; a cooperação nos campos da justiça e assuntos domésticos. O primeiro pilar era mais fortemente influenciado por fatores supranacionais, ao passo que o segundo e o terceiro eram predominantemente intergovernamentais.

Quando as Comunidades Europeias se organizaram sobre os três pilares, o fizeram para acomodar a perspectiva transnacional e a perspectiva intergovernamental, de modo a permitir certo grau de controle dos Estados em relação a matérias sensíveis como política de segurança, diplomacia, assuntos domésticos e justiça.

O primeiro pilar (EUROPEAN UNION, 1993) consiste na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, na Comunidade Econômica Europeia e na Comunidade Europeia da Energia Atômica e diz respeito aos domínios em que os Estados Membros partilham a sua soberania através das instituições comunitárias. Neste contexto, aplica-se o processo conhecido como Método Comunitário, ou seja, uma

proposta da Comissão Europeia, a sua adoção pelo Conselho e o Parlamento Europeu e o controle do respeito comunitário pelo Tribunal de Justiça.

Já o segundo pilar (EUROPEAN UNION, 1993) estabelece a política externa e de segurança comum consagrado no título V do Tratado da União Europeia. Este artigo substitui as disposições do Ato Único Europeu e permite aos Estados Membros tomarem medidas conjuntas no domínio da política externa. Este pilar envolve um processo intergovernamental de tomada de decisões que depende em grande medida da unanimidade. A comissão e o Parlamento desempenham um papel modesto e o Tribunal de Justiça não tem voz neste domínio.

O terceiro pilar (EUROPEAN UNION, 1993) diz respeito à cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos, prevista no Título VI do Tratado da União Europeia. Espera-se que a União empreenda uma ação conjunta para oferecer aos cidadãos europeus um elevado nível de proteção no domínio da liberdade, da segurança e da justiça. O processo de tomada de decisão também é intergovernamental.

Em síntese, acentuando uma característica do Ato Único (EUROPEAN UNION, 1993) em seu tempo, o Tratado da União Europeia ampliou as hipóteses de votação por maioria qualificada no Conselho para cobrir a maioria das decisões no âmbito do processo de co-decisão e todas as decisões no âmbito do procedimento de cooperação.

Pelo exposto, confirma-se a lógica inerente ao processo de integração que Haas (1958) descreveu no final da década de 1950, segundo a qual a tendência da integração setorial é expandir-se para outros setores, num processo conhecido como *spill-over*. Nesse processo, é inútil tentar diferenciar a integração de setores da economia da integração econômica como um todo. Já naquela época, o processo era exemplificado pela Comunidade Europeia do Carvão e do Aço que, ao contribuir para um melhor arranjo dos agentes econômicos por ela beneficiados, simultaneamente propiciou a oportunidade de perceber e resolver questões relativas à criação de uma economia europeia integrada.

A experiência da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço foi importante para o desenho institucional do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, anos depois. E o mesmo ocorreu com o Ato Único Europeu ao final da década de 1980, que propiciou a etapa seguinte, de criação da União Europeia em 1992 e que deu azo às providências políticas no sentido da adoção de uma constituição europeia. A integração de setores da economia foi um primeiro passo rumo à completa integração econômica e um laboratório para determinar as medidas necessárias à obtenção desse desiderato

Portanto, é possível afirmar que o conceito de *spill-over* é o pressuposto fundamental para a crença dos neofuncionalistas de que a integração europeia é autossustentável, baseada na ideia de que passos iniciais em direção à integração desencadeiam dinâmicas econômicas e políticas endógenas que conduzem a uma maior cooperação. O *spill-over* (MORAVCSIK, 1993, p. 473-524) é uma forma de determinismo econômico baseado no advento de um mundo em que o tecnocrata tem se tornado a eminência parda de todo governo, tanto nacional como regional, ante a inevitabilidade do planejamento econômico levar em consideração o contexto regional em que atuam as economias modernas.

Assim, constata-se que o conceito de *spill-over* na teoria da integração regional é a explicação do processo por meio do qual os avanços em setores específicos impulsionam o avanço em setores correlatos e assim sucessivamente, de modo que cada etapa no processo é impulsionada por etapas anteriores e auxilia no desenvolvimento das etapas que se seguem. Como visto, essa perspectiva supõe o funcionamento e o aprofundamento automático do processo de integração, fenômeno que a história dos últimos setenta anos parece confirmar, mas que não apaga de todo o antagonismo por ele mesmo gerado ao ignorar as vozes dissonantes.

### **3 PERSPECTIVA INTERGOVERNAMENTAL**

A teoria intergovernamental (LAURSEN, 2008, p. 6-7) (*liberal intergovernmentalism*) explica a cooperação internacional por meio da consideração de três fatores: o fator econômico como determinante na definição dos interesses nacionais e não os interesses geopolíticos ou ideológicos; a assimetria na interdependência como fator determinante dos resultados nas barganhas interestatais, em vez da atuação proativa dos órgãos supranacionais; e a obtenção de compromissos mais consistentes como determinante na decisão de delegar a tomada de decisões ou de tomar decisões em conjunto, e não a convicção em uma ideologia federalista ou na eficácia de uma tecnocracia gerencial centralizada.

Essa visão constitui uma explicação tripartite sobre a integração europeia e é sintetizada por *Moravcsik* (MORAVCSIK, 2008, p. 168) que apresenta a perspectiva de que as decisões dos Estados membros têm força efetiva no processo de integração e/ou cooperação a partir do uso de mecanismos de negociação e se concentram na figura do representante do executivo dos próprios Estados em detrimento de escolhas que se baseiam em fatores ideológicos e/ou institucionais. As instituições, nesse caso, existem, segundo o intergovernamentalismo liberal, para garantir as decisões realizadas no âmbito dos acordos de cooperação internacional.

As causas profundas da integração europeia podem ser explicadas a partir de três campos de investigação: economia política, teoria de *Nash* e teoria de regimes. Justas, esses campos de investigação compõem uma abordagem da tomada de decisões pelo Estado a partir de uma visão intergovernamental liberal. Essa abordagem repousa na assunção de que os governos nacionais são atores que definem e buscam objetivos e que se envolvem em coordenação política com o objetivo de atingi-los e, simultaneamente, enfrentar desafios operacionais comuns. Dentro dessa abordagem, assume-se que os Estados se envolvem na cooperação internacional em três estágios (MORAVCSIK, 2008, p. 158-159): 1) formulação de preferências em resposta à interdependência política; 2) negociações interestatais para atingir soluções que permitam obter um equilíbrio ótimo dos interesses envolvidos e superar conflitos distributivos; 3) delegação ou agregação de soberania, por meio de instituições internacionais, para estender, implementar ou executar essas

negociações. Cada estágio da cooperação é explicado separadamente, por aportes distintos, o primeiro com teorias relativas a fatores específicos decorrentes da interdependência, o segundo com o emprego da teoria de negociação não-coercitiva de *Nash* (*Nash-bargaining theory*) e a terceira com teoria sobre regimes internacionais.

O resultado, em síntese, do processo de integração, em especial, do processo de integração da União Europeia é a institucionalização das relações internacionais como expõe *Moravcsik* (MORAVCSIK, 2008, p. 167) ao discutir sobre o processo de formulação da constituição europeia e a relação do texto constitucional com a criação de um Estado Europeu unificado, este integrado pela atuação direta do Parlamento Europeu e indiretamente pela atuação do Conselho. Fracassou a tentativa de aprovar uma constituição europeia, no entanto, ela foi obtida por meio de reformas.

Além do fortalecimento das estruturas do Parlamento e do Conselho, portanto, observa-se, recentemente, um movimento adicional, demorado, que se mantém por meio de reformas no interior de acordos internacionais vigentes como, por exemplo, as alterações feitas com o Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 2009. Percebe-se, com isso, a produção de um direito constitucional europeu mesmo que este conteúdo constitucional seja inserido na sociedade europeia por meio de reformas. Esse movimento de reformas operacionalizado pelo Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009) é decorrente do estágio atual do processo de integração europeu.

A visão do *liberal intergovernmentalism* (MORAVCSIK, 2008, p. 167), a partir de uma perspectiva mais crítica, analisa o processo de integração e a tendência ao seu aprofundamento no decorrer do tempo com base em mudanças já promovidas no passado. A crítica faz-se contra a convicção que é defendida pelo neofuncionalismo de que a expansão da União Europeia está ligada às preferências nacionais que, por sua vez, podem ser influenciadas por decisões pretéritas, já em vigor.

Também, de acordo com o intergovernamentalismo liberal, são postas em discussão outras críticas. Essas críticas evidenciam a crise da democracia no bloco europeu que retarda o processo de integração, pois há um limite no âmbito das decisões da União Europeia em virtude da adoção de diferentes políticas nacionais. Ademais, é analisado o poder de regulação das instituições europeias e o consequente enfraquecimento da participação popular.

A população europeia demonstra um anseio por resultados políticos mais concretos. Essa realidade põe em questão o que se conhece por déficit democrático. *Shimmitter* (*SHIMITTER*, 2000 apud *MORAVCSIK*, 2008, p. 179), por exemplo, acredita que a democracia europeia pode se fortalecer na medida em que as novas políticas do bloco abarquem áreas de maior interesse da população. Para *Moravcsikm* (2008, p. 178) as questões prioritárias para os cidadãos europeus são saúde, educação, seguridade social, tributação e ordem.

Ao cabo, na visão intergovernamental liberal, a adoção de cursos de ação no plano institucional é mais uma consequência de fatores econômicos, de assimetrias de poder e de busca por previsibilidade do que uma decorrência da atuação das instituições em si. Essa visão é questionada pelos institucionalistas.

A teoria institucionalista compartilha a perspectiva intergovernamental em relação às escolhas racionais, mas atribui maior peso à atuação das instituições comunitárias como vetores do processo de integração, principalmente porque estas recebem poderes delegados pelos Estados membros ou são o palco da tomada coletiva de decisões. Em ambos os casos, o papel institucional não pode ser menosprezado. No entanto, *Laursen* (*LAURSEN*, 2008, p. 7) afirma que no processo de tomada das grandes decisões, o papel das instituições comunitárias é limitado e o protagonismo cabe efetivamente aos Estados membros. Por outro lado, a importância das instituições comunitárias é bem maior no momento de implementar as decisões e compromissos alcançados.

O ideal de um Estado federado europeu, tendo em vista a lógica institucional, mostra o fenômeno do *spill-over* e suas implicações quanto ao

automatismo decorrente da aceitação do processo de integração que repercute, inclusive, na seara jurídica. Essa repercussão é vista, por exemplo, no reconhecimento do Estado de direito europeu representado pela Corte de Justiça Europeia. *Moravcsik* (2008, p. 170) retrata bem isso ao citar a atuação da Corte de Justiça Europeia na busca por jurisdição independente em relação às cortes nacionais. O poder da tecnocracia centralizada nas instituições que estruturam a União Europeia demanda não apenas o conhecimento de peculiaridades locais como também o entendimento das forças externas construídas pelas instituições supranacionais que se desenvolvem no continente europeu.

Nesse sentido, a partir do uso de tratados internacionais, que proporcionam certa autonomia a essas instituições, cresce a força resultante dessas entidades supranacionais na Europa que concentram seus poderes em uma elite tecnocrata (de especialistas). Por outro lado, há um movimento de construção de um direito europeu marcado pela barganha entre os Estados membros, uma vez que, estes negociam entre si sem abrir mão de suas soberanias. Segundo *Posner* (2017, p. 11) essa realidade impacta na proposta de uniformidade e na força do direito europeu.

Quando *Posner* (2017, p. 11) expõe sobre a crise que denuncia o modelo de sociedade europeia, integrada por meio de um bloco regional, o autor faz referência ao nível de globalização que centraliza o poder político em proporções elevadas, concentrado em uma cidade ou mesmo em um grupo de nações. Essa ideia pode ser utilizada para entender a tentativa de aprovação do texto constitucional europeu, pois este uniria ainda mais a Europa, ao menos formalmente, e conseqüentemente seriam aplicadas políticas que abarcariam todo o bloco. Existem, entretanto, momentos de centralização de poder e momentos de descentralização de poder que refletem em um enfraquecimento dos centros onde esse poder está concentrado. Esse processo caracterizado pelas diversas manifestações de cooperação internacional também é resultante de sua ampla divulgação realizada e acreditada pela tecnocracia, servos inconscientes de poder. Esse inconsciente de poder nos remete à ideia de automatismo, quanto às decisões políticas estabelecidas no plano supranacional.

A sistemática de atuação das instituições europeias supranacionais reverberou, portanto, na construção do Acordo Constitucional Europeu. Quando este não conseguiu o apoio local suficiente para sua aprovação, veio a decisão de contornar a falta de apoio dos eleitores por meio do Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009), que foi o instrumento utilizado para reformar os Tratados já vigentes e com isso dar continuidade ao processo de integração. No entanto, os críticos apontaram a manobra como ilegítima e reveladora dos perigos inerentes à existência de um processo de integração impulsionado por uma lógica autônoma e impermeável ao posicionamento dos cidadãos europeus, ou, pior que isso, uma lógica incompatível com a própria existência de cidadãos europeus.

#### **4 O TRATADO CONSTITUCIONAL DE ROMA**

As discussões envolvendo a aprovação do Tratado Constitucional da Europa foram um teste para as abordagens teóricas acerca da integração. O tratado não foi aprovado em vários países importantes e nunca foi ratificado. No entanto, as instâncias supranacionais da União Europeia encontraram alternativas para aprovar mudanças em seus tratados constitutivos e colocar em vigor substancialmente as normas contidas na proposta rejeitada.

A proposta original consistia em um tratado para estabelecer uma Constituição, que deveria substituir os tratados que deram origem à União Europeia. A Constituição (EUROPEAN UNION, 2009) foi assinada em Roma em 29 de outubro de 2004, mas não chegou a entrar em vigor, pois era necessário que a mesma fosse ratificada por todos os países da União. Diversos países (Reino Unido, Dinamarca, França, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Espanha e Portugal) propuseram-se a submeter a decisão ao referendo de seus cidadãos.

A Espanha optou pelo sim em fevereiro de 2005, com 76% de votos a favor (BBC NEWS, 2007). No final de maio de 2005, a França rejeitou a Constituição, com

55% de votos contrários à ratificação. No início de junho foi a vez dos Países Baixos dizerem não em 61% dos votos. Com isso, os demais países adiaram indefinidamente ou cancelaram seus referendos.

A razão da rejeição provavelmente foi o peso simbólico do termo constituição, apesar de o tratado trazer poucas novidades e muito mais afirmar práticas já consolidadas no correr do processo de integração. A falta de entendimento entre os países membros e a falta da maioria de votos necessária para a aprovação do tratado, como visto na França e nos Países Baixos são reflexos da relação existente entre o modelo de democracia direta e o modelo de integração europeu. As justificativas mais comuns da população desses países, França e Países Baixos, para o voto contra o texto constitucional apoiaram-se nas altas taxas de desemprego (que aumentam o sentimento nacionalista) e na falta de maior conhecimento sobre o Tratado Constitucional, respectivamente. Vale acrescentar que o texto constitucional não buscou alcançar áreas como política de segurança e de defesa tidas como áreas de *high politics* (LAURSEN, 2008, p. 12-16).

Em seguida à rejeição ao Tratado Constitucional, de 2004, os políticos favoráveis à proposta buscaram uma forma de contornar os resultados dos referendos ou mesmo sua não realização, surgindo então a opção de emendar os tratados que criaram a União Europeia (MASSTRICHT, a.1992, v.1993) e o tratado que criou a Comunidade Econômica Europeia (ROMA, a.1957, v.1958) e de tornar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia vinculante. Essas práticas foram reforçadas por meio da maior atuação do Parlamento após o “fracasso” do referendo e por meio do uso de votação por maioria qualificada nas deliberações da União Europeia, o que aumenta a hipótese de distanciamento entre a esfera institucional e a participação da população dos países membros.

Com a opção das reformas, em dezembro de 2007, foi assinado o Tratado de Lisboa que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009 e emendou o Tratado da União Europeia e o Tratado da Comunidade Econômica Europeia. As mudanças introduzidas (EUROPEAN UNION, 2009) corresponderam à necessidade de reformar a estrutura da União Europeia, em vista de seu crescente número de Estados, bem

como redefiniu e fortificou as ações no nível europeu, ou seja, no plano das instituições supranacionais.

A utilização dos referendos no processo de constitucionalização da União Europeia e as frequentes deliberações parlamentares durante esse processo com o uso, inclusive, de reformas a partir de instrumentos de política internacional, neste caso, os tratados, revela o poder de delegação cada vez mais aparente na democracia europeia. Essas características peculiares do que se conhece no âmbito dos processos de integração geram questionamentos naquilo que se tem discutido sobre o poder nacional dos Estados membros e o poder supranacional das instituições.

Coloca-se aqui, em situação de difícil solução, o modelo de integração europeu e suas constantes reformas que datam desde o Ato Único Europeu (a. 1986, v. 1987) até o Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009). Nesse contexto, observa-se que situações como a negativa da proposta do Tratado Constitucional Europeu e a atuação das instituições supranacionais revelam uma União Europeia marcada pelo déficit democrático impulsionado pelo estágio de desenvolvimento atual do processo de integração europeu. As recentes reformas, por exemplo, podem ser tidas como consequência dos resultados dos referendos que estiveram na contramão do que a tecnocracia esperava da democracia europeia.

A tentativa de contornar o resultado dos referendos por meio do Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009) é um fator que pode ter gerado o descontentamento do cidadão europeu com a tecnocracia europeia e conseqüentemente ter motivado o evento do *Brexit*, por exemplo. Vale mencionar que, no processo de ratificação do texto constitucional pelos Estados membros, o Reino Unido optou por não realizar o referendo, uma vez que, para eles não fazia mais sentido, pois a França e os Países Baixos votaram pelo “não”.

Em seguida, veio o Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009) na tentativa de dar continuidade à expansão e ao fortalecimento do bloco europeu, porém o resultado foi diferente do esperado, pois o que se observou foi o fortalecimento dos que apoiavam a saída do Reino Unido da União Europeia. Deve-se ressaltar que

desde a adesão à Comunidade Econômica Europeia o Reino Unido valeu-se mais uma vez do referendo para decidir sobre sua permanência no bloco. Após o fracasso dos referendos e a adesão do Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009), o governo do Reino Unido decidiu fazer nova consulta à população e dessa vez o resultado foi diferente, optou-se por sua retirada. Atualmente, o *Brexit* passa por um processo de negociação que tem gerado bastante discussão sobre o futuro do bloco europeu.

A intenção de deixar o bloco europeu com base no artigo 50 do Tratado da União Europeia ganhou impulso com o resultado democrático do referendo, após vitória pela saída do Reino Unido, como já citado. O referido artigo foi mencionado nesse processo de retirada do bloco regional europeu, porém, como o fato é inédito nas teorias da integração, esse instituto ainda não foi testado e em consequência disso seu procedimento ainda é passível de questionamentos, uma vez que, o artigo 50 é apenas um permissivo, no qual destaca a necessidade de um período de negociações para validar esse processo.

As especulações são diversas, tanto para uma saída tranquila quanto para um *hard Brexit*. Em decorrência do amadurecimento do bloco europeu muitas relações se fortaleceram, dentre elas o comércio, é o que aponta Basedow ao exemplificar que 12% (BASEDOW, 2017, p. 6). do PIB do Reino Unido resulta de exportações para os demais estados da União Europeia. Com base nisso, acredita-se que as relações que se manterão entre Reino Unido e União Europeia serão estabelecidas a favor da manutenção do Acordo da Comunidade Econômica Europeia, com ênfase para algumas restrições em nível de circulação de pessoas no que tange às *high politics*, a partir das políticas externas de segurança e de defesa. Em relação às questões jurídicas, muito do que se debate gira em torno da independência de jurisdição e não vinculação às decisões da Corte de Justiça Europeia, já que o escopo é dar preferência ao Direito Britânico, no qual o Direito da Comunidade Europeia seria suplementar.

Tem-se discutido muito no âmbito das teorias da integração, a partir dos recentes acontecimentos datados deste século, desde o Tratado Constitucional de Roma, de 2004, até as posteriores alterações feitas pelo Tratado de Lisboa (a. 2007,

v. 2009), a realização de possíveis emendas aos Acordos da Comunidade Europeia no decorrer das negociações do *Brexit* e a eficácia dessas alterações dentro do Direito Britânico. Propostas têm sido lançadas e já foram anunciadas pela primeira ministra *May* quanto às reparações no campo jurídico. O que se percebe é um movimento de proteção ao direito nacional em detrimento do direito comunitário dando-se maior ênfase para a jurisdição das Cortes Nacionais.

Esse cenário traz à tona as discussões acerca da Soberania dos Estados. Fatores como o afastamento da Corte de Justiça Europeia e conseqüentemente a maior liberdade do direito interno no que diz respeito às jurisdições dos Estados membros, neste caso do Reino Unido, reforça o que foi desenvolvido ao longo deste trabalho acerca do grau de reprovabilidade das instituições supranacionais europeias mediante a opinião pública, visto no resultado dos referendos do Tratado de Roma, de 2004, e do referendo de 2016 sobre o *Brexit*. Percebe-se com isso a existência de uma crise política e institucional que teve como consequência o fenômeno inédito dentro das Relações Internacionais, a saída de membros da União Europeia, bloco que até então era reconhecido como modelo de integração regional.

## 5 CONCLUSÃO

Aos críticos da União Europeia não passou despercebida a manobra para introduzir, por meio de emendas, mudanças que foram substancialmente rejeitadas pelas populações de alguns países. Evidentemente, isso reacendeu as velhas críticas quanto ao déficit democrático na União Europeia, pois o processo de integração do bloco tem se destacado pela atuação independente e autônoma de suas instituições que nas tomadas de decisão divergem em grande parte dos interesses nacionais, ou quando não, simplesmente os ignoram ou falham em considerar adequadamente as preocupações e inseguranças dos cidadãos dos países membros. Assim, eventos como o *Brexit* indicam o momento de crise pelo qual vem passando o bloco europeu.

Nota-se que há um déficit de legitimidade ocasionado pelo distanciamento entre os interesses nacionais e os interesses de origem supranacional. As reformas, por exemplo, têm servido de instrumento capaz de proteger o processo de integração europeu independentemente dos interesses locais. Convém colocar aqui o seguinte questionamento: em que medida é sustentável a atuação do poder supranacional tendo em vista o descontentamento crescente dos nacionais? Para tentar responder as perguntas que surgem sobre o processo de integração europeu é importante levar em conta algumas teorias.

Os neofuncionalistas veem o modelo de integração com base no fenômeno do *spill-over* que segundo eles é capaz de manter o processo de integração europeu a partir da dinâmica interna da economia e da política. Por outro lado, os liberais intergovernamentalistas consideram, além dos fatores econômicos e políticos, as diferenças existentes entre os Estados membros como determinantes no processo de barganha interestatal. Além dessas duas perspectivas teóricas existe também a visão institucionalista que defende o poder de atuação das instituições comunitárias como determinante no desenvolvimento do bloco.

Dessas visões teóricas pode-se constatar a existência de um debate acerca do peso a ser atribuído às questões locais. A visão predominante, em relação a isso, é a de que o processo de integração é um bem em si mesmo, auto justificável e cujo progresso se dá independentemente de considerações de países isolados, que normalmente são atribuídos à incapacidade dos leigos de entender os benefícios da integração. Em que pese a verdade que possa haver nessa relação entre os especialistas e os leigos, deve-se considerar também que esses leigos são cidadãos, eleitores, e que suas dúvidas não são simplesmente uma questão de irremediável aversão ao futuro ou ignorância a ser desdenhada pelos tecnocratas europeus.

Ao contrário, as resistências existentes ao processo de integração europeu, que são também, em certo grau, as resistências a outros processos de integração regional ao redor do mundo, devem chamar atenção para a necessidade de promover maior discussão sobre o desenvolvimento e o aprofundamento dos processos de integração, considerando com respeito e cautelosa atenção às dúvidas e receios das

populações envolvidas. A tentativa de contornar a oposição das massas ignorantes por meio de manobras jurídicas só reforça a desconfiança em relação à condução do processo e aumenta a resistência à tutela que parecem desejar impor os tecnocratas sobre as nações que se envolvem na regionalização.

No entanto, esses sinais de alerta são frequentemente ignorados pelos estudiosos da matéria e pelos profissionais envolvidos na gestão dos processos de integração. O que se percebe na prática, e mesmo após a dramática sinalização que é o *Brexit*, é que a opção primordial dos gestores e especialistas em integração é apostar nas alternativas fornecidas pela política das instituições comunitárias, em detrimento das possibilidades de construir soluções que realmente considerem as visões e preocupações nacionais.

Essa opção é exemplificada pelo Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009), que representa o tipo de manobra que se prefere utilizar para acelerar, preservar e aprofundar os processos de integração regional, sempre percebendo as eventuais resistências como um lamentável fruto da desinformação, a ser vencido pela apresentação do processo como um fato consumado e uma questão de natureza técnica, a salvo do pântano das decisões políticas sujeitas à participação popular.

## REFERÊNCIAS

BASEDOW, Jürgen (2017). BREXIT and business law. *China-EU Law Journal (CELJ)*, v. 5, n. 3, p. 101-118, Mar. 2017, DOI: 10.1007/s12689-017-0075-1; *Max Planck Private Law Research Paper*, n. 17/1. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2889218>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BBC NEWS (2007). *EU Constitution: where member States stand* (Europe, Sunday, 25 March 2007). Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3954327.stm>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

EUROPEAN PARLIAMENT (2016). *Fact Sheets on the European Union: The First Treaties*. Disponível em:

<[http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_1.1.1.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.1.html)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

EUROPEAN UNION (1987). *The Single European Act*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1467647646929&uri=URISERV:xy0027>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

\_\_\_\_\_ (1993). *Treaty of Maastricht*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:xy0026>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

\_\_\_\_\_ (2009). *Treaty of Lisbon: Introduction*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=celex:12007L/TXT>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

HAAS, Ernst B (1958). *The Uniting of Europe: political, social, and economical forces, 1950-1957*. Stanford: Stanford University, 1958. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/100books/file/EN-H-BW-0038-The-uniting-of-Europe.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

LAURSEN, Finn (2008). *Theory and Practice of Regional Integration. Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series*, v. 8, n. 3, Fev. 2008. Disponível em: Disponível em: <<http://aei.pitt.edu/8219/1/LaursenLongSymposo8RegIntegedi.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

MORAVCSIK, Andrew (1993). Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach. *Journal of Common Market Studies*, v. 31, n. 4, Dec. 1993, p. 473-524.

\_\_\_\_\_ (2008). The European Constitutional Settlement. *The World Economy*, v. 31, n. 1, p. 157-182, Jan. 2008. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/settlement.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

MORAVCSIK, Andrew; SCHIMMELFENNIG, Frank. *Liberal Intergovernmentalism*.

Disponível em:

<<http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/intergovernmentalism.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

256

POSNER, A. Eric (2017). Liberal Internationalism and the Populist Backlash. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 606, Jan. 2017. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=2898357>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

***PAR IN PAREM NON HABET IMPERIUM: DIREITO  
INTERNACIONAL COSTUMEIRO COMO FONTE  
CONTEMPORÂNEA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS  
ESTADOS***<sup>1</sup>

***PAR IN PAREM NON HABET IMPERIUM: customary international law as  
the contemporary source of State immunity***

**Palavras chave:** Imunidade de jurisdição. Schooner Exchange. Alemanha *versus* Itália. Costume internacional. Fontes do direito internacional.

**Keywords:** State immunity. Schooner Exchange. Germany *versus* Italy. International custom. Sources of international law.

## **1 INTRODUÇÃO**

A imunidade de jurisdição de Estado é um fenômeno que traz, em sua essência, um arcabouço de cunho medieval, abarcado, posteriormente, pelos traços absolutistas realçados no período moderno, perpassando e assinalando seu traçado evolutivo até os tempos hodiernos, sedimentando as suas normas no direito internacional costumeiro.

Através do presente, demonstra-se, em princípio, a origem moderna do instituto através do julgamento do caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*, determinante para que se aclarassem os primeiros contornos da imunidade jurisdicional bem como a distinção de direitos conferidos a certos indivíduos e a inviolabilidade da pessoa do soberano, visão de

---

<sup>1</sup> Yasmin Salman Magioli é graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo é Doutorando em Direito pela UERJ, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1999) e Professor Assistente do Departamento de Direito, Economia e Contabilidade da Universidade Estadual do Maranhão.

índole acertadamente antropomórfica que, posteriormente, daria lugar a uma perspectiva do Estado enquanto ente provedor de serviços públicos.

Além desse *leading case*, dá-se a devida atenção à evolução da imunidade de jurisdição estatal tomando por base seu fundamento inaugural, denominado *par in parem non habet imperium*, garantidor da soberania e altivez dos Estados à época do poder absoluto e da igualdade entre os entes em voga, tendo por consequência lógica uma obrigação jurídica internacional.

Outrossim, debate-se acerca da recepção da doutrina restritiva pelo ordenamento jurídico brasileiro. Na oportunidade, avoca-se a distinção entre atos de império e atos de gestão bem como suas configurações para a existência de uma imunidade relativizada. Da mesma forma, o histórico da imunidade de jurisdição de Estado no direito pátrio e elementos jurisprudenciais que moldam a atividade do instituto nos dias atuais.

Por fim, através do percurso evolutivo delineado, trata-se da imunidade de jurisdição estatal em consonância com o direito costumeiro internacional e seu influxo enquanto fundamento contemporâneo do instituto, analisando a matéria através da percepção de Madruga Filho, de 2003, bem como da sentença proferida no caso Alemanha vs. Itália, em 2012.

Busca-se demonstrar a dinâmica da ordem internacional por meio do trajeto da imunidade de jurisdição dos Estados, como, também, o propósito de atender a demandas advindas da sociedade, determinando, outrossim, a evolução normativa, por assim dizer, em um espaço temporal e social em que confluem as expectativas dos países em relação ao respeito à sua soberania e às suas prerrogativas, bem como as demandas por justiça dos indivíduos em busca da proteção de seus direitos.

## **2 ORIGEM MODERNA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO**

A imunidade de jurisdição se originou da existência de indivíduos que, por sua posição hierárquica ou pela função que ocupavam, encontravam-se fora do alcance da lei. Essa regra, no contexto da formação dos Estados, ficou conhecida como *par in parem non habet iudicium* e esteve, em princípio, ligada à própria pessoa do soberano absolutista, que não podia ser submetido a julgamento e também se beneficiava da presunção de que não podia cometer atos ilícitos, uma vez que era a origem da própria legislação, daí a expressão *the king can do no wrong*. Com o

avancar da doutrina do Estado, a soberania deixou de ser um atributo pessoal do rei ou uma emanção de seu poder, e a imunidade jurisdicional passou a ser encarada como uma necessidade relacionada ao exercício de funções oficiais (SOARES, 2001, p. 10-11).

Note-se que essa passagem de atributo pessoal para salvaguarda de funções oficiais explica o caráter absoluto que a imunidade de jurisdição apresentou em seus primórdios, mas também permite compreender como se originou a distinção posterior a partir da qual se formou a doutrina restritiva da imunidade jurisdicional. Essa evolução guarda paralelo com a própria transformação na noção de soberania, que deixou de ser um atributo pessoal dos monarcas no contexto do processo de formação dos Estados e tornou-se um atributo do povo organizado politicamente, ou seja, soberania popular. Essa concepção de soberania popular permitiu articular os Estados constitucionais e a ideia de limitação do poder, submetendo os governantes à lógica do interesse público. Com isso, tornou-se também possível distinguir entre os diversos tipos de atos que, não só da parte do governante como também da parte dos agentes públicos, poderiam ser praticados, abrigando-se sob as prerrogativas dos poderes da administração pública aqueles praticados no interesse da coletividade e restando os demais sob a regência do direito que regia as relações privadas, de natureza pessoal, contratual ou real.

Essa preocupação do juiz do foro com a caracterização da atividade oficial do Estado estrangeiro estava presente na primeira decisão sobre a matéria, a qual a Suprema Corte dos Estados Unidos prolatou em 24 de fevereiro de 1812, no julgamento do caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*, que dizia respeito a uma embarcação de bandeira americana, pertencente a particulares norte-americanos que, em jurisdição francesa, foi requisitada para utilização pela marinha de guerra daquele país. Tempos depois, devido a avarias, a mesma, já sob o pavilhão da França, foi obrigada a aportar nos Estados Unidos, momento em que seus antigos proprietários solicitaram à justiça que seu patrimônio fosse restituído. Na oportunidade, o juiz *Marshall* afirmou que a jurisdição territorial soberana é necessariamente exclusiva e absoluta e que qualquer exceção ao exercício desse poder só pode ser legitimada pelo consentimento do próprio Estado que é dele titular. Esse

consentimento é fonte de obrigações que podem ser verificadas através da prática comum das nações e da opinião comum dela decorrente e não pode ser retirado subitamente ou sem aviso prévio sob pena de violação da confiança depositada no Estado (UNITED STATES, 1812, §§ 2-3, 18-23).

A partir dessas considerações *Marshall* passou a analisar as hipóteses existentes na época em que os Estados haviam renunciado ao exercício de sua jurisdição territorial. Procedendo por analogia, o magistrado elencou a imunidade jurisdicional do próprio soberano, a de seus representantes diplomáticos e as que seriam atribuíveis às forças armadas e procurou determinar em que medida a situação do *Exchange* se aproximaria dessas hipóteses. Assim, desde o início, a doutrina das imunidades jurisdicionais foi construída como uma obrigação decorrente da igualdade soberana dos Estados, baseada em consentimento expresso ou tácito, que poderia ser verificada na prática internacional e cuja violação seria contrária à boa-fé.

Em relação especificamente ao soberano estrangeiro, *Marshall* afirmou que o exercício de poder jurisdicional do foro sobre um soberano estrangeiro e seus direitos seria um exercício de poder extraterritorial, do qual o Estado não seria juridicamente capaz. Essa noção explica a ficção, agora em desuso, de que embaixadas estrangeiras constituiriam território de seu país de origem e que seria essa a justificativa de suas prerrogativas. Outro ponto a destacar é a não submissão entre soberanos e a obrigação de cada um deles de preservar a dignidade de seu Estado, não se colocando aos direitos soberanos do Estado, em posição de submissão à jurisdição de outrem. Dessa forma, concluiu o magistrado, só se poderia supor que um soberano adentrasse o território de outro mediante uma licença expressa ou confiando que o foro estenderia a ele as imunidades reconhecidas a seu Estado (UNITED STATES, 1812, § 24).

Em seguida, *Marshall*, partindo do princípio da perfeita igualdade e absoluta independência das soberanias e destacando os interesses em comum que as levaram a estabelecer toda a sorte de intercâmbios, afirmou que tais elementos originaram uma série de hipóteses nas quais era possível assumir que as mesmas abriram mão do exercício de uma parcela de sua jurisdição territorial exclusiva, em

benefício da dignidade umas das outras. Tais hipóteses incluiriam a imunidade jurisdicional e a inviolabilidade da pessoa do soberano à prisão ou detenção em território estrangeiro, aplicando-se as mesmas prerrogativas, por extensão, aos dignitários representando aquela soberania; algo semelhante sucederia quando uma soberania permitisse a passagem de forças militares estrangeiras por seus domínios, com a ressalva de que a presunção de permissão concedida a estrangeiros de adentrar nos domínios de uma potência amiga não se aplicaria nesse caso (UNITED STATES, 1812, §§ 25-40).

Continuando o arazoado, *Marshall* distinguiu entre exércitos e navios de guerra, considerando que a restrição ao ingresso dos primeiros no território de uma potência amiga não era aplicável aos últimos, pois os riscos e danos geralmente associados à presença de um exército em território povoado não se apresentaria quando se tratasse da admissão de um navio de guerra em um porto amigo. Dessa forma, admitia-se, em geral, a aplicação de critérios distintos para os diferentes tipos de forças militares, no caso, se um Estado decidisse proibir o acesso de navios de guerra estrangeiros a todos os seus portos ou a algum deles em particular, ou se essa proibição fosse destinada a todas as nações ou a alguma delas em particular, a praxe era que fosse dada notícia dessa determinação, do contrário, presumia-se o livre acesso aos portos de navios de guerra de nações amigas e, com ela, as respectivas imunidades jurisdicionais (UNITED STATES, 1812, § 41).

Segundo *Marshall*, também era necessário distinguir entre os direitos conferidos à indivíduos ou navios mercantes e aqueles conferidos a navios de guerra. Recordando que era o soberano local quem consentia com o estabelecimento de isenções à jurisdição territorial, o magistrado registrou que era obviamente inconveniente que indivíduos ou navios mercantes não estivessem submetidos à jurisdição local, o que levaria à infração das leis e ao desrespeito ao governo, de forma que não era razoável supor que o soberano consentisse em excluir os estrangeiros de sua autoridade de forma indiscriminada. Assim, a expectativa de respeito aos representantes do Estado e de anuência do foro em conferir-lhes prerrogativas só seria razoável se tais representantes estivessem conduzindo negócios públicos a serviço de seu Estado de origem. A situação dos navios de guerra, que constituíam

parte das forças militares do Estado, agindo sob as ordens de seu soberano e empregados para satisfazer objetivos nacionais, entraria nessa categoria, justificando protegê-los da interferência de Estados estrangeiros. Assim, o consentimento implícito para o ingresso em um porto amigo de um navio de guerra estrangeiro deveria ser elaborado no sentido de implicar uma isenção à jurisdição da soberania estrangeira em relação à qual a embarcação militar reclamasse hospitalidade (UNITED STATES, 1812, §§ 51-54).

A seguir, *Marshall* reproduziu a ponderação de *Bynkershoek* (1673-1743), de que a propriedade de um soberano estrangeiro não se distingue por nenhuma isenção legal da propriedade de um indivíduo comum, afirmando que o jurista neerlandês havia citado vários casos nos quais um soberano estrangeiro havia figurado como réu em foro estrangeiro. No entanto, *Marshall* afirma que há uma distinção patente entre a propriedade privada de uma pessoa que porventura é príncipe e as forças militares que sustentam o poder soberano e a dignidade e independência de uma nação. Para o juiz, um príncipe, ao adquirir propriedade privada em um país estrangeiro, pode estar sujeitando aquela propriedade à jurisdição territorial estrangeira, ou pode estar deixando de lado a figura de príncipe e assumindo a feição de um indivíduo privado. No entanto, não é concebível que o príncipe possa fazer isso com relação a qualquer parte das forças armadas que sustentam sua coroa e a nação cujo governo lhe foi confiado (UNITED STATES, 1812, §§ 56-59).

Em sua conclusão, *Marshall* afirmou ser um princípio do direito público que navios de guerra, autorizados a adentrar o porto de uma potência amiga, devem ser, em virtude dessa mesma autorização, considerados isentos do poder jurisdicional desta última. Logo, dado que o *Exchange* satisfazia tais condições, poderia gozar das prerrogativas dela decorrentes. Assim, mesmo constatando que a embarcação realmente pertencera aos requerentes e declarando ser obrigação dos tribunais norte-americanos verificar a validade do título de propriedade da embarcação, o fato do *Exchange* haver se tornado um navio público a serviço de um soberano estrangeiro, e de haver adentrado o porto americano de acordo com as normas internacionais,

implicava no consentimento implícito de isentá-lo do exercício da jurisdição nacional (UNITED STATES, 1812, §§ 60-65).

Tendo essa decisão como ponto de partida, os tribunais nacionais desenvolveram a abordagem absoluta das imunidades jurisdicionais dos Estados. Convém notar, no entanto, que, até o julgamento do caso *Exchange*, não havia segurança acerca da tradução jurídica do preceito relativo à igualdade soberana dos Estados e de como este poderia ser efetivado na prática judicial dos Estados. Na época, a submissão de um navio de guerra a arresto não parecia de modo algum uma hipótese absurda do ponto de vista jurídico, apesar das óbvias implicações políticas e do fato de geralmente haver indivíduos armados no interior dessas embarcações, aos quais poderia eventualmente faltar disposição para cumprir uma ordem emanada de uma autoridade estrangeira à sua cadeia hierárquica.

Por outro lado, há quem identifique na decisão do *Justice Marshall* os elementos que levariam ao desenvolvimento da doutrina restritiva da imunidade de jurisdição, ainda que presentes apenas como *obiter dicta*. Por fim, cabe observar que não há uma sequência linear na evolução das imunidades, com a doutrina da imunidade absoluta como um ponto de partida que tem, por sua vez, a doutrina restritiva da imunidade como sua evolução natural. Na verdade, desde o início, as duas perspectivas em relação às imunidades estatais já se delineavam e, apesar do predomínio da perspectiva absoluta, o alcance e os limites das prerrogativas judiciais reconhecidas aos Estados estrangeiros e seus bens já eram objeto de discussão.

### 3 EVOLUÇÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO

Como já dito, a imunidade de jurisdição do Estado tem origem na imunidade pessoal dos Chefes de Estado e de seus representantes, a qual tem por base o brocardo *par in parem non habet imperium*. Com o tempo, o adágio passou a significar, efetivamente, que os atos governamentais de um Estado não constituem matéria sobre a qual os tribunais de outros países possam manifestar-se. Logo, a

imunidade de jurisdição decorre das doutrinas da soberania estatal e da igualdade dos Estados-nação (TROOBOFF, 1986, p. 252).

A consequência lógica dessa conexão entre o princípio da igualdade soberana e a imunidade de jurisdição é que esta constitui uma prerrogativa que cada Estado espera ver respeitada e que corresponde a um dever de abstenção do exercício jurisdicional que atinge os demais Estados. Porém, se a imunidade está fundada nas doutrinas da soberania e da igualdade, não há como o Estado titular da prerrogativa impor o seu respeito aos demais, restando-lhe fundar suas expectativas em relações de cortesia e reciprocidade.

No entanto, na visão de *Verhoeven*, as imunidades de jurisdição e de execução do Estado são mais que uma questão de cortesia, elas correspondem a uma necessidade objetiva de proteção e constituem uma obrigação jurídica internacional, ainda que a convenção relativa às mesmas, adotada em 2004, não tenha, ainda, alcançado as ratificações necessárias para entrar em vigor. Assim, a imunidade de jurisdição estatal corresponde a deveres recíprocos decorrentes de uma vida comunitária organizada, bem mais do que a formas de comportamento oriundas de certa amabilidade (VERHOEVEN, 2008, p. 308).

Dessa forma, se a imunidade de jurisdição constitui obrigação jurídica internacional, a sua regência compete ao direito internacional público, que deve conter, pelo menos, as normas fundamentais para balizar a prática dos Estados. Mas essa posição, embora persuasiva, nem sempre encontra correspondência na prática dos Estados e em seus posicionamentos jurídicos.

A visão da imunidade de jurisdição dos Estados enquanto obrigação jurídica internacional, e não mera norma de cortesia apoiada na noção de reciprocidade, tem o seu desenvolvimento cercado por dúvidas e incertezas, do que dá conta Costa Sousa, ao afirmar que a isenção à jurisdição de Estado estrangeiro passou por diversas fases e não cessa de sofrer modificações, dada a inexistência de regras exatas sobre a matéria na comunidade internacional (SOUSA, 2000).

De fato, até 2012, quando a Corte Internacional de Justiça decidiu o caso *Jurisdictional Immunities*, a mera existência do instituto enquanto costume internacional era incerta. A decisão deu-se em um contexto controvertido, no qual se

polemizava sobre a prevalência de normas imperativas do direito internacional sobre a imunidade dos Estados.

A decisão delineou os contornos da norma costumeira existente, apoiando-se na prática dos Estados, na *opinio juris* e considerando a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e seus Bens, adotada em 2004. Além disso, resolveu a controvérsia distinguindo entre o caráter substantivo das normas imperativas do direito internacional e o caráter procedimental das normas regentes da imunidade de jurisdição do Estado. Portanto, a partir da decisão de 2012, pode-se afirmar que foram identificadas, caracterizadas e aplicadas as normas internacionais vigentes acerca da imunidade.

Por outro lado, tais normas seguem objeto de vigorosa discussão, principalmente nos meios acadêmicos, que, predominantemente, consideram a sentença uma vitória da política sobre o direito (TIBÚRCIO, 2012) ou consideram-na conservadora e formalista.

Vale destacar a posição de Almeida, representativa das críticas à decisão, em cuja visão a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* não corresponde ao estágio contemporâneo de desenvolvimento do direito internacional, pois, ao afirmar a distinção formal entre normas de procedimento, no caso, as que regulam a imunidade estatal, e normas materiais, no caso, certos preceitos de *jus cogens*, aquele tribunal construiu um argumento puramente artificial que não se sustenta ante a necessidade de assegurar efetividade às normas imperativas violadas, pois não há sentido em reconhecer status imperativo a uma norma internacional sem prover as garantias necessárias à sua efetividade (ALMEIDA, 2016, p. 521 e 535).

As posições críticas à decisão revogariam, se o direito internacional fosse o que os doutrinadores querem que ele seja, o princípio que constitui a origem histórica do instituto, denominado *par in parem non habet imperium*, ou seja, entre indivíduos da mesma classe, não é possível o exercício de autoridade. Esse preceito veda, por assim dizer, o exercício de jurisdição de uma autoridade soberana sobre a outra.

Essa percepção absoluta da imunidade de jurisdição, segundo Portela, remete à época da consolidação dos Estados nacionais, em que a autocracia estava em seu apogeu e, da mesma forma, ideias de independência e autonomia organizacional do Estado em detrimento de seus próprios órgãos bem como insubordinação estatal perante outro poder, encerrando, assim, supremacia e oposição a mandos externos (PORTELA, 2016, p. 188).

Paulatinamente, percebe-se a evolução da imunidade de jurisdição, perpassando de atributo pessoal do soberano para atributo da pessoa jurídica do Estado. Essa mesma evolução permitiu, em um primeiro momento, distinguir atos do Estado que fariam jus à imunidade, chamados de atos de império, daqueles atos que o Estado pratica submetendo-se a uma ordem jurídica estrangeira, chamados atos de gestão. Tais mudanças abriram caminho para outros questionamentos quanto à extensão da imunidade do Estado, chegando ao ponto atual de indagar acerca da prevalência da mesma diante de uma infração do direito internacional, pois como pode o Estado invocar uma norma do direito internacional para abrigar-se de responder pela prática de um delito internacional?

Nesse contexto, ganha relevância a discussão sobre a eficácia das normas de *jus cogens*, pois “um Estado não pode invocar unilateralmente sua imunidade com o objetivo de furtar-se à responsabilização perante jurisdições estrangeiras em virtude do cometimento de atos que constituem violações de normas imperativas de Direito Internacional” (ALMEIDA, 2016, p. 524).

Não obstante, o que a imunidade de jurisdição impede é que um Estado que violou norma internacional seja julgado por um outro Estado soberano e igual a si. A imunidade não exclui ou alivia a responsabilidade internacional do Estado pelos atos ilícitos que este porventura tenha cometido.

Percebe-se, então, ao longo do percurso, que a imunidade primeva, que tinha por base silhuetas antropomórficas, abre espaço para uma imunidade de organicismo mais acentuado, passando o Estado a ser contemplado como um autêntico gerador de serviços públicos. Então, o propósito da imunidade de jurisdição do Estado é a proteção do exercício de funções estatais legítimas, dentro dos limites

da ordem jurídica internacional, o que permite compreender o conflito que se estabelece entre o instituto e as normas de *jus cogens*.

É importante evidenciar, dessa forma, a superação do princípio *par in parem non habet imperium*, que deu lugar à distinção entre atos de império e de gestão, seguindo uma linha de diferenciação entre imunidades de caráter absoluto e/ou restrito, respectivamente. Do mesmo modo, a evolução do direito internacional prossegue, com o enfrentamento da disputa entre imunidades e normas imperativas, tópico de indiscutível importância para o estudo da arguição de imunidade, que será mais à frente aprofundado.

#### 4 RECEPÇÃO DA DOUTRINA RESTRITIVA PELO DIREITO BRASILEIRO

O direito internacional limita os poderes dos Estados ao fazer da igualdade jurídica uma consequência da soberania. Daí decorre a obrigação de não-intervenção nos assuntos internos e a proibição de solucionar disputas sem o consentimento de todos os envolvidos. A obrigação de não-intervenção é efetivada através do reconhecimento pelo conjunto dos Estados da validade dos atos praticados pelos poderes constituídos de cada país em sua jurisdição. A exigência de consentimento para a solução de controvérsias é efetivada pela regra do esgotamento dos recursos internos ou pela possibilidade de deslocar a disputa para o plano internacional através de mútuo entendimento. Além disso, para cumprir com a obrigação de não-intervenção, cada Estado evita que suas cortes decidam disputas relacionadas a questões internas dos demais. Essa estrutura captura três princípios, aos quais a arguição de imunidade dá efeito: a) o princípio da jurisdição doméstica, que reconhece, em princípio, que a solução de disputas deve se dar no local onde as mesmas aconteceram; b) o princípio de que certas questões são melhor resolvidas no plano internacional do que submetendo um Estado às cortes de outro; c) o princípio da exaustão dos recursos internos, o que dá a cada jurisdição a possibilidade de resolver as questões a seu modo. Em síntese, a justificativa para a imunidade estatal é permitir a distribuição, da maneira mais adequada e aceitável para os interesses

envolvidos e para os fins da justiça, do poder jurisdicional entre o foro e os Estados estrangeiros (FOX, 2014, p. 338 e seg.).

No entanto, restringir o exercício da jurisdição ao que é aceitável para o Estado pode significar uma grave violação aos direitos dos particulares que com ele estabelecem algum tipo de relação. Assim, a imunidade se traduz pela impossibilidade de processar uma pessoa física ou jurídica perante certa jurisdição, ou pela impossibilidade do beneficiário de uma sentença judicial obter a sua execução forçada. No primeiro caso, o direito a um remédio judicial é descartado, no segundo, é a coisa julgada que se faz letra morta (BOUSSAROQUE; LEMÉTAYER, 2015, p. 23).

Nesse sentido forte, a imunidade pode ser compreendida como uma arguição procedimental preliminar feita no início de um processo judicial e que, se aceita, impede o exercício da jurisdição nacional provocada sobre o objeto do pleito e o desloca para outro processo de resolução, geralmente por via diplomática, sendo também possível o ajuizamento de ação nas cortes do próprio Estado que arguiu a imunidade. Sua razão de ser é evitar que cortes nacionais decidam sobre problemas internos de outros países e impedir que a solução de controvérsias por meio do consentimento seja substituída por decisões unilaterais, facilitando, com isso, os intercâmbios e preservando as relações pacíficas entre os Estados. No entanto, com o envolvimento crescente dos Estados em atividades comerciais, a prática internacional passou a reconhecer que o privilégio não deve significar uma barreira ao julgamento de questões nas quais o Estado assume posição análoga a de um particular (FOX, 2014, p. 336 e seg.).

Essas atividades consistiam na atuação do Estado em setores econômicos considerados, até o final do século XIX, como exclusivamente privados. Nesses setores, os Estados passaram a concorrer com indivíduos e empresas privadas, sustentando, apesar disso, a manutenção de suas imunidades nos processos decorrentes do exercício dessas atividades tipicamente privadas. Logo, percebeu-se que tal situação criava uma desvantagem injusta para os particulares e pessoas jurídicas de direito privado, o que levou ao questionamento da natureza absoluta das imunidades do Estado, surgindo assim, a teoria da imunidade restrita ou relativa, que concedia imunidade aos Estados pelos seus atos de natureza pública, mas a recusava

quando os atos em questão fossem de natureza privada ou comercial. Surgia, assim, a distinção entre atos de império e atos de gestão (DOLINGER, 1982, p. 10).

Reforçando o referido entendimento, Portela aduz que, entre fins do século XIX e a década de 1960, a doutrina passa a tratar da possibilidade do Estado estrangeiro ser submetido ao poder judiciário de outro Estado contra a sua vontade. A conclusão dessas reflexões foi a de que os Estados estrangeiros podem ser compelidos a responder perante a jurisdição do foro sob certas condições, as quais são sintetizadas pela teoria que busca sintetizar a distinção dos atos do Estado entre atos de império e atos de gestão (PORTELA, 2016, p. 189).

Os atos de império – *jure imperium* – são aqueles ligados à atuação do Estado concernente às prerrogativas soberanas, entre as quais é plausível mencionar os atos de guerra bem como os de deportação. Os atos de gestão – *jure gestionis* – dizem respeito à atuação do Estado no que se refere à esfera de ordem privada de seus atos.

É concebível afirmar, portanto, que estes últimos podem ser apreciados pelas autoridades judiciárias alienígenas, configurando a existência de uma imunidade relativizada, mantendo-se, é importante dizer, a imunidade para os atos de império.

No Brasil, o instituto do processo de relativização do conceito de imunidade ganha seus primeiros contornos tardiamente, é válido salientar. Segundo Madruga Filho, até 1989, o Supremo Tribunal Federal julgava pela imunidade absoluta dos Estados estrangeiros à jurisdição nacional, com fundamento em norma consuetudinária de direito internacional público. Essa concepção absoluta da imunidade soberana pode ser ilustrada com a decisão no caso Mafalda Nogueira, julgado pelo Supremo, em 1986, em que se negou à requerente o direito de ver julgada reclamação trabalhista contra um órgão do governo americano, a saber, a Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (*United States Agency for International Development - USAID*), para o qual a mesma trabalhara, em território brasileiro (MADRUGA FILHO, 2003, p. 172-173).

Frise-se que, somente no ano de 1989, acordando os Ministros do Supremo Tribunal Federal em dar provimento à Apelação nº 9.696-3 (BRASIL, 1989), foi afastada a imunidade de jurisdição. Segundo constava nos autos, Genny de Oliveira, no ano de 1976, havia proposto uma reclamação trabalhista contra a Representação da República Democrática Alemã, a fim de pleitear a anotação na carteira profissional de seu falecido marido dos dados relativos ao contrato de trabalho. E não somente isto, pleiteou, outrossim, as alterações havidas na vigência do contrato, desde o ano de 1970 até o ano de 1975, mormente, em relação ao salário.

O Ministro Francisco Rezek, em voto concernente à Apelação mencionada, ao fazer referência à arguição de imunidade, declarou que a aludida regra costumeira, antiga e sólida, a que o Plenário constantemente fez referência, já não existia desde a década de 1970. Ou seja não era mais possível, àquela época, afirmar a existência de uma regra sólida do direito internacional costumeiro a sustentar a imunidade de jurisdição absoluta dos Estados,

ainda mais quando países relevantes como Estados Unidos, Reino Unido e diversos outros deixaram de pautar-se por ela (BRASIL, 1989).

Nesse ponto, a decisão se refere à carta enviada, em 1952, por *Jack Tate*, Consultor Jurídico em Exercício do Departamento de Estado Americano, ao Procurador Geral desse país, recomendando que os tribunais dos Estados Unidos abandonassem a prática de conferir imunidade jurisdicional absoluta a Estados estrangeiros. O documento ficou conhecido como *Tate Letter* (TATE, 1952). A doutrina restritiva foi incorporada à legislação americana, em 1976, com a edição do *Foreign Sovereign Immunities Act*.

No que toca ao Reino Unido, o mesmo mudou sua posição com o julgamento do caso *The Philippine Admiral*, em 1977, pelo *Privy Council*, no qual este tribunal reinterpretou o julgamento proferido no caso *The Parlement Belge*, quase cem anos antes, para excluir a imunidade de embarcações pertencentes a Estados estrangeiros, mas utilizadas exclusiva ou predominantemente para fins comerciais. Logo em seguida, ao julgar o caso *Trendtex v. Central Bank of Nigeria*, em 1978, a *Court of Appeal* recusou pedido de imunidade em benefício do Banco Central da Nigéria, que deixara de honrar um título de crédito, pelo fato de sua constituição autônoma torná-lo uma entidade distinta do Estado nigeriano e, o que mais interessa, pelo fato do direito britânico não mais reconhecer imunidade de jurisdição em processos relativos a atividades comerciais. Estes desenvolvimentos conduziram à promulgação do *State Immunity Act* em 1978, que consagrou a abordagem restritiva ao tema da imunidade de jurisdição (FOX, 2014, p. 340).

Firmou-se, então, gradativamente ao longo da segunda metade do século XX, o entendimento de que atos referentes à seara civil, comercial ou trabalhista – atos privados em sua essência, por assim dizer – são considerados atos de gestão, e, desse modo, não se encontram albergados pela imunidade de jurisdição estatal.

Nesta senda, importa trazer à baila a decisão no RE 222.368, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em que este afirma que privilégios diplomáticos não podem ser invocados em processos trabalhistas, pois isso conduziria ao enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros às custas de trabalhadores residentes em território brasileiro, pois o reconhecimento de imunidade nessas condições consagraria um sério desvio ético e jurídico, incompatível com a boa fé e com os principais postulados do direito internacional (BRASIL, 2002).

E não somente isto, o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Ag 139.671-DF, proferiu decisão unânime, cujo acórdão sintetizou que a imunidade do Estado estrangeiro em causas trabalhistas “[...] revestir-se-á de caráter meramente relativo e, em consequência, não impedirá que os juízes e Tribunais brasileiros conheçam de tais controvérsias e sobre elas exerçam o poder jurisdicional que lhes é inerente” (BRASIL, 2002).

Salienta-se, outrossim, que, após o fenômeno de privatização de atividades econômicas antes consideradas como tipicamente estatais, notou-se um movimento contrário ao vislumbrado a partir da atuação do Estado no comércio privado, adotando, dessa forma, os atos de império e os atos de gestão interpretações sujeitas a mutações tendo vistas a atender as demandas sociais conforme estas condizem com sua evolução (ALMEIDA, 2016, p. 528).

A jurisprudência brasileira, apesar de posicionar-se timidamente a respeito de atos comerciais, vem apresentando alguns julgados no sentido de reforçar a ideia da relativização da imunidade de jurisdição no tocante a atos comerciais – inseridos nos atos de gestão ou *jure gestionis*, conforme citado alhures. Nesse sentido é a posição esboçada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, como relator no Agravo 757/DF, no qual afirmou que, na hipótese em análise no caso, em que a recorrida pretende receber crédito devido ao fornecimento de vidros para a construção da Chancelaria da República Socialista da Tchecoslováquia, em Brasília, não há que se aplicar as prerrogativas da imunidade de jurisdição, uma vez que se trata de assunto “[...] marcadamente rotineiro e de natureza comercial, que não isenta a recorrente de se ver demandada, quanto ao ponto, perante a Justiça brasileira [...]” (BRASIL, 1990).

Por todo o exposto, importa frisar que apesar de o tema “imunidade de jurisdição do Estado” ter tido, no Brasil, seu marco através do aparato jurisprudencial, com cerne nos *international usages*, o ordenamento jurídico pátrio é assente quando da adoção da teoria que diferencia entre atos de império e atos de gestão, tendo por consequência a distinta aplicabilidade da prerrogativa de imunidade à jurisdição brasileira conforme os atos dos Estados estrangeiros se enquadrem numa ou noutra dessas categorias.

## 5 COSTUME INTERNACIONAL COMO FUNDAMENTO CONTEMPORÂNEO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO

Atualmente, a imunidade de jurisdição dos Estados rege-se pelo direito internacional e não deve mais ser considerada uma emanção da soberania estatal, protegida por princípios de cortesia e reciprocidade. É evidente que a *comitas* e a reciprocidade têm um papel a desempenhar na prática do instituto, mas não são a sua razão de ser.

Segundo Madruga Filho, a máxima *par in parem non habet imperium* é a fonte histórica da prerrogativa de imunidade de jurisdição dos Estados soberanos e sintetiza a concepção medieval de que entre indivíduos do mesmo estrato social não é possível o exercício de autoridade, o que implica que tal exercício é prerrogativa de um juiz superior. Assim sendo, o princípio é corolário da noção de igualdade jurídica e, aplicado o raciocínio ao direito internacional, a conclusão é a da inexistência de autoridade entre Estados soberanos e iguais que, conseqüentemente, são imunes à jurisdição uns dos outros. Um soberano não pode julgar a conduta de outro. Essa

antiga lógica é reproduzida de forma automática até os dias de hoje (MADRUGA FILHO, 2003, p. 178-183).

Madruga Filho questiona esse automatismo. Em sua visão, é possível que o direito dos Estados à imunidade não tenha fundamento no princípio da igualdade soberana. Ele principia seu raciocínio comentando que não mais se questiona, como antes, a possibilidade de exercício da jurisdição do Estado foro sobre as relações jurídicas decorrentes de atos de gestão do Estado estrangeiro. Somente permaneceriam resguardados pela imunidade absoluta os atos praticados no exercício de prerrogativas soberanas, os ditos atos de império. No entanto, prossegue ele, um Estado estrangeiro não deixa de ser soberano ao praticar atos de gestão, e a sua submissão à jurisdição do Estado foro nesses casos em nada afeta o gozo de suas prerrogativas políticas. Logo, deve-se resolver se o conceito de soberania mudou ou se a submissão à jurisdição do foro em caso de atos de gestão não afeta a igualdade entre os Estados. Madrugua considera a última assertiva menos honesta, considerando mais razoável compreender a questão como decorrente de uma alteração na concepção de igualdade soberana (MADRUGA FILHO, 2003, p. 184-187).

Atribuir imunidade ao Estado como decorrente da imunidade atribuída ao soberano é um anacronismo. Ajuda a compreender a evolução da norma consuetudinária do direito internacional, mas não auxilia na aplicação contemporânea da prerrogativa estatal de imunidade de jurisdição (MADRUGA FILHO, 2003, p. 188-189).

Assim, para compreender, adequadamente, as mudanças no instituto da imunidade de jurisdição do Estado, deve-se perceber que tais mudanças só podem ser ditadas pelo direito internacional, ao qual pertence a regência do conceito de soberania. É o direito internacional que explica o desenho atual da soberania estatal e que permite compreender as alterações que a prerrogativa soberana enfrentou de modo a ter exercício compatível com as regras que ditam os comportamentos dos Estados na sociedade internacional.

Madruga Filho desenvolve sua explicação para o fenômeno da imunidade a partir de quatro assertivas: o direito do Estado à imunidade jurisdicional não é absoluto; o direito à imunidade é estabelecido pelo direito internacional em favor dos

Estados; um Estado não perde sua soberania ao praticar atos de gestão (ficção equivocada); a regra *par in parem non habet imperium* segue válida, mas não é o fundamento da imunidade de jurisdição do Estado. O fundamento é norma consuetudinária do direito internacional público que pode ser verificada sem necessidade de apelar ao princípio da igualdade. Igualdade soberana e imunidade de jurisdição são parte do acervo de direitos dos Estados soberanos. Para Madruga Filho, só é possível fundar no princípio da igualdade soberana a concepção absoluta da imunidade de jurisdição. Para absorver as exceções à imunidade absoluta, é necessário abandonar a igualdade soberana como fundamento, ou admitir que a mesma resta violada, ou, pior, sacar da ficção de que o julgamento por atos de gestão em nada afeta a soberania estatal, que tem sido a solução mais frequente (MADRUGA FILHO, 2003, p. 190-192).

A solução proposta é a mais razoável, pois permite que o instituto mude por meio da evolução da prática internacional juridicamente vinculante, i.e., o costume internacional, sem que seja necessário atingir o princípio da igualdade soberana.

É evidente que o julgamento de um Estado estrangeiro pela prática de atos de gestão afeta a sua soberania. No entanto, essa possibilidade é definida pelo direito internacional, regente dos conceitos jurídicos de igualdade soberana e de imunidade de jurisdição. Pois o princípio da igualdade soberana como base da imunidade é válido para a compreensão histórica da formação do instituto, mas não auxilia em sua interpretação e aplicação sistemáticas no seio da ordem internacional contemporânea. Nos dias de hoje, vale ressaltar, aos pilares clássicos da igualdade soberana e do livre consentimento, veio somar-se a categoria das normas imperativas do direito internacional, bem como a categoria das normas *erga omnes*, que embora não possuam a força das primeiras, explicam a regência universal das relações internacionais por meio das normas do direito internacional geral.

Madruga Filho destaca que não se deve confundir a fonte histórica, i.e., a evolução do princípio *par in parem*, com a fonte formal, o direito costumeiro. Assim, o princípio da igualdade soberana permanece intacto, logo, não deve ser o

fundamento da imunidade. A regra consuetudinária é a única fonte formal do direito das imunidades do Estado (MADRUGA FILHO, 2003, p. 196-198).

A Corte Internacional de Justiça, no julgamento do caso Alemanha v. Itália, em 2012, corrobora o entendimento acima, ao apontar que o Direito Internacional não é estático, mas que deve atender as demandas da sociedade, levando em consideração suas transformações temporais e a própria evolução do sistema jurídico, sob a regência do direito internacional costumeiro, *verbis*:

The Court therefore holds that the action of the Italian courts in denying Germany the immunity to which the Court has held it was entitled under customary international law constitutes a breach of the obligations owed by the Italian States to Germany (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012, § 107).

---

Na sentença supramencionada, tem-se, ademais, que [...] national courts have to determine questions of immunity at the outset of the proceedings, before consideration of the merits. Immunity cannot therefore, be made dependent upon the outcome of a balancing exercise of the specific circumstances of each case to be conducted by the national court before which immunity is claimed (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012, § 106).

---

Concluimos, retornando ao voto de Rezek, no caso Genny de Oliveira, em que desenvolve seu raciocínio a partir do tratamento do instituto pelo direito costumeiro, para ao cabo afirmar, com relação ao instituto da imunidade de jurisdição do Estado que “[...] O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. [...]”. Dito de outra forma, é o direito internacional que rege e determina a evolução do direito das imunidades, não a ordem interna dos Estados, sua cortesia ou sua conveniência (BRASIL, 1989).

Portanto, se a regência da imunidade de jurisdição dos Estados deve ser alterada para privilegiar a efetividade das normas imperativas do direito internacional, essa mudança deve ser promovida por meio de transformações na ordem jurídica internacional, seja pela via costumeira, seja pela via convencional. Assim, não se admite que um Estado possa, unilateralmente, arrogar-se a

competência para julgar os delitos internacionais praticados por outro Estado soberano sem estar violando o direito vigente.

## 6 CONCLUSÃO

Pelo exposto, cabe ressaltar, preliminarmente, que a imunidade de jurisdição do Estado originou-se através de reservas no tocante à submissão ao julgamento de um soberano perante outro. No entanto, paulatinamente, essa submissão ganhou uma nova roupagem, passando a estar relacionada à necessidade de salvaguardar a função oficial dos cargos concernentes à altivez estatal em detrimento do antropomorfismo do múnus a que antes pertencia.

Sua origem histórica remete ao princípio *par in parem non habet imperium*, que veda o exercício de autoridade entre soberanos iguais entre si, tomando, por assim dizer, uma apreensão absolutista, configurada pela supremacia do governante e pela não-submissão ao poderio externo.

Válido é ressaltar, nesta seara, o julgamento do caso *Schooner Exchange v. MacFaddon*, responsável por trazer as primeiras balizas jurídicas acerca da percepção das obrigações decorrentes da igualdade soberana entre Estados. Essa decisão trouxe, também, ainda que apenas como *obiter dicta*, as primeiras reflexões sobre as possíveis restrições a essa prerrogativa soberana, tornando perceptível a noção que caracteriza o instituto nos dias de hoje.

A atuação do Estado, quando este assume posição equivalente à posição de um particular, enseja, posteriormente, a criação de uma doutrina restritiva, visando a preservação de relações pacíficas interestatais bem como a preservação dos direitos das pessoas jurídicas de direito privado, surgindo, assim, a distinção entre atos *jure imperium* e atos *jure gestionis*, sendo aqueles imunes por terem seus atos natureza pública, e estes, não imunes, por pertencerem à esfera privada ou comercial.

O ordenamento jurídico brasileiro recepcionou a relativização, em tela, somente no ano de 1989, após a propositura de uma reclamação trabalhista por Genny de Oliveira contra a Embaixada da República Democrática Alemã, referente ao

pleito por anotação na carteira profissional de seu marido de dados relativos a contrato de trabalho firmado com aquela representação diplomática.

Anteriormente, é importante salientar, o referido fenômeno da teoria restritiva já abarcava os Estados Unidos, vide carta enviada por Jack Tate ao Procurador Geral daquele país, em 1952, recomendando que os tribunais americanos abandonassem a prática absolutista da imunidade de jurisdição de Estado, ficando o documento conhecido como *Tate Letter*, avocando uma nova mentalidade: atos civis, comerciais ou trabalhistas não mais se encontrariam encerrados pela imunidade de jurisdição estatal, por serem, gradativamente, reputados *jure gestionis*.

Em tempos atuais, o instituto é regido pelo direito internacional, não sendo mais considerado oriundo exclusivamente do Estado e de seu poderio por excelência. Nesse sentido, destaca-se que a imunidade de jurisdição do Estado é, atualmente, regulada pelo Direito Internacional, via normas de origem costumeira. O automatismo anacrônico mencionado ao longo do exposto, em referência ao *par in parem non habet imperium*, interpretado em seu sentido mais absoluto sucumbiu face às necessidades decorrentes da evolução das relações entre Estados e entre Estados e particulares ao longo do século XX.

Vale ressaltar que o Estado não interrompe sua soberania ao praticar atos de gestão, mas que isso não implica em automática isenção à jurisdição estrangeira em toda e qualquer relação jurídica que ele estabeleça. Assim, compactua-se com o pensamento de que o direito internacional está em constante mutação, para fins de atender às demandas sociais, conduzindo e estipulando as transformações temporais e evolutivas necessárias à ordem internacional contemporânea, não se atendo a quaisquer parâmetros estatais internos nem a quaisquer resquícios pretéritos relacionados a regalias ou outras prerrogativas de ordem pessoal.

Portanto, acima das conveniências isoladas dos Estados, consolidam-se normas de direito costumeiro internacional que regulam a matéria e o necessário equilíbrio entre as prerrogativas estatais e os direitos dos indivíduos ao amparo da justiça.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 516-541, Ago. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322016000200516&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200516&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- BOUSSAROQUE, Pierre; LEMÉTAYER, David. L'immutité souveraine de l'État: la pratique française. In: PETERS, Anne; LAGRANGE, Evelyne; OETER, Stefan; TOMUSCHAT, Christian (Eds.). **Immunities in the age of global constitutionalism**. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. 366p. p.23-31.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 757/DF**. Agravante: República Socialista da Tchecoslováquia. Agravado: Vitral-Vidros Planos Ltda. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 21 de agosto de 1990. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=198900107704&dt\\_publicacao=01-10-1990&cod\\_tipo\\_documento=](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900107704&dt_publicacao=01-10-1990&cod_tipo_documento=)>. Acesso em: 21 fev. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível nº 9.696-3/SP**. Apelante: Genny de Oliveira. Apelada: Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 31 de maio de 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: 21 fev. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 222.368/PE**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 28 de fevereiro de 2002. Informativo STF, Brasília, 4 a 8 de março de 2002, n. 259. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo259.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2017.
- DOLINGER, Jacob. A imunidade jurisdicional dos Estados. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, v.19, n.76, p.5-64, out./dez. 1982. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181435>>. Acesso em: 09 abril 2017.
- MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FOX, Hazel. International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States. In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). **International Law**. 4. ed. Oxford: Oxford, 2014. 873 p. p. 338-376.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)**. Judgment of 3 February 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. Imunidade de jurisdição: evolução e tendências. **Revista CEJ**, v.19, p. 10-17, 2001.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. Imunidade de jurisdição de estado estrangeiro: aspectos doutrinários e a jurisprudência brasileira. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 140-154, jan. 2000. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15442/14005>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

TATE, Jack B. Changed Policy Concerning the Granting of Sovereign Immunity to Foreign Governments. **The Department of State Bulletin**, v. 26, n. 678, p. 984-985, 1952. Disponível em: <<https://archive.org/details/departmentofstatx2652unit>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

TIBÚRCIO, Carmen. A decisão da Corte de Haia no caso Alemanha x Itália. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-19/decisao-politica-corte-internacional-haia-alemanha-italia>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

TROOBOFF, Peter. Foreign State Immunity: emerging consensus on principles. **RCADI**, v. 200, p. 239-431, 1986.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **The Schooner Exchange v. McFaddon**. Judgment of 24 February 1812. (Oxford Public International Law). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

VERHOEVEN, Joe. Considérations sur ce qui est commun. **RCADI**, v. 334, p. 9-434, 2008.

**A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E O CASO SADDAM HUSSEIN<sup>1</sup>**  
**THE INTERNATIONAL JURISDICTION AND THE SADDAM HUSSEIN**  
**CASE**

**Palavras-Chave:** Saddam Hussein; Direitos Humanos; Comunidade Internacional.

**Key-Words:** Saddam Hussein; Human Rights; International Community.

## **1 INTRODUÇÃO**

Indubitavelmente, para os iraquianos, a data de 08 de julho de 1982 será, para sempre, rememorada. Por conta deste dia específico, ocorreram desdobramentos imensuráveis para a história do Iraque e seu povo, gerando marcas que não apenas cicatrizaram o país, mas também a humanidade.

Em que pese tratar-se de um ditador, qual seja, Saddam Hussein, deve-se nunca ignorar sua condição humana e o seu pertencimento ao reino dos *Sapiens*, uma vez que as mazelas que este realizou contra a humanidade não destituem sua essência de homem, ou seja: de sujeito de direitos.

Por conta, inclusive, do grande festejo na consagração Direitos Humanos como forma de organização internacional e sua presença nas Constituições de inúmeros Estados Soberanos, estes deveriam ser, sempre, alcançados, ou ao menos almejados. Quando se trata de um indivíduo que possui uma vida pregressa pouco favorável – tal como um criminoso comum – todavia, padece de dificuldades a aplicação dos Direitos Humanos.

Verdade é que, poder-se-ia, perfeitamente, falar sobre casos emblemáticos como o de Adolf Eichmann, executado em Jerusalém em 1962 por um tribunal constituído de juízes israelenses – o mesmo povo que este contribuiu para o seu genocídio em épocas nazistas. Embora na década de 1960 não houvesse dispositivos de mídia suficientes para divulgação deste julgamento, já se realizavam condenações por Tribunais de Exceção.

Todavia, algo semelhante ocorreu nos anos 2000, em meio à prosperidade da *internet* e da globalização, sob o olhar popular pela imprensa. Observa-se que a questão

---

<sup>1</sup> Giovanna Cordeiro Saldanha Braga é graduanda em Direito na Universidade Estadual do Maranhão.

dos Tribunais de Exceção não se restringe a criar um tribunal para julgar certa pessoa ou certos crimes. Em verdade, trata-se, majoritariamente, de entregar o vencido aos seus vencedores, de forma que seja propiciado à população enfurecida o ócio do circo ao observar seu opressor, finalmente, sendo oprimido, ignorando-se quaisquer de seus direitos – afinal, trata-se de um ditador.

Contudo, cabe observar como o evento de 30 de dezembro de 2006, o assassinato perpetrado sob a guarda da lei de Saddam Hussein, conseguiu, sem dúvidas, desmoralizar a ordem jurídica internacional, tratados e convenções diversos, instituições globais e os direitos humanos, dentre os quais o princípio (caríssimo) do devido processo legal. Ainda assim, diversamente de seus fins, conseguiu contribuir, assustadoramente, com o aumento do terrorismo islâmico e o ódio dos radicais pelo ocidente, bem como com a islamofobia, que se dissemina por todo o globo.

Por isso, segue este trabalho em divisão atenta, para que, embora longe da profundidade merecida do tema, possa-se compreender o julgamento de Saddam Hussein, findado com a sua morte – que pode ser encontrada na *internet* –, e suas repercussões.

## **2 O MASSACRE DE DUJAIL**

Historicamente, o Iraque e o Irã possuem uma relação conturbada, principalmente regada por questões religiosas. A divisão da religião islâmica em correntes xiitas e sunitas permitem que as desavenças sejam constantes, observados os princípios distintos que cada grupo defende. Estas se refletem na política.

Após o término da Guerra Irã-Iraque, em 1982, o então novíssimo presidente do Iraque, Saddam Hussein, passou nas cidades de seu país a fim de comemorar e agradecer àqueles que lutaram pelo dito país, que saiu vitorioso da guerra.

Para tanto, o presidente sunita, pertencente ao partido Ba'th, teria, também, de passar pela cidade de Dujail, local de grande concentração xiita. Não obstante, membros do partido Dawa, entidade com características terroristas que aglomeravam iraquianos xiitas, preparavam-se para colocar Hussein numa emboscada devidamente planejada:

A conservative Shiite religious party, Dawa, with an armed wing that had mounted terrorist attacks against Mr. Hussein's government, had strong support in Dujail, and saw in his visit a chance to avenge the government's killings of hundreds of Dawa leaders and sympathizers. The plotters named the mission Operation Bint Huda, after the sister of Dawa's founder, Ayatollah Muhammad Bakr al-Sadr, a prominent Shiite cleric. The two were executed in 1980.<sup>2 3</sup>

O enorme comboio de Saddam, com aproximadamente trinta carros, desfilava pelas ruas de Dujail em 08 de julho de 1982. Prestes a se retirar e retornar à Bagdad, capital do Iraque, o comboio presidencial sofreu um ataque: jovens xiitas começaram a atirar contra o carro onde se encontrava o presidente iraquiano, levando à morte imediata dois de seus guarda-costas.

Obviamente, a represália do governo recentemente vitorioso não poupou munição, muito menos vidas. Foram mais de quatro horas de troca de tiros, os quais seguiram a tentativa de homicídio do presidente.

Contudo, Saddam não dizimou seus algozes de imediato: prosseguiu-se por julgamento por mais de dois anos, até que, ao final, fossem mortos mais de cento e quarenta e oito xiitas envolvidos no episódio, enquanto aproximadamente duzentos outros remanesçam desaparecidos até os dias atuais.

Dentre as técnicas utilizadas no julgamento, referente à Dujail, aplicadas nos envolvidos, estava a tortura, frios assassinatos, e, aos poucos que sobreviveram, sentença à pena de morte por enforcamento. Naquele momento, o que importava para

---

<sup>2</sup> BURNS, John F. *A Town That Bled Under Hussein Hails His Trial*. The New York Times: 03 jul. 2005. Disponível em < <http://www.nytimes.com/2005/07/03/world/middleeast/a-town-that-bled-under-hussein-hails-his-trial.html>>. Acesso em 22 ago. 2017.

<sup>3</sup> Em tradução da autora: Um partido religioso conversador xiita, Dawa, com uma ala armada que havia planejado ataques terroristas contra o governo do Senhor Hussein, tinha grande suporte em Dujail, e via na sua visita a chance de vingar as centenas de mortes feitas pelo governo de líderes e simpatizantes do Dawa. Os conspiradores nomearam a missão de Operação Bint Huda, em homenagem à irmã do fundador do Dawa, Ayatollah Muhammad Bakr al-Sadr, um promitente clérigo xiita. Os dois foram executados em 1980.

Hussein era importar o modelo totalitarista ao Iraque, de forma a não ser “somente” um presidente, mas sim algo mais poderoso: um ditador. É claro que, em acordo com Hannah Arendt:

... as formas de governo sob as quais os homens vivem são muito poucas; foram descobertas cedo, classificadas pelos gregos, e demonstraram rara longevidade. Se aplicarmos esses dados, cuja ideia fundamental, a despeito de muitas variações, não mudou nos dois milênios e meio que vão de Platão a Kant, somos imediatamente tentados a interpretar o totalitarismo como forma moderna de tirania, ou seja, um governo sem leis no qual o poder é exercido por um só homem. De um lado, o poder arbitrário, sem o freio das leis, exercido no interesse do governante e contra os interesses dos governados; e, de outro, o medo como princípio da ação, ou seja, o medo que o povo tem pelo governante e o medo do governante pelo povo – eis as marcas registradas da tirania no decorrer de toda a nossa tradição.<sup>4</sup>

O desrespeito às normas de Direitos Humanos pelo autoritarismo não foram criações de Saddam Hussein quando do Massacre de Dujail. Subsistem esses princípios como maneiras de um governo totalitário permanecer firmemente no poder. A reação de Saddam foi típica de uma ditadura. Todavia, tal fato não despertou o interesse da comunidade internacional à época, sendo tido como apenas mais um ato de selvageria dos países menos desenvolvidos. Conforme o pensamento de Arendt, o equívoco, contudo, é pensar se tratar de simples impulso selvagem:

---

<sup>4</sup> ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 612-613.

Se é verdade que os monstruosos crimes dos regimes totalitários destruíram o elo de ligação entre os países totalitários e o mundo civilizado, também é verdade que esses crimes não foram consequência de simples agressividade, crueldade, guerra e traição, mas do rompimento consciente com aquele *consensus iuris* que, segundo Cícero, constitui um ‘povo’, e que, como lei internacional, tem constituído o mundo civilizado nos tempos modernos, na medida em que se mantém como pedra fundamental das relações internacionais, mesmo em tempos de guerra. Tanto o julgamento moral como a punição legal pressupõem esse consentimento básico; o criminoso só pode ser julgado com justiça porque faz parte do *consensus iuris*, e mesmo a lei revelada de Deus só pode funcionar entre os homens quando eles a ouvem e aceitam.<sup>5</sup>

O Massacre de Dujail nunca ganhou a devida repercussão em épocas pretéritas. Em conformismo com a realidade, o que ocorria no Iraque sob a égide do regime de Hussein não era muito importante em termos humanitários. O Oriente Médio, regra geral, é grande exportador de petróleo ao ocidente – e um dos maiores importadores do petróleo iraquiano era os Estados Unidos –, recebendo a região atenção pura e simplesmente nessa seara.

Assim, os referidos fatos remanesceram silenciados por décadas, até um novo acontecimento vir à tona: a *Operation Iraqi Freedom*. Esta ingênua operação fora cabeceada pelos Estados Unidos, junto à Grã-Bretanha, Austrália e a Polônia – a Coalisção. Seu propósito era invadir o Iraque, em 2003, sob a missão de “to disarm Iraq

---

<sup>5</sup> Ibid. p. 614.

of weapons of mass destruction, to end Saddam Hussein's support for terrorism, and to free the Iraqi people”<sup>6</sup> 7.

As consequências desastrosas oriundas das ações das Forças de Coalisção trariam à tona novamente o pretérito Massacre de Dujail, em circunstâncias, no mínimo, surpreendentes, conforme dissertar-se-á adiante.

### 3 A FORMAÇÃO DO TRIBUNAL IRAQUIANO E O JULGAMENTO DE SADDAM HUSSEIN

Fato que ficou mundialmente conhecido foi a invasão das tropas dos Estados Unidos ao Iraque, em 2003. Inflamados pelos ataques de 2001, procederam a invasão sem que se levasse em conta os conselhos das Nações Unidas e da comunidade internacional em não a realizar. Todavia, a “*Operation Iraqi Freedom*” parecia ter, além disso, um interesse implícito, exposto pelo presidente estadunidense à época, George W. Bush, de ocidentalizar o Iraque:

Em 2003, os americanos invadiram e dominaram o Iraque em um tempo impressionantemente reduzido. Em seguida, porém, surgiu a questão: o que fazer com a vitória? A resposta veio na forma da decisão ousada de criar uma nova nação, de apaziguar os conflitos entre grupos étnicos e religiosos que habitavam o solo iraquiano, substituindo a ditadura por um governo democrático. Essa tarefa extraordinária encontrou forte resistência. Enquanto tentavam impor a democracia e uma versão própria de estabilidade social, na chamada ‘manutenção da paz’, Estados Unidos e Grã-Bretanha e outros aliados

---

<sup>6</sup> BUSH, George. *President Discusses Beginning of Operation Iraqi Freedom*. The White House: 22 mar. 2003. Disponível em <<https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030322.html>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

<sup>7</sup> Em tradução da autora: Para desarmar o Iraque das armas de destruição em massa, para acabar com o apoio de Saddam Hussein ao terrorismo, e para libertar o povo iraquiano.

perderam mais vidas do que na rápida conquista militar em 2003.<sup>8</sup>

Todavia, criar uma nova nação sob um regime ditatorial não era possível. Em verdade, desde o início, os Estados Unidos deixaram clara a sua intenção de destituir Saddam Hussein e implantar uma democracia no Iraque por meio, primeiramente, de um governo provisório, o que foi de pronto realizado, observada a fuga de Hussein para locais desconhecidos.

Evidentemente, haviam mais interesses por trás disso. Não se tratava apenas de implantar a democracia, mas também de punir o ditador que, por décadas, havia imposto um governo totalitário e em desacordo com os Direitos Humanos. Para o alcance de seus fins, a Coalisão tomou para si a maioria dos poderes de Estado, incluindo o Legislativo:

Although the IGC (Iraq Governing Council) was proclaimed as assuming a transitional parliamentary role, the CPA was in fact the real bearer of authority in the country, having the power to veto all the decisions of the IGC, leaving the later with practically no lawmaking powers. Exceptionally, however, the CPA granted temporary legislative authority to the IGC to formulate a law establishing a tribunal for the most serious crimes perpetrated by

---

<sup>8</sup> BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história das guerras*. 1. ed. São Paulo: Editora Fundamento Educacional Ltda, 2014. p. 194.

the regime of Saddam Hussein since its ascent to power in 1968.<sup>9</sup>

10

286

Em virtude disso, “... the Statute was approved by the IGC establishing the Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity (Iraqi Special Tribunal) on 10 December 2003”<sup>11</sup>.

Logo após, em 13 de dezembro de 2003, Saddam Hussein foi capturado na cidade de Tikrit pela *Operation Red Dawn*, escondido em um buraco, numa fazenda<sup>12</sup>. Estava o antigo presidente pronto para ser levado à julgamento por uma novíssima Corte criada pelo “novo Iraque”, a qual já nascera violando princípios básicos de dignidades em processo penal e direitos humanos, tais como a vedação aos tribunais de exceção e a irretroatividade da lei penal.

Embora a Corte Especial Iraquiana tenha sido criada num contexto no qual os Estados Unidos exerciam sua autoridade no Iraque, a própria Constituição Provisória, de relativa autonomia, vedava as atitudes que coadunaram na sua criação, sob enorme contradição:

Following the entry into force of the Iraqi Special Tribunal, the IGC adopted on 8 March 2003 the ‘Transitional Administrative Law’ (TAL), which has hailed as an interim constitution intended to be an instrument for governing Iraq upon restoration of sovereignty on 30 June 2004 until a permanent constitution

---

<sup>9</sup> Em tradução da autora: Enquanto o Conselho de Governo do Iraque (CGI) foi proclamado para assumir uma tarefa parlamentar transitória, a Coalisão era, de fato, a real portadora da autoridade no país, tendo o poder de vetar todas as decisões do CGI, deixando, depois, com praticamente nenhum poder de fazer leis. Excepcionalmente, contudo, a Coalisão deferiu temporariamente a autoridade legislativa ao CGI para que este formulasse uma lei estabelecendo um tribunal para os crimes mais sérios praticados pelo regime de Saddam Hussein desde a sua ascensão ao poder em 1968.

<sup>10</sup> BANTEKAS, Ilias. *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity*. The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 54, no. 1 (Jan., 2005), pp. 237-253. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3663365>>. Acesso em 29 jul. 2017. p. 239.

<sup>11</sup> Em tradução da autora: ... o Estatuto foi aprovado pelo CGI estabelecendo a Corte Especial Iraquiana para Crimes contra a Humanidade (Tribunal Especial Iraquiano) em 10 de Dezembro de 2003.

<sup>12</sup> KREITNER, Richard. *December 13, 2003: Saddam Hussein is Captured*. The Nation: 13 dec. 2015. Disponível em <https://www.thenation.com/article/december-13-2003-saddam-hussein-is-captured/>. Acesso em 22 ago. 2017.

could be adopted. (...) Article 48(A) of the Tal states that ‘the [Iraqi Special] Statute exclusively defines its jurisdiction and procedures, notwithstanding the provisions of this Law’. Moreover, Article 15(I) of the TAL is unequivocal in that ‘special or exceptional courts mat not be established’<sup>13 14</sup>.

Deve-se frisar, no momento, que a impossibilidade de que Saddam Hussein fosse entregue ao Tribunal Penal Internacional é proveniente da não-adesão do Iraque ao Estatuto de Roma, o qual estabeleceu o referido Tribunal. Isto demonstra, indubitavelmente, a dificuldade da comunidade internacional em dar eficácia aos direitos humanos onde mais se precisam deles, bem como sobre a amplitude dos paradigmas próprios gerados pelo relativismo cultural.

Mesmo assim, a criação de uma Corte Especial, com os fins claros e específicos de punir o ex-presidente Saddam pelos seus crimes passados, é inaceitável sob o ponto de vista dos Direitos Humanos e da Comunidade Internacional, muito embora pouco tenha sido realizado para evitar os fins drásticos do julgamento.

Desde o dia de sua captura até o dia em que foi entregue à julgamento, 30 de junho de 2004, Saddam permaneceu sob a guarda das forças da Coalisão por motivos estrategistas de segurança<sup>15</sup>. Em 30 de junho de 2004, Saddam e outros sete membros do partido Ba’th<sup>16</sup> foram entregues à Corte Especial Iraquiana sob a denúncia da morte de cento e quarenta e oito xiitas, em 08 de junho de 1982, na cidade de Dujail.

---

<sup>13</sup> Em tradução da autora: Após a entrada em vigor do Tribunal Especial Iraquiano, a CGI adotou, em 8 de Março de 2003, a ‘Lei Administrativa de Transição’ (LAT), que foi aclamada como uma Constituição Interina planejada para ser um instrumento para governar o Iraque até a restauração de sua soberania em 30 de Junho de 2004 até que uma Constituição permanente pudesse ser adotada. (...) Artigo 48 (A) da LAT estabelece que ‘o [Especial Iraquiano] Estatuto exclusivamente define sua jurisdição e procedimentos não obstante a disposição desta Lei’. Além disso, Artigo 15(I) da LAT é inequívoco no que ‘especiais ou excepcionais cortes não deverão ser estabelecidas’.

<sup>14</sup> BANTEKAS, Ilias. *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity*. The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 54, no. 1 (Jan., 2005), pp. 237-253. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3663365>>. Acesso em 29 jul. 2017. p. 239.

<sup>15</sup> CNN Library. *Saddam Hussein Trial Fast Facts*. CNN, 12 mar. 2017. Disponível em <<http://edition.cnn.com/2013/10/30/world/meast/saddam-hussein-trial-fast-facts/index.html>>. Acesso em 15 ago. 2017.

<sup>16</sup> São eles: Barzan Ibrahim al-Tikriti, meio irmão de Saddam e ex-Chefe de Inteligência; Taha Yassin Ramadan, ex-Vice-Presidente; Awad Hamed al-Bandar, ex-Chefe Juiz; Abdullah Kadhém Roweed Al-Musheikhi, Membro Oficial do Partido Ba’ath; Mizher Abdullah Roweed Al-Musheikhi, filho de Abdullah Kadhém, Membro Oficial

Acerca dos juízes que iriam compor o referido tribunal, materialmente de exceção, o Estatuto criado previu certos requisitos:

It has been pointed out that appointments to the Tribunal can only be made from Iraqi nationals and non-Ba'ath members. The first criterion, that of Iraqi nationality, encompasses all those persons whose citizenship was withdrawn by the Hussein regime on discriminatory grounds, in accordance with Article 11(D) and (E) of the TAL. Moreover, on the basis of Article 4(d) of the Tribunal's Statute, the IGC, if it deemed necessary, could have appointed non-Iraqi judges with experience in the crimes stipulated in the Statute. (...) By the time of the first hearing on 1 July 2004 all the members of the judiciary were Iraqis.<sup>17 18</sup> (246-247).

Todavia, a identidade dos juízes que vieram a julgar Hussein não foi revelada, sob pretexto de segurança. O contrário ocorreria em casos levados à jurisdição internacional, ao revés do ocorrido, sem se macular a garantia de imparcialidade do juiz e de justo juízo. O julgamento, como um todo, foi marcado por diversas violações aos direitos mínimos humanos. Em análise crítica, Luiz Flávio Gomes disserta que:

---

do Partido Ba'ath; Ali Daeem Ali, Membro Oficial do Partido Ba'ath; Mohammed Azawi Ali, Membro Oficial do Partido Ba'ath.

<sup>17</sup> Em tradução da autora: Foi enfatizado que a nomeação para o Tribunal só poderia ser feita por nacionais iraquianos que não fossem membros do partido Ba'ath. O primeiro critério, a nacionalidade Iraquiana, incluem todas as pessoas cuja cidadania foram retiradas pelo regime de Hussein por motivos discriminatórios, em acordo com o Artigo 11(D) e (E) da LAT. Além disso, na base do artigo 4(d) do Estatuto do Tribunal, o CGI, em casos de extrema necessidade, poderia nomear juízes não-Iraquianos com experiências nos crimes estipulados no Estatuto. (...) No tempo da primeira oitiva em 1º de Julho de 2004, todos os membros do Judiciário eram Iraquianos.

<sup>18</sup> BANTEKAS, Ilias. *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity*. The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 54, no. 1 (Jan., 2005), pp. 237-253. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3663365>>. Acesso em 29 jul. 2017. p. 246-247.

Esse modelo de Justiça é primitivo porque não respeita os princípios garantistas mais elementares: princípio do juiz natural, proibição da criação de tribunais de exceção, julgamento imparcial, irretroatividade da lei penal etc. Lamentável é que, passados mais sessenta anos desde Nuremberg, praticamente todas essas mazelas e anomalias estiveram presentes no julgamento de Saddam, que foi condenado por um tribunal de exceção, constituído pelos EUA em 2003. Durante o processo, três advogados foram assassinados, um expulso, um juiz foi substituído, as testemunhas não tinham nenhuma segurança etc. A interferência política no julgamento foi evidente, a ponto de seu resultado ter sido "antecipado" em dois dias, para "tentar" beneficiar Bush nas eleições gerais norte-americanas.<sup>19</sup>

Chegou-se, inclusive, ao ponto de Saddam Hussein alegar tortura por parte da Coalisão: “ I have been beaten on every part of my body, and the marks are still all over me. (...) We were beaten by the Americans and tortured, every one of us”<sup>20 21</sup>. Todavia, pouco importaram as alegações de agressões primitivas pelos vencedores ocidentais: em 05 de novembro de 2006, Saddam Hussein foi condenado à morte por enforcamento pelo Massacre de Dujail.

A configuração do recurso da sentença, declarada em 05 de novembro de 2006, não propiciava à defesa de Saddam Hussein tempo suficiente para elaborar uma apelação adequada. Soma-se o curioso fato da procrastinação da Promotoria em fornecer aos advogados de Hussein os documentos necessários para formulação do

---

<sup>19</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Julgamento de Saddam Hussein: exemplo de justiça primitiva*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862. Teresina, ano 11, n. 1267, 20 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9294>>. Acesso em 31 ago. 2017.

<sup>20</sup> Em tradução da autora: Eu fui agredido em cada parte do meu corpo, e as marcas ainda estão em toda minha pessoa. (...) Nós fomos agredidos pelos Americanos e torturados, cada um de nós.

<sup>21</sup> BURNS, John F. *Hussein Accuses U.S. Guards of Torture*. The New York Times, 22 dez. 2005. Disponível em <<http://www.nytimes.com/2005/12/22/world/middleeast/hussein-accuses-us-guards-of-torture.html?mcubz=0>>. Acesso em 18 ago. 2017.

apelo, o qual fora protocolado apenas em 04 de dezembro de 2006<sup>22</sup>. Em 26 de dezembro de 2006 a apelação foi negada e a sentença de morte foi mantida. Por não existirem mais recursos para Hussein, este foi enforcado em 30 de dezembro de 2006, finalizando-se, assim o julgamento.

#### 4 REPERCUSSÕES ATUAIS ACERCA DA MORTE DE SADDAM HUSSEIN

Mesmo que Saddam Hussein fosse um ditador, pelas estratégias típicas de seu regime ditatorial para manutenção de poder – como o medo e o terror –, o ex-presidente israelense, que era sunita, conseguia manter certa ordem no Iraque frente ao crescimento do terrorismo xiita na região. Após a sua morte, em verdade, não houve a profetizada democratização do Iraque, como almejaram os Estados Unidos. Os reflexos foram muito mais intensos e negativos aos planos, incluindo-se o fato da transformação de Saddam Hussein em mártir e na consagração do saudosismo do ex-ditador pela população.

As áreas, anteriormente ocupadas por membros do partido Ba'ath (partido de Saddam Hussein), após a sua morte, foram facilmente conquistadas por grupos xiitas terroristas, trazendo-se, assim, a expansão do terror em solo iraquiano e o sentimento saudosista:

"Das hätte es unter Saddam nicht gegeben", hört man im Irak derzeit immer öfter. Überall zwischen Euphrat und Tigris beklagen die Menschen die Situation, in der sich das Land befindet. "Die Gesetze werden nicht befolgt", sagt ein

---

<sup>22</sup> "Finally we were able to do it. (...) We had to hastily prepare the appeal because the court procrastinated in giving us the documents necessary for the submission in a bid to obstruct the appeal process" – al-Dulaimi, advogado de Saddam Hussein. Em tradução da autora: Finalmente nós estamos aptos a fazer isso. (...) Nós tivemos que preparar rapidamente o apelo por conta da procrastinação da Corte em nos fornecer os documentos necessários para a submissão numa tentativa de obstruir o processo de apelação. Disponível em <<http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/saddam-lawyers-appeal-former-presidents-death-sentence-427005.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

Geschäftsmann in Basra. "Es ist wie in einem Dschungel, wo nur das Recht des Stärkeren zählt"<sup>23 24</sup>

Em 2008, após intensas críticas da população norte-americana, o então presidente, Barack Obama, decidiu por retirar as tropas americanas das terras iraquianas. O empreendimento havia sido uma tragédia. Conforme ensina o historiador Geoffrey Blainey:

Somente decorridos oito anos, as últimas tropas aliadas e americanas se retiraram. De volta aos Estados Unidos em 2011, os soldados ouviram do presidente Barack Obama: 'É mais difícil terminar do que começar uma guerra'. Apesar de sagaz, a afirmativa não se aplica a um conflito típico. A guerra havia começado com uma confiança justificada. No entanto, a tentativa 'pós-guerra' de impor a paz, ordem e harmonia foi estimulada por um excesso de confiança que hoje se percebe injustificável.<sup>25</sup>

Os reflexos do julgamento de Hussein foram ainda mais amplos. Muito embora não tenha sido confirmado pelo Governo Iraquiano, o Estado Islâmico declarou que havia assassinado o juiz Raouf Abdul Rahman, o mesmo que havia composto a mesa dos que sentenciaram Saddam Hussein à sua morte em 2006.<sup>26</sup>

Por conta disso, percebe-se, inclusive, que a tentativa da "Guerra ao Terror" e a coibição do avanço do terrorismo islâmico fracassada, ao menos em terras iraquianas,

<sup>23</sup> SVENSSON, Birgit. *Der Tod von Saddam Hussein – damals ein Freudenfest im Irak*. 30 dez. 2016. Disponível em < <http://p.dw.com/p/2V0rz>>. Acesso em 01 set. 2017.

<sup>24</sup> Em tradução da autora: "Isso não aconteceria com Saddam Hussein no poder" é uma frase que se ouve com cada vez mais frequência no Iraque. Por todos os lugares, as pessoas se queixam da situação em que o país se encontra. "As leis não são cumpridas", diz um homem de negócios em Basra. "É como numa selva, onde só vale a lei do mais forte".

<sup>25</sup> BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história das guerras*. 1. ed. São Paulo: Editora Fundamento Educacional Ltda, 2014. p. 194-195.

<sup>26</sup> CROSSLEY, Lucy. *Judge who sentenced Saddam Hussein to death 'is captured and executed by ISIS'*. Daily Mail, 22 jun. 2014. Disponível em < <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2665360/Judge-sentenced-Saddam-Hussein-death-captured-executed-ISIS.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

possui influência dos próprios norte-americanos. O terrorismo avança em passos largos.

Vale frisar, mais uma vez, não ser o objetivo do presente trabalho prestar apoio à regimes ditatoriais, mas tão somente apresentar reflexos acerca da intervenção de Estados uns nos outros, a falha da tentativa de salvação de uma nação, ao passo que o realizado, no fim, aumenta mais as mazelas sociais do que as diminui.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude de todo o exposto, percebe-se que o julgamento de Saddam Hussein fora repleto de ilegalidades condenáveis pela jurisdição internacional, bem como de atentados claros aos Direitos Humanos. Todavia, em virtude de se tratar de um ex-ditador com históricos de crimes contra a Humanidade, sua morte tornou-se algo irrelevante, mesmo que violasse preciosos direitos. O Direito não resistiu a esta difícil prova à sua integridade.

Percebe-se que a comunidade internacional se queda inerte perante situações como as expostas, tal como um tribunal de exceção, embora entidades internacionais como o *Human Rights Watch* e o Estado do Vaticano tenham sido veementemente contra a pena de morte imposta a Hussein, de modo que as vozes contrárias ao ato têm, atualmente, significado tão-somente simbólico.

Decorrente disso, percebe-se que a soberania nacional do Iraque fora abalada por anos, enquanto perdurou a Guerra do Golfo, e a tentativa de importar o modelo ocidental de Direito ao oriente fracassou enormemente.

A questão da prevalência dos valores da ocidentalidade ou a relatividade das formas políticas sempre foi uma constante nas discussões acerca do Direito das Gentes. O Caso Saddam Hussein, contudo, corrobora à segunda tese, valendo-se citar Secondat Montesquieu, posto que o filósofo francês havia, em meados do século XVIII, defendido que cada Estado possuía uma maneira singular de organizar os seus governos, afastando qualquer absolutismo na defesa de um sobre outro: “o governo

mais conforme à natureza é aquele cuja disposição particular melhor se adapte à disposição do povo para o qual tenha sido estabelecido”<sup>27</sup>.

Por todo o exposto, visualiza-se que a morte de Saddam Hussein, embora comemorada pelos países ocidentais vencedores, foi manifestamente ilegal no sentido de violação extensa de Direitos Humanos e de princípios do Direito Internacional Público. Portanto, não existem garantias de que a comunidade internacional está imune a julgamentos outros do tipo, haja vista que os não-signatários do Estatuto de Roma não se submetem à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, remanescendo-se em aberto o futuro da integridade dos direitos nos países que mais precisam efetivar leis de Direitos Humanos.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDUL-ZAHRA; Qassim. *Saddam lawyers appeal former president's death sentence*. Independent, 4 dez. 2006. Disponível em < <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/saddam-lawyers-appeal-former-presidents-death-sentence-427005.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BANTEKAS, Ilias. *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity*. The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 54, no. 1 (Jan., 2005), pp. 237-253. Disponível em < <http://www.jstor.org/stable/3663365>>. Acesso em 29 jul. 2017.

BAZZI, Mohamad. *How Saddam Hussein's Execution Contributed to the Rise of Sectarianism in the Middle East*. The Nation, 15 jan. 2016. Disponível em < <https://www.thenation.com/article/how-saddam-husseins-execution-contributed-to-the-rise-of-sectarianism-in-the-middle-east/>>. Acesso em 28 ago. 2017.

BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história das guerras*. 1. ed. São Paulo: Editora Fundamento Educacional Ltda, 2014.

BURNS, John F. *A Town That Bled Under Hussein Hails His Trial*. The New York Times: 03 jul. 2005. Disponível em <

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 26.

<http://www.nytimes.com/2005/07/03/world/middleeast/a-town-that-bled-under-hussein-hails-his-trial.html>>. Acesso em 22 ago. 2017.

BURNS, John F. *Hussein Accuses U.S. Guards Of Torture*. The New York, 22 dez. 2005. Disponível em <

<http://www.nytimes.com/2005/12/22/world/middleeast/hussein-accuses-us-guards-of-torture.html?mcubz=0>>. Acesso em 18 ago. 2017.

BUSH, George. *President Discusses Beginning of Operation Iraqi Freedom*. The White House: 22 mar. 2003. Disponível em < <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030322.html>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

CNN Library. *Saddam Hussein Trial Fast Facts*. CNN, 12 mar. 2017. Disponível em < <http://edition.cnn.com/2013/10/30/world/meast/saddam-hussein-trial-fast-facts/index.html>>. Acesso em 15 ago. 2017.

CROSSLEY, Lucy. *Judge who sentenced Saddam Hussein to death 'is caputed and executed by ISIS'*. Daily Mail, 22 jun. 2014. Disponível em < <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2665360/Judge-sentenced-Saddam-Hussein-death-captured-executed-ISIS.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. Vol. un. Salvador: JusPodivm, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Julgamento de Saddam Hussein: exemplo de justiça primitiva*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862. Teresina, ano 11, n. 1267, 20 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9294>>. Acesso em 31 ago. 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Iraq: Saddam Hussein Put to Death*. 30 dez. 2006. Disponível em < <http://pantheon.hrw.org/legacy/english/docs/2006/12/30/iraq14950.htm>>. Acesso em 25 ago. 2017.

KREITNER, Richard. *December 13, 2003: Saddam Hussein is Captured*. The Nation: 13 dec. 2015. Disponível em <https://www.thenation.com/article/december-13-2003-saddam-hussein-is-captured/>. Acesso em 22 ago. 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SVENSSON, Birgit. *Der Tod von Saddam Hussein – damals ein Freudenfest im Irak*. 30 dez. 2016. Disponível em < <http://p.dw.com/p/2Vorz>>. Acesso em 01 set. 2017.

**MOBILIZAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: Códigos voluntários das Corporações Transnacionais – Responsabilidades na proteção dos direitos humanos<sup>1</sup>**

**INTERNATIONAL LEGAL COLLABORATIVE ACTION: Voluntary Codes of Transnational Corporations - Responsibilities in the Protection of Human Rights**

**Palavras-Chave:** Direitos humanos. Corporações transnacionais. Códigos voluntários de conduta

**Key words:** Human rights. Transnational corporations. Voluntary codes of conduct

## **1 INTRODUÇÃO**

A globalização dos mercados, com a consolidação do pragmatismo econômico neoliberal acabou de certo com diversas fronteiras que serviam de obstáculo a proteção dos Direitos Humanos. Um exemplo de fronteiras consideravelmente superadas ainda no século passado, alvo de debates, foi a da soberania estatal, que se submeteu aos domínios materialistas do poder econômico e todos os benefícios que dele advém.

Em contrapartida, no curso evolutivo do mundo globalizado, os Estados alcançaram um novo paradigma, mais amplo e homogeneizador objetivando uma proteção de fato dos Direitos Humanos numa esfera global, figurada através das organizações ou sistemas internacionais de proteção que estão presentes em esferas locais, regionais e transnacionais, sendo prudentemente intituladas aqui como, mobilização jurídica internacional.

Esse esforço transnacional, teve início ainda no século XX com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU) e ainda se desenvolve até hoje com novos desafios conceituais e materiais na garantia de direitos fundamentais do homem, tendo

---

<sup>1</sup> Pedro Nilson Moreira Viana é graduando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. É membro pesquisador (Não Bolsista) do Programa de Ensino Tutorial PET Direito UFMA. Pesquisador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional NEDCUFMA.

sempre em vista sua dinamicidade em face de novos conflitos sociais e novas necessidades humanas (TURK, 1976, p.278)<sup>2</sup>.

Um dos paradigmas rompidos com relação a proteção de tais direitos – foi o de reconhecer que nesta realidade, o Estado-nação não detém exclusivamente a capacidade de violação (SANTOS e GARAVITO, 2005, p.283)<sup>3</sup>.

As corporações transnacionais são, neste contexto, atores privados potenciais violadores<sup>4</sup>. Essas empresas que não têm seus capitais originários especificamente deste ou daquele país necessariamente, podem, dentro deste sistema a partir de um ponto de vista econômico, ter seus componentes produzidos em diversas regiões do mundo e montados em alguma(s) localidade(s) (in)específica(s).

Motivadas pela busca da redução de seus custos de mão-de-obra, de impostos, de acesso a financiamentos mesmo em países mais pobres, objetivando maior competitividade custo/benefício e solidificação do mercado a que se destinam seus produtos e/ou serviços, as Corporações Transnacionais não raro desvirtuam os institutos jurídicos nacionais, violando sistematicamente os Direitos Humanos em detrimento de seu crescimento financeiro.

Essa aparente falta de “origem nacional” esvazia, de certa forma, laços jurídicos que poderiam responsabilizá-las objetivamente pelas violações cometidas, submetendo assim o ambiente internacional privado à uma complexa estrutura relacional multitudinária com pouquíssima regulamentação.

Daí advém a premente necessidade de um fortalecimento das instituições internacionais de proteção dos direitos humanos, das redes para defesa de causas transnacionais (*transnational advocacy networks*), e do ativismo transnacional a fim de contribuir para a evolução teórica e material da sociedade transnacional em especial no que tange ao advento de novos mecanismos impeditivos de violações que partem desses agentes privados (MARGARET e SIKKINK, 1998, p. 198).<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> TURK, Austin T. Turk. **Law as a Weapon in Social Conflict**: Social Problems, v. 23, 1976, pp. 276-291.

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa Santos; GARAVITO, César A. Rodriguez(Org.), **Law and Globalization from Below**: Towards a Cosmopolitan Legality, Cambridge, Cambridge University Press, 2005

<sup>4</sup> SANTOS, B. de Sousa, op. cit., p. 283.

<sup>5</sup> MARGARET E. Keck; SIKKINK, Kathryn. **Activists beyond Borders**: Advocacy Networks in International Politics, Ithaca and London, Cornell University Press, 1998;

De efeito, um mecanismo relevante que resultou da histórica mobilização de tais sistemas internacionais de proteção, e que busca (i) o cumprimento estrito de certos princípios ou, até mesmo, (ii) uma “certificação de qualidade” que externa a atitude ética na confecção de seus produto ou prestação de serviços, são os programas de ajuste estrutural conhecidos amplamente como códigos voluntários de conduta.

Podendo ser definidos, na acepção de (WICK, 2001)<sup>6</sup>, como verdadeiros “(...) *compromissos voluntariamente assumidos por companhias, associações ou outras entidades para promover padrões e princípios para a conduta de atividades empresariais no mercado(...)*”, as determinações feitas em um código de conduta são baseadas em um conjunto de princípios e decisões, com o objetivo de mantê-lo compatível às atividades econômicas para as quais se busca utilizá-lo.

Estes princípios e decisões de modo algum podem gerar regras que sejam contra a permanência da atividade no mercado, bem como não pode inviabilizar economicamente suas atividades. Assim, todos os pontos passivos da interação entre o setor e as questões a serem trabalhadas pelo código de conduta voluntário, são questões que, ao fim e ao cabo, todos os atores privados envolvidos consideram importantes que sejam mantidas e valorizadas (FRYNAS e PEGG, 2003, p.162)<sup>7</sup>.

Neste contexto, o estudo buscou analisar, a responsabilidade das corporações transnacionais (*como atores privados violadores de direitos humanos*) primordialmente, através do estabelecimento dos programas de ajuste estrutural (códigos voluntários de conduta) assim como, os possíveis instrumentos alternativos para restringir as ações violadoras de tais corporações, na realidade transnacional.

De maneira mais específica, buscou-se detalhar: (i) O contexto de violações de direitos humanos e os esforços transnacionais através dos sistemas de proteção para a garantia e promoção dos direitos humanos; (ii) A importância de atentar-se sobre as responsabilidades das Corporações Transnacionais, visto sérias preocupações acerca das violações de direitos humanos fundamentais; (iii) O estabelecimento dos códigos voluntários de conduta como instrumento protetor e as principais dificuldades de sua

---

<sup>6</sup> WICK, Ingeborg. **A comparative analysis of different codes of labour practice**. International Training Centre of the ILO, Turin August 21, 2001. Conference: "International Labour Standards, Globalization and Development of Framework Agreements" 13-24 Agosto, 2001. p.173 -211.

<sup>7</sup> FRYNAS, Jędrzej George. PEGG, Scott. **Transnational Corporations and Humans Rights**. New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 162.

implementação; *(iv)* Instrumentos alternativos para restringir as ações violadoras de direitos humanos por tais agentes transnacionais privados.

## 2 A ORIGEM DAS CORPORações TRANSNACIONAIS NO CONTEXTO GLOBALIZADO E AS DIVERSAS JURISDIÇÕES NACIONAIS

A globalização consiste e arraiga-se nos mais diversos câmbios entre os diversos pontos do planeta. Ainda que os múltiplos intercâmbios existentes, abarcando povos e culturas distintas não seja um fenômeno atual, o que distingue a globalização e lhe atribui um caráter de especificidade é a intensidade desse intercâmbio que está ligado às novas tecnologias de comunicação e informação, fundamentando-se no paradigma neoliberal, visto que o processo *globalizador* teve início desde o século XVI.

Globalización representa, actualmente una nueva forma de homogeneizar la pluralidad[...] Y esa nueva homogeneización se realiza, precisamente, mediante el pragmatismo económico-financiero, mediante el control de la técnica y del monopolio de la información y de la comunicación.<sup>8</sup>

Assim como (FARIÑAS, 2006), NUNES (2003)<sup>9</sup>, segue parecida linha lógica, considerando que a globalização sobre vários aspectos, dentre eles, o fenômeno cultural e ideológico marcado pela massificação do pensamento único, fomenta a criação de um mercado mundial unificado graças ao desenvolvimento de sistemas de transportes e as tecnologias de informação, e, por fim, pelo domínio do capitalismo financeiro “(...) *na criação de um mercado único de capitais à escala mundial, que permite aos grandes conglomerados transnacionais colocar o seu dinheiro e pedir dinheiro emprestado em qualquer parte do mundo.*”

Portanto, o processo de globalização possui centro de ideologia no neoliberalismo, política que reprova a intervenção estatal na economia e preza sobretudo, pela autorregulação dos mercados. Ocorre que essa liberdade de mercado,

<sup>8</sup> FARIÑAS D., M.J. **Los derechos humanos**: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna: DYKYNSON, 2006. p.10-23.

<sup>9</sup> NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.73-75.

mesmo que possa ter acarretado progressos econômicos, coordena à “*toque de caixa*” o aumento considerável da miséria e da desigualdade social.

É certo assinalar que a globalização pode, em diversos níveis, pôr em risco os direitos humanos fundamentais. Adotando esse raciocínio e considerando sua influência no processo de violação dos direitos humanos, Cecília Santos (2007)<sup>10</sup>, citando Boaventura Sousa Santos, relata que: “*Os Estados não continuarão sendo, no futuro visível, o principal foco para as lutas pelos direitos humanos, tanto na condição de violadores quanto de promovedores e garantidores de direitos humanos*”.

Com a intensa e rápida expansão das corporações transnacionais, tem-se percebido mundialmente, os efeitos desastrosos sobre a esfera de direitos humanos decorrentes da pouquíssima regulamentação no campo das multitudinárias relações internacionais privadas.

Quando os Estados não são os principais violadores de direitos humanos, estão impotentes para reagir em benefício dos indivíduos, muito por conta das diferenças de poder econômico e dos efeitos *backslash* sobre geração de emprego e renda que podem ser evidenciados na responsabilização ou “*superregulação*” dos Agente privado transnacionais.

PETERKE (2010)<sup>11</sup> ao repousar sobre as corporações transnacionais, assinala que nas últimas décadas elas vêm ganhando força e se transformando em um agente mais poderoso que muitos Estados-nação. A globalização da economia e o aumento de um domínio dessas corporações instituíram o clima adequado para os violadores corporativos de direitos humanos, que são conduzidos, sobretudo, pelos “*códigos de oferta-procura*”.

PETERKE ainda assinala que as transnacionais “*não cumprem suas responsabilidades sociais ou até abusam delas, por motivos diferentes, ostentando*

---

<sup>10</sup> SANTOS, Cecília McDowell. **Ativismo Jurídico transnacional e o estado**: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na comissão interamericana de direitos humanos. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. N. 7. Ano 4, p. 27-57, 2007. Disponível em : [http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php artigo=7,port,artigo\\_santos.html](http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php artigo=7,port,artigo_santos.html). Acesso em 21 nov. 2015.

<sup>11</sup> PETERKE, Sven (coord.) **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: ESMPU (2010).

seu poder em detrimento de determinados grupos e indivíduos” (2010, p. 149)<sup>12</sup>. Daí, é apropriado apontar as transnacionais dentre os entes mais transgressores de direitos humanos na esfera internacional.

### 3 AS CORPORações TRANSNACIONAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO PELAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Não em detrimento dessas verdades factuais, diferentes são as pesquisas que advertem atentados sistemáticos aos direitos humanos perpetrados pelas empresas transnacionais, sendo os mais rotineiramente reportados – como aponta o último relatório da *Global Exchange 2013*<sup>13</sup>, casos de homicídio, tortura, trabalho escravo, discriminação racial, degradação ambiental, e até mesmo a privatização de águas.

Sob a égide da voluntariedade, ante a constatação de tais abusos na atividade dos atores transnacionais privados, diferentes são as iniciativas globais que tentam definir as responsabilidades sociais das corporações através de códigos de conduta ou de audiências públicas – alternativas estas que, por não ostentarem caráter imperativo, transfigurando-se em verdadeiras *soft laws*, dependem da “conscientização livre e espontânea” das empresas em cumprirem com as determinações por elas mesmas adotadas.

De efeito, o agente privado transnacional, movido pela competitividade, dificilmente exercerá indicação de caráter voluntário que possa, de alguma forma, diminuir o seu lucro. No que tange às ações coercitivas, observa-se fortes movimentos *lobby*<sup>14</sup>, face a elaboração das leis que produzem a conduta adequada a ser adotada

<sup>12</sup>PETERKE, Sven (coord.) op. cit., p149.

<sup>13</sup> Organização Internacional que anuncia periodicamente a lista das empresas violadoras de direitos humanos.

<sup>14</sup> As estratégias das TNCs têm reforçado o lobby empresarial na definição de normas técnicas e aumentado o seu poder de barganha frente aos órgãos de controle através de exemplos positivos de gestão empresarial. Estes últimos incluem o uso de padrões de emissão mais exigentes que os nacionais e a manutenção de incineradores ultramodernos oferecendo um serviço para as regiões onde as fábricas se situam. A auto-iniciativa das empresas é, além disto, vista com bons olhos pelos órgãos ambientais, já que reduz a sobrecarga de trabalho destes.

Ao mesmo tempo, ao se compromissar com normas de gestão e códigos de conduta, as TNCs passam a ser pressionadas para manterem sua palavra, sofrendo novos tipos de riscos bem como perdas, exemplificados acima pelo caso do escândalo da Fiat em Formiga e pelo caso do pesticida Baysistin da Bayer SA. Contudo, é clara a intenção de refrear o desenvolvimento legislativo, e a execução de políticas públicas fundamentais.

pelas empresas e que possibilitem o “movimento da jurisdição” de tribunais internacionais ante as violações.

A indústria busca padrões flexíveis para se adaptar às mudanças de mercado. A legislação, pelo contrário, visa proteger ao homem e ao meio ambiente através de padrões fixos e detalhados. Há casos, porém, em que, contradizendo seu discurso anti-legislativo, o grande empresariado procura estabelecer normas técnicas industriais avançadas, adaptando o mercado nacional às exigências de um mercado globalizado e às normas já correntes em países industrializados (GUEDES, 1993)<sup>15</sup>

Nesse sentido, Prioste e Hoshino (2009, p.13)<sup>16</sup>, em “Empresas Transnacionais no banco dos Réus”, analisam a atuação influenciadora das transnacionais quando:

É fato incontroverso que as transnacionais atuam juridicamente no campo dos direitos humanos para dificultar a elaboração de marcos normativos nessa área; agem na elaboração das normas processuais que dificultem a responsabilização por violações; na constituição de leis que lhes garantem direitos econômicos sobre bens culturais e da natureza;[...].Esse quadro, por si só, é suficiente para atestar que as transnacionais influenciam os marcos jurídicos nacionais e internacionais em direitos humanos. (Prioste e Hoshino, 2009, p. 13)

Muito comumente, algumas empresas atingem níveis de capital econômico que as permitem tornar-se simplesmente mais poderosas que muitos Estados-nação, passando a influenciar pesadamente no desempenho destes. Daí conclui-se que o

<sup>15</sup> GUEDES, A.L.M., “Programas ambientais de empresas multinacionais no Brasil Estudo de casos no setor químico”, Dissertação de Mestrado defendida no Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 09 de agosto de 1993.

<sup>16</sup> PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira, HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **Empresas transnacionais no banco dos réus: violação de direitos humanos e possibilidades de responsabilização**. Curitiba: Terra de Direitos, 2009.

problema de constituir um corpo de normas cogentes encontra fundamentação na força política e econômica das corporações transnacionais.

De um modo geral, múltiplos mecanismos de âmbito nacional e internacional buscaram sistematizar instrumentos que permitissem uma quadra minimamente constituída de atuação jurídica contra as organizações transnacionais violadoras de direitos humanos.

Contudo, a falta de um corpo de normas imperativas que por seu turno reclama um processo legislativo lento e, muitas vezes, isolado, abre espaço para que as ações voluntárias apresentem-se enquanto alternativa face a atuação violadora de tais agentes.

#### **4 CÓDIGOS VOLUNTÁRIOS DE CONDUITA: UM PANORAMA GERAL DE SUA ESTRUTURA, ENTRAVES E EFICÁCIA**

Sendo geralmente definidos como "*regras mínimas para fixar as condições no local de trabalho*"(FREEMAN, 1994, p.36)<sup>17</sup>, os códigos de conduta estão incluídos de forma ampla no conceito de cláusula social, embora não estejam em um contrato comercial internacional e não sejam nenhum substituto para legislação internacional ou mesmo nacional.

Neste particular, os códigos de conduta, em seu momento de elaboração, não sofrem interferência direta dos governos nacionais, visto que suas origens se processam num território particular das corporações transnacionais: o espaço privado.

Em breve síntese, a companhia transnacional que codifica condutas busca, geralmente, observar padrões sociais no ambiente laboral do interior da sua linha de produção (LIEMT, 1998)<sup>18</sup>. No que toca ao conteúdo, os códigos de conduta contemplam matérias afetas aos direitos humanos. Quanto à sua eficácia, a principal

---

<sup>17</sup> FREEMAN, Richard B. A hard-headed look at labour standards. In: **International labour standards and economic interdependence**: Essays in the commemoration of the 75 anniversary of the International Labour Organization and the 50 anniversary of Declaration of Philadelphia. International Labour Organization. Geneva: International Institute for Labour Studies, p. 9-91, 1994.

<sup>18</sup> LIEMT, Gijbert Van. Production conditions and international trade: protection or protectionism? In: **The international Social Issue**: Social Dumping and Social Competition in the Global Economy. Ludo Cuyvers: Bart Kerremans .Eds, p.99-100, 1998.

questão é saber se estes preveem monitoramento ou fiscalização e suas relação com sindicatos de empregados e ONGs.

Há códigos de conduta que são simples e flexíveis equivalentes às declarações de intenções sendo considerados de natureza *interna corporis*. Contudo, outros são conhecidos por sujeitar à certificação externa do ISO 8000 (*International Organization for Standardization*), que é a certificação de responsabilidade social, ou outros tipos de monitoramento desde que externos, como – controle por sindicatos, ONGs e outros mecanismos de sistemas de proteção.

Estas declarações demonstram que as empresas incorporaram em suas diretrizes algumas prerrogativas de gestão, seja no âmbito ambiental, seja no laboral. A pergunta que surge é “em que medida estes preceitos são postos em prática”. Em geral, pode-se dizer que as diretrizes são formuladas de forma demasiado genérica, permitindo omissões importantes.

É possível perceber que a incorporação de um sistema de gestão e de diretrizes socioambientais nas *Transnational Corporations* – TNCs, vem produzindo inovações favoráveis ao meio ambiente e à segurança na proteção de acidentes.

Um outro elemento central no controle das diretrizes são as auditorias internas. Basicamente, é possível identificar teoricamente dois grandes métodos: uma equipe internacional de auditores da matriz visita as instalações industriais das subsidiárias, o que inclui uma “prova através da direção da empresa” e uma inspeção às fábricas.

Além disto, as subsidiárias podem também responder questionários detalhados, onde os impactos socioambientais estão incluídos. Por razões de custos

operacionais, entretanto, as inspeções têm uma duração extremamente curta se restringindo às questões de segurança de acidentes (HERBERG, 2001, p. 25)<sup>19</sup>.

Isto significa que, apesar das auditorias, as matrizes continuam dependendo fortemente do engajamento da direção das subsidiárias para alcançarem padrões de qualidade almejados.

Relevante exemplo tem-se o da Sociedade de Indústria de Vestuário, *Aparrel Industry Partnership*, criada em 1996 nos Estados Unidos, pela reunião de sindicatos, igrejas e ONGs, que pretendem monitorar fornecedores, contratantes, subcontratantes através de monitores externos sem ligações com a(s) corporação(ões) envolvida(s) na cadeia de produção/serviço.

Os códigos externos por seu turno, decorrem materialmente, muita das vezes, da simples e objetiva vontade administrativa da corporação transnacional, sendo, portanto, unilaterais. Os Negociados, são códigos em que são chamados para participar os sindicatos e as ONGs na fase de elaboração e na de aplicação.

Os códigos internos são códigos unilaterais, no sentido de que são emanados apenas da empresa interessada e representam uma declaração de intenções. É exemplo desses códigos o da *Levi Straus*. Nele não se reconhece direitos à livre associação e negociação coletiva, mas contém seis relevantes aspectos de emprego: (i) salários e benefícios; (ii) horas de trabalho; (iii) mão-de-obra infantil; (iv) trabalho forçado; (v) saúde e segurança; (vi) discriminação e, (vii) práticas disciplinares.

Já que possui estrutura avaliativa, a partir dos idos de 1994, a reconhecida marca LS&CO, reforçou o sistema de monitoramento, retirando-se de dois países (China e Birmânia) que comprovadamente utilizavam-se de trabalho em condições análogas à escravidão. O monitoramento levou a empresa a rescindir contratos firmados com trinta de seus fornecedores pelo mundo e obrigou a reformas forçadas das práticas de emprego em mais de cem outros fornecedores.

Os códigos de conduta, sendo eles externos ou não, pelas dificuldades de fiscalização e execução, comumente padecem incisivamente de eficácia. Outra dificuldade é que há uma tendência em fabricantes, no sentido de negarem

<sup>19</sup> HERBERG, M. “**Die Betriebe müssen ihre Hausaufgabe machen** – Auslandsaudits als Instrument der umweltbezogenen Selbstregulierung in transnationalen Konzernen”, FEU Werkstattberichte 2001/1, Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht, Universität Bremen, 2001.

responsabilidades pela exploração realizada pelos subcontratantes – “terceirizados”, que fabricam os produtos nos quais são apostas as marcas daqueles.

As grandes empresas, uma vez criticadas pela exploração de mão de obra sem respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, preferem cancelar os contratos com os fornecedores, ao invés de promover mudanças no sistema de trabalho.

Já muitas das questões que envolvem o respeito às normas do trabalho requerem custos altos para que sejam implementados, a opção mais barata (*a curto prazo*) é a mudança de locação da indústria para outra zona ou mesmo, país.

Ademais, nessa lógica, nenhum padrão de monitoramento independente é bem claro, pois as obrigações fixadas nos códigos de conduta, são enunciados de princípios típicos das normas previstas no direito internacional como *soft law*.

Significa dizer, muito embora o analisado, que o direito internacional hodiernamente contempla, normas programáticas que preveem políticas de atuação para o futuro, no que se inserem as metas sinaladas nos códigos de conduta.

Diante dos conteúdos dos códigos de conduta e sua evidente eficácia enquanto normas princípios, há de se encarar a adoção de códigos de conduta verdadeiramente como formas de mitigar e flexibilizar normas internacionais laborais; e do outro lado, como uma maneira de “*impelir*” a empresa e todos os envolvidos na atividade produtiva e sua cadeia, a uma atitude de reconhecimento de direitos humanos dos trabalhadores.

De forma mais objetiva, é possível destacar que os Códigos voluntários de conduta apresentam benefícios, bem como entraves, respectivamente, que precisam ser superados. Sua flexibilidade, adequabilidade à todo e quaisquer tipo de indústria, e a rapidez no seu processo de reconhecimento são pontos inovadores que trazem dinamicidade à proteção dos direitos humanos na lógica transnacional.

Em outro sentido, os diversos e até mesmo antagônicos padrões entre os códigos de conduta, o seu caráter elástico típico pela permissividade, fracos mecanismos de monitoramento e a parcial sujeição à modificações por parte das corporações, fazem com que a mobilização jurídica transnacional busque novos elementos alternativos para tentar suprir tais falhas.

## 5 OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ONU E AS *MULTI-STAKEHOLDERS* COMO INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A historicidade dos direitos tratada por vários filósofos do Direito como Bobbio, Peces-Barba, Pérez, Luño, já trazia os novos conflitos sociais e as novas necessidades humanas como forças motrizes da geração dinâmica do direito através do tempo.

Outro elemento indissociável deste processo de construção social do direito, são os novos grupos ou movimentos organizados que baseados nos princípios democráticos, de autogestão, de diversidade, descentralização e apartidarismo, se desenvolveram muito em anos recentes.

Pelo fato de estarem mais próximos das particularidades, complexidades, fragmentações e interrelações da experiência e realidade fática, esses movimentos alternativos urbanos, ecológicos, pacifistas, étnicos, estudantis e mesmo as ONGs, integram-se como novos sujeitos coletivos de juridicidade. Característicos por serem compostos de indivíduos da Sociedade civil, esses grupos exercem papel mister no combate às violações aos direitos humanos.

Múltiplas partes interessadas (*Multi-stakeholders*) são organizações não governamentais – ONGs, Organizações da Sociedade Civil – OSCs, e outros grupos sociais que, guiados pelo parâmetros ‘*Proteger, Respeitar e Reparar*’, estão baseados em três pilares.

O primeiro deles é o dever do Estado em proteger contra violações dos direitos humanos por terceiros, incluindo empresas de negócios, através de políticas, normas e arbitragens apropriadas. O segundo reside na responsabilidade corporativa em respeitar os direitos humanos, ou seja, as empresas devem agir com a devida diligência para (i) evitar transgressões dos direitos de terceiros e (ii) abordar os impactos negativos com os quais elas estão envolvidas.

O terceiro é a necessidade de um maior acesso por parte das vítimas, a uma reparação eficaz, judicial e não judicial. Os Princípios Orientadores dentro destes parâmetros fornecem um útil quadro de referências para que esses grupos atendam às responsabilidades das empresas e justifiquem as exigências por condutas mais responsáveis nos negócios.

A iniciativa das múltiplas partes interessadas propicia válida interação nos processos econômicos dos agentes privados transnacionais, estabelecendo *standards* a fim de que sejam mais social, cultural, e ambientalmente sustentáveis, através de meios mais próximos e vigilantes à sociedade.

Um dos objetivos, através do “diálogo institucional” por esses agentes estabelecido, é melhorar a relação das empresas com a sociedade. No Brasil, esses esforços – pautados na atuação das múltiplas partes interessadas, ainda não surtiu efeito. Uma forte polarização entre empresas, ONGs e sindicatos permanece incisiva.

Um exemplo desta quadra, se dá com relação ao requerimento de participação do sindicato químico da Central Única de Trabalhadores (CUT) no programa Atuação Responsável implementado na *Badische Anilin & Soda Fabrik* – BASF BRASIL sediada em Guaratinguetá: ambos os lados encontram-se irreconciliáveis.

Enquanto as empresas dizem estarem abertas à participação, o sindicato afirma o contrário. Para a CUT isto demonstraria a exigua incredibilidade do programa Atuação Responsável por se tratar de uma “máscara”.

Destarte, apesar de tais dificuldades, os agentes *Multi-stakeholders* entendem como titulares de direitos cada ser humano e que, em contrapartida, todo ser humano é um ‘portador de dever’ correspondente. Um titular tem direito a reivindicar seus direitos, tem a responsabilidade de respeitar os direitos dos outros e sobretudo, tem o direito a responsabilizar o portador de dever de cuidado, e, neste ponto específico, as Corporações Transnacionais compartilham com os Estados nacionais multitudinárias responsabilidades na proteção dos direitos humanos.

## 6 CONCLUSÃO

Conclui-se da análise que o Estado, mesmo sendo o principal violador dos direitos humanos, por vezes não detém da possibilidade de responsabilização individual por ataques cometidos aos direitos humanos por parte dos agentes privados transnacionais.

Cediço que a expansão da proteção internacional dos direitos humanos é premente, tendo em vista as diversas necessidades humanas, desde já se requer a atualização das considerações e dos organismos de proteção, na acepção de conter violações cometidas por tais corporações.

A dificuldade encontrada para se alcançar a responsabilização internacional por violação aos direitos humanos pelas empresas transnacionais, está regulada sobretudo, ao fator da força econômica e política que possuem, fortalecendo o poder de *lobby* cometido contra a elaboração de normas que conduzem a regulação das atividades praticadas e a criação de políticas públicas. É em virtude desse poder político econômico que as tentativas de modificar as indicações em normas cogentes sempre encontram entraves.

O potencial da autorregulamentação reside, sobretudo, no fato de que tanto o engajamento como certas inovações dentro das empresas não podem ser alcançados de forma heterônima, ou seja, nem pela legislação, nem por pressões sociais – pois que há uma imensa “zona nebulosa” que permanece oculta para atores externos às fábricas (GLECKMAN, 1995, p. 98)<sup>20</sup> e quem melhor conhece os problemas das fábricas são seus próprios empregados.

Por essa razão, empresas e suas representações têm um papel insubstituível para estratégias eficientes de *global governance*, para complementar a legislação e o acompanhamento crítico da sociedade civil. Somente uma atuação conjunta desta tríade de atores parece alcançar um balanço apropriado para sustentar exigências econômicas, ambientais e laborais simultaneamente.

Mesmo dentro de um mesmo contexto político econômico desagregador, o desenvolvimento da política de direitos humanos pode ser diferente em cada um dos níveis de atuação do Estado.

É dentro dessa lógica que as ONGs e as demais entidades da sociedade civil que compõe os *Multi-stakeholders*, têm recorrido mais ao auxílio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – *CIDH* para pressionar o Estado Brasileiro, *e.g.*, a garantir e promover as normas estabelecidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos e outros documentos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como outros grandes sistemas de proteção não obstinam substituir os sistemas jurídicos pátrios, mas eles oferecem espaço, cada vez mais crescente, para que ONGs e outros

---

<sup>20</sup> GLECKMAN, H. “Transnational Corporations’ Strategic Responses to Sustainable Development”, In: Green **Globe Yearbook**. Fridtjof Nansen Institute, Norway: Oxford University Press, pp.93-106, 1995.

grupos/movimentos de defesa e monitoramento, moldem a política existente na legislação e nas políticas públicas em direitos humanos.

Pode-se ainda acentuar que em detrimento das múltiplas formas, de permissividades e tolerâncias demasiadas em vistas a relação de benefício econômico e direitos fundamentais do homem, ambiente e trabalho; de comissões e outros instrumentos de monitoramento fracos e convenientes, os Códigos Voluntários de Conduta expressam uma “*soft law*”, declaram uma intenção de fazer promover e uma obrigação de não violar até o ponto cujo seu cumprimento não perturbe os princípios éticos e a lógica de modelo econômico pela Corporação Transnacional vinculada: o que, por sinal, constantemente acontece.

Destarte, os Códigos Voluntários de Conduta são instrumento válidos pois trouxeram à quadra a ideia de responsabilidade que tais corporações transnacionais compartilham com os Estados nacionais na proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, as múltiplas partes interessadas assumem papel complementar, monitorando com a imparcialidade da sociedade civil organizada, possíveis violações e reclamando tais direitos difusos nos sistemas internacionais ou regionais de proteção, impelindo os Estados à regulamentar tais atividades exercidas que potencialmente ensejam violações.

## REFERÊNCIAS

FARIÑAS D., M.J. **Los derechos humanos:** desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna: DYKYNSON, 2006. p.10-23.

FREEMAN, Richard B. A hard-headed look at labour standards. In: **International labour standards and economic interdependence:** Essays in the commemoration of the 75th anniversary of the International Labour Organization and the 50th anniversary of the Declaration of Philadelphia. International Labour Organization. Geneva: International Institute for Labour Studies, p. 9-91, 1994.

FRYNAS, Jędrzej George. PEGG, Scott. **Transnational Corporations and Humans Rights.** New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 162.

GLECKMAN, H. “Transnational Corporations’ Strategic Responses to Sustainable Development”, In: **Green Globe Yearbook**. Fridtjof Nansen Institute. Norway: Oxford University Press, pp.93-106, 1995.

GUEDES, A.L.M., “**Programas ambientais de empresas multinacionais no Brasil Estudo de casos no setor químico**”, Dissertação de Mestrado defendida no Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 09 de agosto de 1993. \_\_\_\_\_ . “Práticas ambientais de empresas transnacionais no Brasil: redescobrimo o papel da interdisciplinaridade”, Faculdades Integradas, Curitiba, Paraná, Brasil, 1999.

HERBERG, Martin. “**Die Betriebe müssen ihre Hausaufgabe machen –** Auslandsaudits als Instrument der umweltbezogenen Selbstregulierung in transnationalen Konzernen”, FEU Werkstattberichte 2001/1, Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht, Universität Bremen, 2001.

LIEMT, Gijbert Van. Production conditions and international trade: protection or protectionism? In: **The international Social Issue: Social Dumping and Social Competition in the Global Economy**. Ludo Cuyvers: Bart Kerremans .Eds, p.99-100, 1998.

MARGARET E., Keck; SIKKINK, Kathryn. Activists beyond Borders: Advocacy Networks. In: **International Politics**. Ithaca and London: Cornell University Press, 1998;

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.73-75.

PETERKE, Sven (coord.). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: ESMPU (2010).

312

PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira, HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **Empresas transnacionais no banco dos réus: violação de direitos humanos e possibilidades de responsabilização**. Curitiba: Terra de Direitos, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodriguez (Org.). **Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005 p. 283.

SANTOS, Cecília McDowell. Ativismo Jurídico transnacional e o estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na comissão interamericana de direitos humanos. In: **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. N. 7. Ano 4, p. 27-57, 2007.

TURK. Austin T. **Law as a Weapon in Social Conflict: Social Problems**, v. 23, 1976, pp. 276-291.

WICK, Ingeborg. **A comparative analysis of different codes of labour practice**. International Training Centre of the ILO. Turin August 21, 2001. Conference: "International Labour Standards, Globalization and Development of Framework Agreements" 13-24 Agosto, 2001.