DIREITO INTERNACIONAL

EM ANÁLISE

Volume 4

COORDENADORES
Cláudio Finkelstein
Vladmir Oliveira da Silveira

ORGANIZADORA
Ana Carolina Souza Fernandes

DIREITO INTERNACIONAL EM ANÁLISE

Volume 4

2015 | São Paulo

Clássica Editora

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-PUBLICAÇÃO

D635

Direito internacional em análise volume 4
Organização Ana Carolina Souza Fernandes; coordenação Cláudio Finkelstein, Vladmir Oliveira da Silveira.
1ª. ed. - São Paulo: Editora Clássica, 2015.
250 p.

Sumário Referências
ISBN 978-85-8433-035-5

1. Arbitragem Internacional. 2. Organizações Internacionais. 3. Tratados Internacionais I. Fernandes, Ana Carolina Souza. II.Finkelstein, Cláudio. III. Silveira, Vladmir Oliveira da. IV. Título

15-00022 CDD: 342

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

Acesse: www. editoraclassica.com.br
Redes Sociais
Facebook:
http://www.facebook.com/EditoraClassica
Twittter:
https://twitter.com/EditoraClassica

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Allessandra Neves Ferreira
Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioly
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
Jonathan Barros Vita
José Edmilson Lima
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Lafayete Pozzoli
Leonardo Rabelo
Lívia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão
Luiz Eduardo Gunther
Luisa Moura
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszka
Roberto Genofre
Salim Reis
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Coelho de Séllos-Knoerr
Vladmir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgtroy
Produção Editorial: Editora Clássica
Capa: Editora Clássica

Prefácio

O Direito Internacional, influenciado pela dinâmica das relações entre Estados e Organizações Internacionais em um mundo cada vez mais globalizado, tem de estar atento a superação de paradigmas. Não por outra razão que o Professor Carlos Roberto Husek, ao prefaciar o primeiro volume desta coletânea, preferiu o termo Direito Internacional em Movimento ao invés de Direito Internacional em Análise.

Os temas aqui abordados buscam refletir sobre assuntos de extrema importância, com uma escrita simples e objetiva, porém trazendo novos elementos para discussão sobre "Arbitragem Internacional", "Organizações Internacionais" e "Tratados Internacionais". Referidos temas foram levantados pelos autores e objeto de estudos e debates em salas de aulas do Programa de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, sob a orientação do Professor Cláudio Finkelstein, mas também aprofundados em outras disciplinas, como as dos Professores Antônio Márcio da Cunha Guimarães e Carlos Roberto Husek. Do convite e desafio constante aos nossos alunos, pouco a pouco, redefinimos conceitos e afiamos o nosso referencial teórico.

O comprometimento dos alunos em apresentar trabalhos científicos com tal seriedade e profundidade, possibilitou a realização deste quarto volume, incentivando-os a não desistir dessa gana de mudança, de instigação, de investigação e de superação da visão clássica da nossa disciplina. E é por isso que está obra não é um simples manual. É um instrumento de aprofundamento e reflexão. É um olhar diferente sobre cada um dos temas aqui apresentados.

Nesse sentido, agradecemos a contribuição dos alunos: Napoleão Casado Filho, Vera Lúcia Angrisani, Morgana de Almeida Richa, Janaína Thais

Daniel Varalli, Ana Carolina Souza Fernandes, Priscila Caneparo dos Anjos, Guilherme Andrade Lucci e Thomas Law. Também agradecemos a contribuição da Professora Thais Helena Morando, querida amiga e colega de departamento, que nos brinda com importante contribuição que constrói entre o Direito Tributário e o Direito Internacional.

A cada volume lançado por nós temos sempre orgulho de poder compartilhar com o mundo acadêmico uma nova safra de pensadores do Direito Internacional.

São Paulo, verão de 2015.

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA
Advogado
Professor de Direito Internacional da PUC/SP
Professor e Coordenador do Programa
de Mestrado em Direito da Uninove/SP

Apresentação

É com grande entusiasmo que lançamos o quarto volume da coletânea de Direito Internacional em Análise, graças ao empenho e seriedade dos alunos do Programa de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, com vistas a contribuir e aprimorar o processo de conhecimento, por meio de reflexões e indagações propostas em sala de aula.

Esta obra é resultado de estudos dos temas aqui abordados ao longo de um ano letivo, sob os cuidados do Professor Cláudio Finkelstein e do Professor Vladmir Oliveira da Silveira. Os artigos que compõem esta obra foram criteriosamente selecionados, com vistas a: (i) prestigiar os alunos que trouxeram contribuições ao estudo do Direito Internacional e (ii) incentivar a pesquisa científica.

A presente obra está dividida em três partes, tratando dos seguintes temas: (i) arbitragem internacional; (ii) organizações internacionais; e (iii) tratados internacionais. Resumidamente, passamos a discorrer sobre os assuntos aqui abordados.

A primeira parte da obra, voltado ao estudo da "Arbitragem Internacional", tem início com o artigo escrito por Napoleão Casado Filho intitulado de "O Financiamento de Arbitragens por um Terceiro", aborda a questão da possibilidade de uma arbitragem ser financiada por um terceiro, que não seja parte da demanda, na medida em que, por vezes, uma das partes pode não ter recursos para enfrentar tais despesas. Assim, a busca da adequação da cláusula pelo Judiciário e por instituições que se propõem a financiar litígios em troca de um percentual do resultado final da demanda podem ser as soluções para o problema de quem enfrenta falta de recursos para seguir com a arbitragem.

Vera Lúcia Angrisani, por sua vez, no artigo "Arbitragem Internacional e a *Lex Mercatoria*", aborda a *Lex mercatoria* por meio de filtros

e parâmetros fornecidos pela arbitragem comercial internacional, que, em suas decisões, aplica os princípios do direito internacional. Argui a autora que, além de sua importância prática na solução das controvérsias internacionais, a arbitragem comercial internacional é um instrumento da *Lex mercatoria*, além de sólido alicerce a anunciar a persistência na tentativa de construção de um sistema de regras transnacional, fornecendo um quadro normativo satisfatório para as relações comerciais internacionais.

Na sequência, o artigo "A Arbitragem como Método Alternativo de Resolução de Disputas e sua Aplicabilidade na Justiça do Trabalho", escrito por Morgana de Almeida Richa, expõe a feição do instituto para que possa adequar os contornos de sua aplicabilidade, inclusive no âmbito da Justiça do Trabalho. Em outras palavras, com grande originalidade, a autora se propõe a construir argumentos para embasar a viabilidade de se conceber a natureza jurisdicional da arbitragem.

A segunda parte da obra, Janaína Thais Daniel Varalli, no artigo "O Poder Normativo das Organizações Internacionais", tratando de "Organizações Internacionais", investiga o poder de legislar das organizações internacionais, aceito pela maioria da doutrina especializada no tema e até que ponto aquilo que é produzido pelas organizações internacionais deve ser acatado e obedecido pelos Estados, façam eles parte das organizações ou não, na medida em que o tema está intimamente ligado ao questionamento da natureza jurídica das organizações. A autora analisa, igualmente, a questão dos limites e da coercitividade das normas e sua importância na construção do Direito Internacional, principalmente no que diz respeito às normas de direitos humanos.

As "Imunidades e Privilégios dos Membros das Organizações Internacionais", escrito por mim, examina que certos privilégios e imunidades são estendidos a indivíduos ou a grupos políticos de modo que seja possível facilitar a interação entre partes opostas com fins de obtenção de benefícios mútuos. Com o surgimento de organizações internacionais, tais privilégios e imunidades foram garantidos aos membros que representassem tais organizações. O artigo analisou o regime jurídico, as teorias que envolvem esses institutos jurídicos e suas modalidades e a eventual correlação entre esses privilégios e imunidades de organizações internacionais não enquadrados no conceito de agentes diplomáticos, bem como se tais privilégios e imunidades são ou não absolutos.

Priscila Caneparo dos Anjos propôs, em seu artigo "O Desenrolar Histórico da Organização Internacional do Trabalho e seu Papel na Atualidade", explorar o desenvolvimento histórico da Organização Internacional do Trabalho, notadamente nos séculos XIX e XX, e de seus órgãos, tais como a Conferência Internacional do Trabalho, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

A terceira parte instiga os "Tratados Internacionais", no artigo "Jurisdição na Garantia da Liberdade ao Planejamento Tributário Fundado em Acordos Internacionais", Guilherme Andrade Lucci analisou o papel da jurisdição brasileira na concretização, no plano nacional, de normas tributárias contempladas em tratados internacionais de que o Brasil é signatário, bem assim na concretização do direito à liberdade ao planejamento tributário internacional realizado com fundamento nesses tratados internacionais. Examina, também, a atribuição do magistrado brasileiro, especialmente do juiz federal, como agente político garantidor tanto da efetividade no caso concreto do direito à liberdade fiscal estabelecido em tratados tributários internacionais quanto da concretização dos compromissos assumidos internacionalmente pela República.

Thomas Law, em seu artigo "A Recomendação 3 do Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo e o Combate ao Branqueamento de Capitais e o Fim do Rol Taxativo de Crimes Antecedentes da Lei de Lavagem de Capitais pela Lei 12.683/12", traz à análise a Recomendação 3 do GAFI. Adicionalmente, destaca a importância desta organização intergovernamental que busca o desenvolvimento e promoção de políticas nacionais e internacionais de combate ao branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo, fomentando a vontade política necessária para a realização de reformas legislativas. Analisa também o autor o fim do rol taxativo de crimes antecedentes da lei de lavagem de capitais previsto na Lei n°12.683/12.

Por fim, Thais Helena Morando finaliza essa obra com o artigo "Reflexões sobre o Tema 'Tratado Internacional que Introduz Isenções de Tribunais Estaduais e Municipais'", que chama a atenção para um tema que além de sua importância insofismável para o Direito Internacional, tem suscitado inesgotáveis indagações e reflexões por parte da doutrina brasileira no campo do Direito Tributário, ou seja: o tratado internacional celebrado pela União Federal que contempla isenções de tributos estaduais e municipais e a interpretação do artigo 98 do Código Tributário Nacional.

Boa Leitura!

São Paulo, dezembro de 2015.
Ana Carolina Souza Fernandes

SUMÁRIO

PARTE 1 - ARBITRAGEM INTERNACIONAL

O FINANCIAMENTO DE ARBITRAGENS POR TERCEIROS
NAPOLEÃO CASADO FILHO 13
ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A *LEX MERCATORIA*
VERA LÚCIA ANGRISANI 21
A ARBITRAGEM COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS E SUA APLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO
MORGANA DE ALMEIDA RICHA 49

PARTE 2 - ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

O PODER NORMATIVO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS
JANAÍNA THAIS DANIEL VARALLI 77
IMUNIDADES E PRIVILÉGIOS DOS MEMBROS DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS
ANA CAROLINA SOUZA FERNANDES 107
O DESENROLAR HISTÓRICO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SEU PAPEL NA ATUALIDADE
PRISCILA CANEPARO DOS ANJOS 125

PARTE 3 - TRATADOS INTERNACIONAIS

JURISDIÇÃO NA GARANTIA DA LIBERDADE AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FUNDADO EM ACORDOS INTERNACIONAIS
GUILHERME ANDRADE LUCCI 149
A RECOMENDAÇÃO 3 DO GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E O COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E O FIM DO ROL TAXATIVO DE CRIMES ANTECEDENTES DA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS PELA LEI 12.683/12
THOMAS LAW 211
REFLEXÕES SOBRE O TEMA TRATADO INTERNACIONAL QUE INTRODUZ ISENÇÕES DE TRIBUTOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS
THAIS HELENA MORANDO 229

O FINANCIAMENTO DE ARBITRAGENS POR TERCEIROS

Napoleão Casado Filho[1]

A arbitragem é, hoje, um fenômeno consolidado no Brasil. Desde 1996, com o advento da Lei 9.307/96, o país tem se tornado um dos principais centros de resolução de controvérsias do mundo, com grandes disputas sendo resolvidas por este método alternativo, célere e sigiloso que há muito tempo é utilizado no mundo inteiro para resolver disputas mais complexas, como as que envolvem o comércio internacional, as grandes construções e as operações societárias dos grandes grupos empresariais.

Casos envolvendo cifras elevadas e grandes grupos como Odebrecht, Pão de Açúcar ou Renault[2] tem sido resolvidos no Brasil, por árbitros de diversas nacionalidades. Esse desenvolvimento faz com que o Brasil já possa, assim, enfrentar questões mais complexas envolvendo, por exemplo, arbitragem e o direito dos minoritários, conflitos de cláusulas arbitrais e o acesso à justiça na seara arbitral.

E um dos temas mais atuais do mundo da arbitragem internacional é o seu custeio. Afinal, todo e qualquer processo, mesmo que judicial, tem um elevado custo. Ouvir as partes, as testemunhas, ler as provas produzidas, aplicar o direito: tudo isso é parte do ofício de quem decide um conflito, seja ele um juiz estatal ou um árbitro. E exercer este ofício tem um custo que, no caso do Judiciário, é subvencionado pelo Estado.

Para se ter ideia, as custas judiciais não costumam cobrir sequer 10% do custo operacional da máquina estatal montada para solução de conflitos: o Judiciário. O Estado ainda financia, para os que não têm condições financeiras de contratar um advogado privado, um patrono público, conhecido no Brasil como Defensor Público. Litígios complexos de grandes corporações são também financiados indiretamente pelo Estado, por meio do limite de custas que existe em todo e qualquer tribunal brasileiro.

No campo privado da arbitragem, tais possibilidades não existem. Não há subsídio estatal. Não há justiça gratuita. E as partes envolvidas, como árbitros, Câmaras de Arbitragem, peritos e advogados, precisam ser devidamente remunerados.

---

[1] Mestre e Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP. Professor-orientador do times de competições internacionais em Arbitragem da PUC/SP. *Fellow* do *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) de Londres. Advogado em São Paulo, sócio de Clasen, Caribé & Casado Filho Sociedade de Advogados.

[2] A Odebrecht participa hoje daquele que talvez seja o maior litígio arbitral do Brasil, discutindo o valor da participação acionário da família Gradin em todo o grupo. A Renault teve uma discussão com o Grupo CAOA nos anos 90 sobre o contrato de distribuição de veículos que ambas empresas tinham. O Grupo Pão de Açúcar e o Casino debateram por algum tempo o controle da operação supermercadista no Brasil em um procedimento arbitral.

A guisa de exemplo, uma arbitragem envolvendo uma disputa sobre USD 1.000.000,00 (um milhão de dólares americanos), com três árbitros, custará cerca de USD 140.000,00 (cento e quarenta mil dólares americanos) na *CCI*, USD 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil dólares americanos) na *Swiss Chambers* e USD 90.000,00 (noventa mil dólares americanos) na *Hong Kong International Arbitration Center,* conforme interessante estudo comparativo formulado pela *Global Arbitration Review* (GAR)[3].

Entre as sugestões para contornar o problema dos custos em relação ao acesso à justiça, destacamos a de Jan Paulsson[4] em seu célebre artigo em que critica os árbitros indicados pelas partes que, em geral, votam a favor da parte que o indicou e sugere a utilização de árbitro único. Paulsson, no referido artigo, basicamente afirma, com base em pesquisa de campo, que na maior parte das arbitragens comerciais internacionais com três árbitros e onde a decisão foi não-unânime, o voto divergente adveio do árbitro indicado pela parte vencida. Em outras palavras, segundo Paulsson tem havido um mal-entendido na função do árbitro indicado pela parte, que, aparentemente, tem atuado com praticamente um advogado de quem o indicou dentro do Painel.

Ora, evidentemente que a percepção do árbitro indicado pela parte de que deve funcionar como praticamente um advogado é completamente equivocada. Contudo, tal fato não leva a concordar com o a conclusão do Prof. Paulsson no sentido de que o árbitro único seria a solução ideal para diminuir os custos dos procedimentos arbitrais.

Embora o árbitro único possa ser uma solução para alguns conflitos mais simples, é inegável que o fato de termos em geral 3 (três) árbitros compondo o Tribunal Arbitral traz mais confiança às partes que recorrem à arbitragem como método de solução de seus conflitos.

Com efeito, o receio de ter seu destino na mão de uma só pessoa sempre assombrou o ser humano. Tanto isso é verdade que o princípio do duplo grau de jurisdição, elevado em alguns ordenamentos a princípio constitucional[5],

---

[3] FLANNERY, Louis; GAREL, Benjamin. *Arbitration Costs Compared: the sequel*. Disponível em: http://www.shlegal.com/Asp/uploadedFiles/File/Newsletters/2013_newsletters/Arbitration_costs_compared-GAR-15_January_2013.pdf. Acesso em 11.07.2014.

[4] PAULSSON, Jan. *Moral Hazards in International Arbitration*. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf>. Acesso em 11.07.2014.

[5] No Brasil, embora não esteja expresso no texto constitucional, tal princípio foi inserido no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8, II, h) e vem sendo reconhecido pelo STF como de natureza constitucional, por compor a ideia de devido processo legal (cf. ARE 672918 AgR / RS – Rel, Min. Luiz Fux). No mesmo sentido, a doutrina de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier "[...] sem embargo de não vir expresso no texto constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição é considerado de caráter constitucional em virtude de estar umbilicalmente ligado à moderna noção de Estado de Direito" (In. AMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São

baseia-se, sobretudo na garantia da possibilidade de ter a decisão de um julgador monocrático revista por uma Corte colegiada.

As raras exceções a este princípio, como os chamadas "prerrogativas de foro" ou "foros privilegiados" são sempre no sentido de sacrificar o julgamento singular, privilegiando o julgamento colegiado.

Assim se desenvolveu a arbitragem comercial. Com a possibilidade de cada parte indicar um árbitro e estes, juntos, chegarem ao nome de um terceiro árbitro. Tal procedimento centenário deve, sempre que possível, ser preservado.

Afinal, a própria pesquisa do Prof. Paulsson afirma que ela se baseia, sobretudo, nos casos em que houve divergência. Olvida-se, contudo, de que em diversos casos em que houve unanimidade (não abrangidos pela pesquisa), essa parcialidade do árbitro não foi verificada.

O fato é que, em geral, a ideia de ter seu destino julgado por um único indivíduo ainda causa desconforto na maioria das pessoas e empresas. Assim, embora a utilização de árbitro único não seja algo a ser descartado, obter mecanismos que permitam a formação de um Painel com três árbitros também deve ser algo a ser buscado no meio arbitral.

Contudo, muitas vezes alguma das partes encontra-se sem fundos disponíveis para fazer face aos custos de uma arbitragem, sobretudo quando esta é composta de três árbitros.

Neste sentido é que surgiu a ideia de replicar o modelo de financiamento de disputas trazido do contencioso (*litigation*) de países da *Common Law* para a esfera arbitral. Assim, passamos a ter a possibilidade de terceiros, externos ao procedimento arbitral, se envolverem com o mesmo para financiar a solução do conflito, adiantando custas de Câmaras Arbitrais, honorários de advogados e de árbitros e, enfim, todas as despesas necessárias ao desenrolar do procedimento. Em troca, o terceiro recebe parte substancial dos direitos eventualmente recebidos pela parte financiada, sendo, portanto, uma operação de financiamento de risco.

A parcela dos direitos que fica com cada uma das partes (financiada e financiador) é determinada por meio de negociação. O investimento pode ocorrer em qualquer parte do procedimento (antes, durante ou mesmo após a entrega da sentença arbitral, especialmente em arbitragens internacionais onde é necessário executar a sentença em outra jurisdição).

Yves Derains[6], com sua habitual maestria, assim definiu o fenômeno:

Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140).

[6] DERAINS, Yves. *Foreword of the ICC Dossier: Third-party funding in International Arbitration*. CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. *Dossiers – ICC*. Paris, 2013. p. 5. Tradução livre: "É um esquema em que uma parte desconectada a uma ação financia toda ou parte dos custos de arbitragem de uma parte, na maioria dos casos o requerente. O financiador é remunerado por uma percentagem dos resultados da sentença arbitral, uma taxa de sucesso, uma combinação desses dois métodos ou por um meio mais sofisticado. Em caso de sentença desfavorável, o investimento do investidor é perdido".

> *It's a scheme where a party unconnected to a claim finances all or part of one parties' arbitration costs, in most cases the claimant. The funder is remunerated by an agreed porcentage of the proceeds of the award, a success fee, a combination of the two or through more sophisticated devices. In the case of an unfavourable award, the funder's investment is lost.*

O fenômeno também foi definido de forma semelhante por Catherine Kessedjian[7]:

> *Le mécanisme est simple, une personne (généralment une entreprise dont le métier est le financement, mais cette qualification n'est pas nécessaire) offre un service qui consiste dans le paiment ou partie des frais d'une autre personne, moyennant une rémunération. Celle-ci est généralement fonction de l'issue de la procedure.(...) Le financier n'est pas un altruiste, il participe non pas pour la beauté de favoriser le recours a la justice, une sorte de Chevalier blanc du procès, mais il agit por gagner de l'argent.*

Para nós, parece-nos que o financiamento de terceiros, em processos judiciais ou arbitrais, pode ser definido como um método de financiamento no qual uma entidade, quem não faz parte de um conflito, suporta as despesas do processo no lugar de uma das partes, arcando com os honorários dos advogados, dos julgadores e com as demais despesas necessárias à produção de provas e administração do processo. Em retorno, a entidade financiadora recebe uma porcentagem dos ganhos decorrentes da decisão final. Trata-se de contrato aleatório, pois o financiador pode não receber nada em caso de insucesso do processo.

A definição ou descrição do fenômeno é importante, mas, para entendê-lo melhor, é essencial buscar as razões que o fizeram surgir.

As jurisdições líderes no mundo, em termos de financiamento por terceiros são a Austrália, o Reino Unido, os Estados Unidos e a Alemanha. Embora no campo das demandas estatais este fenômeno seja mais antigo, ele é

[7] KESSEDJIAN, Catherine (Org.). *Le financement de contentieux par un tiers. Third Party Litigation Funding*. Paris: Editions Panthéon Assas, 2012. p. 11. Tradução livre: "O mecanismo é simples, uma pessoa (geralmente uma empresa cujo negócio é o financiamento, mas esta qualificação não é necessária) oferece um serviço que consiste no pagamento de todos ou parte dos custos de outra pessoa, mediante uma remuneração. Esta é, em geral, variável de acordo com o resultado da ação. O financiador não é um altruísta. Ele participa não pela beleza de facilitar o recurso à justiça, uma espécie de cavaleiro branco do processo, mas sim para ganhar dinheiro".

bem recente no campo da arbitragem. Segundo Selvyn Seydel[8], há vinte e nove anos, o financiamento por terceiros em arbitragem começou na Austrália. Há dezesseis anos, foi a vez da Alemanha, seguida do Reino Unido (quatorze anos) e dos Estados Unidos (nove anos). A demanda por esse financiamento nesses países acima e em outros é cada vez mais importante.

Três motivos explicam o desenvolvimento desse método de financiamento: o primeiro é o ideal público de facilitar o acesso à justiça para pessoas que não poderiam custear as despesas do processo, mesmo possuindo um caso meritório ou um caso de ação de grupo.

O segundo motivo é o número de empresas procurando um jeito de prosseguir uma ação enquanto elas mantêm suficiente dinheiro para continuar a conduzir seu próprio negócio como sempre.

O terceiro motivo é a vontade dos fundos de investimento em diversificar os recursos de lucros e achar outros meios de lucro do que os mercados financeiros, sujeitos a volatilidade e imprevisibilidade.

Os fundos são atraídos pela arbitragem internacional por vários motivos, seja o alto valor da pretensão jurídica, a velocidade do processo, a redução dos custos de prova, a maior previsibilidade do resultado do que num litígio judicial, a experiência dos árbitros e a execução da sentença final da arbitragem.

E o fenômeno já chegou ao Brasil, com uma organização já funcionando em território nacional[9]. Mas o ponto principal é: devemos permitir que esse fenômeno externo seja utilizado no Brasil? E a resposta nos parece ser positiva. Na área da arbitragem, o financiamento por um terceiro obedece a uma necessidade real e encontra uma demanda verdadeira. É um meio de ter acesso à justiça.

Hoje em dia, já se fala do "direito de submissão do caso ao árbitro" da mesma forma como sempre falamos no direito de acesso à justiça como um direito de ter seu caso apreciado por um juiz.

Esse, inclusive, foi o entendimento da *Cour de Cassation* da França que chegou a invocar a Convenção Europeia de Direitos Humanos para intervir num procedimento arbitral em que uma das partes se recusava a nomear o outro árbitro, impossibilitando o acesso à justiça:

> *L'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à*

[8] SEIDEL, Selvyn. *Investing in International Arbitration Claims – Burford Group*. Disponível em: <http://www.iberianlaw.com/disputeresolution/3439-investing-in-international-arbitration-claims>. Acesso em 11.07.2014.

[9] Este autor tem notícia apenas de uma entidade neste sentido, a *Rationalis Third Party Funding* (www.rationalis.com.br).

> *l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les príncipes de l'arbitrage international et l'article 6. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lorsqu'il existe un rattachement avec la France. (Cour de Cassatation – France – Caso Estado de Israel/ Nioc 2005*[10].

A arbitragem é um meio privado de solução de controvérsias, contudo, exerce uma função pública de solução de litígios, auxiliando e de certa forma substituindo o Estado em uma de suas funções precípuas. Não devemos fazer com que a arbitragem perca seu caráter privado, recorrendo a soluções como o financiamento público dos procedimentos arbitrais. Nada mais lógico que a solução para os problemas da arbitragem vir da própria iniciativa privada, com fundos que financiam o acesso ao procedimento.

É bem verdade que alguns problemas de ordem jurídica precisam ser enfrentados e debatidos, como a questão da confidencialidade, da utilização do financiamento como forma de tornar o Tribunal Arbitral impedido de exercer sua função e do risco de se estimular demandas frívolas. Mas todos esses problemas são os efeitos colaterais de um remédio que, embora não seja a panaceia da arbitragem, certamente vem para auxiliá-la na sua missão de pacificar os conflitos mais complexos do nosso país.

A arbitragem é autônoma em relação à jurisdição estatal. Mas a eficácia dessa autonomia está em xeque. Surgem decisões em países que são referência no mundo da arbitragem que entendem que a "falta de condições financeiras" para suportar os custos de um procedimento arbitral é motivo

[10] Disponívelem:<http://www.whitecase.com/files/Publication/a744c6bb-17cc-467c-add6-580940ecec29/Presentation/PublicationAttachment/4fbe40bc-2b54-49be-9541-5a67ea779167/00943_IDRN_Nwsltr_June%202005_05.pdf>. Acesso em 27.11.2014. Tradução livre: "a impossibilidade de uma parte de ter acesso ao juiz, seja ele arbitral, encarregado de decidir sobre sua pretensão, á exclusão de toda jurisdição estatal, e de exercer assim um direito que diz respeito à ordem pública internacional, consagrado pelos princípios da arbitragem internacional e pelo artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, constitui uma negativa de jurisdição que fundamenta a competência internacional do presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris, dentro da missão de assistência e cooperação do juiz estatal à constituição do Tribunal Arbitral, uma vez que existe uma ligação com a França".

suficiente para privar de efeitos a convenção de arbitragem[11]. Boas partes dessas decisões se fundamentam na ideia de Acesso à Justiça, valor fundamental no sistema judicial de solução de conflitos.

Entendemos que tal solução é perigosa e atécnica. Primeiro, porque a falta superveniente de recursos financeiros não se constitui em causa de nulidade da convenção de arbitragem. Segundo, porque a arbitragem é baseada na autonomia das vontades e não tem preocupação política em garantir acesso aos que por ela optaram. As partes, assim, precisam arcar com os custos e consequências de suas escolhas.

A jurisprudência brasileira[12] tem, inclusive, sido vanguardista neste sentido, reconhecendo ampla eficácia às escolhas das Partes e divergindo dos casos citados acima ocorridos em jurisdições europeias tradicionais na seara arbitral.

Em situações extremas, em que as partes claramente se equivocaram relativamente à escolha do procedimento arbitral, elegendo, por exemplo, um tribunal com três ou mais árbitros e uma Câmara de renome e com elevados custos, entendemos que a falta de recursos pode ser caracterizada com uma causa superveniente de esvaziamento da cláusula arbitral.

No Brasil, tal situação atrairia a jurisdição estatal não para julgar o conflito, mas sim para suprir a vontade das partes, complementando a cláusula, de forma a viabilizá-la.

Caberia, então, às partes recorrer à ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem para requerer ao juiz estatal que alterasse a cláusula extremamente onerosa, determinando métodos mais compatíveis com o litígio ou com a situação financeira das partes, como a adoção de árbitro único e a indicação de instituição com regulamento de custas mais compatível com a situação financeira das partes.

Buscar o Judiciário para, em situações excepcionais, alterar a convenção de arbitragem a fim de adequá-la à realidade da demanda não nos parece exagero e, pelo contrário, é algo perfeitamente viável. É uma solução

---

[11] Na França podemos citar o caso Mil-tek Ile de France. Tribunel Commercial de Paris. 17 Mai 2011. RG 2011003447 *apud* FONTMICHEL, Maximin. *Le financement de l'arbitrage par une partie insolvable*. In: HAMIDA, Walid; CLAY, Thomas (Org.). *L'argent dans l'arbitrage*. Paris: Éditions L'extenso, 2013. Já na Alemanha, temos o caso publicado no CLOUT sob o número 404 – Bundesgerichtshof 14 Sept 2000, III ZR 33/00 – Clout Case 404. Também disponível no DIS – *Online Database on Arbitration Law* Disponível em: <http:// www.dis-arb.de>. Acesso em: 10.05.2014.

[12] Em um único caso analisado no Brasil, o Caso Amebrasil Construções Ltda., a posição do TJRJ foi bastante avançada, reconhecendo o princípio do *competence-competence* (Caso Amebrasil Construções Ltda. – TJRJ, 2.ª Câmara Cível, Ap. Cível n.º 0031966-20.2010.8.19.0209, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, j. 06.2014. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A2BBBEF6500EC33729E418B69118230EC50314621B4F>. Acesso em: 8 nov. 2014).

inovadora que, talvez, resolva a contento o problema do aparente conflito entre arbitragem mal pactuada e o acesso à ordem jurídica justa.

Poderiam, ainda, as partes, recorrer aos investidores em arbitragem (*Third Party Funders*), veículo inovador e que me parece ser a solução privada perfeita para um instituto eminentemente privado como a arbitragem. Tal possibilidade é plenamente compatível com o Direito brasileiro e precisa ser utilizada como ferramenta primeira no momento de dificuldade financeira.

O investimento em arbitragens por terceiros certamente não é a solução única, tampouco uma panaceia. Contudo, é a solução que o sistema da arbitragem, em especial a internacional, criou para superar ou minimizar o conflito entre o acesso à justiça por uma parte que ficou sem condições de arcar com as custas e a necessidade de se remunerarem os árbitros e demais atores do procedimento arbitral de forma a viabilizar sua independência.

Não restam dúvidas, portanto, de que o investimento em arbitragem precisa ser estimulado, sobretudo em países como o Brasil que tem, a cada dia, evoluído na utilização e na compreensão do instituto da arbitragem, transformando-se, lentamente, em referência regional quando o assunto é arbitragem internacional.

Nesse sentido, alguma mudança legislativa pode ser bem-vinda, especialmente para tornar claro que o investidor em arbitragens deve ter um tratamento diferenciado na Lei de Falências e de Recuperação Judicial, evitando que os investidores tenham receio de realizar o investimento quando a empresa titular do direito estiver em situação pré-falimentar.

Com essas práticas, o investimento de terceiros em arbitragem tende a ser uma resposta positiva muito prática e eficaz para aqueles que escolheram a arbitragem como meio de solução de seus conflitos, assegurando-os de que, mesmo que, em algum momento, estejam em situação financeira difícil, poderão recorrer a investidores que acreditarão no seu direito e se responsabilizarão por dar eficácia à convenção de arbitragem escolhida.

ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A *LEX MERCATORIA*

Vera Lucia Angrisani[1]

Sumário: Considerações Iniciais; 1 O desenvolvimento da *Lex Mercatoria*; 1.1 Tentativas de conceituação; 1.2 Fontes; 2 *Lex Mercatoria*: pontos e contra pontos; 3 *Lex Mercatoria*: alternativas para uma sistematização; 3.1 Necessidades; 3.2 Modos de viabilizar; 3.3 Autonomia; 4 A arbitragem comercial internacional e a *Lex Mercatoria;* Conclusão; Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Hodiernamente, em decorrência da globalização é crescente a evolução das relações internacionais, em especial, as ligadas ao ramo do Direito Internacional Privado, notadamente as comerciais.

O comércio internacional é dinâmico e a evolução do regramento nacional não conseguiu acompanhar tamanhas alterações, de modo que, por vezes, mostram-se inadequadas na regência dos contratos internacionais e na solução dos conflitos deles resultantes.

Não é de hoje que o processo se mostra inoperante face à necessidade de uma ordem jurídica justa, da efetividade do direito e da pacificação dos conflitos. Há décadas Rui Barbosa já gizou a célebre frase: "A justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade"[2].

A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro[3]. E é aí que as formas de solução dos conflitos entram em cena ou por meio do poder estatal (prestação jurisdicional) ou mediante a adoção de meios alternativos de solução dos conflitos como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Mas a solução do conflito não necessita somente do caminho, mas também da regra. Neste contexto, é que temos a *Lex mercatoria* trazendo elementos uniformes e práticas reiteradas a serem aplicadas às necessidades da atualidade do comércio internacional.

---

[1] Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com assento na 2ª Câmara de Direito Público e 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Professora em Direito Público e Urbanístico na Escola Paulista da Magistratura. Pós-graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

[2] Disponível em: <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid= 191&sid =146>.

[3] ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 22ª ed., p. 26.

Com efeito, o presente trabalho visa analisar, por meio do método dedutivo, se a arbitragem internacional contribui ou não para a formação deste instituto, bem como os fundamentos da *Lex mercatoria* lhe dando caráter metanacional aplicável aos operadores do direito internacional e demais atuantes do comércio internacional.

A *Lex mercatoria* pode ser considerada como instrumento valioso do direito internacional privado, utilizada pelos operadores do comércio internacional como forma de regramento e solução das lides decorrentes de contratos internacionais.

A Arbitragem Internacional seria a forma de dar efetividade a *Lex mercatoria* tendo-se na autonomia dos árbitros o seu princípio basilar, além da vontade das partes. Mesmo os autores que se opõem a *Lex mercatoria* reconhecem que ela é um fenômeno essencialmente ligado à arbitragem e que as suas regras, que os árbitros consideram ser específicas para o comércio internacional, são encontrados principalmente em sentenças arbitrais[4].

Como elucida Phillipe Fouchard[5],

> se a arbitragem comercial internacional não pudesse funcionar sem encontrar e resolver esses conflitos de leis estatais que receiam tanto os juízes profissionais dos Estados como os submetidos à jurisdição de um juiz ou de algum tribunal, sua utilidade, aos olhos dos praticantes do comércio internacional, seria frágil. E a flexibilidade certa do manejo da regra de conflito, que constatamos quando os árbitros são mestres desta regra, seria insuficiente. Os árbitros do comércio internacional têm uma missão mais vasta: regrar os litígios comerciais em função, não de tal ou qual lei estatal, geralmente inadaptada às necessidades desse comércio, mas de normas que são próprias a este último, que se formam de uma maneira costumeira no seio de uma comunidade internacional de homens do comércio, de uma sociedade internacional de comerciantes e que constituem uma espécie de direito comercial verdadeiramente internacional ou de direito 'anacional'".

[4] GAILLARD, Emmnuel and SAVAGE, John, Foreword, Fouchard Gaillard Goldman *on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International (1999), p. 185.

[5] *Apud* STRENGER, Irineu. *A Arbitragem como modo de inserção de normas da Lex mercatoria na Ordem Estatal*. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/22757761/994041404/name/STRENGER+-+A+Arbitragem+como+Modo+de+Inser%C3%A7%C3%A3o+de+Normas+da+Lex+Mercatoria+na+Ordem+Estatal.pdf>.

Em decorrência da autonomia de vontade das partes e da autonomia dos árbitros na escolha da lei de regência do mérito da lide, seria a *Lex mercatoria* forma de regulamentação dos negócios no comércio internacional, que seriam criadas pela própria comunidade de comerciantes, tendo que se adequar aos novos entraves do mundo globalizado.

Há surpresas ainda que raras como aquelas ocorridas na Corte de Cassação da França quando julgados na Suprema Corte da Áustria e pela *London Court of Appeals* ao aceitar a validade de contrato fundado na *Lex mercatoria*[6].

Destarte, todas as controvérsias envolvendo, em especial, as definições do instituto posto em realce colocam-se como importantes pontos a serem estudados tanto nos contratos internacionais como na arbitragem internacional. Somente o futuro trará respostas como se o Estado aceitará a existência e aplicará um direito internacional uniforme elevado como supranacional.

1. O DESENVOLVIMENTO DA *LEX MERCATORIA*

Há muitos anos se discute, principalmente nos meios acadêmicos, a existência ou não de uma *Lex mercatoria*, um corpo de normas vinculativas aos operadores de determinados mercados, criada pela prática diuturna desta mesma categoria e sedimentada em seus usos e costumes e na boa fé das partes[7]. Verdadeiras leis que emergiram do dia a dia dos operadores daquele comércio que, por surgirem no seu próprio bojo, representavam, de forma legítima, o que se deveria esperar como conduta dos comerciantes neste determinado segmento. Há correntes propugnando pela sua existência, assim como outras afirmando ser impossível a existência de uma lei 'anacional', sem alguma substantivação, ainda que mínima, sem vínculo com algum sistema jurídico estatal que a referende ou legitime[8].

---

[6] Caso interessante é o julgado durante a década de 80 onde a Suprema Corte da Áustria reconheceu a viabilidade da *Lex mercatoria* no caso denominado "Palback Ticaret Limited Sirkety (Turquia) v. Norslov S.A. (França)", junto à Corte de Cassação da França que o julgou igualmente, reconhecendo a mesma *lex* como aplicável. A London Court of Appeals julgou no mesmo sentido, em 1987, o caso Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft m. b. h. (D.S.T.) v. Ras Al Khaimah National Oil Co. (Rakoil). Dados extraídos de HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 108.

[7] *The law merchant is that omnipresent but enigmatic source of law, which fills in the cracks between statutes and which can be described as the unwritten traditions and standards of commercial men since the days of ancient Rhodes in 800 B.C.158 The lex mercatoria, which has been revived (or at least rediscovered) in recent decades, particularly by arbitrators in deciding international commercial disputes, has the tradition of fair dealing and good faith between the parties*. TETLEY, William. *Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*. McGill University Of Montreal. (published in (2004)), pp. 38/39.

[8] FINKELSTEIN, Cláudio, *A Famigerada Lex mercatoria*.

Na prática é muito difícil as partes concordarem em eleger "princípios gerais de direito" para regular suas obrigações[9], não obstante a grande variedade de alternativas encontradas, tais como a *Lex mercatoria* ou lei do comerciante, os Princípios do Direito dos Contratos do UNIDROIT, "princípios gerais comuns às legislações dos estados", "princípios do direito internacional", ou "as leis de um determinado estado, na medida em que não sejam incompatíveis com o direito internacional". Aliás, disposições como essas só raramente foram questionadas em um litígio, até porque levantam questionamentos importantes de aplicabilidade e interpretação[10].

1.1. TENTATIVAS DE CONCEITUAÇÃO

A *Lex mercatoria* é definida de diversas maneiras. A definição mais ambiciosa assevera ser ela uma categoria de direito internacional, separado de qualquer ordem jurídica nacional, derivada e aplicável às transações comerciais internacionais[11]. Definições menos abrangentes caracterizam *a Lex mercatoria* como um corpo de regras materiais relativas ao comércio internacional, derivada principalmente de sentenças arbitrais e convenções internacionais.

---

[9] Usualmente as partes optam por escolher regras derivadas de um sistema jurídico nacional específico.

[10] Ver, por exemplo, Acórdão de 16 de junho de 1988, *Société Swiss Oil Corp v Société Petrogab & République du Gabon*, 1989 Rev.arb. 309 (*Paris Courd'appel*) (lei aplicável ao contrato era a lei do Gabão, complementada pela legislação reconhecida internacionalmente e usos do comércio internacional); Arbitragem *Ad Hoc* em Paris, de 21 de Abril de 1997, UNILEX (Princípios Unidroit) ("a lei russa, se necessário, complementados pelos Princípios do UNIDROIT"); Arbitragem pela LCIA caso de 1995, UNILEX (PrincípiosUnidroit) ("quaisquer controvérsias serão dirimidas com base em "princípios do direito anglo-saxão"); Arbitragem Interimprêmio em ICC processo nº 9474, 12 (2) ICC Ct. Bull.60(2001) ("o Tribunal Arbitral decidiria "a lei aplicável bastante" e as partes aceitam a proposta doTribunal para aplicação "das normas e regras gerais de contratos internacionais"); Arbitragem Final na ICC Caso n° 9797, 18 de ASA Bull.514 (2000) ("o árbitro não será obrigado a aplicar o direito material de qualquer jurisdição, mas deve ser guiado pelas políticas e as considerações estabelecidas no preâmbulo deste Acordo ..."); Arbitragem na ICC, Caso nº 12.111 (3 de outubro de 2003), UNILEX Princípios Unidroit) ("regido pelo direito internacional"); Arbitragem *Ad Hoc*, em Nova York (00.00.0000), UNILEX (Princípios Unidroit) (partes concordam que o tribunal aplique "princípios geralmente aceitos da lei comercial internacional"). Veja Rivkin, Enforceability of Arbitral Awards Based on *Lex mercatoria*, 9 Arb. Int'l 67 (1993). *Apud* BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, (Kluwer *Law International*. 2009, pp. 2226/2227).

[11] *In the somewhat exaggerated description of two unsympathetic commentators: At the end of the day, transborder adjudication will be guided by the dictates of the marketplace and the international commercial community and completely exempt from the reach of sovereign national authority. Law will be generated within the confines of a fully privatized system that is unaccountable to any public organization or process. Arbitrators, lawyers, arbitral institutions and law firms will become the de facto government and the courts of international trade and commerce*. CARBONNEAU & JANSON, *Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability*, 2 Tul. J. Int'l & Comp. L. 193, 221-22 (1994).

Definições mais simplistas ainda caracterizam a *Lex mercatoria* como um corpo de regras materiais relativas ao comércio internacional, constituída pelos sistemas jurídicos nacionais, de forma muito semelhante aos usos comerciais, não pretendendo constituir um *corpus* independente do direito internacional.

Outras definições têm equiparado *Lex mercatoria* com *ex aequo et bono* ou *amiable compositeur* – formas alternativas de solução de controvérsias via arbitragem internacional - um regime não-legal, onde o árbitro tem poder discricionário para alcançar o que ele considera ser um resultado justo e correto adaptado às necessidades comerciais e expectativas das partes[12]. De ser esclarecido, que num *amiable compositeur* o árbitro não precisa mostrar que a lei escrita não é suficiente nem justificar a própria existência dos princípios. Basta que fundamente as razões de sua de decisão na legitimidade da justiça e na equidade[13].

Um dos mais árduos defensores da *Lex mercatoria*, Bertold Goldmann, jurista contemporâneo e doutrinador definia em 1960 que a *Lex mercatoria* era uma ordem jurídica supranacional como um corpo autônomo de direito formado graças à autonomia da vontade, pela repetida aplicação e eficácia nas operações comerciais, com natureza supranacional. Em 1985, redefine-a, passando a adotar o posicionamento de que a *Lex mercatoria* é um conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular de lei nacional[14]. Sendo forma de ultrapassar o regramento e as soluções trazidas pelo ordenamento nacional, denominando o conjunto deste regramento *Lex mercatoria*, "fruto da autonomia da vontade", que por meio da reiteração de práticas tanto nas relações comerciais internacionais e arbitragem forma um "corpo autônomo de direito"[15].

A contemporaneidade não trouxe à lume definição uniforme da conceituação e caracterização da *Lex mercatoria*.

---

[12] BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 2143.

[13] CREMADES, Bernardo in Newman, Lawrence W., Hill, Richard D., editors, *The leading arbitrators guide to International Arbitration*. Juris Publishing Inc, 2004 p. 402: a extensão da prática de fornecer razões para qualquer sentença arbitral promove dois objectivos fundamentais, a saber: em primeiro lugar, o projeto de desenvolvimento, por meio da arbitragem, da *lex mercatoria* que favorece a expansão do comércio internacional; e, em segundo lugar, a promoção da arbitragem internacional, como uma forma construtiva, segura e comercialmente confiável de resolução de disputas. Aguilar; Fernando, Caivano, Roque J. *Notes on Amiable Compositeurs under Argentine Law in* BALLESTEROS, Miguel Ángel Fernández, ARIAS, David, Forewordin M. Á. Fernández-Ballesteros*and* David Arias (eds), *LiberAmicorum* Bernardo Cremades, (La Ley 2010), p. 23.

[14] GOLDMANN, 1964 *apud* AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio Internacional: Aspectos fundamentais*, São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 59.

[15] GOLDMANN, 1964 *apud* STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: LTR, 1996, p. 72.

Deste modo, na atualidade, diversos juristas, além do próprio Bertold Goldmann, tentam redefinir a nova *Lex mercatoria*, dando-se destaque, em especial, a escola francesa que a define como sendo um novo paradigma do sistema jurídico, um direito com autonomia, global, supranacional, transnacional no tocante ao relacionamento entre os povos e as nações.

Numa tentativa de sintetizar o conceito, tem-se Langen[16] para quem a *Lex mercatoria* são regras do jogo no comércio internacional, abrangendo todas as controvérsias discutidas.

A *Lex mercatoria*na definição de Bernann e Kaufmann[17] é um corpo internacional de normas, composto por entendimentos comerciais e práticas contratuais da comunidade internacional, envolvendo principalmente atividades mercantis, de navegação, seguro e operações bancárias por empresas de todos os países.

Para Schmitthorff, *Lex mercatoria* são princípios comuns de leis relacionadas aos negócios comerciais internacionais ou regras uniformes aceitas por todos os países. Já Goldstajn identifica o instituto como conjunto de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países.

Segundo Irineu Strenger[18], *Lex mercatoria* é um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz.

Também, destaca-se, a definição de Bernardo Cremades[19] para quem o comércio internacional não teria fronteiras nem bandeira nacional, sendo regrado

[16] LANGEN, 1973, Idem , p. 76.

[17] BERNANN e KAUFMANN, 1978, *Biidem*, p. 77.

[18] STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: LTR, 1996, pp. 76/78.

[19] Algumas das decisões de Bernardo Cremades fizeram dele leitura obrigatória em arbitragem internacional. Um bom exemplo disso é o famoso caso Norsolor, no qual o Tribunal Arbitral que Bernardo era um membro decidiu contra a aplicação de uma das leis nacionais de qualquer das partes em disputa e em substituição escolheu a *lex mercatoria*. O caso envolveu uma venda e um contrato de agenciamento entre uma empresa francesa e uma turca. Como não havia nenhuma lei aplicável voluntariamente escolhida pelas partes no momento do contrato, o Tribunal Arbitral considerou que tomar sua decisão com base tanto nas leis francesas ou turcas teria resultados radicalmente diferentes, assim, ele embasou sua decisão nos princípios gerais encontrados na assim chamada *lex mercatoria* para chegar à solução mais justa. O impacto desta decisão foi profundo. Alguns professores universitários perceberam que o uso arbitral da *lex mercatoria* fez dos árbitros verdadeiros porta-vozes do senso judiciário internacional, da mesma forma que os pretores do direito romano tiveram um papel criativo por meio da jurisprudência. Mais tarde, os porta-vozes das companhias petrolíferas multinacionais entenderam conveniente usar na construção jurisprudencial e doutrinária a *lex mercatoria*, em seu desejo de internacionalizar os conflitos que eles estavam tendo em alguns países produtores de petróleo. *In* BALLESTEROS, Miguel Ángel Fernández, ARIAS, David, Forewordin M. Á. Fernández-Ballesteros *and* David Arias (eds), *Liber Amicorum* Bernardo Cremades, (La Ley 2010) pp. XLIII-XLIV.

por um conjunto normativo de certa forma difuso, por consenso, denominado *lex mercatoria* internacional, que a comunidade internacional de empresas construiu sobre quatro bases fundamentais que seriam: usos profissionais, os contratos-tipos, as regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas e a jurisprudência arbitral.

1.2. FONTES

Sabidamente que são fontes da *Lex mercatoria* os usos e costumes, os princípios gerais e as regras advindas de organismos internacionais privados com representação nas comunidades comerciais, não podendo ser deixada de lado, para muitos, a equidade.

Aldo Frignani[20] elenca três fontes formais da *Lex mercatoria* que seriam os usos e costumes, as regras estáveis de jurisprudência arbitral internacional, os princípios gerais do direito.

Segundo Filali Osman[21], ter-se-ia duas fontes formais da *Lex mercatória*, uma o costume e a outra a jurisprudência arbitral e esta teria a função de reunir os princípios gerais do direito do comércio internacional, ao passo que o costume internacional faz referência aos usos corporativos codificados pelas organizações profissionais internacionais.

Particularmente, nesta seara, importa referendar o pensamento de Antonie Kassis para quem "a *Lex mercatoria*: a) é feita de regras costumeiras de direito material: elas se aplicam a uma relação que contenha um elemento de estraneidade sem passar pelo método do conflito de leis que, desde Savigny, caracteriza o direito internacional privado; b) as regras costumeiras são usos e princípios: os usos são regras afetadas de certo particularismo inevitável, enquanto os princípios são regras mais gerais por seu conteúdo e mais universais pela sua esfera geográfica de aplicação; c) a dualidade das fontes da *Lex mercatoria,* as regras costumeiras do direito espontâneo e as regras criadas pela jurisprudência arbitral: o conteúdo da *Lex mercatoria* é alimentado em parte por regras criadas por sentenças arbitrais, o que faz da jurisprudência arbitral uma segunda fonte importante de um direito anacional; d) a *Lex mercatoria* é um sistema de direito, ainda que incompleto não totalmente autônomo: a integração de uma sanção dentro de uma regra de direito não serve como definição desta enquanto regra"[22]. Vale observar, porém, que a *Lex mercatoria*, consoante estudo do mesmo autor não teria

[20] STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. Editora LTR: São Paulo, 2000, pp. 808/809.

[21] *Apud* JÚNIOR, Alberto do Amaral. Coord. *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 85.

[22] STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e lex mercatoria*. Editora LTR: São Paulo, 1996, pp. 37/38.

sistemática completa, de modo que, sem grandes tormentos estaria inserida no direito do Estado. Fácil perceber que o seu conceito sistêmico é incompleto.

É relevante mencionar que a *lex mercatoria* encontra-se entrelaçada com os princípios de equidade. No entanto, é possível fazer uma distinção: a equidade é uma fonte da *lex mercatoria*, por isso é possível encontrar princípios de equidade na mesma, mas nem todos os princípios de equidade são refletidos na *lex mercatoria.* Além disso, um árbitro *iuris* que fundamenta sua decisão final nos princípios gerais do direito e leva em consideração, no caso, os princípios da *lex mercatoria*, deve fundamentaras razões que o levam a aplicar tais princípios gerais, em vez de outras leis aplicáveis[23].

2. *LEX MERCATORIA*: PONTOS E CONTRAPONTOS

O estudo doutrinário nos revela o grande debate no tocante à natureza do tema, entendendo ora ser um corpo autônomo com coercibilidade ora não. Em sentido inverso a tais argumentos destaca-se: 1) não ser a *Lex mercatoria* norma positivada, ausente de base metodológica e regramento legal que a ampare de forma a não possuir autoridade estatal da qual possa derivar seu efeito obrigatório; 2) seria a *Lex mercatoria* incompleta e lacunosa, tendo em vista diversos sistemas legais nacionais existentes (romano, *common law*, etc..), raros são os princípios gerais comuns, e aqueles identificados como tal são, no geral, amplos; 3) a sua flexibilidade pode gerar decisões arbitrais diferentes para caso similares, pondo em risco a segurança jurídica.

De outro passo, dentre os defensores, em especial, como já referido a escola francesa, delimitam suas razões: a) a recusa tem origem em jurisprudência positivista, amparada na vertente de que somente da norma é que advém a vontade de um Estado soberano e que o direito internacional nasce da coincidência da vontade de vários Estados soberanos; b) os sistemas legais nacionais também sofrem constantes alterações, em especial, no Brasil; c) é certo que poderá levar a decisões conflitantes e contraditórias, fato esse que não distingue das normas estatais, posto decisões dos tribunais também geram conflitos e contradições; d) grande número de contratos internacionais em áreas especializadas tem regras altamente sofisticadas, requerendo formação específica para seu entendimento e aplicação. Os juízes dos tribunais estatais dificilmente têm condições de adquirir tais conhecimentos, nem mesmo quando assistidos por peritos. Já o recurso à arbitragem proporciona decisões de melhor nível, pois são proferidas por especialistas. No caso de lacunas, nada os impede

[23] AGUILAR; Fernando, CAIVANO, Roque J. *Notes on Amiable Compositeurs under Argentine Law in* BALLESTEROS, Miguel Ángel Fernández, ARIAS, David, Forewordin M. Á. Fernández-Ballesterosand David Arias (eds), *Liber Amicorum* Bernardo Cremades, (La Ley 2010), p. 26.

de utilizar os mesmos recursos hermenêuticos de que se utilizam os juízes que julgam no sistema legal estatal[24].

Hermes Marcelo Huck[25] critica os que a defendem, observando o perigo trazido pela adoção irrestrita da *Lex mercatoria*, que acarretará a consagração das leis de mercado, com todas as suas consequências e conclui que:

> um comércio desvinculado das leis nacionais, antes de representar uma supressão de fronteiras, significa um comércio sem barreiras políticas. Os direitos nacionais impõem suas razões de ordem jurídica às relações comerciais internacionais. Um imenso mercado mundial, regulado apenas por regras autogeradas, certamente há de ignorar qualquer razão que não seja de mercado. A adoção generalizada de uma *Lex mercatoria*, representará a consagração absoluta da lei do mercado despida de qualquer preocupação ou restrição de caráter jurídico nacional, ou principalmente político.

O cerne da questão está em saber se a *Lex mercatoria* seria um ordenamento jurídico, bem como se são normas de direito as regras dos costumes e os princípios da jurisprudência arbitral.

Para alguns como Berthold Goldmann "o caráter de regras não pode ser recusado aos elementos constitutivos da *Lex mercatoria*"; contrapondo, Paul Lagarde entende que não são todas as normas da *Lex mercatoria* que devem ser qualificadas como regras jurídicas[26].

Inexiste conflito entre as leis nacionais e a *lex mercatoria* porque esta não pode ser considerada direito supranacional a derrogar norma nacional, é sim direito adotado, em especial, na arbitragem comercial internacional.

Contudo, como bem lembrado por Stoecker, os tribunais não a aceitam como corpo de lei alternativa a ser aplicado em litígio, aceitando-a, o Estado estaria abdicando da sua soberania em favor de restrito grupo de comerciantes[27].

---

[24] CARVALHO, Larry John Rabb. *Direito Internacional e a Lex mercatoria*. Disponível em: <http://www.cidmarconi.adv.br/artigo.asp?codigoArtigo=77>.

[25] HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença Estrangeira e Lex mercatoria. Horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 117.

[26] OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério de. *A nova Lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldmann e Paul Lagarde*. In FIORATI, J.J. Novas vertentes do direito do comércio internacional. Barueri: Manole, 2003, p. 209.

[27] FIORATI, Jete Jane. *A Lex mercatoria como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento.* Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 41, n. 164, pp. 17-30, out/dez.2007.

Irineu Strenger[28] cita o exemplo "relativo à diferença entre Petroleum Developmente o Cheik d'Abu Dhabi, (...), constatando que a lei Abu Dhabi, teoricamente competente para reger o contrato litigioso, não contenha um corpo estabelecido de princípios jurídicos utilizáveis para interpretação de instrumentos comerciais modernos, decidiu, em consideração, igualmente, à vontade das partes, que é conveniente aplicar na espécie os princípios apoiados no bom sentido e a prática comum do conjunto das nações civilizadas, uma espécie de *modern law of nature*".

3. *LEX MERCATORIA*: ALTERNATIVAS PARA UMA SISTEMATIZAÇÃO

No pós Segunda Guerra Mundial, as organizações internacionais ganharam destaque. Em *Bretton Woods* (1944), foram criados vários órgãos visando atenuar possíveis crises internacionais, institucionalizando como exemplo o Fundo Monetário Internacional, o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento, a Organização Mundial do Comércio.

Nessa seara, como bem elucida Wagner Menezes[29]

> o marco de passagem para uma mudança no papel das organizações internacionais no cenário internacional ocorreu após o fim da Segunda Guerra com a criação em 1945 da Organização das Nações Unidas que estabeleceu, como vocação universal, um foro de diálogo permanente para as nações, havendo a partir daí uma proliferação de formas e modelos de organizações internacionais entre os Estados.

Contudo, a inexistência de um sistema jurídico com um poder legislativo universal no campo internacional, gerou a necessidade de padronização jurídica a partir de outras fontes. Assim surgiram a Câmara de Comércio Internacional (CCI)[30], o Instituto Internacional de Unificação do Direito

[28] STRENGER, Irineu. *A Arbitragem como modo de inserção de normas da Lex mercatoria na Ordem Estatal.* Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/22757761/994041404/name/STRENGER+-+A+Arbitragem+como+Modo+de+Inser%C3%A7%C3%A3o+de+Normas+da+Lex+Mercatoria+na+Ordem+Estatal.pdf>.

[29] MENEZES, Wagner. *Direito Internacional no Cenário Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 72.

[30] Câmara de Comércio Internacional de Paris é instituição privada, criada em 1919, que tem por objetivo estatutário, entre outros: representar todos os setores de atividade econômica internacional; contribuir para a harmonização e liberdade das relações comerciais no domínio jurídico e econômico e fornecer serviços especializados e pragmáticos à comunidade de negócios internacional. ICC. *Statuts de la Chambre de Commerce Internationale.* Disponível em: <http://

Privado (UNIDROIT)[31]e a Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional, conhecida por UNCITRAL (em inglês) ou CNUDCI (em francês), criada pela Resolução n. 2.205/XXI, de 17.12.1966 da Assembleia Geral[32], bem como foi elaborada a Convenção de Viena de 1980 (CISG)[33], dentre outras[34].

O desenvolvimento da *Lex mercatoria* como uma lei anacional, na visão de seus defensores (e críticos), tem sido alimentado pelo desejo de se evitar regras desfavoráveis e peculiaridades imprevisíveis da lei local, bem como as incertezas de conflitos na escolha de leis contemporâneas. A doutrina tem ansiado pela criação ou reconhecimento de um corpo internacional uniforme de leis sob medida para transações comerciais internacionais, face às imprevisibi-

www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/ICC_Home_Page/ pages/2008F.pdf>.

[31] Instituto Internacional de Unificação do Direito Privado, sediado em Roma, é organismo internacional e intergovernamental criado como órgão auxiliar da Liga das Nações (1926) e reformulado por acordo multilateral em 1940. Seu objetivo estatutário é estudar meios de harmonizar e de coordenar o direito privado dos Estados de modo a possibilitar uniformização das regras materiais do Direito Internacional Privado. Foi responsável pelos trabalhos preparatórios da Convenção de Haia de 1964 sobre a formação do contrato de compra e venda internacional de bens móveis; da Convenção de Bruxelas de 1970 sobre contrato de turismo; da Convenção de Washington de 1973 sobre testamento internacional; da Convenção de Genebra de 1983 sobre representação nas vendas internacionais e da Convenção de Ottawa de 1988 sobre leasing internacional. KESSEDJIAN, Catherine. *Une exercice de rénovationdessourcesdudroitdescontratsducommerce internacional: lês Principles proposés par l'Unidroit*. In: Revue Critique de droit international privé, n. 4. Paris: Sirey, out./dez. 1995, p. 641-670, apud Glitz, Frederico. *Contrato, Globalização e Lex mercatoria*, Clássica Ed., São Paulo, 2012. p, 31.

[32] Criada pela Assembleia Geral em 1966, que propõe medidas de uniformização e harmonização do Direito comercial internacional. Elaborou diversas leis modelo, tais como a de arbitragem, por exemplo, ou Convenções como a de Viena (CISG).

[33] Convenção das Nações Unidas adotada em 11 de abril de 1980 em Viena, e que entrou em vigor em 1º da janeiro de 1988, que estabelece regime legal aplicável para contratos de compra e venda internacional de mercadorias. O texto da Convenção só foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto-legislativo n°538 de 18 de outubro de 2012. Texto completo: UN. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/ sales/cisg/CISG.pdf>.

[34] Nesse sentido, de ser lembrada a Sharia, lei islâmica que se aplica em uma ampla faixa de países muçulmanos, engloba não somente o Alcorão, mas também outras fontes da lei islâmica. Os códigos modernos de direito nos países islâmicos levam em conta a Sharia, muitas vezes como a principal fonte de direito. A Sharia em si contém princípios gerais, que são básicos para qualquer sistema civilizado de leis, como a boa-fé no cumprimento das obrigações e observância do devido processo legal na resolução de litígios. Embora existam diferenças de país para país (em parte como resultado das diferentes escolas de lei islâmica e em parte devido ao fato de que alguns Estados estão mais abertos a influências ocidentais do que outros), na lei islâmica, tradições e idiomas, isso dá a esses estados uma herança comume até certo ponto uma abordagem comum na arbitragem. BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th (Oxford University Press 2009), p. 224.

lidades da análise da escolha de leis e normas legais nacionais - com o objetivo de facilitar o comércio internacional[35].

3.1. NECESSIDADES

Hoje a doutrina é uníssona no reconhecimento das principais necessidades específicas das relações do comércio internacional, quais sejam a neutralidade das leis e a autonomia das partes.

Tanto as convenções internacionais como as regras padronizadas sobre arbitragem comercial internacional confirmam a necessidade do reconhecimento por todos de que as partes são livres para escolher a lei aplicável ao seu contrato[36]. Não se pode negar que o desenvolvimento da arbitragem comercial internacional tem contribuído para uma transformação da teoria "tradicional" do conflito de leis e de sua metodologia. Numerosos autores – principalmente europeus – têm argumentado que o conflito de leis é um método inadequado na medida em que leva à aplicação de leis internas, aquelas leis internas que as partes supõem incapazes de fornecer um quadro normativo satisfatório para reger suas relações comerciais internacionais.

Esses são os argumentos mais fortes que têm alimentado o debate em torno da existência – ou necessidade – de um organismo autônomo de normas jurídicas que venham a reger o comércio internacional, ou seja, uma lei transnacional ou, também como é conhecida, da *lex mercatoria*.

E no passado, foi assim que nossa legislação se desenvolveu. Colombus, por exemplo, relata que os primeiros códigos marítimos, como a Lei do Mar de Rodes, datada do segundo ou terceiro século AC e que era "a grande autoridade no Mediterrâneo, foram aceitos por ambos os gregos e os romanos por seus princípios e sua memória durou mil anos"[37]. Esta era uma forma primitiva de direito transnacional, como de fato foi o festejado *Consolatodes Mare*, que, ainda de acordo com Colombus: "durante a Idade Média, reinou supremo no Mediterrâneo

---

[35] Ver, e.g., MUSTILL, *The New Lexmercatoria: The First Twenty-Five Years*, 4 Arb. Int'l 86 (1988); Chukwumerije, Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration, 23(3) Anglo-Am. L. Rev. 265, 270 (1994) *apud* BORN, Gary B. International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 2009, p. 2231).

[36] (i) *the Washington Convention provides in Art. 42: "The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties."; (ii) the UNCITRAL Rules, Art 33.1., provide: "The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute."; (iii) (121) the ICC Rules, Art 17.1., provide: "The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute …", amongst the rules of arbitral institutions, as AAA ICDR Art 28(1); LCIA Rules Art 22(3); Russian Federation CCI, s 13(1); Stockholm Institute Art 24(1); and WIPO Arbitration Rules Art 59(1).*

[37] Colombus, *International Law of the Sea* (1967).

até o advento de Estados soberanos, com a legislação nacional substituindo as leis consuetudinárias do mar, muitas vezes incorporando muitas das suas regras"[38].

Um grande número autores têm se referido aos INCOTERMS como um exemplo de *lex mercatoria* ou *soft law*, a fim de que expressões como *ex-works*, "CIF", e 'FOB' tenham o mesmo significado para empresários e comerciantes em São Paulo, Londres ou Nova Iorque, tal como ocorre com o *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* de 1933, que se têm revelado valioso avanço para um único padrão internacional para a interpretação destes instrumentos importantes do comércio e mercado financeiro mundial[39].

E a tendência mundial é a formação de regramento uniforme aplicável ao comércio internacional, visando à harmonização dos diferentes direitos nacionais.

Há muitas comunidades diferentes que exercem atividades que podem ser tão diversas (e têm tão pouco em comum), como o transporte de mercadorias ou a criação de uma rede internacional de telecomunicações. As regras de direito que são relevantes para estas diferentes atividades comerciais são em si mesmas muito diferentes. Elas podem compartilhar certos conceitos básicos como o *pacta sunt servanda,* mas mesmo aqui diferentes considerações podem ser aplicadas. Por exemplo, um contrato internacional de venda de mercadorias será realizado dentro de um prazo relativamente curto. Compare isso com um grande projeto de infraestrutura que vai demorar muitos anos para ser realizado, em cujo curso a base sobre a qual o negócio inicial foi atingido pode mudar drasticamente[40].

---

[38] *Ibid*. BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th (Oxford University Press 2009), p. 215.

[39] BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5th (Oxford University Press 2009), p. 221. Alguns autores entendem automática a aplicação dos INCOTERMS, por expressa referência do Artigo 9(1) da CISG, *Convention on the International Sale of Goods* ou Convenção de Viena, como é mais conhecida. Outros, porém, entendem que as partes devem fazer expressa referência aos INCOTERMS em seu contrato porque o Prefácio dos INCOTERMS (2000) determina que uma referência ao INCOTERMS deva ser expressamente incluída no contratoa fim de quesuas definições possam ser aplicadas. O Artigo 9 º(2), da CISG usa a expressão "... as partes sabiam ou deveriam saber" – não parece mudar isso porque a lei de vendas internacional, que é obrigatória sob a CISG, não é totalmente compatível com os INCOTERMS, sob o entendimento de que as definições do INCOTERMS não são nem usos internacionais, nem os usos que as partes "deveriam ter conhecimento". Como exemplo citam Nesse sentido uma decisão do Hofvan Beroep, Bruxelas, Bélgica, de 02 de setembro de 1998, em que foi erroneamente utilizado o termo CIF, para determinar o local de pagamentodo preço de compra (Rechtskundig Weekblad1998-1999, p. 924 e comentário por J.Meeusen, p.1546). Nessesentidover: Ferrari, Franco, Flechtner, Harry and Brand, Ronald A.,*The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention Papers of the Pittsburgh Conference Organized by the Center for International Legal Education* (CILE), 2004 by Sellier. European Law PublishersGmbH, Munchen / Sweet& Maxwell, London, pp. 302/303.

[40] BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International*

2.2. MODOS DE VIABILIZAR

Uma versão moderna de uma "lei do comerciante" consiste de regras e práticas que evoluíram no seio das comunidades de negócios internacionais. Goldman[41], que nominou esta nova "lei", de nova *Lex mercatoria*, que muito contribuiu para o seu desenvolvimento, se refere a ela como tendo "um ilustre precursor no *jus gentium* romano"[42], que ele descreve como "uma fonte de direito autônomo adequada às relações econômicas (*commercium*) entre os cidadãos e estrangeiros"[43].

A vantagem desse código de lei é óbvia. Teria que ser adaptado às necessidades do moderno comércio internacional e seria de aplicação uniforme. O problema é como um sistema de direito, que poderia ter existido no tempo dos romanos, ou, na Idade Média, pode surgir espontaneamente, por assim dizer, entre os Estados que já possuem em plenitude suas próprias leis, ordens e regulamentos. Entre alguns juristas, a nova *Lex mercatoria* foi recebida com aprovação[44]. Outros foram educadamente céticos[45] ou (no âmbito dos contratos do Estado) a rejeitaram como uma idéia cujo tempo já passou, uma vez que já existem leise regras mais sofisticadas[46]. Outros ainda têm sido

Arbitration. 5th (Oxford University Press 2009), pp. 2015/216.

41 Vide GOLDMAN, *Lex mercatoria*, Fórum Internacional, Nº 3 (Nov1983). Goldman, tendo referido a codificação das práticas comerciais internacionais, como "Costumes e Práticas Uniformes para Créditos Documentários" – ICC e os INCOTERMS, como evidênciada urgência de práticas comerciais aninternational, afirmou: "os comentaristas, no início da década de 1960, começaram anotar desta evolução. Clive Schmithoff foi o primeiro na Inglaterra a saudar o novo *Merchant Law*; na França, Philippe Kahn, no que diz respeito às vendas internacionais, Philippe Fouchard, no que diz respeito à arbitragem comercial internacional e Jean Stoufflet, com relação a créditos documentários, comprometeu-se a estudar esta lei. Quanto a mim, cheguei à conclusão de que um lugar poderia ser reconhecido para a *lex mercatoria*, um nome que peso, dentro dos limites da lei".

42 GOLDMAN, *ibid*, 3.

43 *Ibid*.

44 GOLDMAN, *La Lex mercatoria dans les contrats d'arbitrage internationaux: Réalitéet Perspectives*' (1979) Clunet J du Droit Intl 475; Lalive, 'Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, ICC Congress Series No 3 (New York, 1986), 257; Gaillard, 'Transnational Rules in International Arbitration 1993' ICC Publication No 480/4 (um comentário bastante útil de aspectos do direito transnacional por ilustres colaboradores).

45 Veja, por exemplo, Mustill LJ, *The New Lex mercatoria: the First Twenty-five Years*' (1987). 4 ArbIntl 86, onde ele observa que: "A *Lex mercatoria* tem credenciais intelectuais suficientes para merecer um estudo sério e ainda é não tão geralmente aceita para escapar do olhar cético. *Apud* BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th (Oxford University Press 2009).

46 Ver, entre outros, Delaume, *The Proper Law of State Contracts and the Lex mercatoria: A Reappraisal* (1988) 3 ICSID Review — Foreign Investments Law Journal 79, onde (em 106), essa prática experimental internacional sugere que o risco de alterações na lei estatal em detrimento de um particular num contrato com o Estado pode ser segurado sob a *Convention Establishing the*

abertamente hostis[47]. O que seria, então, essa nova "lei" que tem despertado tanta controvérsia e que, de tempos em tempos, faz a sua aparição em sentenças arbitrais e em processos judiciais?

Para o Professor Goldman, as características distintivas da *Lex mercatoria* eram sua fonte nos costumes e sua natureza espontânea. Sua visão foi a de que as relações comerciais internacionais "podem perfeitamente ser regidas por um conjunto de regras específicas, incluindo costume transnacional, os princípios gerais de direito e jurisprudência arbitral". Não faz diferença se esse conjunto de regras não é parte de uma ordem legal comportam seus próprios órgãos legislativo e judicial. Dentro desse corpo de regras, os princípios gerais de direito não são apenas os previstos no artigo 38 (a) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, podem ser adicionados a ele, progressivamente, princípios estabelecidos pelo uso constante e geral do comércio internacional[48].

Não é difícil prever que regras desenvolvidas em uma determinada área de comércio internacional - tal como ocorreu com o crédito documentário - possam, eventualmente, vir a serem codificadas, ou na legislação nacional ou por um tratado internacional, de modo a ganhar força de lei[49]. Mas só isso não basta para se atingir a uniformidade, pois há que se perquirir obstinadamente sobre o conteúdo dessa legislação uniforme.

Parece haver duas abordagens alternativas no sentido de avaliar o conteúdo da nova *Lex mercatoria*: o método *list*, e o método funcional.

Pelo método da lista (catálogo), várias listas de regras ou princípios (*the list method*) foram elaboradas ao longo da última década, projetados entre outros, sobre os Princípios do UNIDROIT e os Princípios de Direito Europeu dos Contratos de 1998. O método do catálogo ou lista tem sido criticado por sua falta de flexibilidade.

Para contornar esta situação crítica, Berger propôs o método da "codificação gradual" (*creeping codification*). A codificação gradual se destina

Multilateral Investment Guarantee Agency ((1985) 24 ILM 1589), o que melhor reflete a realidade comercial "do que o que *lex mercatoria* que permanece, tanto no âmbito como no significado prático, um sistema ilusório e uma visão mítica de um direito transnacional de Contratos do Estado cujas fontes estão em outro lugar". *Apud* BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th (Oxford University Press 2009).

47 Ver Mann, *The Proper Law in the Conflict of Laws* (1987) 36 ICLQ 437, p. 448; and Toop e, particularmente na p. 96, onde o autor conclui: "... isso faria parecer que a chamada *lex mercatoria* é em grande parte um esforço para legitimar como "direito" os interesses econômicos das corporações ocidentais". *Apud* BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th (Oxford University Press 2009).

48 BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th (Oxford University Press 2009), p. 217.

49 Tanto as Regras ICC (art. 17.2) como as Regras da UNCITRAL (art. 33.3) exigem que os árbitros levem em consideração os usos comerciais relevantes.

a assegurar que uma lista de princípios comerciais transnacionais seja capaz de ser rápida e continuamente revisada e atualizada. Deve ser diferenciada das técnicas mais formais para a definição da *Lex mercatoria* (Princípios UNIDROIT e Lando)[50]. Seu objetivo é evitar o "elemento estático" característico de outras abordagens e proporcionar a abertura e a flexibilidade necessárias, a fim de ter em conta o rápido desenvolvimento do comércio internacional[51].

Outra alternativa é método funcional que envolve a identificação de regras específicas da *Lex mercatoria* como e quando surgem questões específicas. Professor Gaillard é um expoente desta abordagem[52].

Segundo Gaillard, o método funcional apresenta a vantagem de que qualquer reivindicação feita por uma das partes num determinado caso iria necessariamente encontrar uma resposta, o que não aconteceria com o método da lista. O que na prática vem acontecendo é que cada vez mais os árbitros procuram identificar o conteúdo da *lex mercatoria* nos princípios do UNIDROIT, tornado-os assim ponto de referência explícita para tribunais arbitrais.

O que não se pode negar é que a *lex mercatoria*, indiscutivelmente, impactou a lei de arbitragem comercial internacional. Ela também serviu para lembrar ambas as partes na arbitragem comercial internacional e os tribunais arbitrais que são chamados para resolver suas disputas, que estão operando a nível internacional e que diferentes considerações podem entrar em jogo daqueles encontradas nas arbitragens puramente nacionais ou domésticas[53].

3.3. AUTONOMIA

No entanto, em poucas pinceladas, é difícil considerar a *lex mercatoria* como uma categoria autônoma de direito internacional; não há base em tratado internacional ou em lei de direito internacional costumeiro que torne seu uso obrigatório; em vez disso, a maioria esmagadora das transações comerciais internacionais, elegem a lei de aplicação tanto pela escolha das partes ou pela

[50] Preparado pela Comissão Lando, também conhecido como "Princípios Lando". *Lando Commission and sometimes called the 'Lando Principles'. Un grupo de profesores de derecho de varios países europeos había considerado la posibilidad de una unificación del derecho europeo de los contratos. A fines de los ochenta se constituyó un grupo bajo la dirección del profesor danés Olé Lando, conocido como la "Comisión Lando". Esta comisióne laboró "los princípios del derecho europeo de los contratos" cuya última version apareció en 2002. Estos princípios constituyen la obra más elaborada sobre la unificación del derecho de los contratos en Europa.*

[51] BLACKABY , Nigel and PARTASIDES, Constantine, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th (Oxford University Press 2009), p. 218.

[52] GAILLARD, *Transnational law: a legal system or a method of decision-making* (2001) 17 Arb Intl 60/62.

[53] BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th (Oxford University Press 2009), pp. 217/220.

opção dos tribunais que, no caso, é a lei nacional[54]. Poucas sentenças arbitrais dependem ou ainda se referem a *lex mercatoria*[55] e acordos de arbitragem quase nunca elegem tal corpo de regras. Qualquer que seja o entendimento filosófico é muito difícil a *Lex mercatoria* ser tratada (sendo um conjunto de princípios) como um sistema legal independente para além da legislação nacional de cada ente.

O fato de um árbitro internacional embasar uma decisão em regras transnacionais (princípios gerais de direito, princípios comuns a várias jurisdições, a lei internacional, usos do comércio, *Lex mercatoria*, etc.) e não na legislação de um Estado particular não afetará a validade ou exigibilidade da sentença: (i) em que as partes acordaram que o árbitro pode aplicar regras transnacionais; ou (ii) em que as partes mantiveram-se em silêncio sobre a lei aplicável[56]. Esta posição tem sido adotada por vários tribunais nacionais, incluindo Tribunal de Cassação francês, o Supremo Tribunal austríaco, e o Tribunal de Recursos Inglês[57].

---

[54] Ao mesmo tempo, a *Lex mercatoria* também é frequentemente descrita como incluindo os princípios que refletem regras gerais aplicáveis de negociação justa, para salvaguardar os interesses das partes comercialmente mais fracas ou dos estados. Ver GAILLARD, Emmnuel and SAVAGE, John, Foreword, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International (1999), p. 1453.

[55] Decisão arbitral da ICC, Processo n º 8385, em J.-J. Arnaldez, Y. Derains& D. Hascher (eds.), Coleção da ICC de decisões arbitrais 1996-2000, págs. 474/ 479 (2003) ("Aplicação de normas internacionais [oriundas da *Lex mercatoria*] oferece muitas vantagens. Elas se aplicam de maneira uniforme e não são dependentes das peculiaridades de qualquer lei nacional particular. Elas levam em conta as necessidades das relações internacionais e permitem a "fertilização cruzada" entre os sistemas legais que podem ser antagônicos nas distinções conceituais e servem àqueles que procuram uma solução pragmática e justa no caso individual. "); arbitragens parciais e finais da ICC, processo n º 9875, 12 (2) ICC Ct. Bull. 95 (2001), Arbitragem da ICC, Processon º 12.111 (3 Outubro de 2003), UNILEX (Princípios Unidroit).

[56] *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*. ICC Publicação nº 480/4.

[57] Banque Du Proche-Orient v Société Fougerolle, Cass. Civ. 2e, 9December 1981 (2ª decisão) and Cass. Civ. 1ère, 22 October 1991. Acórdão do Supremo tribunal austríaco de 18 de Novembro de 1982, reproduzido no (1984) IX Ybk CommArb 161. Deutsche Schachtbau und Tief bohrgesellschaftGmbH (F/Germ) v R'as Al Khaimah National Oil Co (R'as Al Khaimah, UAE) Shell International Petroleum Co Ltd (UK) [1987] 3 WLR 1023 (revertido por outros fundamentos: [1990] 1 AC 295). Ver também Rivkin, *Enforceability of awards based on lex mercatoria* (1993) 19 Arb Intl 47. *Apud* BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th (Oxford University Press 2009), ps. 220/1. Exeqüibilidade das sentenças arbitrais com base na *lex mercatoria*. Há controvérsias quanto à exeqüibilidade das sentenças arbitrais baseadas em *lex mercatoria* em algumas jurisdições. Na Inglaterra, por exemplo, a visão tradicional de que era aparentemente as decisões com base na *lex mercatoria* eram inexequíveis. Mustill, *Contemporary Problems in International Commercial Arbitration: A* Response, 17 Int'l Bus. Law.161, 161-62 (1989). Mais recentemente, no entanto, decisões judiciais sugeriram que a maioria dos tribunais iria executar sentenças arbitrais estrangeiras com base na

No Brasil,

> quando são os tribunais estatais que julgam uma relação jurídica comercial com conexão internacional, predomina na doutrina o entendimento de que uma decisão proferida diretamente com base na *Lex mercatoria* é contrária à lei, mesmo quando as partes a tenham escolhido com direito aplicável. Concordamos com essa posição, já que um juiz estatal só pode aplicar o ordenamento jurídico do próprio Estado, estando ali incluídas as normas do direito internacional privado[58].

Ademais, essas expectativas dos comerciantes de um regime comercial neutro, justo e internacional para resolver seus litígios, para a maior parte dos doutrinadores, já são amplamente atendidas por sistemas jurídicos nacionais desenvolvidos. Diante disso, a *Lex mercatoria* tem um certo prestígio no mercado, tanto para os seus defensores como para os seus críticos, mas tem valor substantivo limitado. A maior utilidade da *Lex mercatoria* hodiernamente é tornar mais sólidos os princípios e processos internacionais neutros e usos comerciais – ao invés de regras ou práticas puramente nacionais - na resolução de disputas comerciais internacionais. Por outro lado, são substanciais os obstáculos a serem enfrentados no desenvolvimento de uma *Lex mercatoria*, vista como uma espécie de direito comercial comum internacional. Não é só o desenvolvimento da lei comum, mas de uma lei abrangendo dezenas ou mais de diferentes países e sistemas jurídicos, e também várias configurações da indústria e do comércio (nem se está aqui tratando do mercado financeiro)[59].

Apesar da atenção acadêmica, praticamente os acordos arbitrais não elegem, e muito poucas decisões arbitrais foram baseados na *Lex mercatoria*[60]. A ideia de que as empresas usam a *lex mercatoria* para contornar a legislação nacional obrigatória tem uma simetria retórica e ideológica superfi-

lex mercatoria. Deutsche Schachtbau und TiefbohrgesellschaftmbH v. Ras Al Khaimah Nat'l Oil Co. [1987] 2 Lloyd's Rep. 246 (reconheceu sentença prolatada com base em "princípios do direito internacionalmente aceitos que regem as relações contratuais"); Ministry of Defense v. Gould, Inc., 887 F.2d 1357 (9th Cir. 1989). BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration: Cases and Materials*, (Kluwer Law International 2011), p. 960.

[58] RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

[59] BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 2009), p. 2234/2235.

[60] Para decisões arbitrais negando-se a aplicar a *Lex mercatoria*, conferir Arbitragem da ICC, caso nº. 6149, XX Y.B. Comm. Arb. 41, 56 (1995) (recusando-se a aplicar *lex mercatoria*); Arbitragem da ICC, Caso No. 5904, em S. Jarvin, Y. Derains&J.-J. Arnaldez (eds.), Coleção da ICC de decisões arbitrais 1986-1990, pg. 387 (1994) (aplicação de taxa de juros da lei nacional, apesar do acordo das partes sobre a *Lex mercatoria*).

cialmente plausível, pelo menos em alguns setores, mas nenhuma substância duradoura[61].

4. A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL E A *LEX MERCATORIA*

Não se pode esquecer que o mundo dos negócios anda rápido demais. Os numerários envolvidos nas negociações internacionais pedem soluções de lides ágeis, efetivas e menos onerosas, neste contexto, a arbitragem se mostra necessária, observando-se, ainda, que as soluções de conflitos comerciais internacionais decorrentes de contratos internacionais possuem cláusulas arbitrais[62].

Nesse sentido complementa Luiz Olavo Baptista que "na rede mercantil, característica dos nossos dias, o caráter evolutivo e adaptável da *lex mercatoria* encontrou seu *terroir* ideal, e com sua tendência globalizante, acompanha o rumo da economia de nossos dias"[63].

Walter Beat Rechsteiner entende ser possível a escolha da *Lex mercatoria* na arbitragem internacional, com fundamento no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei n. 9307/96, porquanto as partes podem se socorrer de regras do instituto posto em destaque, quando entre estas surgir lide a ser dirimida por tribunal arbitral[64].

Em contrapartida, Goldmann delimita que, de acordo com experiência, árbitros não têm procurado resposta para casos concretos submetendo à sua apreciação em lei ou tratado internacional, utilizando o "direito costumeiro" do comércio internacional chamado de *Lex mercatoria*[65].

José Alexandre Tavares Guerreiro[66] sustenta que

> a atuação da arbitragem comercial internacional está confirmando a existência de um conjunto de regras de direito desvinculado de qualquer fonte ou quadro

[61] BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 2009), p. 2236.

[62] Para Beat Walter Rechsteiner, o índice de cláusulas arbitrais em contratos internacionais referentes à construção de complexos industriais e projetos de construção similares está em torno de cem por cento. RECHSTEUBERM, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

[63] BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. Lex Magister. São Paulo. 2011, p. 65.

[64] RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.

[65] GOLDMANN, 1964, *apud* OLIVEIRA MAZZUOLI, 2003, p. 198.

[66] GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

> estatal, que recebe a designação de *Lex mercatoria* (ou *New Law Merchant*), tendo por fundamento os costumes e os princípios gerais de direito, a experiência reiterada de cláusulas e contratos-padrão e de práticas reconhecidas internacionalmente por associações profissionais, organizações supranacionais e entidades semelhantes. A *Lex mercatoria* pressupõe a existência de uma comunidade de operadores do comércio internacional, que possui interesses próprios e que encontra, na arbitragem comercial internacional, o mecanismo adequado para a aplicação de normas aptas a resolver as pendências instauradas quanto aos contratos celebrados no âmbito dessa comunidade, pelas partes respectivas. A jurisprudência arbitral integra, por sua vez, o conteúdo da *Lex mercatoria*, a qual, mesmo sem constituir ordem ou sistema, tende a se institucionalizar, cada vez mais superando a insuficiência do método de conflitos (de leis e de jurisdição) do Direito Internacional Privado, para a disciplina dos contratos internacionais, já que o resultado da aplicação desse método é exatamente a determinação de uma lei nacional, o que já não mais se coaduna com as necessidades contemporâneas

Com efeito, a agilidade ofertada pelo uso da arbitragem é evidente quando contraposta as lides judiciais, a escolha dos árbitros é vantagem, porque terão a competência e experiência necessária àquela situação, também as partes podem fazer a opção pelas regras procedimentais e o direito aplicável, destacando-se, aqui, o uso da *Lex mercatoria*[67].

[67] Ver, por exemplo, Sentença Arbitral do ICC Processo nº 3131, em S. Jarvin & Y. Derainseds., Coleção de ICC de Sentenças Arbitrais 1974-1985122(1990) ("Diante da dificuldade de escolher uma legislação nacional cuja aplicação é suficientemente convincente, o Tribunal considerou que era apropriado, dada a natureza internacional do acordo e para deixar de lado qualquer legislação específica, seja turca ou francesa e aplicar a *lex mercatoria*"); Decisão em SCC no processo nº 117/1999(2001), 2002:1. Estocolmo Arb. Rep.59 (tribunal considerou que as "partes neste caso deliberadamente abstiveram-se de acordo sobre a lei aplicável" para reger o seu contrato e decidiu que a disputa em questão deveria ser decidida com base "nas regras de direito para codificações internacionais..."); Decisão final no ICC processo nº 10422, 130JDI(Clunet) 1142 (2003) ("[o] tribunal arbitral, tendo em vista o fato de que as partes, aparentemente, queriam uma solução neutra, decidiu aplicar" os princípios gerais e as regras de contratos internacionais, ou seja, a chamada *lex mercatoria*"). Arbitragem na ICC, Caso nº 8385, J.-J. Arnaldez, Y. Derains & D. Hascher eds., Coleção da ICC de decisões arbitrais 1996-2000 474 (2003), onde empresa

Bem destacado por Irineu Strenger[68] que

> oriundos de vários países, árbitros estão menos preocupados com interesses nacionais do que juízes, e podem ser considerados possuidores de uma perspectiva paroquial mínima, enfatizando boa-fé, princípios gerais da lei e de equidade da situação. O que se pode dizer, finalmente, sobre a diferença qualitativa da justiça conferida por árbitros internacionais quando comparada àquela dos juízes nacionais? É certamente verdade que árbitros são menos compelidos por técnicas legais; nos casos da CCI, como na maioria das arbitragens internacionais, eles não trabalham pressionados pela corte de apelação. Além disso, o fato de ambas as partes terem geralmente indicado um árbitro pode dar a impressão de ter o efeito prático que as dinâmicas psicológicas de tribunais arbitrais militem em favor de decisões conciliatórias.

Todavia, não se perca de vista que muito embora exista autonomia das partes na escolha do árbitro e não estarem as partes sujeitas ao controle jurisdicional há princípios norteadores balizadores das condutas dos árbitros e, em especial, discriminados em um Código de Ética da *Internacional Bar Association* (IBA).

CONCLUSÃO

A globalização e a rápida evolução das relações internacionais, em especial as ligadas ao comércio, no atual estágio encontram entraves perante a legislação nacional que não consegue atender de forma correta e efetiva as demandas provenientes destas relações.

Dentro desta problemática e em busca de solução para as necessidades do comércio internacional tem-se o uso pelos comerciantes, em práticas

americana pede a desconsideração da personalidade jurídica com base na *Lex mercatoria* e o tribunal arbitral concede, com base no precedente julgado pelos Professores Sanders, Goldmane Vasseur, no caso da Dow Chemical v Isover Saint Gobain, ICCProcesso nº 4131(1982). BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration: Cases and Materials*, (Kluwer Law International 2011), p. 918.

[68] STRENGER, Irineu. *A Arbitragem como modo de inserção de normas da Lex mercatoria na Ordem Estatal*. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/22757761/994041404/name/STRENGER+-+A+Arbitragem+como+Modo+de+Inser%C3%A7%C3%A3o+de+Normas+da+Lex+Mercatoria+na+Ordem+Estatal.pdf>.

reiteradas aliadas a usos aceitos internacionalmente, da *Lex mercatoria,* como forma de direito metanacional.

A bem da verdade, a *Lex mercatoria* é fonte de direito no campo do Direito Internacional Privado e a arbitragem a forma de lhe dar efetividade.

Nos dizeres de Eduardo Pires Neiva Cristina Araújo[69]:

> há que se fazer duas considerações: primeiro é que a utilização da *Lex mercatoria* é um meio facilitador das relações comerciais internacionais, através de regras atualizadas e condizentes com a realidade do comércio internacional, o que também vem a oferecer maior segurança jurídica para as partes, já que não há dúvida sobre o direito a ser aplicado na relação contratual; e segundo que o instituto da arbitragem internacional mostra-se ser talvez a melhor alternativa para solução dos conflitos derivados das relações do comércio internacional, porque é nele que se encontra guarida para utilização da *Lex mercatoria* como direito aplicável, e também por constituir um meio mais seguro e rápido de solução de um litígio.

Por fim, nas palavras de Fábio Konder Comparato[70] "o processo de ressurgimento da *Lex mercatoria* internacional no curso do século XX, representa, em suma, a reafirmação do grande princípio democrático de que todo direito emana do povo e não do poder".

Assim, a *lex mercatoria* depende de uma comunidade de operadores do comércio internacional, defesos seus interesses e com amparo na arbitragem comercial internacional a fim de aplicar regulamentação aptas na solução de lides em contratos celebrados no âmbito dessa comunidade, pelas partes respectivas.

De certo que é, o conteúdo da *Lex mercatoria* é integrado pela jurisprudência arbitral, que institucionaliza e supera a insuficiência de leis e de jurisdição do Direito Internacional Privado, na disciplina dos contratos internacionais. Por sua vez na arbitragem a *Lex mercatoria* encontra seu respaldo, dada a sua crescente desvinculação, seja das leis impositivas nacionais, seja das

---

[69] ARAÚJO, Eduardo Pires Neiva Cristina. *Lex mercatoria e Arbitragem Internacional: Alternativas para Regulação e Solução de Conflitos do Comércio Internacional*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/07_1713.pdf>.

[70] *apud* STRENGER, Irineu, in *A Arbitragem como Modo de Inserção de Normas da Lex MercatorianaOrdem Estatal* (artigo). Disponível em: <http://www.iob.com.br/bibliotecadigitalderevistas/bdr.dll/RBA/12a4f/131c5/13210/13211/13212?f=templates&fn=altmain-nf.htm&2.0>.

jurisdições estatais, possibilitando, de maneira quase absoluta, o exercício da vontade das partes.

Daí salutar encerrar, tal qual iniciamos, com os ensinamentos de Fouchard, para quem "os usos cada vez mais tomam a forma de documentos redigidos, pela prática internacional (...). Mas o valor normativo desse direito anacional resulta, sobretudo, nessa comunidade extra estatal, da existência de órgãos encarregados de consagrar e de fazer respeitá-lo ou esses órgãos são precisamente os árbitros e as instituições arbitrais, verdadeiros poderes jurisdicionais dessa sociedade internacional dos comerciantes"[71].

[71] *Apud* STRENGER, Irineu. *A Arbitragem como modo de inserção de normas da Lex mercatoria na Ordem Estatal.* Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/22757761/994041404/name/STRENGER+-+A+Arbitragem+como+Modo+de+Inser%C3%A7%C3%A3o+de+Normas+da+Lex+Mercatoria+na+Ordem+Estatal.pdf>.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Fernando, CAIVANO, Roque J. .*Notes on Amiable Compositeurs under Argentine Law in* Ballesteros, Miguel Ángel Fernández, Arias, David, *Forewordin* M. Á. Fernández-Ballesterosand David Arias (eds),*LiberAmicorum* Bernardo Cremades, (La Ley 2010).

ALMEIDA SANTOS, Cláudio Francisco de. *Os princípios fundamentais da arbitragem*. *In*: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora, 1999.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio Internacional: Aspectos fundamentais,* São Paulo: Aduaneiras, 2004.

AMARAL, Ana Paula Martins. *Lex mercatoria e autonomia da vontade. Jus navigandi*, Teresina, ano 9, n. 592m 2005, Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6262.

_____. *Fontes do Direito do comércio internacional.* Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 582, 9 fev. 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6261.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Coord. *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

ARAÚJO, Eduardo Pires Neiva Cristina. *Lex mercatoria e Arbitragem Internacional: Alternativas para Regulação e Solução de Conflitos do Comércio Internacional.* Disponível em: http://www.conpedi.org.br/anais/36/07_1713.pdf

BALLESTEROS, Miguel Ángel Fernández, ARIAS, David, FOREWORD in M. Á. Fernández-Ballesteros *and* David Arias (eds), *Liber Amicorum* Bernardo Cremades, (La Ley, 2010).

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BLACKABY, Nigel and PARTASIDES, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th (Oxford University Press 2009).

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009.

_____. *International Commercial Arbitration*: Cases and Materials, (Kluwer Law International 2011),

CAIVANO, Roque J., AGUILAR, Fernando, Notes on *Amiable Compositeursunder Argentine Lawin* Ballesteros, Miguel ÁngelFernández, Arias, David, Forewordin M. Á. Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Liber Amicorum* Bernardo Cremades, (La Ley 2010).

CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora, 1999.

CANOTILHO, J.J. GOMES; MOREIRA Vital. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Larry John Rabb. *Direito Internacional e a Lex mercatoria.* Disponível em: http://www.cidmarconi.adv.br/artigo.asp?codigoArtigo=77.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, SP, Malheiros 22ª ed.

CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

DOLINGER, J. *A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no Direito Internacional Privado Brasileiro - A prejudicial modéstia da Doutrina Brasileira. ARBITRAGEM. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. Atlas Jurídica, 2007.

ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed., rev. e a atual. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRARI, Franco, FLECHTNER, Harry and BRAND, Ronald A..*The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention Papers of the Pittsburgh Conference Organized by the Center for International Legal Education (CILE),* 2004 by Sellier. European Law Publishers GmbH, Munchen / Sweet & Maxwell, London.

FINKELSTEIN, Cláudio. *A Famigerada Lex mercatoria*. Acervo pessoal do autor.

FIORATI, Jete Jane. *A Lex mercatoria como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento.* Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 41, n. 164, pg. 17-30, out/dez.2007.

FIÚZA, César. *Teoria geral da arbitragem*, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.

GARCEZ, José Maria Rossini (coord.). *A Arbitragem na Era da Globalização.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem docomércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

GAILLARD, Emmnuel e SAVAGE, John, FOREWORD, Fouchard Gaillard Goldman *on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International (1999).
_____.*Transnational law: a legal system or a method of decision-making.* (2001) 17 Arb. Intl.

GLITZ, Frederico. *Contrato, Globalização e Lex mercatoria.* Clássica Ed.São Paulo, 2012.

GOLDMAN, Berthold. *Frontiéres du Droit et lex mercatoria in* Archives de Philosophie du Droit.1964.
_____. *La Lex mercatoria dans les contrats d'arbitrage internationaux: Réalité et Perspectives*. Clunet J duDroitIntl 475, 1979.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lexmercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional.* São Paulo:Saraiva, 1994.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex mercatoria: evolução e posição atual. In*: Revista dos Tribunais. São Paulo, 709, pp.42-45, nov. 1994.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

MATIAS, João Luis Nogueira. *Lex mercatoria e contratos internacionais.* Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/28579-28597-1-PB.pdf.

MARTINS. Pedro A. Batista. *Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil*.Artigo publicado na obra coletiva: *A Arbitragem na Era da Globalização*. Coordenação de GARCEZ. José Maria Rossini. Forense. 1999.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal*. SãoPaulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

MENEZES, Wagner. *Direito Internacional no Cenário Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2003.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva. 1999.

OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério de. *A nova Lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldmann e Paul Lagarde*. In: FIORATI, J. J.; _____ (Orgs). *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. Barueri: Manole, 2003.

PARTASIDES, Constantine, BLACKABY, Nigel. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th (Oxford University Press 2009).

SAVAGE, John, GAILLARD, Emmnuel e FOREWORD, Fouchard Gaillard Goldman *on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International (1999).

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 1988.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 2º v. São Paulo: Saraiva. 1979.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática.* São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REZEK, J. F. *Direito Internacional Público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SOARES, Guido Fernando. *Contratos internacionais de comércio: alguns as-*

pectos normativos de compra e venda internacional. In Contratos nominados: doutrina e jurisprudência. Yussef Said Cahali (coord.) São Paulo: Saraiva.

STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex mercatoria*. São Paulo:Editora LTR, 1996.

_____. *A Arbitragem como modo de inserção de normas da Lex mercatoria na Ordem Estatal.* Disponível em: http://xa.yimg.com/kq/groups/22757761/994041404/name/STRENGER+A+Arbitragem+como+Modo+de+Inser%C3%A7%C3%A3o+de+Normas+da+Lex+Mercatoria+na+Ordem+Estatal.pdf.

TAVOLATO, Agostinho Toffoli. *O papel da sociedade civil na formação do direito internacional*. São Paulo, 2004. Disponível em http://www.tavolaraadvogados.com/doutrina/cs/549.pdf.

TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo; *A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro*. Trabalho apresentado na obra coletiva *A Arbitragem na Era da Globalização*. Coordenação de GARCEZ. José Maria Rossini. Forense. 1999.

TETLEY, William. *Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitrationand Chartering*. McGill University Of Montreal. (published in (2004).

WEATHERFORD, Jack. *A história do Dinheiro*. São Paulo: Negócio, 2000.

A ARBITRAGEM COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS E SUA APLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Morgana de Almeida Richa[1]

Sumário: Considerações Iniciais; 1. Do Modelo Tradicional de Acesso à Justiça aos Métodos Alternativos; 2. Fisionomia Jurídica da Arbitragem: Conceito e Características; 3. Natureza Jurídica do Instituto: a Jurisdição; 4. Aplicabilidade na Justiça do Trabalho; 5. Conclusão; 6. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A arbitragem nada tem de moderna, ao contrário, é um instituto dos mais longevos na história da humanidade, utilizada já na Babilônia há 3000 anos antes de Cristo; evidenciou-se no direito romano como uma modalidade obrigatória que antecedeu a solução estatal clássica; esteve presente, igualmente, na Grécia antiga; ganhou importância expressiva na Idade Média como um método que regulava divergências entre comerciantes a partir da adoção de usos e costumes, a desaguar em tempos modernos na *lex mercatoria*; obteve destaque em período prévio ao descobrimento do Brasil, na medida em que por meio de uma arbitragem realizada pelo Papa Alexandre VI, em 1494, dividiu-se entre portugueses e espanhóis terras "descobertas e a descobrir", pelo Tratado de Tordesilhas; em nosso país figurou normativamente pela primeira vez na Constituição do Império de 1824, ao possibilitar a nomeação de juízes-árbitros nas causas cíveis e penais, civilmente intentadas; por fim, o Código Comercial de 1850 preconizava em alguns de seus dispositivos o arbitramento obrigatório, estatuída a figura do juízo arbitral.

À contextualização do cenário histórico seguiu, em certa medida, um longo vácuo no prosseguimento material e normativo da arbitragem, que na evolução cultural padeceu de dificuldades para afirmar o instituto em larga escala, período no qual prevaleceu a solução estatal de forma quase absoluta. Apenas mais recentemente, a arbitragem conquistou um avanço notório no Brasil, com especial registro para o respaldo decorrente do desenvolvimento exitoso na seara internacional.

Neste aspecto, destacamos que o comércio internacional constituiu um *locus* privilegiado para o uso e a afirmação da arbitragem, na medida

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, especialista em Direito do Trabalho e pós-graduanda em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É juíza titular do trabalho da 15ª Vara do Trabalho de Curitiba e foi conselheira junto ao Conselho Nacional de Justiça, de 21/07/2009 a 20/07/2011.

em que a globalização permitiu transpor fronteiras internacionais dos Estados, em espaço de necessária integração de regras, não alcançadas pelas legislações internas tão somente, fazendo-se, portanto, necessário um mecanismo que pudesse abarcar a complexidade das relações, dar segurança quanto ao regramento aplicável para a resposta das controvérsias contratuais surgidas a partir de peculiaridades de alta indagação entre partes e questões envolvidas.

Em linear grau de crescimento temporal aparecem as diferentes instituições internacionais de renome, ocupadas da regulamentação e uniformização relativas à troca de bens e serviços por meio das fronteiras internacionais ou territórios, com inegável destaque para a Lei Modelo da Uncitral, elaborada em 1985, pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. Não obstante ter em consideração a arbitragem comercial internacional, esta lei protagonizou um relevante papel de modernizar as leis internas de arbitragem em diversos países e promover, por consequência, a regulação das normas adotadas nos sistemas legislativos pátrios, inclusive no Brasil, que seguiu tal orientação ao elaborar a Lei nº 9.307/96.

Logo nas primeiras luzes do regramento aprovado surge a discussão acerca da sua constitucionalidade, ante o art. 5º, XXXV ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito") da Constituição Federal de 1988, aventada a exclusão do acesso ao Poder Judiciário, pacificada, entretanto, pelo Supremo Tribunal Federal após cinco anos de tramitação, na esteira de que exercitado o direito à tutela quando da opção pelo ingresso na via arbitral.

Dirimida a controvérsia de maior envergadura, remanescem outras objeções de necessária reflexão, de especial interesse na presente abordagem a natureza jurídica da arbitragem pelas características do instituto e efeitos a partir de então desencadeados. Considerando que "o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário" (art. 18), que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da decisão judicial (art. 31), então estaria mitigada a noção de jurisdição estatal? O âmbito da justiça privada no contingente desenhado tem a mesma natureza do exercício do poder estatal?

Em prosseguimento, abordada em maior profundidade a feição do instituto, indagamos: a diretriz do art. 1º da Lei no sentido de que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis"– alcançariam relações de trabalho no espectro da natureza disponível de determinados direitos sociais?

A previsão de irredutibilidade salarial (salvo convenção ou acordo coletivo conforme o art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988) – assim como a escolha de árbitros se frustrada a negociação coletiva e o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica após recusa à negociação coletiva

ou à arbitragem (art. 114, §§ 1º e 2º da Constituição Federal) – justifica a utilização da arbitragem como um meio de pacificação social no direito do trabalho?

1. DO MODELO TRADICIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA AOS MÉTODOS ALTERNATIVOS

O sistema hoje conhecido como "múltiplas-portas" ou "multiportas" decorreu inicialmente de uma abordagem inovadora elaborada pelo professor de Harvard, Frank E. A. Sander, em 1976, ao se debruçar sobre a demanda crescente nos tribunais dos Estados Unidos e a insatisfação popular com o sistema judiciário. Sua proposta previa programas diferenciados de solução diversa da adjudicada, estabelecidas portas apropriadas ao conflito, dentro ou fora do tribunal, mediante diagnóstico das causas e subsequente encaminhamento para solução pelo meio mais adequado; a meta era estabelecer sistemas aptos a reduzir ou eliminar a frustração dos cidadãos e desenvolver programas que preenchessem as lacunas nos serviços de administração da justiça.

O programa nascido de forma experimental desencadeou um vasto campo de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), um mecanismo paraestatal, no Brasil conhecido por "meios alternativos de resolução de disputas", composto de um diferente número de processos que inclui conciliação, mediação, arbitragem, serviços sociais e governamentais, cada qual mediante técnicas abalizadas para auxiliar a solução dos conflitos de maneira que melhor pudesse atender a natureza das demandas, ao mesmo tempo em que objetivou a construção de aptidões sociais para os litigantes.

A estruturação dos métodos alternativos diversificando o tratamento tradicional dos conflitos foi o passo seguinte, diante do sucesso das técnicas de ADR, agregadas, ainda, semanas de conciliação como experiências exitosas. Restou, então, consolidada a estruturação permanente do programa nas cortes respectivas. Deste modo, enraizou-se na cultura americana, nos anos 1980 e 1990, o modelo possibilitador de uma gama de atuação disponível antes do ingresso no Poder Judiciário ou, a qualquer tempo, após o ajuizamento da demanda, destinado as causas, a partir de sua natureza, a um tratamento adequado do conflito, no sentido de propiciar melhor qualidade de solução.

O Brasil em contexto um pouco mais tardio trilhou uma trajetória semelhante. Permeado por críticas sociais devido ao mau funcionamento do aparato, o Poder Judiciário brasileiro passou, nos últimos anos, por uma sucessão de transformações legislativas e estruturais, em busca da efetividade. Em razão disto, desencadeou-se um redesenho do sistema de justiça, cujo ápice esteve concentrado na reforma do Poder Judiciário, iniciada em 1992 e concretizada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004.

No âmbito da competência constitucional atribuída pela reforma ao Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B da Constituição Federal de 1988),

passou o órgão, com atuação em todo território nacional, a estabelecer ações de planejamento, coordenação e controle para o aperfeiçoamento da prestação da justiça, delineadas as diretrizes estratégicas para a proposição de políticas judiciárias, inserida em sua missão a ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social.

Em face das limitações dos mecanismos processuais destacaram-se os instrumentos consensuais de solução dos conflitos intersubjetivos de interesses, com ênfase, por certo, à conciliação e à mediação, vias concretas para desafogar o Poder Judiciário. Está a contribuição para que a sociedade compusesse seus conflitos com menor grau de intervenção do Estado, exatamente como o modelo americano já diagnosticara em passado próximo, alavancando a construção de portas alternativas para a resposta transformadora.

O atributo do conhecimento galgou relevo como um instrumento para a projeção de uma política judiciária nacional. O desempenho das estruturas funcionais produziu dados e indicadores para o encaminhamento de soluções dos maiores gargalos que constituem entrave para a celeridade processual, constatada a estabilização da demanda nacional em aproximadamente 90 milhões de ações em tramitação no sistema de justiça, uma taxa de congestionamento em patamar médio de 70%, contexto por si só que inviabiliza o atendimento das expectativas sociais.

O acesso à justiça passou a ser valorado na vertente do ingresso a partir de variáveis como a intensa conflituosidade, sobrecarga de demanda em relação à capacidade de resposta, *déficit* estrutural, instrumentos processuais protelatórios em larga monta à disposição das partes. Em outra perspectiva do acesso à justiça, qual seja, a vertente da resposta do Estado na concepção de uma política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, mediante a proposição de meios alternativos, em especial a conciliação e a mediação, segundo Kazuo Watanabe "um importante filtro da litigiosidade, que, ao contrário de barrar o acesso à justiça, assegurará aos jurisdicionados o acesso à uma ordem jurídica justa".

A fim de melhorar o acesso da população à justiça e ampliar o seu funcionamento, leciona[2]:

> O *princípio de acesso à justiça*, inscrito no n. XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e, sim, um acesso qualificado que propicie aos indivíduos

[2] WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses.* In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. **Conciliação e Mediação**: estruturação da política judiciária nacional (Org.), Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4.

> o *acesso à ordem jurídica justa,* no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.

Iniciado em 2006, o Movimento pela Conciliação, sob a coordenação da Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministra Ellen Gracie, instaurou as semanas nacionais de conciliação que reuniram Tribunais de todo o país nas esferas estadual, federal e do trabalho até que finalmente concebido um modelo de "Política Nacional Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário" (Resolução n. 125/2010, CNJ), cujo objetivo foi traduzir a pacificação como finalidade precípua da função jurisdicional, em antítese à cultura da litigiosidade.

A doutrina contemporânea é uníssona quanto à importância da criação de mecanismos inovadores em relação ao modelo tradicional da solução adjudicada, sob os auspícios do próprio Poder Judiciário, conforme descreve Ada Pellegrini Grinover[3]:

> O acesso à justiça tem significado peculiar e mais abrangente. Não se limita à simples entrada, nos protocolos do judiciário, de petições e documentos, mas compreende a efetiva e justa composição dos conflitos de interesses seja pelo judiciário, seja por forma, outra, alternativa, como são as opções pacíficas, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Sem embargo da importância da arbitragem, a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos no Brasil abrangeu inicialmente apenas a conciliação e a mediação, pontuados os predicados mais relevantes dos dois institutos. Ambos são instrumentos consensuais de pacificação, principais ferramentas à disposição dos operadores do direito para encerrar o conflito em dimensão superior à demanda, materializada como justiça social em que preservado o melhor interesse das partes.

Inegável, outrossim, ser a arbitragem atividade essencialmente privada, exercida por particulares não atrelados ao Poder Público, tanto no que concerne aos tribunais arbitrais encarregados da função, como aos árbitros no exercício das suas atividades, uma proposta que, no Brasil, diferentemente da

[3] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O novo processo do consumidor.* In: Revista do Processo, 1991, v. 62, p.141.

americana, não internalizou nas estruturas do Poder Judiciário esta importante modalidade de solução de conflito.

A tônica da conciliação e da mediação, conformadas em padrões diversos da arbitragem, determinou, por outro ângulo, a prioridade de enfoque para resposta jurisdicional na projeção estruturante da política judiciária, até mesmo porque as estruturas em funcionamento demandavam uniformidade de tratamento da matéria dentro dos estados da federação e dos diferentes ramos de atuação do Poder Judiciário, um dos aspectos fundamentais para a visibilidade tanto da política pública, como do próprio tratamento adequado dos conflitos de interesse, com vistas a efetivar e reduzir demandas judiciais.

Promulgada a Lei nº 9.307/96 ampliando o acesso à justiça, Cláudio Viana de Lima pontua três ondas do movimento a partir de estudos do processualista Mauro Cappelletti[4]. Na primeira, consagradas as liberdades civis e políticas, o princípio isonômico pautou a eliminação dos obstáculos ao ingresso com a instituição da assistência jurídica. A segunda deu prioridade às questões em massa ao criar expedientes como as ações coletivas e populares visando preservar os direitos sociais. Por fim, a terceira onda decorreu justamente do aspecto de que a solução normal do processo em juízo não se revelava como a melhor via para a resposta efetiva aos direitos, donde meios alternativos aos ordinários ganharam notoriedade.

Decorrido razoável lapso da estruturação, pelos tribunais, de núcleos permanentes para desenvolver no âmbito interno da política judiciária um tratamento adequado dos conflitos, dos centros judiciários de atendimento e de uma rede de cidadania, parece-nos propício o momento para debatermos o avanço da metodologia, contemplada a arbitragem em sua feição privada com os efeitos estendidos pela Lei.

2. FISIONOMIA JURÍDICA DA ARBITRAGEM: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Consagrado no mundo contemporâneo que a arbitragem é uma forma de justiça alternativa à disposição das partes, afastada a celeuma de outrora centrada na tradição do formalismo processual, consolidou-se a ideia de variadas técnicas de resolução de disputas incorporadas ao modelo, que abriu seu leque de possibilidades para além da solução adjudicada pelos juízes estatais.

Estabelecer os pressupostos da arbitragem parte dos contornos conceituais do instituto, tarefa sem pretensão de excluir outras matrizes de construção acadêmica, haja vista a falta de unidade entre os doutrinadores a respeito de determinadas características, o que vai desaguar mais à frente no debate a respeito da sua natureza jurídica.

[4] LIMA, Cláudio Vianna. *A arbitragem no tempo.* O tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Org.). *A arbitragem na era da globalização.* Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 12-13.

Em trabalho oportuno, marco dos estudos sobre o tema, Irineu Strenger[5] registra a universal definição do jurista René David:

> Arbitragem é técnica que visa a dar solução de questão interessando às relações entre duas ou várias pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – às quais têm poderes resultantes de convenção privada e decidem, com base nessa convenção, sem estar investidos dessa missão pelo Estado.

Irineu[6] prossegue com o tratadista Jean Robert, que conceitua a arbitragem como "instituições de justiça privada, graças à qual os litígios são subtraídos das jurisdições de direito comum, para serem resolvidos por indivíduos, motivados pela missão de julgar". Expressa, por fim, a breve definição de Matthieu Boisséson: "arbitragem é a instituição pela qual as partes confiam aos árbitros, livremente designados, a missão de resolver seus litígios".

Apontada como um método de solução de controvérsias nas relações privadas, para Carolina Iwancow Ferreira[7]:

> A arbitragem constitui um meio extrajudicial de solução de conflitos, no qual, mediante prévia convenção, as pessoas capazes poderão submeter questões litigiosas surgidas ou que possam surgir à decisão de um único árbitro ou de um tribunal arbitral, em conformidade com o direito.

Para Cretella Júnior[8], em definição categorial da arbitragem, consubstancia o instituto que pretende abranger todas as espécies desta figura, ainda não comprometido com nenhum ramo da ciência jurídica, tratando-se de

> [...] o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais

[5] STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional.* São Paulo: LTr, 1996, pp.33-34.

[6] STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional.* São Paulo: LTr, 1996, pp.33-34.

[7] FERREIRA, Carolina Iwancow. *Arbitragem internacional e sua aplicação do direito brasileiro.* Campinas: Reverbo, 2011, p. 73.

[8] CRETELLA Júnior, José. *Conceito Categorial de Arbitragem*. In: O Direito Internacional no Terceiro Milênio (Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel. (Coord.) Luiz Olavo Baptista e José Roberto Franco da Fonseca. XXXX: LTr, 1998, p. 763-775 *apud* CRETELLA Netto, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções Internacionais sobre arbitragem.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

> e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas, *físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público,* escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

De todo modo, do traçado emerge, de plano, a essência da arbitragem enquanto instituto privado, sem o caráter formal e contencioso da jurisdição estatal, desencadeado na perspectiva da autonomia das partes de dispor sobre a conveniência de submeterem-se ao processo arbitral, em questões atreladas a direitos igualmente disponíveis.

Por integrar a justiça privada, a arbitragem exclui o processo judicial, dotada a decisão arbitral dos mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, com força de título executivo perante os tribunais estatais, nacionais ou estrangeiros, conforme extraímos do art. 31 da Lei nº 9.307/96. Na singular celeridade, inexiste possibilidade de recurso, mas tão somente hipóteses de decretação de nulidade da sentença arbitral nos moldes estatuídos pelo normativo regulamentador (art. 32).

Aspecto inegavelmente diferenciado e vantajoso da arbitragem está na capacidade outorgada às partes para conduzir a solução da controvérsia, segundo um elenco de valores próprios, nas diversas esferas delegadas ao seu domínio, a começar pela escolha da submissão ao método arbitral, das regras de direito incidentes, da metodologia do procedimento, da definição do árbitro ou árbitros, naquilo que em síntese poderia ser resumido como ampla autonomia para eleição das regras aplicáveis ao caso concreto.

Nos termos da legislação que disciplina a matéria, está materializada a arbitragem como uma forma alternativa de solução de conflitos, extrajudicial, mediante prévia convenção de pessoas capazes que podem submeter questões litigiosas (direitos patrimoniais disponíveis) surgidas ou que possam surgir à decisão de um único árbitro ou de um tribunal arbitral conforme o direito (art. 1º da Lei nº 9.307/96).

A arbitragem é, portanto, delimitada às matérias que, além das patrimoniais, sejam disponíveis mediante contrato e sobre as quais possam as partes destinar livremente. A *contrario sensu*, não podem ser objeto de arbitramento de direitos indisponíveis, critério identificado pela lei brasileira, de maneira que não estão abrangidos, por exemplo, os bens públicos, os processos de insolvência e as ações relativas ao estado e à capacidade da pessoa, previstas na lei processual civil.

No espaço de definição do regramento pelas partes, inerente o atributo da informalidade intrínseco à arbitragem, instrumento facilitador do desenvolvimento de práticas com enfoque dirigido e, por certo, de celeridade alcançada na solução dos conflitos, em contraposição a um dos maiores problemas enfrentados na seara judicial.

Na disciplina específica do direito arbitral há que se ter como norte a ampla liberdade das partes na escolha do que se compreende por uma ordem jurídica feita para o contrato, traduzida na técnica conhecida em arbitragem internacional como *dépeçage* – ato de despedaçar ou cortar aos pedaços – na qual impera o campo da autonomia privada.

Revisitado o traçado sob o qual são desenhadas as estruturas da arbitragem, insurgem frequentemente citadas como suas principais vantagens o tempo de solução, o caráter técnico das decisões, a oportunidade de escolha pelas partes dos julgadores e de definição das regras, a informalidade, a flexibilidade procedimental, a confidencialidade e a eficácia da sentença arbitral.

A estes fatores Arnoldo Wald[9] vislumbra na relação contratual a plausibilidade do prosseguimento:

> um procedimento sob medida, para garantir não somente a interpretação e aplicação das regras estabelecidas, como também a manutenção e a gestão do contrato que, muitas vezes, não pode ser interrompido em razão das perdas incomensuráveis que isso representaria, como é o caso da execução dos grandes projetos de longa duração.

Por outro prisma, verificamos aspectos negativos no instituto em relação ao valor das custas, que algumas vezes acabam por superar as do processo judicial; a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em determinadas discussões que podem envolver a própria arbitrariedade da matéria; a percepção generalizada de que é impossível rever a sentença arbitral, inexistente o duplo grau de jurisdição.

Ainda em relação ao núcleo da arbitragem, destacam-se os pilares de sustentação expressos por meio de princípios, matrizes do instituto, donde se pontua o princípio da autonomia da vontade das partes – não poderá haver arbitragem se as partes não concordarem que a disputa será resolvida dessa maneira e não por litigância perante cortes estatais; o princípio da igualdade – as partes

[9] WALD, Arnold. *A evolução do direito e a arbitragem*. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem:* estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 457.

devem ser tratadas com igualdade e cada qual deve ter direito de apresentar suas razões; o princípio da completude – o conjunto de regras que rege a arbitragem deve ser o mais completo possível; o princípio da imparcialidade dos árbitros – na medida em que devem ser isentos em relação aos interesses ou partes envolvidas no litígio e o princípio da *audiaturet altera pars* – dar conhecimento do procedimento ao réu.

Debruçadas as linhas pretéritas sobre os importantes aspectos da arbitragem, na esteira dos seus princípios e fundamentos, extrai-se dinâmica por demasia interessante e efeitos práticos que conduzem a um escopo facilitador, porém, ainda, destaque-se, processo adjudicatório que guarda restrições na implementação procedimental. Em outra senda, o processo judicial inobstante as decantadas complexidades que dificultam a efetividade, importante não perdermos de vista o papel e a confiabilidade do Estado como depositário legítimo das aspirações e dos conflitos inerentes à vida em sociedade.

Do exposto, claro está que seria um equívoco tratarmos modelos distintos de forma concorrencial, de modo que um seja reputado em prevalência qualitativa sobre o outro dadas as suas características. Ao contrário, o acerto do método mais adequado está justamente condicionado ao diagnóstico pontual do caso concreto e somente este possui aptidão para indicar a via pertinente no encaminhamento do litígio.

3. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO: A JURISDIÇÃO

De tudo quanto examinamos na reflexão em curso, vislumbramos amadurecidos os conceitos para o debate sobre a natureza jurídica do instituto, imprescindível, pelos efeitos, para enquadrarmos e aprofundarmos o tema no âmbito da ciência jurídica e de suas diversas nuances, especificamente para definir a função, bem assim da autoridade do juízo arbitral enquanto justiça privada. Em outras palavras,

> a natureza jurídica deve refletir a verdadeira expressão ontológica da matéria em estudo, levando-se em consideração os seus elementos constitutivos; qualquer esboço classificatório dependerá sempre da prévia e antecedente fixação da natureza jurídica do fenômeno, instituto ou instituição jurídica analisada[10].

Podemos traduzir a complexidade da definição da matéria pela verificação de duas correntes antagônicas e outra, dita, *sui generis* ou mista,

[10] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *A arbitragem, jurisdição e execução.* São Paulo: RT, 1999, p. 152.

acerca da natureza jurídica da arbitragem. Importante destacarmos que o debate não perdeu importância mesmo com o advento da Lei nº 9.307/96, que, para alguns, teria jogado uma pá de cal sobre a questão ao reconhecer o poder jurisdicional para além da exclusividade estatal.

Nessa linha de raciocínio, para a primeira corrente, denominada "contratual ou privatista", cujos defensores estão cada vez mais reduzidos, a arbitragem teria natureza contratual privada, oriunda de um acordo entre as partes, atrelada ainda à qualidade do árbitro que, no exercício do mister de julgador, não teria dois elementos da jurisdição, quais sejam, a *coertio* (poder de impor sanção) e a *executio* (poder de tornar obrigatória a decisão), atribuições estas exclusivas da atividade jurisdicional cujo monopólio é do Estado, de maneira que a decisão proferida seria "em essência, a extensão do acordo celebrado entre as partes, terreno exclusivo do direito obrigacional"[11].

O laudo arbitral emitido, na hipótese, teria natureza de parecer ou opinião técnica sobre o assunto em litígio, prescindindo da confirmação do Estado para a produção dos efeitos de direito.

Tal corrente encontra guarida, ainda, no art. 22, §4º, da Lei de Arbitragem, no sentido de que, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Nesse viés, a jurisdição está atrelada exclusivamente ao Estado, na figura do juiz, devidamente investido de jurisdição após aprovação mediante concurso público, de maneira que é impossível delegar a tarefa constitucionalmente prevista pelo texto constitucional a uma figura privada, cujas atribuições não se confundem com a administração da justiça.

Em contraposição, a corrente majoritária "jurisdicionalista ou publicista", conforme destaca Batista Martins[12], fortalecida e crescente em adeptos como reflexo dos entendimentos jurisprudenciais e das modificações recentes nos sistemas jurídicos, tendentes a fortalecer o poder e a autoridade dos árbitros, assegurando o interesse do Estado na solução dos litígios por meios alternativos, de modo a garantir a ordem jurídica e o equilíbrio nas relações particulares.

Para esta doutrina, a Lei nº 9.307/96 adotou a teoria jurisdicional, ao estabelecer no art. 31 que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui um título executivo. Assim, Joel Dias Figueira Júnior[13] esclarece:

---

[11] COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro.* São Paulo: RT, 2002, p. 62.

[12] MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitragem através dos tempos.* In: GARCEZ, José Maria Rossani (Org.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 38.

[13] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *A arbitragem, jurisdição e execução.* São Paulo: RT, 1999, p. 153.

> se antes do advento da Lei nº 9.307/96 o juízo arbitral significava um julgamento que só se aperfeiçoava quando recebia a força e a autoridade do Estado por intermédio da homologação do laudo e, portanto, não era considerada atividade jurisdicional, hoje assim deixou de ser.

Os defensores destacam também o art. 18 ao estatuir que o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença proferida por ele não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, até mesmo porque o procedimento arbitral deverá obedecer as garantias do devido processo legal, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, conforme estatui o art. 21, §2º da legislação em comento.

Ao analisar o teor da norma legal, Humberto Theodoro Júnior[14] preceitua:

> rompeu-se definitivamente com o antigo regime do Código Civil e do Código de Processo Civil, conferindo ao decisório arbitral o *nomem juris* de sentença, força de coisa julgada, bem como de título executivo judicial sem qualquer interferência do judiciário.

Segundo seus seguidores, está afastada a concepção clássica de jurisdição na ótica do dever-poder estatal de declarar e aplicar o direito ao caso concreto, coativa e contenciosamente[15], de modo que a arbitragem seria propriamente a jurisdição exercida por particulares mediante autorização do Estado.

Ao defender a ideia de que a Lei possibilitou efetivar a jurisdição privada no direito brasileiro, Pedro A. Batista Martins[16] ressalta:

> O poder estatal é uno, porém, seu exercício é distribuído por órgãos que a lei pré-estabelece, de forma a otimizar essa prática e melhor pacificar os conflitos.
> Ao ser investido na qualidade de árbitro, o indivíduo está conferindo ao julgador competência, prevista e

[14] THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro.* São Paulo: RT, 2002, p. 58.

[15] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* São Paulo: Saraiva, 2000, p. 5.

[16] MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem através dos tempos. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Org.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 38-39.

> admitida em lei, para apreciar e solucionar questão posta em toda a sua latitude.
> Se a investidura nesse cargo tem caráter privado, pois é encarregado de julgar por um cidadão e não pelo próprio Estado, a assunção dessa função e o seu exercício são do interesse estatal, consubstanciando verdadeiro *munus publicum*; é expressão de caráter público.
> Se o cidadão opta pela jurisdição privada e nomeia árbitro para dirimir a pendência, o faz com o pleno aval do Estado que possibilita e põe à disposição do interessado essa forma de solução de conflito.
> A convenção de arbitragem, uma vez firmada, derroga a justiça estatal em benefício da jurisdição privada e, constituído o juízo arbitral, passa a deter o árbitro o poder de "dizer o direito" a ser aplicado à controvérsia e a dirimir todas e quaisquer questões relacionadas ao caso em exame, ressalvadas, obviamente, as matérias de direito indisponível.

A corrente publicista transporta fronteiras ao adotar uma nova postura com base na instrumentalidade do processo e no princípio constitucional do acesso à justiça: a de sedimentar a arbitragem como um instrumento de resolução de conflitos, com natureza jurisdicional, na seara de que o laudo arbitral, assim como a sentença judicial, põe fim à controvérsia, independente de homologação pelo Poder Judiciário.

Avançando na polêmica que envolve o tema, Joel Dias Figueira Júnior[17] expõe:

> o mito do monopólio da jurisdição estatal há de ser quebrado e alardeado como a boa nova que os ventos trazem para os próximos tempos. A jurisdição privada, isto é, o juízo arbitral, ao lado de outras formas alternativas de solução dos conflitos, inspiram aos jurisdicionados e operadores do Direito a tão esperada bonança no recebimento da prestação das tutelas.

Por fim, alguns entendem que a arbitragem tem natureza mista – isto é, verifica-se seu aspecto contratual no momento em que esta forma alter-

[17] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *A arbitragem, jurisdição e execução.* São Paulo: RT, 1999, pp. 14-15.

nativa de solução de controvérsias for adotada, na medida em que a opção pelo instituto não prescinde de convenção das partes – e, jurisdicional, pois inviável negar a função judicante do árbitro, assemelhada, portanto, à figura do juiz.

Carlos Alberto Carmona[18], estudioso do tema no Brasil, registra não ser possível negar a natureza contratual da arbitragem, oriunda da vontade das partes, no sentido de retirar a competência do juiz estatal, outorgando-a ao juiz privado. Manifestada a vontade, inicia-se uma função, uma atividade e um poder que não difere daqueles entregues aos magistrados, de decidir imperativamente, impondo às partes a decisão. Sob este último aspecto, contextualiza:

> Minha visão, portanto, é clara: a arbitragem é uma das formas de exercer a jurisdição, de modo que entendo perfeitamente coerentes todas as consequências que decorrem desta inclusão (*inclusão*, não *assemelhação*!). Não me perturba, portanto, o fato de que a sentença arbitral tenha a mesma eficácia da sentença estatal, muito menos que produza coisa julgada material (da mesma forma que a sentença estatal), ou que possa encabeçar cumprimento de sentença (se tiver conteúdo condenatório). Parece-me natural, enfim, que o árbitro (no exercício da função de julgador) seja juiz de fato e de direito, como afiança o art. 17 da Lei de Arbitragem.

Após intensa reflexão e correndo o risco de contrariar o que se pode reputar a vanguarda da moderna doutrina, entendemos inviável conceber a natureza jurisdicional da arbitragem. A *contrario sensu,* são estendidos à arbitragem apenas os efeitos da jurisdição, por uma "ficção jurídica" construída a partir da negação do aspecto ontológico, vale dizer, da realidade natural e institucional. A figura é, portanto, admitida para fins de valoração jurídica em um determinado preceito legal, em que necessário e justificado ignorar a natureza real do instituto em razão dos efeitos normativos pretendidos.

Pertinente neste raciocínio a definição proposta por Cristiano Carvalho[19], em defesa da ficção cuja essência é justamente desconsiderar a realidade com propósitos determinados, valor pragmático legitimado pelo direito:

---

[18] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem como meio adequado de resolução de litígios.* In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. *Conciliação e Mediação:* estruturação da política judiciária nacional (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 207.

[19] CARVALHO, Cristiano. *Lançamento, presunções e ficções no Direito Tributário.* Porto Alegre: TRF – 4ª Região. Currículo Permanente. *Caderno de Direito Tributário:* módulo 1, 2006.

> A ficção jurídica é um ato de fala, que propositadamente não vincula algum aspecto da regra à realidade jurídica, à realidade institucional ou à realidade objetiva, de modo a assim poder gerar efeitos que não seriam possíveis de outra forma. A ficção jurídica é, portanto, uma desvinculação normativa entre o real e o direito.

Isto posto, a dimensão de realidade posiciona a arbitragem na espacialidade privada, instrumentalizada a atribuição de julgar em função atípica, que, por ficção legal, o Estado concede aos particulares, nos contornos da lei que lhe atribui os efeitos da jurisdição, mantida esta, entretanto, como poder uno e indivisível inerente ao próprio ente estatal. Assim, não podemos outorgar ao árbitro a condição de juiz no sentido do exercício da jurisdição estatal, poder do Estado, bem como a condição de título executivo judicial para a sentença arbitral.

Cândido Rangel Dinamarco[20] assenta que a jurisdição é manifestação do poder estatal, atividade única e exclusiva por meio da qual o Estado substitui a vontade das partes mediante aplicação do direito ao caso concreto para o fim de pacificar a relação entre aqueles que estejam em conflito. Assim, "a jurisdição não é *um poder* ao lado de possíveis outros que o Estado tivesse e distinto deles. Ela é, como dito anteriormente, *uma das expressões do poder estatal,* e, tem *poderes,* mas um só poder".

O doutrinador prossegue discorrendo sobre a atualidade da concepção de "tutela jurisdicional", não como um simples exercício da jurisdição ou apenas a aplicação do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever do Estado. Mas, sim, em um contexto moderno, como um legítimo desdobramento da instrumentalidade do processo para pacificar pessoas e eliminar conflitos de acordo com critérios de justiça[21]. Em seus ensinamentos, destaca:

> O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não

[20] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno.* 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I., pp. 290-291.

[21] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno.* 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I., p. 362.

> jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis ou de estabilizar situações justas. Tal é a ideia da *efetividade da tutela jurisdicional*, coincidente com a da plenitude do *acesso à justiça* e a do *processo civil de resultados*[22].

Assim como o princípio do acesso à justiça, na essência, reflete o acesso a uma ordem jurídica justa, em simetria, a jurisdição deve encontrar a efetividade na faceta da atuação em concreto. Deste último decorre a instrumentalidade do processo como interface da tutela jurisdicional e justifica, por sua vez, a tutela privada de direitos disponíveis com os efeitos estendidos, por ficção, pelo poder do império estatal.

Daí dizermos que a arbitragem protagoniza um importante papel como via solucionadora alternativa de questões privadas, na qual impera o campo da autonomia das partes para melhor atender aos seus interesses, com os mesmos efeitos de autoridade e segurança jurídica propiciados pela atuação jurisdicional.

Transpondo a discussão acadêmica, vislumbramos na construção teórica exarada, para além da conformação dentro da moldura do sistema normativo, a resposta adequada para outros e importantes efeitos decorrentes da alocação da figura jurídica no âmbito contratual. A diferenciação do instituto, no que diz respeito às singularidades da natureza pública, evita uma gama de distorções em detrimento, inclusive, à legitimação da arbitragem, como destacado, mecanismo de inegável valor para a emancipatória evolução social das questões que lhes são próprias[23].

---

[22] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno.* 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I., p. 352.

[23] No âmbito do Conselho Nacional de Justiça foram diversas as medidas intentadas em razão de abusos envolvendo tribunais de arbitragem e árbitros na utilização das armas e demais signos da República Federativa do Brasil por entidades privadas de mediação e arbitragem, com a emissão de carteiras de identidade funcional como se oriundas do Estado fossem, no intento de confundir-se com a atividade jurisdicional típica, reiteradamente reconhecida a ilegalidade, consoante se infere dos votos proferidos nos Pedidos de Providências nsº 6866-39.2009.2.00.0000, 7206-80.2009.2.00.0000, 1101-19.2011.2.00.0000, analisada a matéria primeiramente pelo Conselheiro Douglas Alencar Rodrigues nos autos do Pedido de Providências n. 553 que, com acuidade, manifestou: "Note-se que a questão debatida, envolvendo a forma de atuação de órgãos de arbitragem, tem sido objeto de apuração também em outras esferas do Ministério Público Federal, diante da possibilidade de caracterização de diversos tipos penais, tais corno falsidade documental (CP, art. 296, III), usurpação de função pública (CP, art. 328) e falsidade ideológica (CP, art. 299). Mas, para além desse debate vinculado ao campo penal, é conhecida a polêmica

4. APLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O tema da arbitragem no direito do trabalho ainda é objeto de grande debate e controvérsia tanto entre os doutrinadores, como na jurisprudência nacional, mormente porque a possibilidade de aplicação do instituto na seara trabalhista deve transpor o fundamento acerca da indisponibilidade dos direitos em discussão, na medida em que a lei em estudo define expressamente o campo de atuação aos direitos disponíveis.

Não há dúvidas quanto à aplicabilidade da arbitragem no direito coletivo, expressa a permissão na Constituição Federal (art. 114, § 1º), que elegeu esta forma de solução alternativa de disputas como método preferencial sempre que frustrada uma negociação coletiva. Sobre o tema, merece destaque a lição de Isabele Jacob Morgado[24] nos seguintes termos:

> Depreende-se das regras contidas nos parágrafos 1º e 2º do citado art. 114 a intenção do constituinte em tutelar a liberdade de escolha das partes, acerca

doutrinária acerca da natureza jurídica da arbitragem, se seria atividade tipicamente jurisdicional (pública), se teria feição contratual (privada) ou se encerraria, diferentemente, natureza mista, em parte jurisdicional, em parte contratual. A raiz dessa celeuma, fundamentalmente suscitada pelos apólogos da arbitragem com o objetivo certo de difundir a importância desse instituto, é encontrada no art. 18 da Lei 9.307/96, segundo o qual "O *árbitro* é *juiz* de *fato* e de *direito,* e a sentença *que proferir não fica sujeita* a *recurso* ou a *homologação pelo Poder Judiciário.*" Sem embargo da seriedade ou utilidade que se possa conferir a esse debate teórico, há que se lembrar a lição básica e elementar da doutrina, segundo a qual a jurisdição constitui manifestação da soberania do Estado, insuscetível, por definição, de delegação a terceiros. De fato, entre os diversos princípios informativos da jurisdição, merecem destaque os da indelegabilidade, da inevitabilidade, da investidura e do juízo natural, cujos significados dispensam exposição nesta oportunidade. A arbitragem não atende a quaisquer desses princípios, pois, para tanto, deveria traduzir delegação de atividade inerente à soberania do Estado (contrariando o postulado da indelegabilidade), apenas é admitida quando concordes os litigantes envolvidos (contrariando a diretriz da inevitabilidade), é exercitada por sujeitos investidos à margem do sistema constitucional (afrontando o sistema de investidura regulado nos arts. 93, I e 94 da Constituição Federal de 1988) e do juízo natural (pois admite a escolha do órgão solucionador da disputa pelos litigantes) . Nada obstante, não se admite que a jurisdição seja objeto de delegação a terceiros, pois, de acordo com a previsão constitucional (CF, art. Parágrafo Único), enquanto expressão da soberania do Estado, apenas pode ser exercida pelos legítimos representantes investidos em conformidade com os preceitos fundamentais que presidem a organização do sistema político nacional. Portanto, para além do debate em torno da natureza jurídica do instituto da arbitragem, não há possibilidade de que os órgãos correspondentes sejam compreendidos como integrantes do sistema estatal de resolução de disputas. De fato, as entidades jurídicas constituídas para o exercício da função arbitral, enquanto instituições típicas de direito privado (Lei 9.307/96), não se inserem, direta ou indiretamente, entre os órgãos da soberania do Estado".

[24] MORGADO, Isabele Jacob. *A arbitragem nos conflitos do trabalho.* São Paulo: LTr, 1998, p. 32.

> do meio de composição de seus litígios, prevendo, basicamente, três formas dessa composição: a negociação coletiva, a arbitragem e a solução jurisdicional. A primeira, como já demonstrado, constitui-se forma autocompositiva de solução de conflitos. As demais, meios heterocompositivos. Assim, frustrada a negociação direta, advém para as partes litigantes, a possibilidade de, ou elegerem árbitros, ou uma delas ajuizar dissídio coletivo na Justiça do Trabalho. Destaca-se que essa faculdade constitucional, uma inovação trazida pela Carta de 88, afasta, por si só, o argumento de que a arbitragem seria atentatória ao princípio do juiz natural. Outrossim, a simples possibilidade de as partes optarem entre a via arbitral e a judicial equipara as sentenças proferidas num e noutro procedimento, no sentido de possuírem as mesmas consequências, tais como efeito erga omnes e a obrigatoriedade de acatamento da decisão, o que torna desnecessária a antiga exigência de homologação da sentença arbitral pelo Judiciário, para lhe conferir validade.

Os dissídios coletivos visam à tutela de interesses gerais e abstratos de determinada categoria com vistas a melhores condições de trabalho e remuneração, regulamentando as relações entre trabalhadores e empregadores e instituídos pelas entidades sindicais representativas. Os direitos postos em discussão versam, na maioria das vezes, sobre questões disponíveis e, portanto, viáveis de negociação por meio das entidades associativas, "podendo se contrapor com maior força e eficiência político-profissionais ao ser coletivo empresarial"[25]. Por esta razão está sedimentado o poder de disposição por meio da negociação coletiva, na medida em que os sujeitos envolvidos possuem respaldo de seus sindicatos, possível a opção pela arbitragem para o deslinde da controvérsia.

A utilização da via arbitral na seara coletiva do direito do trabalho foi prevista também na Lei nº 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve. O art. 3º estabelece que a greve pode ser deflagrada se frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recurso pela via arbitral e o art. 7º remete à regulamentação das relações obrigacionais no curso da greve ao que for determinado por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

[25] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 5.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1283.

De igual modo, previsto na Lei nº 10.101/2000, que dispõe sobre a participação nos lucros e resultados, a utilização da arbitragem para dirimir impasses na modalidade de ofertas finais. Podemos citar ainda a Lei nº 8.419/1992, que disciplina a política nacional de salários, no art. 1º, parágrafo único, ao estabelecer que as condições de trabalho, assim como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho serão fixados dentre outras formas, pela sentença arbitral, observados vários fatores como a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa.

A Lei nº 8.630/1993, que normatiza o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, institui a utilização da arbitragem nos litígios trabalhistas portuários. No §1º do art. 23 dispõe que, em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem. Nos termos do §2º, firmado o compromisso arbitral, não será admitida desistência, merecendo destaque o §3º no sentido de que os árbitros serão escolhidos pelas partes e o laudo arbitral terá força normativa, independente de homologação judicial.

Necessário citar, por fim, o Estatuto do Ministério Público (art. 83, XI, da Lei Complementar nº 75/93) que atribui legitimidade aos membros do Ministério Público do Trabalho para a atuação como árbitros em conflitos trabalhistas de natureza individual.

Se o debate sobre a aplicabilidade da arbitragem nos dissídios coletivos encontra-se superado, no âmbito da expressiva gama do direito individual, em que ausente previsão legislativa, a matéria permanece polêmica, consubstanciada a controvérsia doutrinária e jurisprudencial especificamente em relação ao aspecto de que a Lei da Arbitragem veda a utilização deste método alternativo para resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais indisponíveis, dentre os quais, para alguns, estariam incluídas as normas trabalhistas nos conflitos individuais.

Por outro lado, há aqueles que defendem a plausibilidade do instituto a partir da ponderação das expressões "direitos patrimoniais disponíveis" e "direitos indisponíveis do trabalhador". Recomendável, em prosseguimento, aferir sobre a disponibilidade dos direitos trabalhistas e consequente possibilidade de renúncia ou transação.

Segundo Carlos Alberto Carmona[26], o direito disponível

> pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou

[26] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.* São Paulo: Malheiros, 1998, p. 48.

> anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim são disponíveis [...] aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

A doutrina destaca que a indisponibilidade pode ser classificada como absoluta ou relativa, de acordo com a natureza dos interesses protegidos. Assim, ressaltam renomados estudiosos:

> Os direitos concernentes às pessoas do Estado, conceitualmente direitos indisponíveis são aqueles cuja realização interessa à própria sobrevivência e manutenção da sociedade.
> Trata-se dos chamados direitos da personalidade (vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado, etc.). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses[27].

A indisponibilidade relativa está ligada a significativo número de direitos, em princípio, disponíveis, caso em que tutelado, predominantemente, o interesse individual, como por exemplo, o salário do contrato[28].

Ao analisar o instituto no âmbito laboral, Carlos Alberto Carmona[29] defende a disponibilidade de alguns direitos trabalhistas nos seguintes termos:

> Quanto aos conflitos individuais, embora não se deixe de reconhecer o caráter protetivo do Direito laboral, é fato incontestável que nem todos os direitos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho assumiriam a feição irrenunciável pregada pela doutrina especializada mais conservadora: se assim não fosse, não se entenderia o estímulo sempre crescente à conciliação (e à consequente transação), de tal sorte

[27] CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 19.ed. São Paulo Malheiros, 2003, p. 32.

[28] MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966, p. 33.

[29] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 51.

> que parece perfeitamente viável solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através da instituição do juízo arbitral.

Estevão Mallet[30] igualmente conclui que a indisponibilidade absoluta não existe no campo trabalhista, caso contrário sequer a transação em juízo seria válida. Em estudo sobre a arbitragem trabalhista, Márcio Yoshida[31] destaca:

> não se quer apregoar, irresponsavelmente, seja ilimitada a possibilidade de transacionar direitos trabalhistas, na sua grande maioria de ordem pública absoluta. Não se pode olvidar, todavia, que grande parcela deles, depois de rescindido o contrato de trabalho, assume a natureza de créditos, vale dizer, direitos patrimoniais disponíveis.

Este mesmo autor sustenta também que se há, excepcionalmente, hipóteses nas quais o direito trabalhista seja suscetível de ser renunciado, a indisponibilidade não se presume absoluta. Assim, é grave o equívoco contido na afirmação de que o direito trabalhista é indisponível, pois desconsidera as nuances e a complexidade dessa proposição, tanto que a própria Justiça do Trabalho enfatiza as conciliações em processos trabalhistas nos quais a transação e a renúncia de direitos invariavelmente ocorrem[32].

Com relação à jurisprudência sobre a matéria, inexiste consenso sobre o cabimento do instituto nos dissídios individuais. Em decisão da Oitava Turma do TST[33], reproduzido o entendimento da Subseção de Dissídios Individuais – 1 (SDI1), no sentido de que todo o trabalhador tem direito a recorrer à Justiça do Trabalho mesmo que tenha assinado cláusula se comprometendo a submeter possíveis litígios à arbitragem. Os ministros foram incisivos ao reconhecer que a arbitragem não opera efeitos jurídicos no âmbito do direito individual do trabalho, pois os direitos trabalhistas são indisponíveis e irrenunciáveis, na medida em que se considera a ausência de equilíbrio na relação entre empregado e empregador.

---

[30] MALLET, Estevão. *Estudos sobre renúncia e transação.* In: FREDIANI, Yone (coord.). *Tendências do direito material e processual do trabalho.* São Paulo: LTr, 2000, p. 223.

[31] YOSHIDA, Márcio. *A arbitragem e o judiciário trabalhista.* In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 1, São Paulo jul-out, 2003, v.1, p. 11.

[32] YOSHIDA, Márcio. *A arbitragem e o judiciário trabalhista.* In: *Revista de Arbitragem,* nº 6. Porto Alegre, 2005, pp. 10-11.

[33] Notícias do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/en/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3295492>. Acesso em: 12 nov. 2013.

Segundo o ensinamento do ministro Maurício Godinho Delgado (citado no acórdão), a arbitragem

> é instituto pertinente e recomendável para outros campos normativos – Direito Empresarial, Civil, Internacional, etc – em que há razoável equivalência de poder entre as partes envolvidas, mostrando-se, contudo, sem adequação, segurança, proporcionalidade e razoabilidade, além de conveniência, no que diz respeito ao âmbito das relações individuais laborativas.

Em sendo oposta, outras decisões do TST admitiram a arbitragem, quando ausente prova de coação ou vício de consentimento, sobretudo nos casos em que se trate de empregados de "alto escalão", com nível cultural e econômico diferenciado, devidamente acompanhado de advogado de sua confiança, destacando-se ainda que, após a rescisão contratual, ausente grau de subordinação elevado a ponto de comprometer a validade do ajuste e da decisão arbitral[34].

Em apertada síntese no aspecto vislumbrado com maior clareza, entende-se que, de fato, não cabe a instituição da cláusula compromissória no momento da contratação do empregado ou durante o desenvolvimento do vínculo, o que, dada a coação econômica nitidamente caracterizada, sinaliza vício de consentimento do trabalhador, ou seja, no campo da indisponibilidade absoluta.

Entretanto, após a cessação do contrato com o pagamento das verbas rescisórias respectivas, conclusão diversa é extraída da análise sistêmica do normativo vigente, já que a disponibilidade do direito patrimonial é que está em xeque, como o divisor de águas no cabimento da arbitragem nos conflitos individuais. Neste caso, mais do que a ausência de vedação, verifica-se a previsão expressa em dispositivos legais autorizadores, consoante prescrito em relação aos portuários e ao Ministério Público do Trabalho na condição de árbitro para os contratos individuais do trabalho.

Vale dizer, a indagação que se apresenta na aplicabilidade da arbitragem é a disponibilidade do direito patrimonial oriundo do contrato de trabalho após a sua cessação. Neste contexto, parece-nos efetivamente o arcabouço jurídico sustentar nas hipóteses previstas e, por coerência lógica, tratando-se da mesma natureza de direitos, igual compreensão deve ser estendida aos demais, sob pena de incongruência no ordenamento, até mesmo porque, conforme destacamos são válidas as transações de direitos legitimamente realizadas entre as partes, por certo, disponíveis.

[34] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST) RR-144300-80.2005.5.02.0040; TST AIRR 72491/2002-900-02-00.3; TST AIRR 1475/2000-193-05-00.7.

Cumpre neste momento destacar o aspecto basilar, qual seja, a autonomia da vontade na escolha do procedimento arbitral pelas partes, dentro da esfera de direitos disponíveis que lhes permita conduzir o encaminhamento da disputa, donde superada a discussão da compatibilização da regra com o direito de ação, assegurado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

Assim é que no direito do trabalho, observados os limites de aplicabilidade, pontuamos o cabimento, não olvidando duas searas de inegável valor para o questionamento do instituto por eventual vício, na medida em que a arbitralidade da matéria, por si só, é passível de discussão perante os órgãos do Poder Judiciário (art. 20 e parágrafos da Lei de Arbitragem), assim como a nulidade da sentença arbitral pode ser decretada (arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem), cabendo ao Poder Judiciário em última análise a salvaguarda da livre manifestação de vontade do empregado.

Conclui-se de tudo o quanto foi dito no presente artigo, que embora concebida a possibilidade, não se percebe nos conflitos individuais de trabalho em geral, natural aptidão para os elementos conformadores da arbitragem, na medida em que possuem assentado espaço de tratamento especializado dentro do sistema de justiça laboral, mediante princípios informadores que lhes são próprios. Também as vantagens da arbitragem não são as melhores em relação a tais demandas, pois a Justiça do Trabalho atenta para aspectos que dizem respeito à celeridade, informalidade e, em especial, gratuidade em relação ao trabalhador.

Do exame restou desenhado um perfil de questões, especialmente as comerciais, mais ainda, de elevada expressão pecuniária, que na arbitragem vão ao encontro de um procedimento de melhor encaixe em paralelo ao modelo tradicional de justiça, consoante se infere do próprio histórico do instituto, evitando os transtornos e desgastes que lhes são inerentes.

A arbitragem na síntese apresentada por Carlos Alberto Carmona[35] "encontra seu espaço natural como meio de solução de controvérsias de determinada feição, onde possa imperar a autonomia da vontade, onde haja necessidade de solução mais técnica e mais rápida. Não é a panacéia de todos os males, é apenas mais um meio adequado à solução de algumas controvérsias".

CONCLUSÃO

Para atender aos objetivos propostos, perquirimos os contornos estruturantes da arbitragem em ampliado leque de sondagem, nos diversos aspectos que compõem o instituto, de maneira a compreendê-lo com nitidez

[35] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem como meio adequado de resolução de litígios.* In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. *Conciliação e Mediação:* estruturação da política judiciária nacional (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 210.

passível de dar visibilidade ao enquadramento jurídico investigado. O resultado se alinha à corrente privatista, com alcance jurisdicional dos efeitos da arbitragem por ficção jurídica.

Não nos parece crível que atribuir natureza jurisdicional à arbitragem, pela dicção do texto, possa credenciar o instituto à luz dos auspícios da figura do Estado, na medida em que o mecanismo alternativo, para uma verdadeira e efetiva convalidação social, demanda preservar a realidade natural que lhe é inerente.

Cabe à sociedade destinatária compreender a natural vocação de determinado conflito para a esfera privada, com amplas vantagens na adoção de um método alternativo para solucioná-lo fora das asas do ente público, em espaço que o direito americano há tempos compreendeu como empoderamento das partes na administração da justiça.

Em um segundo momento, abordamos as hipóteses legais para a aplicabilidade da arbitragem no direito do trabalho e, por fim, a esfera mais polêmica, aquela relacionada ao contrato individual, na qual a maioria da doutrina e da jurisprudência afirma o não cabimento do instituto, consubstanciada, no núcleo central deste debate, a seara da disponibilidade dos direitos trabalhistas.

Vislumbramos, no espectro, desautorizada cláusula compromissória no momento da contratação ou durante a constância do pacto laboral, isto porque qualquer manifestação de vontade estará viciada na origem, tendo em vista a situação de subordinação e de dependência pecuniária do empregado em relação ao empregador. Assim, não cabe falar em isonomia entre as partes, autonomia da vontade e, por conseguinte, em arbitralidade da matéria no espaço invocado do contrato vigente.

Todavia, uma vez encerrado e quitadas as verbas rescisórias, emerge possível optar pela arbitragem, extraído o campo da disponibilidade relativa dos direitos em conflito, até mesmo porque comporta transação, que atualmente já é realizada na Justiça do trabalho sob a forma de conciliação. Também diante do sistema normativo e por um raciocínio lógico e coerente, a arbitragem nos conflitos individuais encontra respaldo.

Ao fim e ao cabo, na essência da arbitragem, revela-se um mecanismo de solução de controvérsias que deve ser utilizado em demandas cujas feições lhes sejam adequadas e comportem o instituto. É uma via instrumental apropriada para o encaminhamento da matéria, cuja definição deve ser extraída do conflito, sob pena de desvio da finalidade concebida para os métodos alternativos de resolução de disputas, na esteira de atender as lacunas nos serviços de administração da justiça.

Assim é que não nos parece, como regra geral, que a arbitragem tenha aptidão natural para a solução dos conflitos individuais trabalhistas, ainda

que não a entendamos como um obstáculo no sentido legal. Inequívoco no aspecto a clareza de normativo, princípios informadores e celeridade dentro do Judiciário especializado, passível de oferecer resposta a tais demandas, de acordo com a especificidade de suas características moldadas para a equação das relações entre o capital e o trabalho.

REFERÊNCIAS

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem como meio adequado de resolução de litígios.* In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. **Conciliação e Mediação**: estruturação da política judiciária nacional (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.
_____*Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.* São Paulo: Malheiros, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* São Paulo: Saraiva, 2000.

CARAJELESCOV, Paula Corina Santone. *Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho.* Curitiba: Juruá, 2010.

CARVALHO, Cristiano. Lançamento, presunções e ficções no Direito Tributário. Porto Alegre: TRF – 4ª Região. Currículo Permanente. *Caderno de Direito Tributário:* módulo 1, 2006.

CASTELLARI, Fernanda Lauren Bonilha. *As vantagens da arbitragem para o desafogamento do judiciário trabalhista. Revista Nacional de Direito do Trabalho,* n.110, ano 10, jun.2007.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro.* São Paulo: RT, 2002.

CRETELLA Netto, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções Internacionais sobre arbitragem.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho.* Síntese trabalhista, n.159, set/2002.
_____. *Curso de Direito do Trabalho.* 5.ed. São Paulo: LTr, 2006.

MALLET, Estevão. *Estudos sobre renúncia e transação.* In: FREDIANI, Yone (coord.). *Tendências do direito material e processual do trabalho.* São Paulo: LTr, 2000.

MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, 1966.

DE MARCO, Carla Fernanda. *Arbitragem internacional no Brasil.* São Paulo: RCS, 2005.

MORGADO, Isabele Jacob. *A arbitragem nos conflitos do trabalho.* São Paulo: LTr, 1998.

MOTTA, Ivan Dias da. *Do arbitramento judicial no processo do trabalho.* São Paulo: LTr, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno.* 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I.

FERREIRA, Carolina Iwancow. *Arbitragem internacional e sua aplicação do direito brasileiro.* Campinas: Reverbo, 2011.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *A arbitragem, jurisdição e execução.* São Paulo: RT, 1999.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem: 15 anos da Lei n. 9.307/96.* Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GARCEZ, José Maria Rossani. *A arbitragem na era da globalização.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O novo processo do consumidor.* In: Revista do Processo, 1991, v.62.

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes Silva Soares.* São Paulo: Atlas, 2007.

LIMA, Cláudio Vianna. *A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem.* In: GARCEZ, José Maria Rossani (Org.). *A arbitragem na era da globalização.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitragem através dos tempos.* In: GARCEZ, José Maria Rossani (Org.). *A arbitragem na era da globalização.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público.* São Paulo: Saraiva, 2010.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil. Depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996. Teoria e Prática.* São Paulo: RT, 1998.

REYNALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Aspectos do Instituto da Arbitragem. Revista dos Tribunais,* ano 86, v. 743, set/1997.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Zoraide Amaral de. *Arbitragem – conciliação – mediação nos conflitos trabalhistas.* São Paulo: LTr, 2004.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

YOSHIDA, Márcio. *A arbitragem e o judiciário trabalhista.* In: *Revista Brasileira de Arbitragem,* n.1, São Paulo, jul-out, 2003, v.I.

_____. *A arbitragem trabalhista. Um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais.* São Paulo: LTr, 2006.

WALD, Arnold. *A evolução do direito e a arbitragem.* In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses.* In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. *Conciliação e Mediação:* estruturação da política judiciária nacional (Org.), Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O PODER NORMATIVO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Janaina Thais Daniel Varalli[1]

Sumário: Considerações inicias 1. Conceito e Características das Organizações Internacionais; 2. Produção Normativa; 2.1. Surgimento e Necessidade da Produção Normativa; 2.2. O Poder Normativo; 2.3. Órgão Competente; 2.4. Instrumentos; 2.4.1. Decisões e Resoluções; 2.4.2. Recomendações; 2.4.3. Convenções; 2.4.4. Normas Técnicas; 2.4.5. Atos concentrados; 3. Decisões e pareceres da Corte Internacional de Justiça; 4. Formas de Produção e Controle da Produção Normativa das Organizações Internacionais; 5. Superposição de Competências; 6. Intergovernamental ou supranacional? Conclusão; Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo visa explorar a questão do poder normativo das organizações internacionais – especificamente, em que medida tais normas são obrigatórias e qual a sua eficácia. O tema envolve a análise da superação do conceito clássico de soberania como poder inconteste de um Estado. Procura-se demonstrar a necessidade e importância das normas internacionais cujo descumprimento pode gerar sanções, ainda que de forma indireta, pela comunidade internacional. De fato, o artigo procura analisar que, muito embora ainda haja muito que evoluir quanto ao tema, a produção e importância das normas internacionais é importante e inconteste, principalmente no que tange aos direitos humanos, na medida em que tem impacto significativo na comunidade internacional e dentro das fronteiras dos Estados.

1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

As organizações internacionais podem ser conceituadas como organismos criados pelos Estados reunidos para a criação de entidades responsáveis por uma ou algumas funções específicas (com exceção das de cunho universal[2]), descritas em seus atos constitutivos e possuem personalidade jurídica distinta de seus membros[3].

[1] Doutoranda em Direito das Relações Internacionais pela PUC/SP. Pós-graduada em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Advogada no Varalli Advogados. Professora universitária e de cursos de pós-graduação.

[2] Tal como a Organização da Nações Unidas.

[3] A doutrina majoritária adota o conceito proposto na preparação da codificação do Direito dos

Não é demais lembrar que a ocorrência das guerras mundiais, dentre outros fatores, levaram à criação, primeiro da Liga das Nações e, posteriormente, da ONU, cuja formação se dá justamente pela vontade dos Estados-membros e que tem por objetivo promover e fomentar a interação entre países (cultural e econômica) e a paz mundial.

O desenvolvimento das sociedades e o passar do tempo fizeram com que tais organizações se tornassem cada vez mais complexas e ramificadas e trouxe também o surgimento de novas organizações internacionais[4].

Importante ressaltar que, desde o final da Segunda Guerra Mundial tem-se notado uma migração do poder de decidir sobre diversas matérias. Muito embora os países mantenham suas respectivas soberanias no plano interno, no plano internacional tem ocorrido uma relativização deste conceito e um maior número de matérias, tem sido decidido por organizações internacionais. Nas palavras de José Cretella Neto[5]:

> Essa mudança foi gradual e pouco notada no início, pois as organizações agiam de forma cautelosa no exercício de seus limitados poderes, e, quando adotavam decisões que pudessem vincular os Estados-membros, procuravam primeiro obter consentimento dos Estados para assumir obrigações. Contudo este panorama institucional está evoluindo bastante rapidamente, pois as organizações, cada vez mais, interpretam seus poderes – inclusive de forma vinculante – e os aumentam, fazendo com que o consentimento prévio e individual dos Estados perca importância.

Estabelecidos estes conceitos iniciais a respeito das organizações internacionais, passaremos a tratar da produção normativa das mesmas.

Tratados, trabalho feito pela CDI – Comissão de Direito Internacional: Uma associação de Estados estabelecida por meio de tratado, dotada de uma constituição e de órgãos comuns, possuindo personalidade jurídica distinta de seus membros. É a lição de TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais.* 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 12.

[4] O termo organização intergovernamental pode ser usado como sinônimo de organização internacional (art. 2.1, "a" da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969).

[5] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. Saraiva: São Paulo, 3ª edição, 2013, p. 40.

2. PRODUÇÃO NORMATIVA

2.1. SURGIMENTO E NECESSIDADE DA PRODUÇÃO NORMATIVA

Conforme já mencionado, as organizações internacionais possuem personalidade jurídica própria, distinta da de seus membros.

Embora sempre submetidas ao ordenamento próprio do Direito Internacional, passaram a ser produtoras de normas internacionais. A força destas instituições como produtoras de normas cresceu na medida em que sua importância foi se estabelecendo no cenário internacional, pelo reconhecimento de que há tarefas que podem ser realizadas por elas, mas que não seriam possíveis por cada Estado individualmente[6].

A união dos Estados para formar as organizações também fomenta a necessidade de que tais organizações atuem no plano normativo, justamente com o objetivo de atingir os fins a que se propõe. Pode-se mesmo afirmar que se trata de consequência natural do desempenho de suas funções.

Se as organizações internacionais destinam-se a desempenhar um serviço público internacional de interesse da comunidade a que servem, não se pode excluir a necessidade de que produzam normas e que tenham poder de fiscalizar sua correta aplicação[7].

A titulo de exemplo, podemos citar a OEA (Organização dos Estados Americanos), cuja estrutura se ramificou, contando com diversos órgãos tais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Instituto Interamericano da Criança e o Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura (organismos criados para temas específicos, como se pode notar pela denominação que recebem). Para executar sua tarefa[8], é necessário que também possa formular regras, seja de organização interna ou de cooperação entre as partes. No que tange à economia, a OEA tem papel relevante quanto às relações comerciais entre os países membros, apoiando-os em nível nacional, bilateral e multilateral em duas grandes áreas: fortalecimento de capacidade humana e institucional, e oportunidade de comércio para aumentar a competitividade, especialmente para as micro, pequenas e médias empresas[9].

---

[6] Apenas a título de exemplo, cite-se a Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948) e tratados de cooperação mútua como o da União Européia (1992) - documentos cuja elaboração só é possível em razão da existência de uma organização internacional.

[7] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 335.

[8] Os quatro pilares da OEA (democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento) se apoiam mutuamente e estão transversalmente interligados por meio de uma estrutura que inclui diálogo político, inclusividade, cooperação, instrumentos jurídicos e mecanismos de acompanhamento, que fornecem à OEA as ferramentas para realizar eficazmente seu trabalho no hemisfério e maximizar os resultados. *OEA – Organização dos Estados Americanos. O que fazemos?* Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/que_fazemos.asp>. Acesso em 07/03/2013.

[9] Disponível em: <http://www.oas.org/pt/topicos/comercio.asp>. Acesso em 07/03/2013.

Ainda utilizando o exemplo da OEA e as questões comerciais, citemos como exemplo o tratado do MERCOSUL e outros tratados de livre comércio ou de benefícios comerciais, como os firmados entre Estados Unidos e Israel, Canadá e Chile e Chile e União Europeia[10].

Além destas questões, importa mencionar que as organizações internacionais, ao criarem normas, muitas vezes também impõem seus próprios termos, que devem ser entendidos no contexto do tratado que se esteja estudando[11].

Toda a produção normativa, no entanto, está limitada pelo tratado internacional constitutivo da organização internacional e deve ser adequada às normas imperativas de Direito internacional (*ius cogens*), sob pena de nulidade. A questão do conflito entre tais normas será resolvida pelo órgão judiciário da organização internacional (Corte Internacional de Justiça, no caso da ONU, por exemplo) ou, na sua falta, o será pelo órgão político.

Alguns autores[12] entendem que a necessária delimitação da produção normativa pelas normas de *ius cogens* é fator que limita a importância daquilo que é produzido pelas organizações internacionais. No entanto, preferimos ver que tal delimitação, extraída do artigo 53 da Convenção de Viena sobre Tratados, é, antes, um parâmetro a ser seguido[13]. Tal artigo tem a seguinte redação:

> É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados em seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que

[10] Estes são apenas alguns exemplos de *free trade agreement*. A lista completa e atualizada pode ser acessada em: <http://www.sice.oas.org/tpd_e.asp >. Acesso em 07/03/2013.

[11] José Cretella Neto cita o caso do termo "arbitragem internacional" empregado no Anexo 2 à ata final de Marrakesh, o Entendimento Relativo às normas e procedimentos sobre soluções de controvérsia da OMC. CRETELLA NETO, José. *Arbitragem internacional: o significado particular do instituto no contexto do mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio*. *In* Revista de Direito Internacional Econômico, nº 9, out/dez 2004, pp. 5-33.

[12] Conforme VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 82-84 e PEREIRA, Antônio Celso Alves Pereira. *As normas de jus cogens e os direitos Humanos*. Disponível em: <faa.edu.br/revistas/docs/RID/2009/RID_2009_02.pdf>. Acesso em julho/2015.

[13] DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Trad. Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003 citado por MAZZUOLI. Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 8ª Ed, São Paulo: RT, 2014, p. 174.

> só pode ser modificada por nova norma de Direito Internacional geral da mesma natureza.

As normas imperativas de Direito Internacional são aquelas assim reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados em seu conjunto. Ocorre que são estes os mesmos que formam as organizações internacionais e não obstante tais organizações terem personalidade jurídica distinta de seus membros, sua atuação sempre se pautará por aquilo que os Estados aceitam.

Ainda é importante ressaltar que a disposição do artigo 53 acima citado protege a comunidade internacional e, em última análise, as pessoas, na medida em que as normas de direito internacional cumpridas pelos Estados terão reflexo na qualidade de vida destas pessoas (havendo inclusive possibilidade de sanção pelo descumprimento).

Não se deve deixar de observar que a elaboração de normas pelas organizações internacionais pode ser de duas espécies: atos autonormativos (cuja função é disciplinar o funcionamento da organização) e os heteronormativos (regular a atuação dos Estados)[14]. Pode-se dizer que os atos autonormativos são criados pelas organizações internacionais para si próprias, ou seja, direcionadas para si próprias, enquanto os atos heteronormativos são direcionados para a comunidade internacional para influenciá-la e discipliná-la.

Os atos heteronormativos, por sua vez, têm como destinatários os Estados e, muitas vezes, as pessoas, individualmente consideradas. Sendo assim, é importante que haja um conjunto de normas tidas como inderrogáveis (exceto por outra de mesma natureza) e que represente um núcleo de normas que protegem os bens e ideias tidos como mais relevantes para a comunidade internacional.

José Cretella Neto[15] demonstra que há autores, como Joe Verhoeven, que julgam ser as normas elaboradas pelas organizações internacionais de qualidade secundária, pois não participam diretamente da elaboração de normas relativas aos interesses fundamentais da comunidade internacional. Mas Cretella aduz que isso não impede que tais organizações constituam verdadeiros foros privilegiados para a discussão de necessidades, muitas vezes fundamentais, dos Estados. Não é demais observar que as normas produzidas pelas organizações internacionais são de interesse dos Estados que delas participam e também dos particulares, que muitas vezes serão atingidos por tais normas, na medida em que o seu cumprimento afeta a política e a ordem interna dos países.

Deve-se observar que a participação dos Estados nas organizações internacionais não é compulsória (embora, por razões políticas e econômicas,

[14] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 339.
[15] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, pp. 338-339.

seja cada vez mais importante), mas uma vez que haja tal participação, o Estado passa a aceitar que irá obedecer às regras daquela instituição, numa verdadeira relativização da soberania.

Não se deve olvidar que as organizações internacionais e mesmo a comunidade internacional, existem pela adesão dos Estados. Realmente, não se pode pretender que a comunidade internacional funcione e se desenvolva sem que os Estados concordem que a ideia de soberania absoluta deva ser superada e substituída por uma soberania relativa, na medida em que os Estados continuam soberanos, mas aceitam regras advindas de organizações internacionais e devem a elas ser submetidos.

2.2. O PODER NORMATIVO

A capacidade e poder das organizações internacionais de produzir normas são incontestes. A própria natureza da organização, que é instituída para a consecução de um fim, já é o que nos leva a entender a existência de tal poder.

Nenhum sentido haveria em se criar uma organização internacional que não pudesse legislar para atender a seus fins. Ressalte-se que a norma será produzida pela organização e não caberá se indagar individualmente, a cada um de seus componentes, para que seja obrigatória.

Este raciocínio é obtido se observamos que a Carta da ONU, em seu artigo 31, aduz que "A Assembléia geral iniciará estudos e fará recomendações destinados a promover a cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo de direito internacional e sua codificação". Não há outra maneira de atingir este objetivo senão pela produção de normas.

Ainda, pode-se mencionar o estipulado no parecer da Corte Internacional de Justiça, ainda em 1971, a respeito de uma decisão do Conselho de Segurança[16], que sintetiza a questão da possibilidade de produção de normas pelas organizações internacionais e a submissão dos Estados: "Incumbe aos Estados-membros se conformar a essa decisão, especialmente os membros do Conselho de Segurança que votaram contra ela e aos membros das Nações Unidas que não tem assento no Conselho".

Desta feita, entende-se que a questão da existência do poder normativo está superada.

Mas ainda se questiona em que medida as organizações internacionais podem legislar. Para José Crettela Neto[17], a única organização internacional com capacidade ampla e incontroversa de produzir normas é a Comunidade Europeia. Isto porque o tratado constitutivo estabelece que, para o desempenho de suas

[16] O parecer versa sobre a ocupação ilegal da Namíbia pela África do Sul e encontra-se disponível em: <www.cedin.com.br/wp-content/uploads/.../pareceres-consultivos_1970.pdf>. Acesso em julho/2015.

[17] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 341.

atribuições, o Parlamento Europeu poderá adotar regulamentos e diretivas, tomar decisões e formular recomendações ou pareceres. Tal disposição tem caráter geral e é obrigatória a todos os Estados-membros.

É importante mencionar o posicionamento majoritário da doutrina[18] - está na nota 18 no sentido de que os tratados comunitários não criam obrigações somente entre os Estados da Comunidade, uma vez que ela constitui uma nova ordem jurídica, com reflexos não apenas para os Estados, mas também para todos que se encontrem sobre jurisdição de um de seus Estados-membros e, por isso, qualquer cidadão pode pedir a um magistrado que aplique tratados, regulamentos ou decisões tomadas por esta nova ordem.

O fato das organizações internacionais poderem legislar não viola o princípio do consensualismo[19], até porque tal poder está fundamentado em seus tratados constitutivos. O Estado consente em delas participar, de acordo com o documento constitutivo. Tal princípio, como o próprio nome revela, estabelece que o acordo de vontades entre as partes de um tratado deve ser consensual, ou seja, livre e puro, não sofrer nenhuma espécie de vício de consentimento[20].

Frise-se, ainda, que o poder de produzir normas, como qualquer outro, não é absoluto, pois os Estados podem exercer seu poder de anulação (notificando a organização a respeito de conflitos com a prática internacional, por exemplo)[21]. Os Estados também podem aceitar a regulamentação com reservas ou derrogações[22]. Mas o consentimento do Estado, ao aderir ao tratado constitutivo da organização internacional impede que tais reservas ou derrogações possam persistir – pois se assim não fosse, não haveria qualquer sentido na criação de uma organização internacional e na adesão em dela participar. Sua existência seria inócua. Nos novos tempos, demonstrada a necessidade e importância da existência das organizações internacionais, é necessário que os Estados se adequem para delas participar, para participar da própria comunidade internacional.

---

[18] Adotando o já decidido no Tribunal de Justiça da Corte Europeia, em diversas sentenças proferidas, conforme citado por Cretella Neto. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 343.

[19] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 345.

[20] HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 92.

[21] Observe-se que as normas produzidas pelas organizações internacionais devem obedecer ao *ius cogens* internacional, ou seja, normas consideradas superiores e inderrogáveis, salvo por outra de mesma natureza. Ademais, os costumes também são fonte do Direito Internacional e, portanto, devem ser observados e atendidos. Quanto à notificação, vide arts. 65 e 78 da Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais.

[22] Art. 20, n.3 da Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais: "Quando um tratado é um ato constitutivo de uma organização internacional e a menos que disponha diversamente, a reserva exige aceitação do órgão competente desta organização".

É bem verdade que as normas de direito internacional carecem de força coercitiva para obrigar seu cumprimento, no sentido de que não se pode recorrer ao uso da força[23]. No entanto, isso não a desmerece ou tira a necessidade de seu cumprimento. É preciso observar que o próprio Direito Internacional ainda é "jovem" e há muito a se percorrer. No entanto, a força e importância de tais normas é inconteste, na medida em que seu descumprimento pode gerar sanções da comunidade internacional como um todo (pressão política)[24].

No Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu de 2010, a importância da ação das organizações internacionais no mundo atual é tida por inconteste, muito embora a questão da falta de eficácia seja ressaltada[25]:

> Ainda que as organizações internacionais possam ter objectivos claros, falta-lhes eficácia por não haver um acompanhamento adequado das consequências das suas decisões, nem uma avaliação do seu impacto. A UE desenvolveu sistemas de monitorização que constituem boas práticas e podem ser adoptados à escala internacional para acompanhar intervenções complexas a vários níveis. O CESE encoraja a UE a introduzir esses sistemas de monitorização nas organizações internacionais. (...)
> As organizações internacionais – especialmente a ONU e as suas agências – têm objectivos claros mas não são, muitas vezes, suficientemente eficazes.

[23] A não ser pelas exceções expressas pelo Capítulo VII da Carta da ONU, o uso da força armada como meio de solução de conflito internacional é uma violação flagrante ao direito internacional. Vide FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das normas no Direito Internacional*. Saraiva: São Paulo, 2013, pp. 258-259.

[24] Como dito, embora haja muito a se percorrer no campo da coercitividade das normas de Direito Internacional, as organizações internacionais tem força para exercer pressão política sobre os Estados. Ademais, algumas sanções já são possíveis, como as adotadas pelo Conselho de Segurança da ONU. Um exemplo é a resolução 1929 do Conselho de Segurança da ONU, ampliando medidas já em vigor contra o Irã (entre medidas está a proibição da venda de várias categorias de armamentos pesados ao Irã, inclusive helicópteros de ataque, mísseis e navios de guerra. Além disso, a resolução pede que todos os países inspecionem, em portos e aeroportos dentro de seus territórios, cargas suspeitas de conter itens proibidos a caminho do Irã ou vindos do país). Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/06/100608_iran_sanctions_mv.shtml>. Acesso em julho/2015.

[25] Parecer Comitê Econômico e Social Europeu, 2010, itens 1.5 e 4.2. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:NL3prCOEiDIJ:www.igfse.pt/upload/docs/2011/2011-C%2520132-3%2520-%2520O%2520futuro%2520do%2520FSE%2520ap%25C3%25B3s%25202013.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em julho/2015.

> Mesmo que os objectivos tenham sido formalizados em tratados e normas internacionais, a aplicação das medidas é vastas vezes inadequada, faltando um sistema eficaz para avaliar o seu impacto. A nova governação das organizações internacionais deverá dar maior destaque à aplicação e ao seguimento das decisões tomadas.

Oran Young[26] menciona um importante ponto de vista no que tange à importância das organizações internacionais e suas normas: para o autor, o problema da eficácia das organizações internacionais e suas ações não é uma questão de tudo ou nada e sim de degraus. Para o autor, a questão da eficiência deve ser analisada segundo os critérios de implementação, compensação e persistência. Analisa, ainda, que a questão da eficiência relaciona-se com vantagem da atuação da organização internacional no esforço para resolver o conflito a respeito de um assunto internacional. Não se pode, segundo o autor, ao analisar a eficiência da produção de uma organização internacional, olvidar os fatores externos, tais como tempo, poder dos países envolvidos e regimes políticos.

2.3. ÓRGÃO COMPETENTE

Para se descobrir qual o órgão competente para produzir normas dentro de uma organização internacional, deve-se estudar seu tratado constitutivo. Em regra, tal atividade é exercida pelo principal órgão daquela organização, como por exemplo, na Organização Mundial de Saúde, a Assembleia Mundial da Saúde. Mas pode também ser previsto no ato constitutivo, a existência de órgãos auxiliares e subsidiários para a tarefa, como ocorre no âmbito da OEA em que há o Comitê Jurídico Interamericano[27].

[26] YOUNG, Oran R. *The effectiveness of internacional institutions: hard cases and critical variables*. *In* Governace without government: order and change in world politics. Rosenau, James N. and Czempiel, Ernest-Otto, Cambridge University Press, 2000.

[27] Segundo o artigo 99 da Carta da OEA: "A Comissão Jurídica Interamericana tem por finalidade servir de corpo consultivo da Organização em assuntos jurídicos; promover o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional; e estudar os problemas jurídicos referentes à integração dos países em desenvolvimento do Continente, bem como a possibilidade de uniformizar suas legislações no que parecer conveniente".

2.4. INSTRUMENTOS

As organizações internacionais podem elaborar atos unilaterais, bem como concluir tratados entre si e com outras pessoas com personalidade jurídica reconhecida pelo Direito Internacional. Não há no Direito Internacional norma geral que trate sobre a forma pela qual as organizações internacionais devam produzir normas. O aspecto interno de tais normas, no entanto, vem delineado pelo ato constitutivo da organização, eis que ali definido seu objetivo, sua finalidade.

Quanto aos atos unilaterais, de importante aspecto jurídico e político, são distinguidos pela doutrina em: atos judiciais (julgamentos e pareceres, tais como os da Corte Internacional de Justiça); atos de administração interna (normas que versem sobre regras de orçamento, por exemplo); atos de atividade externa (atuação da organização, como envio de missões); e atos de funcionamento (normas sobre o mecanismo de atuação, como regras de ingresso e expulsão de membros, por exemplo). Os atos unilaterais são fontes de obrigação, conforme já explicitado pela Corte Internacional de Justiça[28].

Ao estudarmos os atos de tipo normativo, a doutrina os classifica em: decisões, resoluções, recomendações, convenções, normas técnicas e atos concentrados[29].

2.4.1. DECISÕES E RESOLUÇÕES

Em sentido técnico, decisão é ato jurídico que advém da manifestação de vontade da organização internacional, criando obrigações aos destinatários[30].

Em certos casos, o rigor no uso do termo é identificável, como podemos notar no art. 25 da Carta da ONU, que estabelece que os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança (note-se, no entanto, que a Corte Internacional de Justiça já

[28] A respeito da força dos atos unilaterais, cite-se a decisão tomada no caso Nuclear Tests Case (Caso dos Testes Nucleares), em 1974, citada por José Cretella Neto, *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, pp. 348/349: "É plenamente reconhecido que declarações feitas por meio de atos unilaterais, relativas a situações legais ou fáticas, podem ter por efeito criar obrigações jurídicas. (...) Essas declarações, no entanto, podem ser – e frequentemente o são – bastante específicas. Quando for a intenção do Estado que faz a declaração de que esta se torne vinculante nos termos em que foi emitida, essa intenção confere à declaração um caráter jurídico obrigatório, ficando o Estado legalmente obrigado a seguir determinada conduta coerente com a declaração. (...) É claro que nem todos os atos unilaterais implicam em obrigação, mas um Estado pode optar por adotar determinada posição em relação a uma particular questão e também intenção de vincular-se - devendo a intenção ser avaliada por meio de interpretação do ato(...)".

[29] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 349.

[30] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 350.

firmou entendimento que a palavra decisão, mencionada no art. 25 da Carta da ONU, abrange todas as resoluções do Conselho de Segurança)[31]. Entretanto, as organizações muitas vezes empregam este termo com outro significado, o que pode gerar confusão ao intérprete; a própria Carta da ONU emprega o termo "decisão" no sentido de "recomendação", que tem por finalidade encerrar a discussão sobre determinada matéria ou deliberação.

Quanto às resoluções, por sua vez, podem enunciar normas gerais de comportamento e assim codificar ou cristalizar um costume internacional ou dar origem a um novo costume[32]. Dizer que uma resolução cristaliza um costume ou entendimento internacional significa dizer que ela representa uma declaração solene de uma regra costumeira ou entendimento reiterado sobre determinado assunto.

Muitos alegam[33] que as resoluções não têm valor jurídico. Tal posicionamento, no entanto, não se coaduna como estágio atual do Direito Internacional, na medida em que a importância e a força da atuação das organizações internacionais vêm sendo cada vez mais reconhecida e os Estados, para participar da comunidade internacional, devem procurar seguir tais diretrizes. Deve-se, portanto, reconhecer o valor jurídico das resoluções. Entendimento diverso as relegaria à categoria de mera intenção, mera recomendação sem relevância.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que várias resoluções enunciam princípios e valores amplamente reconhecidos e defendidos pela comunidade internacional, como o da dignidade humana e a proibição da tortura, apenas para citar alguns.

Na verdade, vale menos a denominação do ato unilateral do que o seu conteúdo, ou seja, não importa se determinado ato foi chamado de decisão ou resolução – o seu conteúdo é que determinará a sua obrigatoriedade. Cite-se, por oportuno, que o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia foi criado por uma resolução (Resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU, em 1993), com caráter claramente vinculativo e obrigatório.

Não obstante, mencione-se que as resoluções do Conselho de Segurança têm caráter diverso das resoluções da Assembleia Geral da ONU, justamente em razão das atribuições e funções destes organismos. A Assembleia Geral tem competência para estudar e recomendar, mas não possui força de legislar (o que não significa que não tenha efeitos políticos).

---

[31] Conforme decidido no caso "Consequências Jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia não obstante a resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança".

[32] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 350.

[33] NASSER, Salem Hikmat. *Desenvolvimento, Costume Internacional e Soft Law*. I*n* Direito Internacional e Desenvolvimento. JUNIOR, Alberto do Amaral (coord.). São Paulo: Manole, 2005, p. 215.

Havendo dúvidas quanto ao conteúdo, caberá às Cortes Internacionais sua análise, para que se determine se tal ato possui ou não caráter decisório. Importa ainda mencionar que o cumprimento das decisões depende mais da vontade da organização ou do Estado do que da aplicação de sanções, até porque a aplicação da sanção pode inclusive trazer consequências mais graves do que o descumprimento em si[34].

As decisões das organizações, em regra, não serão válidas se violarem o tratado constitutivo ou extrapolarem sua competência. No entanto, é necessário examinar se a decisão constitui a afirmação de um direito ou se está conforme uma norma costumeira posterior ao tratado constitutivo. Quando uma norma costumeira for invocada contra uma decisão, deve-se verificar se o costume é anterior ou posterior à decisão. Sendo posterior, deverá prevalecer, embora seja difícil efetuar a prova de um costume contrário à vontade da organização. Se o costume for anterior à decisão e desde que a decisão não seja a consolidação de um novo costume, prevalece a decisão, obrigatória para os Estados-membros[35].

Não obstante, o caráter obrigatório das resoluções ainda é bastante discutido e não encontra consenso na doutrina especializada[36].

2.4.2. RECOMENDAÇÕES

Recomendação é todo ato que emana, em principio, de um órgão intergovernamental e que propõe a seus destinatários determinado comportamento.[37]

---

[34] Para ilustrar o tema a respeito de o conteúdo ser mais relevante do que a forma ou nome que se dá as consequências de seu cumprimento ou não, cite-se o caso da Resolução 678 do Conselho de Segurança, de 1990, que autorizou os Estados-membros a usar todos os meios necessários para fazer respeitar as resoluções anteriores, o que legitimou o uso da força na invasão do Kuwait.

[35] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, pp. 359-360.

[36] NASSER, Salem Hikmat. *Desenvolvimento, Costume Internacional e Soft Law*. *In* Direito Internacional e Desenvolvimento. JUNIOR, Alberto do Amaral (coord.). São Paulo: Manole, 2005, p. 215. Ademais, de acordo com PORTELLA, Paulo Henrique Gonçalves na obra Direito Internacional Público e Privado - Incluindo Direitos Humanos e Comunitário. São Paulo: Ius Podium, 2015, pp. 81/82: Há dois tipos de resoluções: as obrigatórias (ou impositivas) e as facultativas. As obrigatórias vinculam os sujeitos de Direito Internacional, a exemplo das recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que criam para os Estados a obrigação de legislar a respeito da matéria de que tratam no prazo de um ano, e das decisões do Conselho de Segurança da ONU, executáveis pelos Estados nos termos do artigo 25 da Carta das Nações Unidas. As facultativas têm caráter de recomendação, consistindo apenas em propostas de ação, possuindo força moral e política, mas não jurídica, a exemplo das resoluções da Assembleia Geral da ONU.

[37] DIHN, Nguyen Quoc, Droit Internacional Public, *apud* CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 362.

Novamente deve-se recordar a imprecisão dos termos utilizados pelas organizações internacionais e a necessidade da análise de seu conteúdo como necessário para que se estabeleça a natureza do ato. A doutrina, no entanto, conceitua recomendação como o ato que propõe determinado comportamento, sem possuir força obrigatória ou cogente – a recomendação não tem poder de vincular os Estados a seu conteúdo e se o Estado não a acata, não estará violando uma norma de Direito Internacional[38].

Frise-se que se o Estado passa a adotar, reiteradamente, um comportamento descrito em determinada recomendação, formar-se-á um costume, que cria expectativa por parte dos outros membros da comunidade internacional e que, portanto, poderá ser erigido à categoria de costume (que é, por sua, vez, fonte do Direito Internacional, venha ou não a ser codificado).

2.4.3. CONVENÇÕES

As convenções podem ser conceituadas como acordos firmados entre as organizações internacionais e entre estas e Estados. Por sua importância, são objeto de duas importantes Convenções Internacionais: Convenção Internacional de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) e Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais (1986).

Uma convenção concluída sob os auspícios de uma organização internacional torna-se obrigatória para os Estados que depositam a ratificação; as convenções concluídas "no interior" de uma organização internacional torna-se obrigatória, após sua entrada em vigor, para todos os Estados-membros[39].

2.4.4. NORMAS TÉCNICAS

Além do poder normativo para estabelecer convenções, decisões, etc., as organizações também possuem um poder amplo de editar normas e padrões acerca de matérias de sua competência (definindo *standards*, padrões a serem seguidos). Tais normas situam-se entre uma decisão unilateral e um acordo interestatal[40].

Um exemplo comum, citado pela doutrina[41], é o poder da OMS (Organização Mundial da Saúde) em relação a regulamentos sanitários e farmacêuticos.

---

[38] "As recomendações não têm, via de regra, força vinculante no plano internacional. Mas o tratado constitutivo das organizações internacionais pode impor aos Estados membros algumas obrigações, geralmente de natureza procedimental em relação às recomendações que lhes são dirigidas". AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Manual do candidato: noções de direito e direito internacional*. 4ed.atual. – Brasília: FUNAG, 2012, p. 153. Vide também nota 37.

[39] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, pp. 365-366.

[40] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais,* p. 367.

[41] HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 224.

2.4.5. ATOS CONCENTRADOS

Os atos concentrados também são denominados de *gentlemen´s agreements*, ou seja, acordo de cavalheiros.

Exprimem relações de compromisso mútuo entre Estados que tomaram parte de sua elaboração, mas que não chegaram a se tornar uma convenção internacional. Muito embora não impliquem na formação de um vínculo jurídico, e portanto, não sejam obrigatórios, o fato de serem uma negociação entre países faz com que possuam certa significação, na medida em que são concebidos para produzir efeitos e criam expectativas entre os envolvidos[42].

A doutrina[43] tem estudado tais atos justamente por sua peculiaridade. Não são atos produzidos pelas organizações internacionais diretamente, mas as afetam, na medida em que: dificultam a adoção de resoluções unilaterais da organização e ações conjuntas, uma vez que ambas são não obrigatórias e induzem as organizações a buscar soluções políticas envolvendo os Estados-membros, em lugar de concluir acordos jurídicos. Em razão da não obrigatoriedade os atos concentrados tem um conceito próximo ao das recomendações elaboradas pelas organizações internacionais.

Um ato concentrado, no entanto, pode tornar-se obrigatório se, no entanto, for seguido de outro ato unilateral praticado pelo Estado ou por uma organização internacional, declarando sua submissão ao ato. Não há que se esquecer, ainda, que o ato concentrado pode contribuir para a formação de um costume jurídico se, embora não obrigatório, for reiteradamente seguido.

Importante mencionar que, assim como em relação aos tratados internacionais, se o Estado realizar um ato concentrado, estará impedido de querer valer uma pretensão ou utilizar um argumento contradizendo seu comportamento ou posição anteriormente adotada. É o chamado *estoppel.*

Para Luigi Condorelli[44], trata-se de:

> Situação de um sujeito internacional que, tendo adotado anteriormente e de forma soberana, uma certa linha de conduta sobre a qual outros sujeitos internacionais basearam suas expectativas jurídicas, é, a seguir, impedido de se contradizer e de recusar-se a assumir as consequências internacionais sobre esta referida conduta, quando estas lhe forem desfavoráveis.

[42] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. p. 368.
[43] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais,* pp. 368/369.
[44] *Apud* CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 373.

Pode-se dizer que o instituto do *estoppel* é a aplicação do princípio básico de que um Estado não pode adotar duas posições opostas, ao mesmo tempo. Está impedido de adotar determinado comportamento e, assim que este não lhe seja mais favorável, pleitear a um Tribunal Internacional que reconheça outra posição por ele adotada em determinado caso e contrária ao primeiro comportamento, como legítima.

3. DECISÕES E PARECERES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Os artigos 59 e 60 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça deixam claro que a decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão e que, havendo controvérsia quanto aos termos da sentença (que é definitiva, ou seja, contra a qual não cabe apelação ou outro recurso que o valha), caberá à Corte interpretá-la, a pedido de qualquer das partes.

Em sentido técnico, decisão é ato jurídico que advém da manifestação de vontade da organização intercontinental, criando obrigações aos destinatários[45]. Em certos casos, o rigor no uso do termo é patente como podemos notar no art. 25 da Carta da ONU, que estabelece que os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança. Mas as organizações, muitas vezes, empregam este termo com outra significação, o que pode gerar confusão ao interprete; a própria carta da ONU emprega o termo com outros sentidos (recomendação) que, na verdade, tem por finalidade encerrar a discussão sobre determinada matéria/ deliberação.

Quanto aos pareceres da CIJ, nem sempre são consultivos, sem criar obrigações para as partes. A CIJ tem estabelecido a prática de ditar os pareceres com conteúdo obrigatório, em substituição a um procedimento contencioso[46]. Em virtude de cláusulas especificamente previstas para este fim, tal recurso – o de conceder os pareceres uma finalidade mais ambiciosa (resolver controvérsias) vem sendo adotada[47].

---

[45] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais,* p. 350.

[46] O artigo 65 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe: "Artigo 65. A Corte poderá dar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica a pedido do órgão que, de acordo com a Carta nas Nações Unidas ou por ela autorizado, estiver em condições de fazer tal pedido. As questões sobre as quais for pedido o parecer consultivo da Corte serão a ela submetidas por meio de petição escrita, que deverá conter uma exposição do assunto sobre o qual é solicitado o parecer e será acompanhada de todos os documentos que possam elucidar a questão. O artigo 68, por sua vez, dispõe: "No exercício de suas funções consultivas, a Corte deverá guiar-se, além disso, pelas disposições do presente Estatuto que se aplicam em casos contenciosos, na medida em que, em sua opinião, tais disposições forem aplicáveis". Exemplo de caso contencioso discutido pela Corte: OBLIGATION TO NEGOTIATE ACCESS TO THE PACIFIC OCEAN (BOLIVIA V. CHILE). Disponível em: <http://www.cedin.com.br/pesquisa/jurisprudencia-internacional/corte-internacional-de-justica/>. Acesso em julho de 2015.

[47] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais,* p. 374.

Isto ocorreu, por exemplo, no parecer consultivo de 23/10/56 no caso julgamentos do Tribunal Administrativo da OIT sobre demandas feitas contra a UNESCO. Tais cláusulas, que permitem a adoção de pareceres para solução de controvérsias, são encontradas em diversos instrumentos, adotados pela ONU e outras organizações internacionais[48].

Roseanne Shabtau defende que este mecanismo simplesmente permite superar a dificuldade da impossibilidade da organização internacional utilizar a via contenciosa perante a CJI para resolver controvérsias da qual seja parte, obtendo um exame da corte e sua decisão. Mas relativiza a obrigatoriedade de tais pareceres, alegando que não tem a força obrigatória das decisões propriamente ditas. Paolo Benvenuti, por sua vez, sustenta que tanto as decisões quanto os pareceres muitas vezes se aproximam bastante quanto a seus resultados[49].

Guillaume Bascot[50] adora posição intermediária com base no entendimento já exposto pela própria CIJ. O autor entende que uma opinião da CIJ tem caráter apenas consultivo e não tem cunho obrigatório; são cláusulas contidas em estatutos de diversas organizações que tornam os pareceres da CIJ obrigatórios (não a própria CIJ). Assim, o valor de tais pareceres é diferente do das decisões da CIJ.

Para José Cretella Neto[51], não se pode generalizar dizendo que todos os pareceres consultivos têm força obrigatória, embora não haja dúvidas de que vinculam as partes nos litígios desta natureza, entendendo ser mais razoável estabelecer o grau de obrigatoriedade de cada parecer após avaliar seu conteúdo e alcance.

4. FORMAS DE PRODUÇÃO E CONTROLE DA PRODUÇÃO NORMATIVA DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Não há norma jurídica geral de Direito Internacional que estabeleça a forma de produzir normas pelas organizações internacionais. No entanto, algumas características podem ser notadas como a adoção dos princípios da unanimidade e da maioria. O sistema de unanimidade não é adotado nas organizações universais, na medida em que levaria à impossibilidade de produção e tomada de decisões. O sistema de maioria é o mais utilizado, mas há

48 CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais,* p. 375.

49 Ambos citados por Cretella, Neto, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 375. Parecer disponível em: <www.cedin.com.br/wp-content/.../05/**parecer**es-**consultivos**_1955_01.pdf>. Acesso em julho/2015.

50 *Apud* CRETELLA NETO, José, *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 375.

51 CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais,* p. 378.

diversos critérios, de acordo com a decisão a ser tomada. Há também o sistema de consenso – decisão sem voto.

Cite-se ainda, o sistema de votação *sui generis* adotado no Conselho de Segurança da ONU, com o poder de veto que pode ser exercido exclusivamente por um dos cinco membros permanentes do referido Conselho (China, Estados Unidos, França, Rússia e Reino Unido)[52].

Quanto à publicidade das decisões tomadas pelas organizações internacionais, critério dado como necessário para que tenha, validade, inexiste órgão oficial de imprensa para dar publicidade; normalmente os atos são registrados junto à Secretaria de cada órgão internacional e lá podem ser consultados.

Já o controle, existe para verificar o cumprimento, por parte dos Estados, das obrigações assumidas e zelar por sua aplicação. A proteção e controle dos atos assegurados por convenções são feito em dois níveis ou sistemas: Global e Regional. Cuida do sistema global: a ONU e seus organismos especializados e outras organizações que com ela mantém relações, como a OMC. Do sistema regional ocupam-se o Conselho da Europa, o OEA e a Organização para Unidade Africana, cada qual em seu território de atuação. Os blocos econômicos regionais também possuem tipos de controle.

O controle pode, ainda, ser classificado em contencioso ou sistemático. O controle contencioso tem por base uma reclamação e se dá por meio da atuação da jurisdição internacional; o controle sistemático se dá pelo envio de relatórios periódicos pelos estados. Estes controles não se excluem mutuamente e, muitas vezes, são, por exemplo, inspeções *in loco* (como se deu no caso da inspeção, em 2002, no Iraque por resolução do Conselho de Segurança da ONU solicitou-se na Comissão de Monitoria e verificação e Inspeção, um novo relatório)[53].

5. SUPERPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Muito embora se evite a superposição de atividades de duas ou mais organizações internacionais, a proliferação de organizações internacionais tem como efeito colateral o surgimento de atividades que se superpõem às desenvolvidas por outras organizações, mesmo diante do principio da especialidade[54].

[52] Para uma resolução ser aprovada no Conselho de Segurança da ONU, é necessário obter-se 9 dos 15 votos dos membros. Caso algum dos membros permanentes opte pelo veto, a medida não é aprovada e pode vir a ser novamente discutida, de acordo com o art. 27 da Carta da ONU.

[53] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 391.

[54] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 383.

Quando se trata de norma propositiva ou recomendação não há problemas. A dificuldade surge quando estamos tratando de regras obrigatórias – daí a importância de trocas de informação e acordos entre organizações, para evitar criação de regras conflitantes sobre o mesmo assunto.

Tratando-se de contradição de normas previstas em tratados internacionais, aplica-se o art. 30 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)[55].

Não se chegando a uma solução aceitável, deve ser criado um mecanismo de "reenvio prejudicial", pelo qual a questão é submetida a um órgão jurisdicional internacional. No caso da Comunidade Européia, este órgão é o TJCEO[56].

A doutrina também se ocupa de estabelecer os efeitos dos atos unilaterais no ordenamento interno dos Estados.

6. INTERGOVERNAMENTAL OU SUPRANACIONAL?

Ainda perdura a velha questão a respeito da soberania e sua relativização (ou não) como condição para dar efetividade às decisões e resoluções das organizações internacionais.

Para Kelsen, bem como para os solidaristas franceses, a idéia de soberania tradicional deveria ser eliminada, por acarretar obstáculos ao desenvolvimento do direito internacional e à evolução da comunidade das nações rumo a *uma civitas maxima*, ou seja, a uma comunidade internacional universal[57].

---

[55] Artigo 30.º: Aplicação de tratados sucessivos sobre a mesma matéria:
"1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 103.º da Carta das Nações Unidas, os direitos e obrigações dos Estados Partes em tratados sucessivos sobre a mesma matéria são determinados de acordo com os números seguintes. 2 - Quando um tratado estabelece que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, prevalecem as disposições deste último. 3 - Quando todas as Partes no tratado anterior são também Partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59.º, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior. 4 - Quando as Partes no tratado anterior não são todas Partes no tratado posterior: a) Nas relações entre os Estados Partes nos dois tratados é aplicável a norma enunciada no n.º 3; b) Nas relações entre um Estado Parte em ambos os tratados e um Estado Parte apenas num deles, o tratado no qual os dois Estados são Partes rege os seus direitos e obrigações recíprocos. 5 - O n.º 4 aplica-se sem prejuízo do disposto no artigo 41.º, ou de qualquer questão de cessação da vigência ou de suspensão da aplicação de um tratado nos termos do artigo 60.º, ou de qualquer questão de responsabilidade que possa nascer para um Estado da conclusão ou da aplicação de um tratado cujas disposições sejam incompatíveis com as obrigações que lhe incumbam relativamente a outro Estado, por força de outro tratado".

[56] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, p. 386.

[57] MAZZUOLI, Valério de Oliveira**.** *Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos:*

À medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles restringem sua soberania e isso constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência das relações entre o direito interno e o direito internacional[58].

Gilberto Amado[59], quanto ao tema, aduz:

> Assim como se organizou a sociedade humana, assim como cada indivíduo perdeu sua liberdade pessoal para criar a sociedade humana, corporificada em nações, assim estas hão de perder um pouco da sua soberania para criar esse superorganismo necessário à paz do mundo e à felicidade do gênero humano.

Goffredo Telles Junior[60] define soberania como:

> um poder incontrastável de decidir, em última instância, sobre a validade jurídica das normas e dos atos, dentro do território nacional (...) é o poder de produzir o Direito Positivo, que é o direito contra o qual não há direito; o direito que não pode ser contrastado; e é um poder de decidir em última instância, porque é o poder mais alto, o poder acima do qual [internamente] não há poder.

Mazzuoli, no entanto, afirma que, no âmbito externo, entretanto, isso não ocorre, pois os Estados, nas suas relações internacionais, encontram-se pareados, em situação de coordenação, ou seja, em plena igualdade jurídica; todos tem o mesmo *status.* Para o mencionado autor, as modernas relações internacionais não se compadecem, pretendendo afastar o velho conceito de soberania, a fim de tornar mais viáveis as relações entre os Estados, dando a estes direitos, mas também obrigações na órbita internacional. Trata-se, como se vê, da verdadeira negação do conceito de soberania no cenário internacional. Segundo seu entendimento[61]:

---

dois fundamentos irreconciliáveis. Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002.

[58] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis.* Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002.

[59] *Apud* GARCIA, Márcio P. P. Gilberto Amado, o jurista. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 37, n. 147, jul./set. 2000, p. 79.

[60] TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 118.

[61] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos:*

> A verdadeira soberania deveria consistir numa cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, afastada sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa comunidade e num sistema internacional como um todo. A participação dos Estados na comunidade internacional, seguindo- se essa nova trilha, em matéria de proteção internacional dos direitos humanos, esta sim seria sobretudo um ato de soberania por excelência.

Quanto ao tema, o Secretário Geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali[62], na defesa da prevalência do direito internacional dos direitos humanos, já afirmara:

> Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional.

A discussão a respeito de soberania: se se tratar de conceito superado, se deve ser relativizado ou criado novo conceito, em consonância com os ditames do Direito Internacional, acabam levando à discussão quanto à natureza das organizações internacionais e da força de suas decisões.

As organizações internacionais podem ser taxadas como supranacionais ou intergovernamentais. Tal distinção é criticada por como Sweet e Sandholtz[63], que, em suma, aduzem que tal divisão não funciona, pois, de fato, a integração tem procedido de forma desigual, e as teorias de integração não conseguiram explicar esta desigualdade. Muitos consideram tal distinção

*dois fundamentos irreconciliáveis***.** Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002.

[62] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis*. Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002.

[63] SWEET, Alec Stone; SANDHOLTZ, Wayne. *European integration and supranational governance.* Journal of European Public Policy, London, v. 4, n. 3, 1997. p. 302.

falha, uma vez que elas podem conter elementos de ambos os pólos do espectro, sendo em geral híbridas[64].

Joana Stelzer analisando o tema, conceitua "supranacionalidade". Para a autora, tal conceito[65]:

> expressa um poder de mando superior aos Estados, resultado da transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício da organização comunitária, permitindo-lhe a orientação e a regulação de certas matérias, sempre tendo em vista os anseios integracionistas.

Destaca, ainda, que os pilares deste conceito estão na:

> transferência de soberania dos Estados para a organização comunitária (em caráter definitivo), poder normativo do direito comunitário em relação aos direitos pátrios (com o sacrifício deste se colidirem com os interesses da UE) e dimensão teleológica de integração (a supranacionalidade como condição ontológica para alcançar os fins integracionistas).

Por sua vez, Odete Oliveira[66] entende que: a noção de supranacionalidade reside na acumulação de determinadas características, como de transferência do exercício de soberania, em forma permanente, por parte dos Estados-membros à organização. Mas ressalta a dificuldade em trabalhar com o termo, "um conceito de natureza dinâmica e contornos difusos"[67]. Mesmo assim, aduz:

> (...) há consenso em torno dos pressupostos definidores da noção de supranacionalidade, reunidos em três pilares fundamentais: a) transferência de competências; b) exercício independente destas competências; c) aplicabilidade direta e imediata

[64] PEREIRA, Demetrius Cesário. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humana. *A Política Externa e de Segurança Comum da União Europeia após o Tratado de Lisboa: a caminho da supranacionalidade?* São Paulo, 2012.

[65] STELZER, Joana. *União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, 2001. pp. 69-70.

[66] OLIVEIRA, Odete Maria de**.** *União Europeia: processos de integração e mutação***. C**uritiba: Juruá, 2003, p. 68.

[67] OLIVEIRA, Odete Maria de. *Ob. cit*. 69.

> do ordenamento comunitário aos seus destinatários públicos ou particulares[68].

José Cretella Neto associa a supranacionalidade à classificação das organizações internacionais, ressaltando que esse "critério de classificação é bastante recente e ainda sujeito a discussões, sendo aqui mencionado para não excluir nenhum dos mais comumente encontrados na doutrina: é o que diferencia as organizações tradicionais das supranacionais".

Para tal autor[69], o termo supranacional:

> designa um tipo de organização criada quando existe grau mais elevado de integração econômica e política entre os Estados, podendo-se afirmar que a transferência de soberania dos Estados-membros ao nível internacional é bastante mais acentuada nas segundas, manifestando-se pela extensão e pela natureza dos poderes delegados.

Outro aspecto acessório da supranacionalidade, para Pescatore[70], seria o imediatismo do exercício dos poderes, que o autor descreve como: "a capacidade de órgãos de transpor a fronteira internacional dos Estados e aplicar diretamente medidas legislativas, administrativas ou judiciais, para os nacionais destes". A exigência de um efeito direto seria, assim:

> Uma concepção muito estreita. Há supranacionalidade onde quer que seja possível identificar uma vontade autônoma, embora os Estados devam, ao final, servir como transmissores de execução desta vontade. Naturalmente, isto é uma supranacionalidade indireta e, portanto, em certa medida aleatória, mas é, no entanto uma verdadeira supranacionalidade que não permanece sem consequências.

---

68 OLIVEIRA, Odete Maria de. *Ob. cit.,* p. 70

69 CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais,* p. 66.

70 PESCATORE, 2005, p. 53 *apud* PEREIRA, Demétrius Cesário. Tradução livre do original em francês: *une conception beaucoup trop étroite. Il y a supranationalité partout où il devient possible de dégager une volonté autonome, même si les Etats doivent en fin de compte servir de 'relais d'exécution' de cette volonté. Bien entendu, il ne s'agit là que d'une supranationalité indirecte et donc dans une certaine mesure aléatoire, mais elle est pourtant une supranationalité réel que ne reste pas sans conséquences.*

O autor[71] ainda considera importante, porem não fundamental, o elemento da coerção, que para alguns é critério essencial. Para estes:

> Seria somente o caso de supranacionalidade quando o poder do grupo não apenas afirmar-se em formas legais, mas ainda se impor com sucesso a Estados recalcitrantes. Em outras palavras, não haveria supranacionalidade, de acordo com esta definição, sem sanção eficaz.

De outro lado, existem autores que se opõem à tese da supranacionalidade e têm uma perspectiva mais intergovernamental, tratando o tema como uma delegação de soberania e não transferência. Stelzer[72] lembra que segundo Fausto de Quadros, a "titularidade nua dos poderes conserva-se na entidade delegante que, com esse fundamento, pode a todo tempo pôr termo à delegação e recuperar a plenitude do gozo e, nomeadamente, do exercício dos poderes delegados".

Smith[73] chega a mencionar a influência supranacional que as organizações internacionais podem exercer na cooperação internacional, mas não afirma expressamente seu valor na produção de normas internacionais. Segundo o autor:

> No mínimo, as organizações podem fornecer alguma memória institucional sobre decisões anteriores. No máximo, a própria organização pode se tornar um ator autônomo com influência sobre a inovação política e mudança institucional. As organizações geralmente possuem recursos importantes, tais como o conhecimento ou experiência, e, em certas circunstâncias, elas podem desenvolver os seus

[71] PESCATORE, 2005, p. 53. a*pud* PEREIRA, Demétrius Cesário.

[72] STELZER, Joana. *União Européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, 2001, p. 123.

[73] SMITH. Michael E. Europe's Foreign and Security Policy: the institutionalization of cooperation. Cambridge: Cambridge University Press, 2004., p. 46. Tradução livre do original em inglês: *At the very least, organizations can provide some institutional memory concerning previous decisions. At the most, the organization itself can become an autonomous actor with influence over both policy innovation and institutional change. Organizations often possess important resources such as knowledge or expertise, and, under certain circumstances, they can develop their own interests concerning international cooperation. When embedded within a complex rule-of-law system like the EU, they can even exert "supranational" influence over policy coordination among their member states, as functional theorists argue.*

> próprios interesses em matéria de cooperação internacional. Quando incorporadas dentro de um sistema de regras de direito complexo como a da UE, elas podem até exercer influência 'supranacional' sobre a coordenação de políticas entre os seus Estados-membros, como os teóricos funcionalistas argumentam.

A importância da discussão a respeito do caráter das organizações internacionais, ou seja, se são organizações intergovernamentais ou supranacionais residem, em última análise, em se saber qual a força de suas decisões – ou seja, se suas decisões e normas podem ser impostas aos Estados e demais sujeitos de Direito Internacional.

Segundo Geraldo Bezerra de Moura[74], deve-se reconhecer a personalidade jurídica das organizações internacionais, o que significa que tais entidades são sujeitos de direitos e obrigações no plano do ordenamento jurídico internacional e tem autonomia para exprimir sua unidade e continuidade através de atos que lhe são imputáveis. O mesmo autor aduz que no conceito de personalidade jurídica das organizações internacionais encontram-se dois elementos: caráter de permanência e caráter de vontade própria. Segundo sua lição[75]:

> Se permanência é a afirmação da personalidade, a vontade própria é, por excelência, o traço distintivo da organização porque significa, na ordem jurídica, uma vontade distinta da dos Estados que são membros dela. (...)Por conseguinte, há o fenômeno da manifestação de duas vontades de bases jurídicas diferentes: de um lado,é a vontade dos Estados soberanos que determina a força obrigatória dos acordos internacionais; de outro, é a vontade jurídica própria da organização que se exterioriza através de atos que lhe são imputáveis, de acordo com as normas da sua carta constitutiva, isto é, segundo a esfera de competências que lhe foram atribuídas.

[74] MOURA, Geraldo Bezerra de. *A competência da OACI em matéria de arbitragem internacional*. Editora RT, São Paulo, 1967, p. 34.

[75] MOURA, Geraldo Bezerra de. *Ob. Cit*., pp. 35-36

Cançado Trindade[76] considera ainda que, ainda que certas decisões das organizações não sejam revestidas de obrigatoriedade, elas podem ter um impacto significativo na sociedade internacional e devem ser consideradas fontes do direito.

Segundo Ricardo Seitenfus[77], ainda hoje há muito relutância por parte dos Estados em conferir e reconhecer a autonomia das organizações internacionais, preferindo que as mesmas sejam relegadas a um papel secundário. Cita, como exceção, a União Europeia. Para o autor, as organizações são órgãos secundários justamente porque sua própria existência depende da vontade dos Estados. Apesar do número crescente de organizações internacionais, as mesmas só existem por vontade dos Estados e assim, não podem pretender se impor em relação aos Estados que não aceitarem dela participar, com exceção das decisões tomadas pelo Conselho de Segurança da ONU.

CONCLUSÃO

As organizações internacionais são organismos criados pelos Estados, dotadas de seus atos constitutivos, nos quais se define seu objetivo e com personalidade jurídica. Atualmente encontra-se superada a discussão a respeito da personalidade jurídica das organizações internacionais e de seu papel como sujeito de direito internacional.

A produção normativa das organizações internacionais surge como algo natural, na medida em que isso é necessário para se estabelecer como a organização funcionará e também para que a mesma possa atingir seus objetivos. A produção normativa, no entanto, está limitada pelo tratado internacional constitutivo da organização e pelas normas imperativas de Direito Internacional (*ius cogens*).

As normas produzidas pelas organizações internacionais são classificadas em atos autonormativos e heternormativos. Os primeiros têm a função de disciplinar a própria organizações internacionais enquanto os segundos, regular a atuação dos Estados. Muito embora diversos autores ressaltem o caráter secundário destas normas (uma vez que a participação e obrigatoriedade não podem ser impostas aos Estados), é inegável sua influencia no plano internacional. Uma vez que cada vez mais os Estados têm aderido as organizações internacionais, sua influencia no plano internacional, bem como no plano interno dos países, vem sendo sentida.

---

[76] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais.* 2ª ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 47.

[77] SEITENFUS, Ricardo. *Da Esperança à crise: as organizações internacionais frente ao Direito e o poder*. Disponível em: <http://www.seitenfus.com.br/arquivos/esperan%C3%A7a-crise.pdf>.

A questão que se coloca, quando o assunto em pauta é a produção de normas pelas organizações internacionais é em que medida tais normas são obrigatórias e sua eficácia. O tema é complexo e passa pela análise do conceito de soberania, na medida em que, se adotarmos o conceito clássico, não poderá haver qualquer força em tais normas. No entanto, cremos estar superado o conceito clássico de soberania como poder absoluto e inconteste de um Estado; não se pode pretender o desenvolvimento de uma comunidade internacional sem a relativização da soberania dos Estados.

Nos tempos atuais, acreditamos estar demonstrada a necessidade e importância da atuação das normas internacionais. Muito embora os Estados não sejam obrigados a participar das organizações internacionais, sua participação tem sido cada vez mais necessária para que possa participar da comunidade internacional. Ademais, mesmo sendo não coercitivas, as normas produzidas pelas organizações internacionais continuam importantes, até porque seu descumprimento pode gerar sanções indiretas da comunidade internacional.

A questão da eficácia não passa despercebida e no parecer do Comitê Econômico e Social Europeu de 2010 foi ressaltada. No entanto, é interessante à visão de alguns doutrinadores que aduzem que a questão não deve ser vista sob o ponto de vista estrito, da norma ser coercitiva ou não, obedecida ou não e sim sob o ponto de vista da influência. Para esta corrente, o fato das organizações internacionais e suas normas influenciarem os Estados e atuarem positivamente para resolver conflitos, é a prova de sua necessidade e importância e, portanto, de sua eficácia.

Para se definir qual o órgão competente para produzir normas numa organização internacional deve-se analisar seu ato constitutivo. De qualquer forma, serão competentes para elaborar atos unilaterais (atos judiciais, atos de administração, de funcionamento) e também atos normativos (decisões, resoluções, recomendações, convenções, normas técnicas e atos concentrados).

No que diz respeito à forma de produção das normas, não encontramos uma regra de Direito Internacional que estabeleça forma única e obrigatória. No entanto, podem-se notar algumas características comuns, como a adoção dos princípios da unanimidade e maioria, sendo este ultimo o mais utilizado. Para que a norma seja valida, ainda é necessário que seja publicada (o que normalmente se da pelo registro junto a Secretaria de cada órgão internacional).

O controle da aplicação e cumprimento das normas é feito em dois níveis ou sistemas: o global e o regional, sendo a primeira responsabilidade da ONU e organizações que com ela mantém relações e o segundo, dos sistemas regionais como OEA e Conselho da Europa. O controle pode ser ainda contencioso (acionado quando há uma reclamação) e sistemático (envio de relatórios periódicos).

Toda a matéria relativa à produção de normas internacionais leva à questão da natureza das organizações internacionais se estas são intergovernamentais ou supranacionais. Apesar de não ser nova, a questão ainda não foi superada e é de suma importância, até para que se decida qual a força de uma norma produzida por uma organização internacional.

Há certo consenso entre os doutrinadores quanto aos elementos necessários para se reconhecer a supranacionalidade: transferência de competências (dos Estados para as organizações internacionais); exercício independente destas competências; aplicabilidade direta e imediata do ordenamento comunitário aos seus destinatários. Para alguns autores, no entanto, esta visão é estreita, podendo-se falar em supranacionalidade sempre que possível identificar uma vontade autônoma da organização internacional, ainda que os Estados devam ser os transmissores desta vontade.

Muito embora a discussão persista, muitos doutrinadores entendem que, a par disto, deve-se reconhecer que certas decisões tomadas por organizações internacionais, ainda que não obrigatórias, tem impacto significativo na comunidade internacional e dentro das fronteiras dos Estados.

Ainda há muita discussão a ser feita e os Estados relutam em aceitar o caráter supranacional das organizações internacionais. Inobstante tal discussão e o fato de que as normas produzidas pelas organizações internacionais carecem de força coerciiva, basta um relance na História para se perceber a importância e força de atuação destes organismos. É preciso ter em mente que estamos em fase de transição e que o próprio Departamento Internacional ainda é "jovem" e muitos conceitos ainda são novos ou são "tabus" na comunidade jurídica.

Muito embora as normas das organizações internacionais não sejam coercitivas, a força que podem exercer inclusive pela pressão da comunidade internacional em relação a um Estado que não a obedeça pode ser sentida. Resta ainda mencionar, para reflexão, que as normas de direitos humanos foram construídas pela atuação das organizações internacionais e atualmente, na maior parte do globo, são tidas como superiores a qualquer ordenamento jurídico nacional.

REFERÊNCIAS

CRETELLA NETO, José. *Arbitragem internacional: o significado particular do instituto no contexto do mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio*. *In* Revista de Direito Internacional Econômico, nº9, out/ dez 2004.

_____. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. Saraiva: São Paulo, 3ª edição, 2013.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das normas no Direito Internacional*. Saraiva: São Paulo, 2013.

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

HUSEK, Carlos Robert. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: LTR, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis*. Brasília a. 39 n. 156 out./ dez. 2002.

_____. *Curso de Direito Internacional Público.* 8ª Ed, São Paulo: RT, 2014.

MOURA, Geraldo Bezerra de. *A competência da OACI em matéria de arbitragem internacional*. Editora RT, São Paulo, 1967.

NASSER, SAlem Hikmat. *Desenvolvimento, Costume Internacional e Soft Law*. *In* Direito Internacional e Desenvolvimento. JUNIOR, Alberto do Amaral (coord.). São Paulo: Manole, 2005.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Europeia: processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Demetrius Cesário. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humana. *A Política Externa e de Segurança Comum da União Europeia após o Tratado de Lisboa: a caminho da supranacionalidade?* São Paulo, 2012.

PORTELLA, Paulo Henrique Gonçalves na obra Direito Internacional Público e Privado – Incluindo Direitos Humanos e Comunitário. São Paulo: Ius Podium, 2015.

REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SEITENFUS, Ricardo. *Da Esperança à crise: as organizações internacionais frente ao Direito e o poder*. Disponível em:<http://www.seitenfus.com.br/arquivos/esperan%C3%A7a-crise.pdf>.

SMITH. Michael E. SMITH. *Europe's Foreign and Security Policy: the institutionalization of cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

STELZER, Joana. *União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, 2001.

SWEET, Alec Stone; SANDHOLTZ, Wayne. *European integration and supranational governance*. Journal of European Public Policy, London, v. 4, n. 3, 1997.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 2ª ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

YOUNG, Oran R. *The effectiveness of internacional institutions: hard cases and critical variables*. *In* Governace without government: order and change in world politics. Rosenau, James N. and Czempiel, Ernest-Otto, Cambridge University Press, 2000.

IMUNIDADES E PRIVILÉGIOS DOS MEMBROS DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Ana Carolina Souza Fernandes[1]

Sumário: Considerações Iniciais. 1. Regime Jurídico das Imunidades e Privilégios das Organizações Internacionais. 1.1. Convenção de Londres. 1.2. Acordo de Sede. 2. Teorias Que Justificam as Imunidades e Privilégios. 3. Modalidades de Imunidades e Privilégios. Conclusão. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo objetiva o estudo dos institutos jurídicos das imunidades e privilégios dos membros das organizações internacionais, bem como seus alcances e eventuais limitações, considerando que referido benefício destinava-se apenas aos membros de missões diplomáticas no âmbito dos Estados.

A partir da Primeira Guerra Mundial, diversas organizações internacionais foram sendo criadas. É fundamental, portanto, que na consecução de seus objetivos, referidas organizações internacionais se beneficiem de certas liberdades (ou liberalidades) que sejam livres do poder soberano dos Estados. Pretendeu-se, pois, estender imunidades e privilégios aos membros das organizações internacionais.

Cumpre esclarecer, de pronto, as diferenças conceituais entre um instituto e outro. A imunidade refere-se a não-sujeição dos membros das organizações internacionais às decisões judiciais locais, ou seja, do Estado cuja organização internacional tenha sede (imunidade de jurisdição), como também a impossibilidade de execução de seus bens em função do exercício de suas atividades (imunidade de execução), ao passo que os privilégios estão relacionados a não-aplicação ou aplicação diferenciada da legislação do Estado sede da organização internacional, dentre outros direitos garantidos, tal como a livre circulação, a inviolabilidade, etc.

Nesse diapasão, estariam os atos de *jure imperii* e os atos de *jure gestionis* das organizações internacionais englobados no regime de imunidades e privilégios? Ou haveria qualquer limitação? Tais questionamentos são pertinentes pelo simples fato de se explorar eventuais responsabilidades por atos cobertos pelas imunidades e privilégios decorrentes de convenções e tratados internacionais no âmbito específico da Organização das Nações Unidas ("ONU").

[1] Pós-graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós-graduada em Direito dos Contratos e Direito Societário (L.LM) pelo Insper – Instituto e Pesquisa. Mestre em Direito com Ênfase em Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Diante dessa breve introdução, adentraremos na temática proposta, abrangendo alguns aspectos que entendemos importantes e pertinentes. Em um primeiro momento, trataremos do regime jurídico das imunidades e privilégios das organizações internacionais, na medida em que se torna necessário conhecer a fonte de sua "obrigatoriedade". Em um segundo momento, por meio da análise das teorias que justificam sua observância, poder-se-á chegar a um entendimento sobre o modo que se aborda a questões nos dias de hoje. O presente artigo não restaria completo sem que fossem conhecidas as modalidades de imunidades e privilégios que o ordenamento jurídico internacional estabelece para seus agraciados. E, por fim, analisaremos a possibilidade de renúncia de tais imunidades e privilégios.

Apesar de termos a ONU como uma das muitas organizações internacionais existentes atualmente, os problemas por ela enfrentados não diferem dos problemas enfrentados por outras organizações internacionais. As imunidades e privilégios dos Estados são originários, ou seja, decorrentes de sua soberania. Em se tratando das organizações internacionais, por serem sujeitos derivados de direito internacional público, indaga-se a necessidade de um regime específico ou se tais benefícios decorrem tão somente de aspectos funcionais.

1. REGIME JURÍDICO DAS IMUNIDADES E PRIVILÉGIOS DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Os Estados exercem soberania plena dentro dos seus limites territoriais. Essa assertiva decorre da análise dos elementos constitutivos de um Estado que, além da soberania, incluem-se a população e o território. Diante disso, outra afirmação é verdadeira: os Estados, em suas relações com outros Estados, sujeitam-se ao princípio da igualdade soberana. Corroborando esse entendimento, José Cretella Neto[2] informa que "isso [soberania] significa que – exceto por aceitação explícita – nenhum Estado se submete a quaisquer atos de autoridade de outro Estado, inclusive jurisdicionais, conforme a máxima *par in parem non habet iurisdictionem*[3]".

No entanto, como toda regra tem sua exceção, por razões diversas, os Estados acabam aceitando certas limitações em sua jurisdição no tocante às relações diplomáticas e consulares, concedendo imunidades e privilégios a membros de missões acreditadas em determinado País, por exemplo, ao estabelecer uma embaixada ou um consulado no Brasil.

[2] Cretella Neto, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 2.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2007, p. 613.

[3] Expressão latina que quer dizer, *ipsis litteris*: "os iguais não tem jurisdição entre si".

Inicialmente, a concessão de imunidades e privilégios diplomáticos surge como "um direito costumeiro de proteção aos emissários, que lhes assegura livre trânsito, inviolabilidade dos documentos que transportam e imunidade às leis das regiões que percorrem, sujeito, em regra, ao *princípio da reciprocidade*"[4]. Posteriormente passa a ser previsto por meio de alguns tratados internacionais, na qual citamos a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961)[5], que justifica sua necessidade quando preconiza em seu preâmbulo que referida Convenção "(...) contribuirá para o desenvolvimento de relações amistosas entre as Nações, independentemente da diversidade dos seus regimes constitucionais e sociais".

Com o surgimento de organizações internacionais (de caráter universal ou regional) e estas adquirindo um caráter cada vez mais político na consecução de seus objetivos, adotou-se uma prática reiterada de equiparar as atividades exercidas por seus funcionários ou representantes às atividades praticadas por membros de missões diplomáticas[6]. Assim, estendeu-se aos membros representantes de determinada organização internacional as mesmas imunidades e privilégios outrora concedidos exclusivamente aos diplomatas[7].

Com o Pacto da Liga das Nações, o que era costume se transformou em norma escrita. O artigo 7°, § 4° determinou que "os Representantes dos Membros da Sociedade e seus agentes gozarão, no exercício de suas funções, privilégios e imunidades diplomáticas". E tal situação perdurou até o advento da ONU que dispôs, no artigo 105 de sua carta constitutiva, o que segue:

> Artigo 105.
> 1. A Organização gozará, no território de cada um dos

[4] Cretella Neto, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 2.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2007, pp. 615-616. Adicionalmente, a própria Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, em seu artigo 2 preconiza que "o estabelecimento de relações diplomáticas entre Estados e o envio de Missões diplomáticas permanentes efetua-se por consentimento mútuo".

[5] Entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 56.435, de 08 de junho de 1965.

[6] Nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, em seu artigo 3, as funções de uma Missão diplomática consistem, entre outras, em: "a) representar o Estado acreditante perante o Estado acreditado; b) proteger no Estado acreditado os interêsses do Estado acreditante e de seus nacionais, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional; c) negociar com o Govêrno do Estado acreditado; d) inteirar-se por todos os meios lícitos das condições existentes e da evolução dos acontecimentos no Estado acreditado e informar a êsse respeito o Govêrno do Estado acreditante; e) promover relações amistosas e desenvolver as relações econômicas, culturais e científicas entre o Estado acreditante e o Estado acreditado".

[7] Vide, por exemplo, o constante no artigo 105 da Carta da ONU ou o artigo 19 do estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou, ainda, o artigo 133 da Carta da Organização dos Estados Americanos.

> seus Membros, dos privilégios e garantias necessários à realização de seus propósitos.
> 2. Os representantes dos Membros das Nações Unidas e os funcionários da Organização gozarão, igualmente, dos privilégios e imunidades necessários ao exercício independente de suas funções relacionadas com a Organização.
> 3. A Assembleia Geral poderá fazer recomendações com o fim de determinar os pormenores da aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo ou poderá propor aos Membros das Nações Unidas convenções nesse sentido.

Verifica-se, pois, na Carta da ONU a exclusão da referência "imunidades diplomáticas" em detrimento da inclusão de que as imunidades e privilégios concedidos aos agentes e representantes da ONU relacionam-se exclusivamente aos propósitos da organização internacional na qual fazem parte e da necessidade de realização destes propósitos[8].

A esse respeito, Rosalyn Higgins[9] prescreve que:

> Mais atenção deve ser dada às imunidades das organizações internacionais e os tribunais locais devem ser encorajados a compreender que suas imunidades são necessárias e baseadas nas necessidades funcionais da própria organização,

[8] Inclusive, o relator do Comitê IV/2, adotado na Conferência de São Francisco, fez o seguinte comentário: "De modo a determinar a natureza dos privilégios e imunidades, o Comitê achou melhor evitar o termo 'diplomático' e preferiu substituir por um termo mais adequado, baseado, nos propósitos da Organização, na necessidade de realização de seus propósitos e, no caso de representantes de seus membros e funcionários da Organização, lhes dar bases para o exercício independente de suas funções". No original: "In order to determine the nature of the privileges and immunities, the Committee has seen fit to avoid the term 'diplomatic' and has preferred to substitute a more appropriate standard, based, for the purposes of the Organization, on the necessity of realizing its purposes and, in the case of the representatives of its members and the officials of the Organization, on providing for the independent exercise of their functions" (Organização das Nações Unidas. *Documents of the United Nations Conference on International Organization*. São Francisco. Vol. 3, 1945, p. 704).

[9] No original: "More attention should be paid to the immunities of international organizations, and local courts should be encouraged to appreciate that their required immunities are based on functional needs of their own, not on any artificial assimilation to states and diplomatic missions" (Higgins, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How to Use It*. Clarendon University Press: Oxford, 1994, p. 91).

> não em qualquer assimilação artificial aos Estados e missões diplomáticas.

Todavia, se discute acerca do grau de privilégios e imunidades concedidos às organizações internacionais. A esse respeito, pondera a autora[10] que:

> A questão é completamente diferente: trata-se de saber se o direito internacional exige algum tipo diferença entre pessoa internacional, uma organização internacional, para que imunidades funcionais sejam concedidas. A base para uma resposta afirmativa – que eu acredito estar correta – encontra-se na boa-fé (ou seja, em assegurar o que for necessário para que uma organização exerça suas funções) e não no respeito à soberania ou à sua representação, por meio da diplomacia. A princípio, não vejo diferença entre uma organização de cunho universal e de uma organização com limitado número de membros. Não se trata, sob o ponto de vista da organização, de "reconhecimento" da personalidade da organização. Mas simplesmente que os membros – e *a fortiori* os Estados-sede – não podem, ao mesmo tempo, criar uma organização e deixar de lhe conceder todas as imunidades que assegurem o seu papel, distinto do Estado-sede.

O instituto das imunidades e privilégios das organizações internacionais, notadamente da ONU – mas também não excluindo as chamadas agências ou organizações especializadas, contêm também, como suporte jurídico os seguintes documentos: (i) Convenção das Nações Unidas sobre Privilégios e

[10] No original: "The issue is really quite different: it is whether the international law requires that a different type of international person, an international organization, be accorded functional immunities. The basis for an affirmative answer – which I believe to be correct – lies in good faith (that is, provision of what is necessary for an organization to perform its functions) and not in deference to sovereignty or to its representation through diplomacy. And I can see no difference in principle between an organization of universal membership and one of limited membership. The issue is not, *so far as the membership is concerned*, one of 'recognition' of the personality of the organization. It is simply that members – and *a fortiori* the headquarters state – may not at one and the same time establish an organization and fail to provide it with those immunities that ensure its role as distinct from that of the host state (…)" (Higgins, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How to Use It*. Clarendon University Press: Oxford, 1994, p. 91.)

Imunidades de 1946 (também conhecida como "Convenção de Londres"); e (ii) Acordo de Sede entre os Estados Unidos e a ONU[11].

Por tal razão, bastante pertinente as lições de Antônio Augusto Cançado Trindade[12], que entende ter se formado, "ainda que de modo atomizado, um *corpo iuris* sobre os privilégios e imunidades das organizações internacionais", não se mostrando "necessário nem apropriado acudir a 'analogias' com o regime jurídico das imunidades dos Estados e seus agentes".

Para os fins do presente artigo, limitar-nos-emos a estudar os tratados internacionais acima destacados. No entanto, outros tratados internacionais foram assinados no âmbito das imunidades e privilégios como, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas, conhecida como "Convenção de Nova Iorque".

1.1 CONVENÇÃO DE LONDRES

Conhecida como Convenção de Londres e adotada pela Assembleia Geral em 13 de fevereiro de 1946[13], a Convenção das Nações Unidas sobre Privilégios e Imunidades foi resultado de estudos preliminares realizados tanto pela Comissão Preparatória quanto pela Assembleia Geral da ONU acerca da problemática, objeto deste artigo. De acordo com Yu-Long Ling, "o propósito desta Convenção é dar certos privilégios e imunidades às Nações Unidas como Organização, bem como os representantes dos Estados-membros, funcionários das Nações Unidas e especialistas em missão para as Nações Unidas"[14].

Nesse desiderato, o artigo 2° da Convenção de Londres dispõe que "a Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, onde quer que estejam e quaisquer que sejam os seus detentores, gozam de imunidade de jurisdição, salvo a hipótese de expressa renúncia por parte da Organização, em hipóteses especiais. Fica, porém, entendido que a renúncia não pode estender-se a medidas de execução". Diferentemente do que preconiza a Carta da ONU, a Convenção de Londres diferencia entre imunidade de jurisdição e imunidade de execução, que será mais bem exposto ao longo do presente artigo. Cumpre, por

[11] Em vigor desde 21 de novembro de 1947.

[12] Trindade, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 2.ed. Editora Del Rey: Belo Horizonte, p. 661.

[13] Entra em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 16 de fevereiro de 1950, por meio do Decreto n° 27.784.

[14] No original: "the purpose of this Convention is to give certain privileges and immunities to the United Nations as an Organization, as well as to the representative Members States, officials of the United Nations and experts on missions for the United Nations" (Ling, Yu-Long. *A Comparative Study of the Privileges and Immunities of United Nations and Officials with the Traditional Privileges and Immunities of Diplomatic Agents*. 33 Wash. & Lee L. Rev. 91 (1976)).

ora, esclarecer que enquanto este se relaciona à execução de bens, aquele está vinculado a não sujeição dos membros ou representantes aos tribunais locais.

A Convenção de Londres, portanto, traz a hipótese de renúncia desses benefícios, o que reitera que vige a teoria da necessidade funcional em detrimento às demais teorias (da substituição e da extraterritorialidade). Ou seja, as imunidades e privilégios são inerentes às funções exercidas e aos propósitos a serem almejados pela ONU (ou outra organização internacional) e não à pessoa indicada ou eleita para o respectivo cargo.

1.2 ACORDO DE SEDE

Diante das próprias características das organizações internacionais, elas são desprovidas de território e o acordo de sede tem como propósito, justamente, fornecer elementos para que elas possam cumprir suas finalidades. Na maioria das vezes, o acordo de sede não é senão um tratado internacional por tempo indeterminado, em sua modalidade bilateral, firmado entre a organização internacional e o Estado hospedeiro e que estabelecerá os termos e condições dessa relação.

No caso em tela, o Acordo de Sede, denominado de *Headquarters Agreement*, é um tratado internacional firmado entre os Estados Unidos e a ONU, assinado em 26 de junho de 1947 e aprovado pela Assembleia Geral em 31 de outubro de 1947, que estabeleceu a cidade de Nova Iorque como sede da ONU, delimitando o espaço a ser ocupado, nos termos do Anexo 1 do referido tratado.

Inclusive, o artigo 1°, itens "a" e "b" esclarece que "sede" significa: (i) a área determinada no Acordo de Sede e (ii) qualquer outra propriedade ou prédio que, de tempo em tempo, pode ser incluído no Acordo de Sede, por meio de acordos complementares firmados com as autoridades americanas.

Resta esclarecer, no entanto, que antes da Convenção de Londres[15], apenas o Acordo de Sede, em conjunto com o *International Organization Immunities Act* norte-americano é que regia a questão sobre imunidades e privilégios da ONU trazendo algumas ambigüidades no tocante ao regime jurídico deste instituto. Isso porque a Convenção de Londres, por exemplo, trata apenas membros temporários[16], ao passo que para os membros permanentes da ONU, o regime jurídico é o Acordo de Sede. A conseqüência é clara: se de um lado, o Acordo de Sede garante total imunidade e privilégios aos membros

[15] Ratificada pelos Estados Unidos apenas em 15 de abril de 1970.

[16] A Seção 16 do artigo 4° informa que o termo "representante", "será considerado como compreendendo todos os delegados, delegados adjuntos, conselheiros, peritos técnicos e secretários de delegação", razão pela qual entendemos que se trata apenas de representantes em trânsito ou para reuniões específicas.

permanentes da ONU[17], equiparando-os às missões diplomáticas; por outro lado, a Convenção de Londres restringe-os[18].

Alguns anos mais tarde, todavia, tal dilema foi encerrado, na medida em que a Corte Internacional de Justiça, em 1989, no Parecer Consultivo sobre a Aplicabilidade do Artigo VI, Seção 22 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (também conhecido como Caso Mazilu) sentenciou que:

> os privilégios e imunidades dos artigos V e VI são conferidos com vista a garantir a independência dos funcionários e peritos no interesse da Organização Internacional; esta independência deve ser respeitada por todos os Estados, incluindo o Estado da nacionalidade e do Estado de residência[19].

Desde então, se se reconhece os privilégios e imunidades aos membros de organizações internacionais, atuando em prol da consecução de seus objetivos, independentemente da nacionalidade ou do local de residência do funcionário de tal ou qual organização internacional.

2. TEORIAS QUE JUSTIFICAM AS IMUNIDADES E PRIVILÉGIOS

No que diz respeito a artifícios de mútua cooperação, os Estados não medem esforços para concessão de direitos e privilégios aos representantes de outros Estados (e, eventualmente, aos representantes de organizações internacionais). Mediante o aparecimento das primeiras concessões diplomáticas, muitas foram às teorias surgidas, com o fito de explicar ou justificar a extensão das imunidades e privilégios. Teóricos nacionais e estrangeiros[20] indicam que as principais teorias que justificam as imunidades e privilégios consistem em: (i) teoria da substituição; (ii) teoria da extraterritorialidade; e (iii) teoria da necessidade funcional.

---

[17] Nesse sentido, ver Seção 13, "b" "3" combinado com Seção 15 da Convenção de Londres.

[18] Nesse sentido, ver Artigo IV.

[19] No original: "(...): the privileges and immunities of Articles V and VI are conferred with a view to ensuring the independence of international officials and experts in the interests of the Organization; this independence must be respected by all States, including the State of nationality and the State of residence".

[20] Nesse sentido, ver: Cretella Neto, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 2.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2007; MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades Internacionais: Tribunais Nacionais ante a Realidade das Organizações Internacionais*. 2.ed. Fundação Alexandre de Gusmão: Brasília, 2011; Kunz, Josef L. *Privileges and Immunities of International Organizations*. American Journal of International Law, XLI (Outubro, 1947).

Sob a regência da teoria da substituição ou da representatividade, "o agente diplomático é a personificação de seu governante ou de um Estado soberano, cuja independência deve ser respeitada"[21]. Quer-se dizer que essa teoria seria uma extensão da vontade do soberano. Em outras palavras, essa teoria preconiza que a concessão de tais benefícios por parte do Estado receptor baseia-se no princípio de direito internacional que prevê a independência e igualdade dos Estados, conforme anteriormente informado. Como consequência, o representante de um Estado soberano não poderia submeter-se à vontade ou às leis do Estado receptor. No entanto, no que diz respeito a essa teoria, há quem entenda que não é uma teoria em si mesma, mas simplesmente um importante elemento para construir uma base jurídica sobre as imunidades e os privilégios[22].

Ao passo que a teoria da substituição entende-se haver uma extensão da pessoa do soberano, a teoria da extraterritorialidade prestigia a extensão do território da pessoa estabelecida no território hospedeiro, aplicando, portanto, os entendimentos de H. Briggs[23], na qual "dentro do domínio nacional a vontade da soberania territorial é suprema". Assim, referida teoria tem como pano de fundo 02 (dois) princípios, a saber: (i) o conceito de residência, na medida em que o agente diplomático não é sujeito à jurisdição local, mas de seu Estado de origem; e (ii) alargamento do conceito de território, na medida em que considera-se a localidade do agente como nacional, embora em território de jurisdição de outrem.

Não obstante as diversas críticas a respeito e a aversão de aplicá-la pelos tribunais internacionais, reconhece-se que esta teoria embasa os critérios de inviolabilidade do edifício da missão, dos móveis, dos arquivos e dos documentos, diante do que dispõe os artigos 22 e 24 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas[24], *in verbis*:

---

[21] No original: "the diplomatic agent is the personification of his ruler or of a sovereign state whose independence must be respected" (Ling, Yu-Long. *A Comparative Study of the Privileges and Immunities of United Nations and Officials with the Traditional Privileges and Immunities of Diplomatic Agents*. 33 Wash. & Lee L. Rev. 91 (1976).

[22] No original: "In modern times, therefore, the theory of representative character can only be regarded as an important element of an adequate theory which can form the juridical basis of diplomatic immunity and privileges, rather than being a theory in its own right." (Khattak, Hayatullah Khan. *Diplomatic Immunities and Privileges: The Continuing Relevance of the Functional Necessity Theory*. Disponível em: <http://www.criterion-quarterly.com/diplomatic-immunities-and-privileges-the-continuing-relevance-of-the-functional-necessity-theory/>. Acesso em 19 de setembro de 2015).

[23] No original: "within the national domain the will of the territorial sovereign is supreme" (Briggs, H. *The Law of Nations: Cases, Documents and Notes.* 2.ed. Stevenson & Sons: Londres, 1952, p. 298).

[24] De maneira semelhante dispõe a seção 3 do artigo II da Convenção de Londres, senão vejamos: "Os locais da Organização são invioláveis. Seus bens e haveres, qualquer que seja sua sede ou o seu

> Artigo 22.
> 1. Os locais da Missão são invioláveis. Os Agentes do Estado acreditado não poderão neles penetrar sem o consentimento do Chefe da Missão.
> 2. O Estado acreditado tem a obrigação especial de adotar todas as medidas apropriadas para proteger os locais da Missão contra qualquer intrusão ou dano e evitar perturbações à tranqüilidade da Missão ou ofensas à sua dignidade.
> 3. Os locais da Missão, em mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução.
> (...)
> Artigo 24.
> Os arquivos e documentos da Missão são invioláveis, em qualquer momento e onde quer que se encontrem.

Entretanto, na construção do *corpus juris* internacional a respeito das imunidades e dos privilégios essa teoria foi integralmente descartada, sob a alegação de que referida teoria "não fornece uma base satisfatória para conclusões práticas"[25].

Por fim, a última teoria, da necessidade funcional, nos parece mais bem alinhadas aos preceitos ora tratados neste artigo, notadamente a partir da leitura da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Entendemos que somente essa teoria é capaz de justificar a concessão de imunidades e privilégios às organizações internacionais, nos seguintes termos:

> O concerto europeu, que se cria a partir da Paz de Westfália (1648), assiste à consolidação do sistema de diplomacia permanente, dada a intensificação

detentor, estarão isentos de buscas, requisição, confisco, expropriação ou de tôda outra forma de coação executiva, administrativa, judiciária ou legislativa". Já a seção 4 deste mesmo artigo, dispõe que "os arquivos da Organização e, de um modo geral, todos os documentos a ele pertencentes ou em seu poder, serão invioláveis, seja qual fôr o local onde se encontrem".

[25] No original: "(…) does not consider that the conception of ex-territoriality, whether regarded as a fiction or given a literal interpretation, furnishes a satisfactory basis for practical conclusions" (Khattak, Hayatullah Khan. *Diplomatic Immunities and Privileges: The Continuing Relevance of the Functional Necessity Theory*. Disponível em: <http://www.criterion-quarterly.com/diplomatic-immunities-and-privileges-the-continuing-relevance-of-the-functional-necessity-theory/>. Acesso em 19 de setembro de 2015).

> das relações entre os Estados e das tentativas de concretização do ideal de igualdade de soberania entre os Estados. (...). Nessa nova configuração política e jurídica da sociedade internacional, as imunidades não mais são concedidas *ratione personae*, e sim *ratione functione*, obedecendo a critério técnico, sujeito aos interesses diplomáticos dos Estados[26].

Ora, os benefícios são concedidos não em função das pessoas, mas sim dos cargos que ocupam ou das finalidades que pretendem almejadas. Vejamos o preâmbulo da Convenção de Londres[27]:

> Considerando que o artigo 104 da Carta das Nações Unidas estabelece que a Organização goza, no território de cada um de seus Membros, da capacidade jurídica necessária para exercer suas funções e atingir seus objetivos;
> Considerando que o artigo 105 da Carta das Nações Unidas estabelece que a Organização goza, no território de cada um dos Estados membros, dos privilégios e imunidades necessários para atingir seus objetivos e que os representantes dos Membros das Nações Unidas e os funcionários da Organização gozam, legalmente, dos privilégios e imunidades necessários ao livre exercício de suas funções em relação à Organização.
> (...).

Embarca nessa teoria a doutrina dos poderes implícitos, uma criação da Suprema Corte dos Estados Unidos[28], quando da discussão das

[26] Cretella Neto, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 2.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2007, p. 617.

[27] Não se fez referência à Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, considerando que se trata, pois, de relações diplomáticas e consulares e não de organizações internacionais. Ainda assim, desde esse momento, já se prescreveu a teoria da necessidade funcional.

[28] Vide Caso Mc Culloch *versus* Maryland (1819), na qual foi decidido que: "(...) even though the Federal Government only had 'enumerated powers' these powers cannot be limited to those literally provided for in the Constitution, since the authority of the Federation had not been thoroughly described in the fundamental Charter. Consequently, the Federal Government could make resource of all the 'implicit' powers which proved to be necessary for exercising the functions it had constitutionally assigned. Even so, the Government's 'implicit' powers should

atribuições e competências do Governo Federal e dos Estados, e que acabou sendo incorporada no seio das organizações internacionais. Citando H. G. Shermers[29]:

> No que diz respeito às organizações internacionais cujas atribuições estão enumeradas em um número relativamente pequeno de artigos de seu tratado constitutivo, a teoria dos poderes implícitos é tão essencial que a sua eventual aplicação pode ser seguramente inferida. Podemos supor que as atribuições atribuídas a uma organização internacional em particular implicam uma competência sem a qual essas atribuições não conseguiriam ser realizadas de uma forma razoável e útil.

Em outras palavras, quer-se dizer que a ONU (e, eventualmente, outras organizações internacionais) detém poderes além daquelas conferidos em seus tratados constitutivos. Esse entendimento adveio, no âmbito internacional, por meio de decisões da Corte Internacional de Justiça, na medida em que a Carta da ONU nada dispôs a respeito das imunidades e privilégios das organizações internacionais. A principal decisão – que se considera o ponto de partida para uma construção jurisprudencial adotando a doutrina dos poderes implícitos – é a Opinião Consultiva sobre Reparações pelos Danos sofridos pelos serviços prestados às Nações Unidas.

Ato contínuo, diante dessa teoria – da necessidade funcional – é que é possível dizer que as imunidades e privilégios das organizações internacionais não são absolutos[30], na medida em que comportam renúncia, de acordo com o artigo 2° da Convenção de Londres. Isso porque a renúncia previne abusos e/ou injustiças. E tal assertiva resta clara a partir da leitura da Seção 14 do artigo IV do Acordo de Londres:

---

respect the distribution of competences between the State and the Union provided for in the Constitution itself".

[29] No original: "As regard international organizations whose tasks are enumerated in a relatively small number of articles of a constitution, the theory of implied powers is so essential that its possible application can be safely assumed. We may suppose that tasks attributed to a particular organization imply a competence without which these tasks could not be performed in a reasonable and useful manner" (Schermers, H. G. *International Institutional Law*. 1980, p. 334).

[30] Muito embora haja quem entenda que as imunidades e privilégios são absolutos, desde que não renunciem expressamente a eles. Nesse sentido, ver: Cretella Neto, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 2.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2007, p. 637. Em nosso entendimento, todavia, se há a possibilidade de restringir ou limitar um direito, este jamais poderá ser absoluto.

> Os privilégios e imunidades são concedidos aos representantes dos Membros, não como vantagem pessoal, mas sim a fim de assegurar o livre exercício de suas funções no que se refere à Organização. Conseqüentemente, um Membro tem, não somente o direito, mas sim o dever de suspender a imunidade de seu representante, em todos os casos em que, a seu juízo, a imunidade impediria a aplicação da justiça e nos quais ela poderia ser suspensa sem prejuízo das finalidades para as quais a imunidade é concedida.

Cumpre concluir, assim, que a renúncia deve partir da organização internacional da qual o indivíduo faz parte. Ou seja, não cabe ao indivíduo renunciar ou não, mas à autoridade máxima da referida organização. Por exemplo, no caso da ONU, o Secretário Geral ou a quem ele delegar tal incumbência. Verifica-se, assim, um caráter de liberalidade ou discricionariedade por parte da organização internacional. No entanto, é imprescindível que a renúncia seja expressa, sob pena de não ter validade.

Ainda, importante mencionar que diante da teoria da necessidade funcional, qualquer representante das organizações internacionais, enquanto no exercício de suas funções, afasta-se a aplicação do princípio da *persona non grata*, na medida em que referido representante está vinculado à ONU e não ao Estado hospedeiro. Porém, pouco se insurge em situações como estas. É preciso uma violação grave de seu dever funcional.

Infelizmente, a Convenção de Londres não estipulou mecanismos para resolução de problemas dessa dimensão, limitando-se a mencionar apenas que a ONU envidará esforços a fim de evitar que abusos pudessem ser cometidos em função das imunidades e privilégios (artigo 21)[31].

[31] Em contrapartida, a Convenção de Nova Iorque determinou na 25° Seção que:
"1. As autoridades territoriais não exigirão que os representantes dos membros nas reuniões convocadas pelas agências especializadas, enquanto no exercício de suas funções e durante suas viagens para e do lugar da reunião, e os funcionários incluídos no sentido da 18° Seção, deixem o país no qual estão exercendo suas funções por causa de nenhum ato por eles exercidos em sua qualidade oficial. No caso, porém, de abusos de privilégios de residência cometidos por pessoas em atos fora das suas funções oficiais, o Governo poderá exigir que as deixem esses país, contanto que: (i) não se exija que os representantes dos membros ou pessoa que tem direito à imunidade diplomática de acordo com a 21° Seção, deixem o país, a não ser de conformidade com o procedimento diplomático aplicável aos enviados diplomáticos acreditados nesse País; e (ii) no caso de um funcionário ao qual não seja aplicável a 21° Seção, nenhuma ordem de deixar o País será expedida a não ser com a aprovação no Ministério do Exterior do País em apreço, e essa aprovação só será dada após consulta com o Diretor Executivo da Agência Especializada interessada; e, se for instaurado processo para a expulsão de um funcionário, o Diretor Executivo

3. MODALIDADES DE IMUNIDADES E PRIVILÉGIOS

Convém inicialmente, para melhor compreensão, esclarecer a existência de 02 (dois) tipos de imunidades, a saber: (i) imunidade de jurisdição; e (ii) imunidade de execução, a despeito dos privilégios. Cumpre-se, neste artigo, entender qual o alcance dos mesmos para: (a) demonstrar que tais imunidades e privilégios não são necessariamente absolutos e (b) quais as situações (atos *jure imperii* ou atos *jure gestionis*), com base na teoria vigente acima informada, estão abarcados tais benefícios.

A imunidade de jurisdição refere-se a não sujeição dos membros das organizações internacionais às leis e/ou às decisões judiciais do local onde cumpre suas funções. Ou seja, em eventual hipótese de sentença condenatória, este não surtirá efeitos, exceto na hipótese na prática de atos como particulares, dissociadas às funções de seu cargo. Leciona José Cretella Júnior[32] que "salvo expresso consentimento do Estado acionado na jurisdição de outro Estado, aquele não poderá ser submetido aos tribunais deste". Da mesma forma entende Guido Fernando Silva Soares[33]:

> As missões junto a organismos internacionais têm funções iguais às das missões diplomáticas permanentes: representam o Estado que envia, informam-lhe o andamento dos trabalhos e das negociações, e, sobretudo, agem em seu nome, nas negociações, composição de comissões e sobretudo no processo de votação, processo esse de grande interesse político-diplomático do Estado que envia. Por tais características das missões junto a organismos internacionais, é inegável que os membros componentes das mesmas devam ter amplas garantias para o bom desempenho de suas funções, garantias essas que se expressam pelos privilégios diplomáticos e, sobretudo, pelas imunidades de jurisdição.

Por outro lado, a imunidade de execução consistiria na impossibilidade de os agentes terem seus bens executados, desde que,

da Agência Especializada, terá o direito de figurar nesse processo em nome da pessoal contra a qual for instaurado".

[32] Cretella Neto, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 2.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2007, p. 614.

[33] Soares, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1984, p. 189.

obviamente, em função de suas atividades. Ou seja, a imunidade é funcional (e não pessoal). Assim, a imunidade de execução visa coibir atos na tentativa de excutir propriedade alheia.

Tais imunidades – reiterando ainda mais o entendimento de que não são absolutos – podem ser garantidos tão somente em se tratando de atos *juri imperii* (o que seriam considerados atos imprescindíveis para a consecução dos objetivos e propósito das organizações internacionais), excluindo-se, pois, os atos *juri gestionis* (considerados como atos particulares dos membros das organizações internacionais). Distingue-se, portanto, atos de soberania ou atos de governo e atos de natureza comercial ou privada, respectivamente.

No que concerne aos privilégios, é unânime de que o Estado hospedeiro deve ao agente das organizações internacionais um alto nível de proteção. Não obstante o dever de proteção, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas ainda estipula certos privilégios, extensíveis aos seus familiares, a partir do momento em que assume o posto ou se encontre no território em referência, desde que a sua nomeação tenha sido devidamente notificada ao Ministério das Relações Exteriores.

Tais privilégios foram assim estabelecidos: (i) inviolabilidade do local de trabalho, dos arquivos e documentos, correspondências, dos bens e haveres, podendo ser tomadas quaisquer medidas necessárias para proteger o que for necessário (artigo 22 combinado com os artigos 24 e 27); (ii) isenção de impostos e taxas, nacionais, regionais e municipais, salvo exceção constante no artigo 23; (iii) livre circulação e liberdade de trânsito, exceto por motivos de segurança nacional (artigo 26); (iv) liberdade de comunicação; (v) inviolabilidade pessoal, não estando sujeito a nenhuma forma de detenção ou prisão, devendo adotar, em qualquer caso, medidas que impeçam qualquer ofensa à sua pessoa, liberdade e dignidade (artigo 29); (vi) inviolabilidade em sua residência, bens e correspondências (artigo 30); (vii) plena imunidade de jurisdição civil, administrativa e penal, englobando atos de império (artigo 31); e (viii) isenção de obrigações alfandegárias e inspeções de qualquer tipo (artigo 36).

Considerando que é assente a importância do papel desempenhado pelas organizações internacionais nos dias de hoje, exercendo influência não só política, mas econômica e social (inclusive em setores de vital relevância, tais como efetivação de direitos humanos e manutenção da paz mundial), nada mais natural do que conceder aos seus membros e funcionários, imunidades e privilégios para que possam desempenhar as funções que lhes são incumbidas.

O fato é que, diferentemente dos Estados, a ausência do requisito de territorialidade, as organizações internacionais necessitam estabelecer bases em algum de seus Estados membros, o que justifica ainda mais a preocupação em proteger seus membros e funcionários. É, portanto, com relação ao Estado hospedeiro que as imunidades e privilégios assumem maior relevância.

O Acordo de Sede contém declarações gerais que servem de base jurídica para a concessão de imunidades e privilégios dos membros permanentes, devendo ser interpretada juntamente com o disposto na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961). Em sua Seção 15, dispõe que qualquer pessoa designada como membro representativo da ONU ou com o *status* de embaixador ou plenipotenciário, bem como funcionários, mediante acordo entre o Secretário-Geral, o Governo dos Estados Unidos e o Governo do Estado membro, terão direito aos mesmos privilégios e imunidades correspondentes aos agentes diplomáticos[34].

CONCLUSÃO

Considerando que a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas lançou as primeiras bases para a elaboração da Convenção de Londres, transpondo imunidades e privilégios das missões diplomáticas aos membros das organizações internacionais, o então direito costumeiro passou a ser tornar norma escrita, incorporando definitivamente o instituto no direito internacional público. Todavia, há que se ter em mente que os fundamentos legais são completamente distintos.

As próprias bases jurídicas das imunidades e dos privilégios foram se aperfeiçoando a partir do Pacto da Liga das Nações até se consolidar com a criação da ONU, por meio de sua Carta constitutiva, na qual se estabeleceu que "a Organização gozará, no território de cada um dos seus Membros, dos

[34] No original: "Section 15:
(1) Every person designated by a Member as the principal resident representative to the United Nations of such Member or as a resident representative with the rank of ambassador or minister plenipotentiary,
(2) Such resident members of their staffs as may be agreed upon between the Secretary-General, the Government of the United States and the Government of the Member concerned,
(3) Every person designated by a Member of a specialized agency, as defined in Article 57, paragraph 2, of the Charter, as its principal resident representative, with the rank of ambassador or minister plenipotentiary at the headquarters of such agency in the United States, and
(4) Such other principal resident representatives of members of a specialized agency and such resident members of the staffs of representatives of a specialized agency as may be agreed upon between the principal executive officer of the specialized agency, the Government of the United States and the Government of the Member concerned, shall whether residing inside or outside the headquarters district, be entitled in the territory of the United States to the same privileges and immunities, subject to corresponding conditions and obligations, as it accords to diplomatic envoys accredited to it. In the case of Members whose governments are not recognized by the United States, such privileges and immunities need be extended to such representatives, or persons on the staffs of such representatives, only within the headquarters district, at their residences and offices outside the district, in transit between the district and such residences and offices, and in transit on official business to or from foreign countries".

privilégios e garantias necessários à realização de seus propósitos". Reitera-se, portanto, a incorporação da teoria da necessidade funcional e, via de consequência, da doutrina dos poderes implícitos no âmbito da ONU (e demais organizações internacionais pertencentes ou não à sua estrutura).

Vale dizer, no entanto, que os privilégios (tais como inviolabilidade do local de trabalho e residência ou pessoal, liberdade de locomoção ou comunicação, isenções, dentre outros listados nos respectivos tratados internacionais), no âmbito do *Headquarters Agreement* podem ser considerados como absolutos, porquanto se relativizados poderiam, em nosso entendimento, ser sujeitos à discricionariedade do Estado-sede, no caso, os Estados Unidos. Nesse sentido, a Seção 11 do referido tratado internacional é cristalino quanto ao caráter absoluto dos privilégios, muito embora tal conclusão pode ser diferente se analisados outros instrumentos jurídicos internacionais.

No que diz respeito às imunidades, o item (3) da Seção 13 equipara as autoridades ou membros da ONU às missões diplomáticas norte-americanas. Ou seja, devem ter o mesmo tratamento, além de estarem sujeitos às mesmas condições e obrigações. Adicionalmente, reforça o entendimento de as imunidades são concedidas enquanto necessárias ao cumprimento de seus propósitos, bem como para o exercício independente de suas funções.

No âmbito do contexto deste artigo, o *Headquarters Agreements* não faz menção expressa aos atos de *jure imperii* e aos atos de *jure gestionis* das organizações internacionais, como forma de relativização das imunidades. Todavia, já é consenso internacional que as imunidades – tanto a de jurisdição quanto a de execução – serão afastadas em se tratando de atos particulares dos membros da ONU, que não estejam direta e intrinsecamente relacionadas nem aos propósitos, nem ao exercício da função.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos Como Tema Global*. 2.ed.rev.ampl. Editora Perspectiva: São Paulo, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus: Rio de Janeiro, 1992.

BRIGGS, H. *The Law of Nations: Cases, Documents and Notes*. 2.ed. Stevenson & Sons: Londres, 1952.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4.ed. rev.atual. Editora Saraiva: São Paulo, 2005.

CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 2.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2007.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How to Use It*. Clarendon University Press: Oxford, 1994.

KHATTAK, Hayatullah Khan. *Diplomatic Immunities and Privileges: The Continuing Relevance of the Functional Necessity Theory*. Disponível em: <http://www.criterion-quarterly.com/diplomatic-immunities-and-privileges-the-continuing-relevance-of-the-functional-necessity-theory/>. Acesso em 19 de setembro de 2015

KUNZ, Josef L. *Privileges and Immunities of International Organizations*. American Journal of International Law, XLI (Outubro, 1947).

LING, Yu-Long. *A Comparative Study of the Privileges and Immunities of United Nations and Officials with the Traditional Privileges and Immunities of Diplomatic Agents*. 33 Wash. & Lee L. Rev. 91 (1976).

MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades Internacionais: Tribunais Nacionais ante a Realidade das Organizações Internacionais*. 2.ed. Fundação Alexandre de Gusmão: Brasília, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Documents of the United Nations Conference on International Organization*. São Francisco. Vol. 3, 1945.

SCHERMERS, H. G. *International Institutional Law*. 1980.
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 2.ed. Editora Del Rey: Belo Horizonte, p. 661.

O DESENROLAR HISTÓRICO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SEU PAPEL NA ATUALIDADE

Priscila Caneparo dos Anjos[1]

Sumário: Considerações Iniciais; 1. As Origens Históricas da Organização Internacional do Trabalho. 1.1. O Século XIX. 1.2. O Século XX; 2. O Nascimento da Organização Internacional; 3. A Estrutura da Organização Internacional do Trabalho. 3.1. A Conferência Internacional do Trabalho. 3.2. O Conselho de Administração. 3.3. A Repartição Internacional do Trabalho – Escritório Internacional do Trabalho; Conclusão. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em tempos modernos, as organizações internacionais possuem papéis decisivos na estrutura da sociedade internacional, onde não mais apenas os Estados, mas sim estas próprias figuras institucionais passam a ser sujeitos de direitos e obrigações em um plano internacional. Assim sendo, pode-se destacar a Organização Internacional do Trabalho ("OIT") como sendo a primeira organização, em moldes atuais, a desempenhar um papel incisivo e definitivo para a construção e permanência das organizações internacionais, em um contexto universal.

Dessa maneira, indispensável se faz o estudo de alguns terrenos que permitiram a criação da própria OIT, pautando-se, especialmente, em seu contexto histórico, a conjuntura, em termos gerais, que se deu seu desenvolvimento, os principais acontecimentos, dentro e fora de sua estrutura que facilitaram e solidificaram a sua estruturação, entre outros aspectos. Ainda, acaba por ser indispensável à análise de suas principais características e, especialmente, de sua composição orgânica, citando-se seus órgãos e suas principais atribuições.

Finalmente, em decorrência do estudo de tais pontos, acredita-se ser possível o entendimento da própria OIT e mais: as bases para a criação do ramo composto pelas organizações internacionais.

[1] Professora de Direito Constitucional e Direito Administrativo. Graduada pelo Centro Universitário Curitiba (2007). Possui especialização em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Atualmente, é doutoranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB/PR, desde 2008. Pesquisas voltadas, especialmente, aos temas de Direito Internacional Público e Direitos Humanos. Advogada.

1. AS ORIGENS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A OIT fora criada para enfrentar as mudanças da sociedade, advindas a partir da Revolução Francesa, sendo que os trabalhadores viviam, na prática, o falso moralismo dos ideais advindos de tal revolução, quais sejam, a liberdade e a igualdade. Assim, pode-se dizer que, desde seus primórdios, a OIT preocupou-se com o ser humano em si, em especial, na consolidação e efetivação daqueles direitos humanos considerados como sendo de segunda geração (direitos sociais, especialmente).

A OIT tem as suas origens na matriz social da Europa e da América do Norte do século XIX. Estas regiões assistiram ao nascimento da Revolução Industrial, que gerou um extraordinário desenvolvimento econômico, muitas vezes à custa de um sofrimento humano intolerável e graves problemas sociais. A ideia de uma legislação internacional do trabalho surgiu logo no início do século XIX em resposta às preocupações de ordem moral e econômica associadas ao custo humano da Revolução Industrial. No que tange à Revolução Industrial, pode-se dizer que:

> se desenvolveu também a partir do final do século XVIII, evidenciou a cruel realidade da aplicação desses postulados às relações de trabalho. O incremento da máquina a vapor substituiu braços humanos e desequilibrou a oferta e a procura de trabalho – desequilíbrio que se acentuou pelo fato de que mulheres e crianças, cada vez em maior número, passaram a procurar emprego, a fim de melhorar a receita familiar, aceitando salários inferiores aos dos homens[2].

Diz-se que já no século XIX iniciaram-se os trabalhos para a criação de uma entidade de defesa de direitos trabalhistas e de luta pela justiça social.

1.1. O SÉCULO XIX

Assim sendo, em 1818, Robert Owen, um industrial inglês, solicitou medidas protetoras para os trabalhadores e a formação de uma Comissão Social durante o Congresso da Santa Aliança, na Alemanha. Ele havia verificado, na indústria de fios de algodão, que um toque humanista motiva os trabalhadores, melhorando potencialmente os lucros aos sócios da fábrica. Apesar de todo o seu esforço para a captação de um enfoque social no trabalho humano, não fora bem aceito na Inglaterra, acabando por ser expulso.

[2] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 83.

Mesmo assim, Owen teve sua contribuição no advento da legislação e proteção ao trabalho e na internacionalização destas normas, a partir de duas situações, como bem se verifica a seguir:

> (...) o ressurgimento, sob várias formas, das *trade unions* inglesas e das batalhas que travaram para a obtenção de leis imperativas de proteção ao trabalho, o que levou o Parlamento Britânico a revogar, em 1924, proibições contidas nas leis de 1799 e 1800 e a *tolerar o sindicalismo*, embora sem atribuir personalidade jurídica às *trade unions*. (...) O sindicalismo, iniciado na Inglaterra, logo se expandiu para a França, Alemanha, Itália, Estados Unidos e outros países industrializados. (...) A proposta feita por Owen, em 1818, ao Congresso de *Aix – la – Chapelle*, convidando os Governos da Europa a estabelecer um limite legal internacional da jornada de trabalho. (...) instituindo direitos irrenunciáveis em favor dos trabalhadores (...)[3].

Do outro lado, na França, no período entre 1831 e 1834, observaram-se algumas revoltas, especialmente dos operários das fábricas de seda de Lyon, conhecidos como *canuts*, requerendo melhores condições de trabalho. Acontece que esses levantes vieram a ser sufocados de forma violenta por parte do governo. Ainda na França, entre os anos de 1838 e 1859, o industrial Daniel le Grand retomou as ideias de Robert Owen vindo a apoiar uma legislação progressista no domínio social e laboral, propondo melhores condições de trabalho aos operários das fábricas. Como bem argumenta Süssekind[4]:

> Mas foi o industrial alsaciano *Daniel le Grand* quem desenvolveu, desde 1841, ação meritória e contínua, com indiscutível sucesso, visando à internacionalização das normas social-trabalhistas. Ele advogou a instituição de um direito internacional para proteger as classes operárias contra o trabalho prematuro e excessivo, causa principal e fundamental do seu enfraquecimento físico, de sua degradação moral e da privação em que se vive.

[3] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 85.
[4] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 86.

Já em 1864, há a fundação da Primeira Internacional Operária em Londres. A Primeira Internacional não foi um partido, tendo um caráter de frente única operária entre dirigentes políticos, marxistas, anarquistas e sindicalistas. Então, a partir desta data, dirigiu-se uma grande luta pela reforma dos direitos políticos na Inglaterra, tendo sido feita uma campanha em toda a Europa, por uma legislação trabalhista mais progressiva, impulsionando a organização sindical em vários países. Igualmente, em 1866, há o reclame, no I Congresso Internacional Operário, por uma legislação trabalhista internacional, especialmente por conta da grave crise econômica instaurada naquele ano.

Então, no contexto de reivindicações operárias, a Alemanha, já nos anos de 1890, adota a primeira legislação social na Europa. Analisa-se que Bismarck, o "chanceler de ferro alemão", a partir de 1881, impulsiona uma legislação social, por influência de Ferdinand Lassalle, convencido de que apenas a ação do Estado pode fazer oposição e neutralizar as ideias revolucionárias. As leis que propugna são a lei de acidentes de trabalho, o reconhecimento dos sindicatos, o seguro doença, acidente ou invalidez, ente outras.

Do outro lado do atlântico, no ano de 1886, veio a ocorrer a Revolta de Haymarket, em Chicago, onde durante uma manifestação pacífica a favor do regime de 8 horas de trabalho, uma bomba estourou junto ao local, matando alguns policiais que, instantaneamente, abriram fogo contra os manifestantes. Esta revolta é considerada como uma das origens das comemorações internacionais do 1° de Maio.

Em 1889, há a fundação da Segunda Internacional de Paris. Neste, discutiu-se a proposta de uma legislação internacional baseada na jornada de trabalho de 8 horas, entre outras reivindicações, bem como a abolição dos exércitos nacionais. Esta nova Internacional caracterizou-se por manter reuniões periódicas, envolvendo as diversas tendências socialistas onde se decidiam resoluções a serem cumpridas por todos os partidos nacionais, contudo, respeitando as autonomias nacionais destes mesmos partidos. De maneira apenas didática, reproduz-se a cronologia das Internacionais:

- 1888 – Organização para o congresso de comemoração do centenário da queda da Bastilha
- 1889 – Congresso de Paris, o primeiro da Internacional Socialista
- 1º de maio de 1890 – Manifestação em favor da jornada de 8 horas
- 1891 – Congresso de Bruxelas
- 1893 – Congresso de Zurique
- 1896 – Congresso de Londres; expulsão definitiva dos anarquistas
- 1900 – Congresso de Paris, criação do BSI
- 1904 – Congresso de Amsterdã; criação da CSI
- 1907 – Congresso de Stuttgart
- 1914 – Congresso de Viena

Com as diversas manifestações e as pressões populares no interior dos Estados, em 1890, representantes de 14 países reuniram-se em Berlim para a formulação de sugestões que influiriam nas legislações nacionais sobre temas trabalhistas. No final deste século, então, em 1900, a Conferência de Paris cria a Associação Internacional para a Proteção dos Trabalhadores, sendo um organismo percussor da própria OIT. Esta teve a missão de traduzir e publicar a legislação social de diferentes países, nascendo a "Série Legislativa", publicada, inclusive hoje, pela OIT.

Adentrando ao século XX então, após a Primeira Guerra Mundial – e com a consequente Conferência da Paz –, o texto do Tratado de Versalhes incluiu a constituição da OIT, que tinha sob sua égide a defesa dos direitos humanos e a garantia da harmonia entre os povos.

1.2. O SÉCULO XX

No ano de 1906, ocorrera a Conferência de Berna, que adotou as primeiras convenções internacionais que reduzem o emprego do fósforo branco tóxico na fabricação de *cerillas* e a proibição do trabalho noturno das mulheres na indústria. Apesar de todos os avanços, no campo das legislações trabalhistas, com a eclosão, em 1914, da Primeira Guerra Mundial, houve uma inércia, uma vez que não ocorreram adoções de novas convenções acerca de tal tema, até que esse evento cessasse.

2. O NASCIMENTO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Com o final da Primeira Guerra Mundial, então, no ano de 1919, houve o nascimento e a criação da OIT, prevista na Conferência da Paz. Sua constituição converteu-se na Parte XIII[5] do Tratado de Versalhes, que deu fim

[5] Em seu preâmbulo, diz-se que: "Considerando que a Sociedade das Nações tem por objetivo estabelecer a paz universal e que tal paz não pode ser fundada senão sobre a base da justiça social; em atenção a que existem condições de trabalho que implicam para um grande número de pessoas em injustiça, miséria e privações, e que origina tal descontentamento que a paz e a harmonia universais correm perigo; em vista de que é urgente melhorar essas condições (por exemplo, no que concerne à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima da jornada e da semana de trabalho, ao aproveitamento da mão – de – obra, à luta contra o desemprego, à garantia de uma salário que assegure condições convenientes de existência, à proteção dos trabalhadores contra enfermidades gerais ou profissionais e os acidentes resultantes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores ocupados no estrangeiro, à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas); - tendo presente que a não – adoção por uma nação qualquer de um regime de trabalho realmente humanitário é um obstáculo aos esforços das demais desejosas de melhorar a sorte dos

à referida Guerra. Nesse marco histórico, ocorreram muitas reivindicações e movimentos socialistas que buscavam soluções e melhorias em vários aspectos.

Pontua-se que, nesse momento, com a criação da OIT, surge, igualmente, o Direito Internacional do Trabalho, que, segundo Arnaldo Süssekind[6], tem por finalidade:

> universalizar os princípios de justiça social e, na medida do possível, uniformizar as correspondentes normas jurídicas; estudar as questões conexas, das quais depende a consecução desses ideais; incrementar a cooperação internacional, visando à melhoria das condições de vida do trabalhador e à harmonia entre o desenvolvimento técnico – econômico e progresso social.

A criação da OIT dependeu de determinados argumentos humanitários, políticos e econômicos[7] em favor da definição de normas internacionais do trabalho, já referidos no Preâmbulo da Constituição de 1919, o qual começa dizendo que só se pode fundar uma paz universal e duradoura com base na justiça social. Nesse momento, passa-se a análise de tais argumentos.

No que tange à sua justificativa política, pode-se dizer que seu foco plaina na questão da eliminação das diferenças sociais para a manutenção da paz. Entende-se que, caso as condições de vida dos trabalhadores não melhorassem, esses, em número cada vez maior por conta do processo de industrialização, criariam, certamente, certos distúrbios sociais, podendo mesmo fomentar a revolução. No preâmbulo da Carta Constitutiva da OIT, diz-se que a injustiça social gera um descontentamento que a paz e a harmonia universais são colocadas em perigo.

Adentrando à segunda justificativa, de cunho humanitário, entende-se que essa visava proporcionar o mínimo de dignidade aos trabalhadores, além de tender a minimizar os trabalhos injustos. Demonstrou-se ser necessária a criação de tal organização, nesse sentido, uma vez que as condições a que se encontravam sujeitos os trabalhadores, cada vez mais numerosos e explorados, sem qualquer consideração pela sua saúde, vida familiar ou desenvolvimento, retratavam-se, cada vez mais, intoleráveis. Segundo o Preâmbulo da Constituição

trabalhadores nos seus próprios países; - as Altas Partes Contratantes, movidas por sentimentos de justiça e humanidade, assim como pelo desejo de assegurar uma paz duradoura e mundial, convencionaram o que segue".

[6] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: Editora LTr,* 2000. p. 18.

[7] Disponível em: http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_01a_pt.htm. Acesso em: 19 de abril de 2014.

da OIT, existem condições de trabalho que implicam para um grande número de pessoas a injustiça, a miséria e privações.

Por fim, o último motivo, de natureza econômica, tendia a obstar as diferenças regionais, possibilitando a aproximação dos Estados. Em virtude dos inevitáveis efeitos de uma reforma social sobre os custos de produção, qualquer setor ou Estado que pretendesse implementá-la ficaria em desvantagem concorrencial em face aos outros. Assim, o Preâmbulo, novamente, afirma: a não adoção por uma nação de um regime de trabalho realmente humano é um obstáculo para os esforços das outras nações que desejam melhorar a condição dos trabalhadores nos seus próprios países.

Ainda que de maneira reflexa, podem ser encontrados motivos de caráter técnico, advindos da própria internacionalização dos direitos humanos, influenciando, até mesmo, as legislações trabalhistas internas dos Estados, como bem pontua Valério de Oliveira Mazzuoli[8]:

> Sendo o direito do trabalho um direito de cunho social – e, portanto, integrante do núcleo material dos direitos humanos -, é mais do que compreensível que suas normas (internas e internacionais) extrapolem as questões meramente ligadas às condições de trabalho e ao direito previdenciário do trabalhador, para atingir também o exame de questões econômicas, agrárias, técnicas, administrativas, educacionais, culturais e ambientais, que retratam assim o atual dimensionamento do direito internacional do trabalho.

No que diz respeito à constituição da OIT propriamente dita, precisa-se que esta fora redigida entre janeiro e abril do ano de 1919, pela Comissão da Legislação Internacional do Trabalho, constituída pelo Tratado de Versalhes.

Tal Comissão era composta por representantes de nove Estados, quais sejam, Bélgica, Cuba, Checoslováquia, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Polônia e Reino Unido, sendo presidida por Samuel Gompers, presidente da Federação Americana do Trabalho (*American Federation of Labour – AFL)*. A Comissão em questão deu origem a uma organização internacional tripartida, sendo a única organização em tais moldes, uma vez que os órgãos executivos foram compostos por representantes de governos, empregadores e trabalhadores.

Nesse momento, não havia a principal organização internacional que hoje se conhece, a Organização das Nações Unidas, e, havendo apenas

[8] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 794.

a Sociedade das Nações, pôde-se perceber que enquanto esta última sentiu sérias dificuldades para se consolidar, a OIT se desenvolveu rapidamente, especialmente graças à competência de seu primeiro diretor, Albert Thomas, ao empenho do seu secretariado no estabelecimento de um diálogo interativo com os ministros do trabalho dos Estados Membros, além do dinamismo da I Conferência Internacional do Trabalho, que fora realizada concomitantemente à criação da OIT e contou com a adoção de seis convenções. Além disso, para comprovar o grande entusiasmo e eficácia da OIT, já no seu primeiro ano de funcionamento, foram adotadas 9 convenções e 10 recomendações.

Precisa-se que, no início de seus trabalhos, a OIT preocupou-se com a criação de normas que visavam, sobretudo, as condições de trabalho, sendo que já na sua primeira convenção, adotada no ano de 1919, tratou logo de regulamentar a duração do trabalho, tendo estabelecido o dia de trabalho de oito horas diárias, não podendo exceder o trabalho em 48 horas semanais. Como muito bem argumentou Júlio César Leite[9]:

> A pressão sindical transnacional foi a causa eficiente da instituição, nos vários contextos, de uma legislação adequada a proteger os hipossuficientes sob o ponto de vista econômico na relação de trabalho. Foi e continua sendo, aliás. Se as nações européias, pioneiras do Direito do Trabalho, desfrutam de equivalente grau de desenvolvimento econômico à época da implantação desse ramo jurídico, que se fez como ressaltado, por pressões que transbordavam os limites nacionais, a disciplina protetora vai se estendendo pelos países menos desenvolvidos, e, na medida em que suporte a respectiva economia, por legítima pressão externa, agora já institucionalizada pela Organização Internacional do Trabalho e pelos vários organismos sindicais internacionais.

Já em 1925, as convenções e recomendações advindas da OIT trataram de determinar aspectos relevantes acerca da segurança social e, em 1926, a Conferência Internacional do Trabalho criou um inovador sistema de controle de aplicação das normas, o qual perdura até atualmente.

Fora criada uma Comissão de Peritos, composta por juristas independentes, cuja missão consistia em examinar os relatórios apresentados

[9] LEITE, Júlio César do Prado. *As Garantia no Emprego em Vigor.* São Paulo: Revista LTr Legislação do Trabalho. v.59, n.12, dezembro/1995.

pelos governos sobre a aplicação das convenções por eles ratificadas. Todos os anos, a Comissão apresentava o seu próprio relatório à Conferência. Desde então, o seu mandato passou igualmente a abranger os relatórios sobre convenções não ratificadas e recomendações.

Em 1930, há o desenvolvimento de uma nova Comissão, a qual buscou, de maneira enérgica, uma progressiva abolição do trabalho forçado, obrigatório e escravo entre os Estados. Acontece que, mesmo com a presença da OIT, o desemprego massivo causado pela Grande Depressão não fora controlado. Assim sendo, em 1932, após um mandato de 13 anos, durante o qual assegurou uma forte presença na OIT em todo o mundo, Albert Thomas faleceu e o seu sucessor, Harold Butler, confrontou-se com o problema.

Durante este período, representantes dos trabalhadores e empregadores debateram ideais antagônicas sobre o tema da redução da duração do trabalho, sem resultados significativos. Mas, em 1934, a OIT presenciou uma grande vitória em seu rumo: sob a presidência de Franklin D. Roosevelt, os Estados Unidos, que não pertenciam à Sociedade das Nações, tornaram-se membros efetivos da OIT.

O problema é que o mundo tendia a uma nova guerra, e, então, em agosto de 1940, a situação da Suíça (Genebra, mais especificamente), no centro de uma Europa em guerra, levou o Diretor John Winant, a deslocar provisoriamente a OIT para Montreal, no Canadá.

Por consequência da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial, a OIT adotou, em 1944, a Declaração da Filadélfia como anexo da sua Constituição, a qual veio reafirmar seus objetivos fundamentais. Esta Declaração fora objeto da II Conferência da OIT, e fora nesse momento que se declarou a célebre frase: todos os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem estar material e o seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade e de segurança econômica e em igualdade de oportunidades.

Ainda hoje, a Declaração da Filadélfia – a qual antecedeu e serviu de molde na criação das Organizações das Nações Unidas e na redação da Declaração Universal dos Direitos do Homem – constitui a Carta dos Fins e Objetivos da OIT, consagrando, especialmente, os seguintes princípios:

- o trabalho não é uma mercadoria;
- a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante;
- a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos;
- todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efetuar o seu progresso material

e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais.

Tendo em vista sua importância, já no ano de 1946, a OIT viera a ser a primeira organização especializada a associar-se a então recém constituída Organização das Nações Unidas ("ONU"), no âmbito do Conselho Econômico e Social. Assim sendo, entende-se que a natureza jurídica da OIT vem a ser como agência especializada, vinculada à ONU.

Importante, neste ponto, faz-se referir às relações jurídicas advindas do acordo entre a ONU e a OIT, que, segundo Süssekind[10], são assim enumeradas:

1) o direito de representação, sem direito a voto, das Nações Unidas nas reuniões promovidas pela OIT: Conferência, Conselho de Administração, comissões especiais e quaisquer outras reuniões;
2) o direito de a OIT participar, também sem direito a voto, das reuniões do Conselho Econômico e Social da ONU, nas suas comissões e comitês, em relação às questões em que tenha interesse;
3) a inclusão na ordem do dia do Conselho de Administração da OIT, na do Conselho Econômico e Social e suas Comissões e na do Conselho de Administração Fiduciária da ONU de questões propostas, respectivamente, pela ONU e pela OIT;
4) o compromisso da OIT de adotar as medidas necessárias para submeter, tão prontamente quando possível, ao Conselho de Administração, à Conferência ou a outro dos seus órgãos, conforme seja apropriado, as recomendações formais que a Assembleia Geral e o Conselho Econômico e Social da ONU lhe façam;
5) o compromisso de colaborar em toda medida necessária, a fim de tornar efetiva a coordenação das atividades dos organismos especializados internacionais e a ONU;
6) o estabelecimento do mais amplo intercâmbio de informações e documentos, salvo os de natureza confidencial;
7) a cooperação da OIT com o Conselho de Segurança Social e o Conselho de Administração Fiduciária da ONU;
8) a cooperação da OIT com suas Nações Unidas para promover o bem-estar e o desenvolvimento dos povos dos territórios sem Governos próprios; e
9) o reconhecimento da Corte Internacional de Justiça como órgão

[10] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. pp. 113-114.

consultivo da OIT sobre questões jurídicas ocorridas no âmbito de suas atividades, a que deverá prestar todas as informações de que carecer para solução dos casos que lhe forem submetidos.

Discute-se que o fim da Segunda Guerra, especialmente com a decorrente associação à ONU, marcou uma nova era à OIT. A eleição do americano David Morse para o cargo de Diretor Geral, em 1948, coincidiu com o reforço da atividade da organização no domínio do trabalho e com o lançamento de cooperação técnica.

As convenções adotadas após a Segunda Guerra Mundial centravam-se, especialmente, nos direitos humanos (liberdade sindical, eliminação do trabalho forçado e da discriminação), bem como em questões mais técnicas, relacionados com o trabalho.

Ainda em 1948, a OIT adotou uma importante Convenção, de n° 87, em São Francisco, sobre liberdade sindical, que reconhecia formalmente o direito dos trabalhadores e dos empregadores de se associarem, de forma livre e independente.

Em decorrência de tal Convenção, posteriormente, viera a ser criado um comitê especial tripartido, o Comitê da Liberdade Sindical, com o objetivo de promover a plena aplicação deste direito fundamental no mundo do trabalho, vindo a tratar, ao longo das últimas cinco décadas, mais de 2.000 casos.

Juntamente com o Programa Ampliado de Assistência Técnica das Nações Unidas, em 1950, a OIT proporcionou um novo impulso à cooperação com os países em desenvolvimento. Em 1951, a OIT adota a Convenção de n° 100, relativamente à igualdade de remuneração entre homens e mulheres para um trabalho de igual valor e, já em 1957, adota a Convenção de n° 105, determinando a abolição do trabalho forçado em todas as suas formas.

No ano de 1960, a OIT cria, em Genebra, Suíça, o Instituto Internacional de Estudos do Trabalho e, em 1965, inaugura o Centro Internacional de Formação da OIT, em Turim, Itália.

Pode-se dizer que durante os 22 anos de mandato de David Morse, o número de países membros duplicou, a OIT assumiu o seu caráter universal, os países industrializados tornaram-se uma minoria face aos países em desenvolvimento, o valor do orçamento aumento cinco vezes e o número de funcionários quadruplicou. Mas fora no ano de seu 50° aniversário, em 1969 que a OIT atingiu o seu mais alto valor, ao receber o Prêmio Nobel da Paz. O presidente do Comitê do Prêmio Nobel afirmou que a OIT teve uma influência duradoura sobre a legislação de todos os países, sendo ainda uma das raras criações institucionais de que a raça humana pode se orgulhar.

Então, em 1970, Wilfred Jenks, um dos autores da Declaração de Filadélfia e um dos principais arquitetos do procedimento especial de exame

de queixas da violação da liberdade sindical, foi eleito para o cargo de Diretor Geral. Nesse período, a OIT fez avanços no desenvolvimento de padrões e mecanismos para supervisão de aplicação de suas normas, particularmente na promoção da liberdade de associação.

Entre os anos de 1974 e 1989, sob o comando do Diretor Geral Francis Blachard, conseguiu-se evitar que a OIT fosse gravemente afetada pela crise desencadeada após a saída temporária dos Estados Unidos (entre 1977 e 1980), além de ter, nessa mesma época, desempenhado um papel fundamental na emancipação da Polônia do domínio comunista, apoiando incondicionalmente a legitimidade do sindicato Solidarnosc, com fundamento no respeito pela Convenção n° 87 sobre a liberdade sindical, a qual a Polônia havia ratificado em 1957.

Após, em 1988, encontrou-se na posição de Diretor Geral da OIT, o belga Michel Hansenne. Este fora o primeiro Diretor Geral após o término da Guerra Fria, tendo implantado um curso de descentralização das atividades outrora jamais visto, além dos limites de Genebra, sede da organização.

Fora, ainda nesse período, que a Declaração da OIT, relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, em junho de 1988, assinalou a reafirmação universal da obrigação, imposta a todos os países membros da OIT, de respeitar, promover e aplicar os princípios relativos aos direitos fundamentais, objetos de algumas convenções da OIT, ainda que não as tivesse ratificado. Estes direitos abrangem, nomeadamente, a liberdade de associação (liberdade sindical), o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e de profissão.

Descreve-se que em 1991, a OIT reuniu esforços e veio a adotar uma nova estratégia na luta contra o trabalho infantil, por meio do Programa OIT-IPEC. Essa fora possível a partir do implemento de 2 Convenções complementares, quais sejam: Convenção n° 138, a qual trata sobre a idade mínima para se adentrar ao mercado de trabalho e nele permanecer e a Convenção n° 182, sobre as piores formas de trabalho.

Em 1992, além de aprimorar todos os outros trabalhos que estavam sendo desenvolvidos no seio da Organização, a OIT veio, por meio da Conferência Internacional do Trabalho, aprovar a nova política de associação ativa.

Em 1998, foi adotada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. O documento é uma reafirmação universal da obrigação de respeitar, promover e tornar realidade os princípios refletidos nas Convenções fundamentais da OIT, ainda que não tenham sido ratificados pelos Estados membros, como anteriormente já havia sido citado.

Posteriormente, em março de 1999, o novo Diretor Geral, o chileno Juan Somavia, subscreveu o consenso internacional sobre a promoção do conceito

de sociedades abertas e economias abertas, desde que gere benefícios reais para o homem comum e para a sua família. Além disso, procurou modernizar e orientar a estrutura tripartida com o objetivo de impor os valores da OIT no novo contexto mundial, face aos desafios da globalização. Fora o primeiro representante do hemisfério sul a dirigir a Organização, sendo que durante o seu mandato, o BIT adotou os conceitos de "trabalho digno" e de "globalização justa". Ainda, nesse mesmo ano, a Conferência veio a adotar uma nova Convenção relativa à proibição e imediata eliminação das piores formas de trabalho do infantil.

Pode-se dizer que, desde 1999, a OIT trabalha pela manutenção de seus valores e objetivos em prol de uma agenda social que viabilize a continuidade do processo de globalização, por meio de um equilíbrio entre objetivos de eficiência econômica e equidade social.

Além disso, para o século XXI, a OIT tende a passar por uma nova adaptação a um mundo globalizado, onde fronteiras nacionais são cada dias mais tênues e a economia global exclui milhões de pessoas do mercado de trabalho mundial. Para tanto, já em 2002, a OIT desenvolveu uma Comissão Global sobre as Dimensões Sociais da Globalização e, em 2008, adotou a Declaração para uma Globalização Justa, sendo este documento o terceiro maior em número de princípios e políticas desde a constituição da OIT, em 1919. Baseado na Declaração da Filadélfia e na Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, fora resultado de consultas tripartidas (Estados, empregadores e trabalhadores), vindo a reafirmar, mais uma vez, os valores da organização.

Por fim, no seu aniversário de 90 anos, em 2009, a OIT veio a focar seus esforços e trabalhos numa resposta à crise global então instaurada.

3. A ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A estrutura básica da OIT divide-se em: Conferência Internacional do Trabalho ou Assembléia Geral; Conselho de Administração; e Repartição Internacional do Trabalho.

Além disso, a OIT é composta por uma rede de 5 escritórios regionais e 26 escritórios de área, além de 12 equipes técnicas multidisciplinares de apoio a esses escritórios e 11 correspondentes nacionais que sustentam, de forma parcialmente descentralizada, a execução e administração dos programas, projetos e atividades de cooperação técnica e de reuniões regionais, sub-regionais e nacionais.

Ainda, integra a referida Organização, com relativa autonomia, o Instituto Internacional de Estudos Sociais e o Centro Internacional de Aperfeiçoamento Profissional e Técnico.

3.1. A CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO OU ASSEMBLÉIA GERAL

Primeiramente, antes de se adentrar a Conferência Internacional do Trabalho propriamente dita, que funciona como a Assembléia Geral da Organização, faz-se necessário discorrer um pouco acerca da estrutura tripartida da OIT, ou seja, sobre a cooperação entre os empregadores, trabalhadores e governos.

Pontua-se que a OIT constitui, desde sempre, um fórum para os governos e parceiros sociais dos seus 180 Estados membros poderem discutir, livre e abertamente, as suas experiências e comparar políticas nacionais. Graças à sua estrutura tripartida, a OIT é a única organização mundial em que os representantes dos empregadores e dos trabalhadores participam na definição das políticas e dos programas igualmente com os governos. Como bem explica Süssekind[11]:

> Como regra, quase absoluta, os órgãos colegiados são constituídos de representantes de governos, de associações sindicais de trabalhadores e de organizações de empregadores. Somente não possuem representação classista os órgãos que concernem interesses específicos de governos e o exame exclusivo de questões técnicas ou jurídicas.

Dessa maneira, a OIT incentiva o tripartismo no seio dos Estados membros, por intermédio da promoção de um diálogo social entre os sindicatos e os empregadores, com vista à formulação e, em certos casos, à implementação de políticas nacionais em variados domínios, tais como o domínio social e econômico.

Cada país membro tem direito de se fazer representar na Conferência Internacional do Trabalho por quatro delegados: dois representando o governo, um representando a classe dos trabalhadores e, outro, a dos empregadores. Cada um destes delegados pode intervir e votar com total independência. Essa independência faz com que seja possível que ambas as classes votem contra cada uma ou, ambas ainda, votem diferentemente da forma votada pelo seu governo.

Sublinha-se que, assim sendo, cada Estado Membro da Organização tem direito a quatro votos, sendo que a classe dos empregadores só pode vir a votar se houver, também, voto da classe dos trabalhadores e vice-versa.

A Conferência Internacional do Trabalho reúne-se, todos os anos, em junho, em Genebra, Suíça. Os delegados são acompanhados por consultores técnicos, sendo que, além dos delegados dos governos, os Ministros do Trabalho de cada Estado Membro também participam e intervêm, geralmente, na Conferência. Exalta ser a Conferência um fórum para o debate, em nível

[11] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 148.

internacional, sobre questões laborais, problemas sociais e normas internacionais do trabalho, definindo, ainda, políticas gerais da Organização.

Ainda, a cada dois anos, adota a Conferência um programa de trabalho e orçamentos bienais da OIT, sendo estes financiados pelos governos dos Estados Membros da Organização.

Além de todas essas atribuições, é nesta Conferência que são tomadas as deliberações da OIT, sendo emitidas Convenções e Recomendações, tendentes a serem observadas e cumpridas por toda a sociedade mundial. Para que assim seja, necessário se faz com que haja duas sessões seguidas, levando em média 2 anos para a aprovação de cada uma delas, para então, serem aprovadas definitivamente. De maneira ampla, pode-se assim definir a Conferência Internacional do Trabalho:

> A Conferência é a assembléia geral de todos os Estados-membros da OIT. Como órgão supremo da Organização, traça as diretrizes gerais da política social a ser observada; elabora, por meio de convenções e recomendações, a regulamentação internacional do trabalho e das questões que lhe são conexas; adota resoluções sobre problemas que concernem, direta ou indiretamente, às suas finalidades e competência; decide os pedidos de admissão na entidade, oriundos de países que não pertencem à ONU; aprova o orçamento da organização; resolve as questões atinentes à inobservância das normas constitucionais e das convenções ratificadas, por parte dos Estados-membros, etc. A atividade normativa se instrumentaliza em *convenções* e *recomendações*, cuja aprovação exige dois terços de votos dos delegados presentes (art. 19, § 2°, da Const.) Já as *resoluções* são aprovadas por maioria simples, desde que o total de votos não seja inferior à metade do número de delegados presentes à respectiva reunião (art. 17, § 3°, da Const.)[12].

A principal diferença entre as Convenções e as Recomendações é que as primeiras, as Convenções, são regras gerais, estabelecidas por este órgão, com caráter obrigatório para os Estados que as recepcionem em seus ordenamentos

[12] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 153.

internos, após terem sido apoiadas por dois terços dos delegados presentes. Já a recomendação vem a ser um próprio protótipo de Convenção, a qual não obteve esse quorum para assim ser classificada. Então, possui força apenas de sugestão, sendo facultativa e não criando qualquer direito ou obrigação.

3.2. O CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

O Conselho de Administração da OIT é formado por 56 membros, sendo que, destes, 28 são representantes do governo, 14 dos trabalhadores e 14 dos empregadores, sendo uma administração do órgão em nível superior, possuindo funções de órgão executivo e administrador.

Dez dos postos governamentais são ocupados permanentemente por países de maior importância industrial, sendo eles: Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos, França, Índia, Itália, Japão, Reino Unido e Rússia. Já os representantes dos demais países são eleitos a cada 3 anos pelos delegados governamentais na Conferência, de acordo com a distribuição geográfica. Os empregadores e os trabalhadores elegem seus próprios representantes em colégios eleitorais separados.

Além disso, o Conselho de Administração é um secretariado permanente da OIT, reunindo-se três vezes por ano, sendo o principal órgão para determinação da própria atividade da Organização, tomando decisões sobre as medidas necessárias para a implementação da política da OIT, elabora o projeto do programa de trabalho e do orçamento, que é posteriormente submetido à aprovação da Conferência e, ainda, elege, a cada cinco anos, o Direito Geral da OIT. De maneira ampla, pode assim ser descrito:

> O CA é o órgão executivo colegiado, de composição tripartite, que administra em nível superior, a OIT. Compete-lhe adotar decisões sobre a política da Organização e, especialmente, fixar a data, o local e a ordem do dia das reuniões da Conferência Internacional do Trabalho, das conferências regionais e das conferências técnicas; designar os 10 Estados de maior importância industrial, que o integram na qualidade de membros não-eleitos, a eleger o Diretor Geral da RIT e supervisionar as atividades da Repartição, elaborar o projeto de programa e orçamento da Organização; instituir comissões permanentes ou especiais e fixar data, local e ordem do dia das suas reuniões, tomar medidas apropriadas

> sobre as resoluções e proposições adotadas pelas conferências regionais, conferências técnicas, comissões de indústria e análogas e os relatórios oriundos de comissões e reuniões especiais; deliberar sobre os relatórios e conclusões das suas comissões internas, inclusive os do Comitê de Liberdade Sindical, atinentes às queixas por violação de direitos sindicais; aprovar o formulário de perguntas sobre cada convenção, que devam ser respondidas nos relatórios anuais a que estão obrigados os países, em relação aos instrumentos ratificados; adotas as medidas previstas nos arts. 24 a 34 da Constituição em caso de reclamação ou de queixa contra um Estado – membro por inobservância da convenção que haja ratificado[13].

No próprio Conselho de Administração, há um Presidente (Lord W. Brett), um Vice Presidente Empregador (Daniel Funes de Rioja), um Vice Presidente Governamental (Eui-Youg Chung), um Porta-Voz Trabalhador (Trotman) e Coordenadores Regionais da África (C. Nyangang), da Ásia e do Pacífico (Sung Ki Yi), das Américas (MacPhee), da Europa Oriental (G. Constantinescu) e da Europa Ocidental (Paulo Bárcia).

3.3. A REPARTIÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – ESCRITÓRIO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Repartição Internacional do Trabalho (*Bureau International du Travail – BIT)* é um secretariado técnico-administrativo, permanente da OIT. Funcionando como uma Secretaria, a Repartição acaba por controlar praticamente todas as atividades da Organização, sendo responsável, ainda, pela divulgação das atividades executadas pela OIT, além de promover a publicidade das Convenções e das Recomendações adotadas entre os Estados Membros, recebendo, ainda, reclamações quanto ao descumprimento de tais diretrizes por parte dos Estados signatários da OIT. Como bem afirma Cretella Neto[14]:

> Tem por objetivo melhorar as condições de trabalho e elevar o nível de vida dos trabalhadores. Para atingi-los,

[13] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 159.

[14] CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 309.

> empenha-se no estudo das questões relativas ao trabalho e propõe soluções por meio de *recomendações*, bem como prepara *projeto de convenções*. As primeiras, para vigorarem no ordenamento jurídico interno dos Estados, necessitam de promulgação por meio de lei nacional; as últimas são submetidas à ratificação por parte dos Estados-membros.

Tal repartição emprega algo em torno de 1.900 oficiais de 110 nacionalidades, em Genebra, e mais em 40 outros escritórios em todo o mundo. Além disso, 600 peritos são encarregados de missões em todas as regiões do mundo para promover o programa de cooperação técnica. Ainda, a Repartição conta com um centro de consulta e documentação, formado por diversos estudos especializados, reportagens e periódicos.

Esse órgão é dirigido por um Diretor Geral, nomeado a cada 5 anos, pelo Conselho de Administração. Desde 1919, a sua direção tem sido sucessivamente assegurada por: Albert Thomas, francês (1919 – 1932); Harold Butler, britânico (1932 – 1938); John Winant, norte-americano (1939 – 1941); Edward Phelan, irlandês (1941- 1948); David Morse, norte-americano (1948 – 1970); Wilfred Jenks, britânico (1970 – 1973); Francis Blanchard, francês (1973 – 1989); Michel Hansenne, belga (1989 – 1999); Juan Somavia, chileno (desde março de 1999).

Além dos seus diversos setores, departamentos e programas *in focus*, voltados para a realização dos objetivos estratégicos, o Secretariado possui, ainda, os seguintes Comitês e Comissões de composição tripartite:

- Comitê sobre a Liberdade de Associação (CFA);
- Comitê de Programação, Finanças e Administração (PFA);
- Comitê sobre Assuntos Legais e Normas Internacionais de Trabalho (LILS);
- Comitê sobre Políticas Sociais e de Emprego (ESP);
- Comitê para Reuniões Setoriais e Técnicas e Assuntos Relacionais (STM);
- Comitê de Cooperação Técnica (TC);
- Sub – Comitê sobre Empresas Multinacionais (MNE);
- Grupo de Trabalho em Políticas para a Revisão de Normas (WP/PRS); e
- Grupo de Trabalho sobre a Dimensão Social da Globalização (WP/SDG).

CONCLUSÃO

Adentrando aos aspectos conclusivos desse trabalho, pode-se, primeiramente, pontuar a questão da OIT ter sido criada e embasada, intimamente, com as questões históricas – especialmente aquelas ligadas aos direitos humanos dos trabalhadores – de seu tempo. Ainda, argumenta-se, de maneira coerente e determinante, que a OIT teve um papel decisivo no desenvolvimento de todas as outras organizações internacionais que lhe sucederam, uma vez que fora a primeira, em termos mundiais, a desempenhar um papel relevante na própria sociedade internacional, até então dominada única e exclusivamente por Estados.

Também, não se pode perder de vista que a OIT possui características exclusivas, tal como a sua estrutura tripartida, com a presença não apenas de representantes dos Estados, mas também com representantes da sociedade civil – e, em última análise, do próprio ser humano –, embasados nas figuras dos trabalhadores e empregadores. Ainda, conta a OIT com órgãos competentes para o desempenho de suas funções, segundo a observância de seu tratado constitutivo.

Em suma, pode-se entender que, mais do que um avanço ao próprio Direito Internacional do Trabalho, a OIT trouxe mudanças irreversíveis à própria sociedade internacional, onde, hoje, não se apresenta apenas dominada por Estados, mas sim, democraticamente, habitada também por organizações internacionais, tendo como marco institucional a criação da própria OIT.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALSTON, P. *The United Nations and human rights: a critical appraisal*. Oxford: Clarendon, 1992.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

AMARAL JR., Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BENNETT, Alvin Leroy. *International Organizations: principles and issues*. 6th ed. New Jersey: Prentice Hall, 1995.

BIDART CAMPOS, German José. *Teoria General de los Derechos Humanos*. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. 4.ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUERGENTHAL, Thomas. *La Proteccion Internacional de los Derechos Humanos en las Americas*. Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, João Mota de. *Organizações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del ser Humano em el Inicio del Siglo XXI*. San José: Impresora Gossestra Internacional, 2002.

_____. *Consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século.* In: GUIMARÃES, Samuel Pinheiro; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). **Direitos humanos no século XXI (Parte I)**. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais – Fundação Alexandre Gusmão, 2002.

_____. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Direito das organizações internacionais*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

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

CARRIÓN, Alejandro J. Rodríguez. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 4.ed. Madrid: Tecnos, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

FINKELSTEIN, Claudio. *A questão da arbitralidade*. Revista Brasileira de Arbitragem, 2007.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público.* 10ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

LEITE, Júlio César do Prado. *As Garantia no Emprego em Vigor.* São Paulo: Revista LTr Legislação do Trabalho. v.59, n.12, dezembro/1995.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVAS CABANILLAS, Enrique; ORTÍZ-ARCE de la FUENTE, Antonio; TORRADO, Jesús Lima. *Globalización y Derecho: una aproximación desde Europa y América Latina*. Madrid: Editorial DILEX, S. L., 2007.

PICADO, Sonia. *Apuntes sobre los fundamentos filosóficos de los derechos humanos: antologia básica*. Costa Rica: IIDH-CAPEL, 1990.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
_____ (Cood.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil.* In: SOARES, Guido Fernando Silva; CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; Polido, Fabrício Bertini Pasquot Polido (Orgs.). **Direito internacional, humanismo e globalidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

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

REUTER, Paul. *Institutions Internationales*. 8.ed. Paris: Thémis-Puf, 1975.
_____. *Le Développment de l'Ordre Juridique International*. Paris: Econômica, 1995.

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

RIGAUX, François. *Derecho Internacional Privado: Parte General.* 1 ed. Madrid: Civitas, 1985.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direito.* 32 v. Brasília: Revista CEJ, 2006.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva; CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Orgs.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008.
SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VASCONCELLOS, Ricardo Rocha de. *O poder das organizações internacionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

SITES CONSULTADOS

http://www.ilo.org/
http://www.pstu.org.br/autor_materia.asp?id=8803&ida=75
http://www.vidaslusofonas.pt/otto_von_bismarck.htm
http://www.historia.uff.br/nec/materia/grandes-processos/segunda-internacional-socialista
http://www.sindipetro.org.br/saude/pelascipa.htm
http://www.oitbrasil.org.br/
http://www.fadepe.com.br/restrito/conteudo/pos_6_direitointernacional_aula1_direitointernacionaldotrabalho_oit.doc
http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2347/Organizacao-Internacional-do-Trabalho-mais-que-um-mero-orgao-emissor-de-convencoes-e-recomendacoes-sem-eficacia-real

JURISDIÇÃO NACIONAL NA GARANTIA DA LIBERDADE AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FUNDADO EM ACORDOS INTERNACIONAIS

Guilherme Andrade Lucci[1]

Sumário: Considerações Iniciais. 1. Mundialização e Atuação Jurisdicional: 1.1. Mundialização do Direito; 1.2. Direitos Humanos e Atuação Jurisdicional; 1.3. O Magistrado Nacional como Agente Político e de Mundialização do Direito; 1.4. A Atuação do Magistrado Nacional e a Parcial Eficácia, no Plano Nacional, dos Mecanismos de Proteção Internacional; 1.5. Atuação do Magistrado Federal Brasileiro na Garantia de Direitos outorgados por meio de Tratados Internacionais. 2. Jurisdição na Garantia da Liberdade Fiscal: 2.1. Tributação e Direitos Humanos; 2.2. Tributação e Moralidade; 2.3. Tributação e Liberdade. 3. Planejamento Tributário Internacional: 3.1. Noção; 3.2. Fundamento de Validade: Liberdade Tributária; 3.3. Princípios da Universalidade e da Territorialidade da Tributação; 3.4 Cláusulas Anti-fraudes Tributárias. Paraísos fiscais. 4: Julgamentos do RESP 1.325.709-RJ (STJ) e do RE 460.320-PR (STF). Conclusão. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As relações internacionais havidas entre pessoas nacionais de Estados soberanos diversos, dentre elas as relações econômicas com repercussão tributária, desenvolvem-se na mesma intensa velocidade com que esses Estados também estabelecem relações jurídicas internacionais entre si. Os interesses dos diversos atores da comunidade internacional e de seus nacionais são cada vez mais heterogêneos, circunstância que propicia a profusão de acordos internacionais — que naturalmente devem ser observados pelo Poder Público nacional.

A maior facilitação à circulação de pessoas, bens, serviços, informação e capitais entre pessoas de países diversos e a interdependência dos diversos sistemas tributários, monetários e financeiros nos tempos atuais cria uma realidade pautada pelo surgimento de fatos jurídicos cujos reflexos extrapolam o alcance da incidência exclusiva do direito nacional de cada Estado. A atividade legislativa interna, assim, além de não acompanhar a dinâmica com que as relações internacionais se desenvolvem, mostra-se naturalmente inapta a dar solução jurídica a questões cuja normatização exige necessariamente o exercício da soberania de Estado estrangeiro em concerto com a atuação da República Federativa do Brasil.

[1] Mestrando em Efetividade da Jurisdição pela PUC-SP. Mestrando em Direito Internacional pela USP. Juiz Federal.

Nesse contexto, atua o Direito Tributário Internacional como instrumento jurídico de normatização dos reflexos no campo tributário das interações ocorridas entre pessoas de nacionalidades diversas em relações não limitadas a um único território nacional. O Direito Tributário Internacional, portanto, apresenta-se como regramento jurídico "ultrafronteiriço", por meio de cuja incidência também o magistrado brasileiro, no exercício de jurisdição nacional, poderá dar solvência a processos sob sua presidência com objeto tributário.

Nesse particular, o inciso III do artigo 109 da Constituição da República estabelece que compete ao juiz federal brasileiro julgar "as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional".

Essa cláusula constitucional, em última análise, atribui ao magistrado federal brasileiro, no exercício ordinário da jurisdição federal, destacado papel de agente valorativo, criador do direito aplicável ao caso concreto e, portanto, de político garantidor dos direitos oriundos de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário — inclusive daqueles cujo objeto seja o tributário, como, por exemplo, aqueles que visam a evitar a dupla tributação. A mesma cláusula atribui ao magistrado federal brasileiro, ainda e mais gravemente, por decorrência, o papel de garantidor do próprio cumprimento, pela República Federativa do Brasil, no plano interno, do compromisso internacional por ela assumido em relação a outros Estados independentes ou em relação a organismos internacionais.

Dentro dessa gama de direitos assim garantidos, não se incluem exclusivamente os tipicamente qualificados como direitos humanos, senão também outros diversos desse grupo (ou que nele também estão incluídos, conforme se verá), como aqueles pertinentes ao regramento de relações comerciais, tributárias ou financeiras.

De todo modo, a regra de competência acima disposta atribui à jurisdição federal brasileira e, pois, aos juízes federais, a alta incumbência de exercer o controle de subsunção de certo fato jurídico à norma de direito internacional anuída pela República, ou de dicção de qual e quais os contornos dessa norma quando aplicada no plano interno. Atua, por consequência, como autoridade judiciária, eleita pelo Estado brasileiro e autorizada pela Constituição da República, competente à análise do fenômeno da incidência de norma jurídica colhida de pacto internacional de que o Brasil seja subscritor.

O presente estudo, dessarte, visa a explorar esse particular cometimento de competência ao juiz federal brasileiro na garantia de direitos tributários elementares, como o da liberdade de planejamento fiscal, buscando tratar das questões jurídicas e funcionais que lhe são decorrentemente afetas.

Diante de todo esse contexto, ganha destaque ao presente estudo a análise da norma contida no artigo 98 do Código Tributário Nacional, bem

assim dos mais relevantes pronunciamentos jurisprudenciais emanados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito de sua incidência, de seu alcance e de sua (in)constitucionalidade.

1. MUNDIALIZAÇÃO E ATUAÇÃO JURISDICIONAL

1.1. MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

O Direito, assim como os demais ramos da atuação humana, também tem nitidamente experimentado os influxos da incidência da chamada mundialização ou globalização.

Segundo Ricardo Antonio Lucas Camargo[2]:

> Globalização econômica é o nome que se dá à homogeneização jurídica das relações travadas em mais de um campo territorial, tomada em consideração mais especificamente a homogeinização das relações jurídico-econômicas.

As relações humanas globais estão cada vez mais aproximadas pela eficiência dos meios de comunicação, de informação e de transporte, bem como por decorrência da acentuada interdependência dos mercados nacionais outrora independentes entre si. Neste momento, os eventos econômicos, sociais, jurídicos e culturais, capazes de alterar a realidade social de um determinado local e de uma determinada sociedade nacional são os mesmos também vocacionados a modificar a realidade vivenciada em outro país bastante distante. Sobre essa percepção, aponta Sidney Guerra[3]:

> Assim, quando o sistema social mundial põe-se em movimento, modernizando-se, vai-se transformando numa espécie de aldeia global. De repente, tudo se articula em um vasto e complexo todo moderno, modernizante, modernizado.
>
> Em decorrência desse processo, percebe-se claramente o fenômeno da globalização, que estabelece novos paradigmas acerca da questão, propiciando a intensificação das relações sociais em

[2] CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito, Globalização e Humanidade.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. p. 25.

[3] GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público.* 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 454.

> escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância, e vice-versa.

Tal aproximação entre Estados e tal unificação de interesses nacionais, em mútuo relacionamento global, portanto, ensejam efeitos que se irradiam e que podem ser verificados também no campo da ciência jurídica. Por decorrência, projetam reflexos não somente no campo do Direito Internacional, mas também os projetam dentro de cada realidade nacional e, pois, em cada ordenamento jurídico nacional.

O Direito passou a transpor fronteiras nacionais e a servir de instrumento de regulação de relações entre um Estado e pessoas situadas em outro Estado, ou entre pessoas situadas em Estados diferentes, de molde a pautar questões econômicas, sociais e jurídicas de interesses não emolduráveis dentro de um único território nacional. O papel desenvolvido pelo Direito Internacional vem ganhando, dessa maneira, posição de destaque nos diversos sistemas jurídicos internos, na medida em que é instrumento que veicula um concerto entre Estados nacionais em busca de uma regulação única, comum a questões que lhe são também comuns.

Sobre o tema pertinente a esse fenômeno de mundialização também do campo do Direito, doutrinam Yves Dezalay e David M. Trubek[4]:

> As forças e as lógicas que podem ser observadas na economia, no Estado e na ordem internacional também estão funcionando dentro do campo jurídico, de maneira que a lógica do campo jurídico constitui um "microcosmo homólogo" de um grande fenômeno social.

Consequência dessa nova realidade e dessa crescente demanda globalizada é o grande intercâmbio internacional de normas jurídicas, por múltiplas vias e em diversas direções e sentidos, formando um verdadeiro direito cosmopolita de âmbito mundial. A propósito, discorrem Julie Allard e Antoine Garapon[5]:

---

[4] DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. *A reestruturação global e o Direito.* In: Direito e Globalização Econômica, 1.ª ed. Organizador José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 31.

[5] Tradução livre do autor: "Cada vez mais, as regras que organizam nossa vida comum terão sido concebidas em outros países, e aquelas que terão sido concebidas aqui servirão por seu turno a edificar o direito dos países estrangeiros. Essa questão é seguidamente ignorada, mas

> *De plus en plus, les règles qui organisent notre vie commune auront été conçues ailleurs, et celles qui auront été conçues ici serviront à leur tour à bâtir du droit dans des pays étrangers. L'opinion l'ignore le plus souvent, mais c'est déjà le cas dans de très nombreux domaine. Notre bien commun national a priori le plus spécifique – la maniére dont nous décidons collectivement de régler les relations entre les hommes et de délimiter le permis et l'interdit – est devenu perméable aux influences étrangères.*

Trata-se de apurar, ao fim e ao cabo, a ocorrência de direitos de alcance transnacionais ou mundialmente difundidos. Por tal razão, o cenário de aproximação entre os Estados está a impor uma homogeneidade de tratamento ou, ainda, um tratamento único internacional às questões jurídicas que lhe são comuns.

A referida homogeneização não promove necessariamente uma uniformização de regimes jurídicos dos países envolvidos, tampouco um exclusivo sistema global que suprima as diversas ordens jurídicas internas. Contudo, tal homogeinização certamente calha a estimular que essa uniformização ocorra gradativa e naturalmente, de modo a simplificar os negócios e a atribuir segurança à realização das relações jurídicas havidas entre todos os atores dessa nova realidade.

Tal mundialização do Direito não deve ser confundida, pois — cabe evidenciar, pois essa não é a proposta do presente estudo —, com uma proposta de unificação, em um único sistema de Direito e de Justiça, dos diversos sistemas jurídicos nacionais dos Estados da comunidade internacional.

Nesse ensejo, a mundialização do Direito, conforme acima referida, no sentido de homogeinização, tanto quanto possível, das normas aplicáveis internamente aos diversos Estados da comunidade internacional, inegavelmente caminha apoiada pelas mãos do Direito Internacional, conforme observa Cláudio Finkelstein[6]:

> Esse Direito Internacional, sistematizado e vinculante, efetivamente não existe enquanto norma posta, a

já é verificada em renomados domínios. Nosso bem comum nacional, a priori o mais específico – a maneira segundo a qual nós decidimos coletivamente regrar as relações entre os homens e delimitar o que é permitido e o que é proibido – tornou-se permeável às influências estrangeiras" (ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Les juges dans la mondialisation: la nouvelle révolution du droit.* France: Seuil et La République des Idées, 2005. p. 5).

[6] FINKELSTEIN, Cláudio. *A Dimensão e o Controle Internacional do Comércio Local.* In. Comércio Internacional e Tributação. Organização de Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 59-60.

> norma básica fundamental kelseniana, mas existe enquanto norma acordada (*pacta sunt servanda*) pela via dos tratados e visa a tutelar um direito à segurança jurídica das relações econômicas internacionais entre diversos agentes comerciais, cidadãos, políticas sociais, etc.
>
> É inegável que, em um momento em que a globalização econômica traz consigo resultados nunca antes experimentados na história da humanidade, é de se esperar que atos praticados em uma jurisdição dêem origem a inúmeras conseqüências em diversas outras jurisdições, mesmo que aquele ator não tenha qualquer presença física em outros Estados.

A globalização da vida e também do Direito traz consigo a relativização da noção de autossuficiência daquele Direito produzido interfronteiras do Estado, sem contudo automaticamente lhe negar a existência, a vigência e a eficácia. A mundialização, assim, opera como meio de aproximação e de inter-relação dos diversos sistemas jurídicos, cuja simbiose pressupõe o livre exercício da soberania de cada Estado na aceitação de normas internacionais como meio de atender aos anseios comuns aos povos. Essa aproximação faz interagir entre si o Direito Constitucional e o Direito Internacional, num entrelace de normas tendentes à regulação de direitos.

Esse movimento provoca a interdisciplinariedade entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, de que resulta o campo de incidência do "Direito Constitucional Internacional". Flávia Piovesan[7] assim conceitua a expressão, ao referir sua aplicação no âmbito dos direitos humanos:

> Por Direito Constitucional Internacional subentende-se aquele ramo do Direito no qual se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, interação que assume um caráter especial quando esses dois campos do Direito buscam resguardar um mesmo valor – o valor da primazia da pessoa humana –, concorrendo na mesma direção e sentido. Ao tratar da dinâmica da relação entre a Constituição brasileira e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos,

[7] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 13.ª ed. São Paulo: Saraiva: 2012. pp. 72-73.

> objetiva-se não apenas estudar os dispositivos do Direito Constitucional que buscam disciplinar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também desvendar o modo pelo qual este último reforça os direitos constitucionalmente assegurados, fortalecendo os mecanismos nacionais de proteção dos direitos da pessoa humana.

Assim também observa Carlos Alberto Mayón[8], apontando o avanço do internacionalismo, ou do regramento jurídico internacional, sobre os temas atinentes aos direitos individuais e à estruturação orgânica do Estado:

> *La realidad nos señala que el Derecho Internacional ha invadido el Derecho Constitucional. Muchas constituciones aceptan expresamente una renuncia a parte de su soberanía. El internacionalismo avanza sobre la parte dogmática (derechos individuales) y la parte orgánica de las constituciones (organización del gobierno).*

Enfim, a mundialização do Direito é uma realidade por intermédio da qual cada um dos sistemas jurídicos nacionais se deve entender harmonicamente com os demais sistemas, em mútua cooperação. Deve-se operar essa mundialização em preito a dar solução jurídica uniforme para as questões comuns aos diversos Estados atores do cenário internacional, na medida em que mantêm diversos interesses em comum, dentre eles o interesse em definir fatos sujeitos à tributação e operacionalizar a exigência tributária respectiva.

A propósito da nova dinâmica das relações globalizadas e da inexorável internacionalização do Direito, pondera Cláudio Finkelstein[9]:

> É nesse ideal de interdependência e cooperação que fundamentamos a tese de que a globalização deve se enquadrar na ideia da ordem jurídica contemporânea.

---

[8] Tradução livre do autor: "A realidade nos mostra que o Direito Internacional invadiu o Direito Constitucional. Muitas constituições aceitam expressamente uma renúncia à parte de sua soberania. O internacionalismo avança sobre a parte dogmática (direitos individuais) e sobre a parte orgânica das constituições (organização do governo)" (MAYÓN, Carlos Alberto. *El constitucionalismo internacional y los Estados nacionales.* In. Revista del Colegio de Abogados de La Plata n° 65, Argentina. Acessível em http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/constitucionalismo-internacional-nacionales_0_2210179051.html).

[9] FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das normas do direito internacional: Jus Cogens e Metaconstitucionalismo.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54.

> Velocidade, facilidade, custos e eficiências são as ideias aprofundadas pela globalização econômica, que tanto estudamos e conhecemos.

Decerto que num cenário internacional em que ainda se veem alguns Estados nacionais refratários a qualquer influência vinda de movimentos extramuros, a mundialização do Direito pode aparentar ser uma quimera. A realidade observada, contudo, especialmente na maioria dos Estados, pois ciosos de seu papel no protagonismo da cooperação internacional e pois sabedores da natural internacionalização das relações humanas, demonstra que os efeitos dessa mundialização também no âmbito do Direito já vem sendo nitidamente sentida. Mais e mais, Estados se aproximam entre si no intuito de estabelecerem acordos para atribuírem o mesmo tratamento jurídico a atos de seus nacionais a questões comuns decorrentes da maior facilidade do trânsito de pessoas, de bens e de capital.

Diante dessa realidade de grande interação entre Estados, em mútua cooperação na regulação de direitos desfrutáveis no plano doméstico, bem assim em face da constatação de que as normas internas muitas vezes demandam a irradiação de efeitos para além das fronteiras nacionais, ganham relevância a doutrina dos direitos humanos e a atuação do Poder Judiciário nacional na concretização desse Direito mundializado. É o que se passará a abordar adiante.

1.2. DIREITOS HUMANOS E ATUAÇÃO JURISDICIONAL

No contexto da mundialização do Direito, da profusão dos tratados e acordos internacionais celebrados pela República e da necessidade da garantia, também no plano interno do Estado brasileiro, de observância dos direitos previstos nesses acertos — especialmente a observância pelo próprio Estado e por seus agentes — destaca-se a atuação do magistrado nacional.

É crescente a atuação do magistrado brasileiro na ampla garantia da implementação de direitos albergados por tratados internacionais. Tal fato está, a propósito, diretamente relacionado com a relevância crescente atribuída aos direitos humanos, recorrentemente versados em instrumentos internacionais.

A respeito disso, cumpre observar que o processo de mundialização do Direito ganha força, sem dúvida, a partir da consolidação, nas relações internacionais, da teoria dos direitos humanos.

A doutrina dos direitos humanos recebeu maior relevância a partir de 1948, com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem. O ser humano ocupou a posição de destinatário primeiro do Direito e essa premissa passou a integrar e a nortear os sistemas constitucionais. Ainda, o

surgimento e a atuação das Nações Unidas e de seus mecanismos de garantia efetiva dos direitos humanos, agem em especial a servir de parâmetro sobretudo na relação entre Estado e o indivíduo.

Segundo Antonio Cassese[10], com o advento da doutrina dos direitos humanos surgem:

> *parametri di azione, per gli Stati e per gli individui: i precetti internazionali sui diritti umani impongono linee di comportamento, esigono dai governi azioni di um certo tipo e nello stesso tempo legittimano gli individui a levare alta la voce se quei diritti non vengono rispettatti.*

Como consequência, atribui-se evidência à atividade jurisdicional, dentro do sistema interno de Justiça, no atendimento e na garantia desses direitos assim contemplados, conforme destaca Renato Lopes Becho[11]:

> a dogmática dos direitos humanos reconhece nos magistrados e nos tribunais operadores efetivos dos direitos da pessoa humana, notadamente conferindo-lhes instrumentos de interpretação condizentes com suas atividades pró-ativas na construção de uma sociedade plural e respeitosa. Na concepção atual, o Judiciário ocupa posição de destaque, em tudo ombreando com o Poder Legislativo ou com o detentor da função legislativa, independentemente de quem o seja. Vemos os julgadores, no mínimo, como *legisladores negativos*. Como parlamentares e juízes recebem da mesma fonte seus poderes, suas funções, os magistrados devem controlar o respeito à estrutura dos direitos humanos. Se não lhes cabe, em regra, uma atuação ativa, no sentido de não ser esperado deles que *ponham* as normas no sistema jurídico, no sentido de colocação das normas inaugurais de

[10] Tradução livre do autor: "parâmetros de ação, para o Estado e para os indivíduos: os preceitos internacionais sobre direitos humanos impõem linhas de comportamento, exigem dos governos ações de um certo tipo e ao mesmo tempo legitimam os indivíduos a elevarem o tom de voz se aqueles direitos não são respeitados" (CASSESE, Antonio**.** *I diritti umani oggi.* Bari: Editori Laterza, 2012. p. 4).

[11] BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 239-240.

> direitos, eles possuem o dever significativo de retirar desse sistema as normas que não sejam compatíveis com a finalidade de amplo respeito aos direitos do homem, nas relações particulares e diante do Estado.

A escola dos direitos humanos, portanto, libertou a interpretação do Direito das amarras formais, contidas nos preceitos expressos e estritamente técnicos, criadas pelo Estado como Ente senhor e dominador das relações jurídicas e sociais até então estabelecidas. Os direitos humanos recolocaram o ser humano no núcleo de destinação do sistema de Direto. As normas jurídicas passaram a ser interpretadas a partir dos valores apuráveis diretamente da Constituição e também dos tratados internacionais, não mais apenas das leis nacionais isoladamente consideradas.

Sobre isso, afirma ainda Renato Lopes Becho[12]:

> Falar em direitos humanos implica, pois, em primeiro lugar, colocar o homem no centro das atenções jurídicas. A técnica, com relação ao direito, passa para segundo plano, ao menos. A finalidade do direito, por isso, se altera. Da mera organização social, objetivando a extinção da luta entre estruturas de poder (em decorrência da fixação de uma única fonte do direito) e de outros fundamentos justificáveis no passado, a proteção do homem, notadamente diante do Estado, é o fundamento e a explicação dos direitos humanos.

Acerca do protagonismo assumido pelos direitos humanos na configuração de um novo Direito Internacional, voltado ao homem, e sobre a mudança havida no regramento das relações entre os diversos povos, discorre Linos-Alexandre Sicilianos[13], Juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos:

---

[12] *Ibidem*, pp. 233-234

[13] Tradução livre do autor: "No entanto, para além de suas evoluções particulares, os direitos humanos criam uma dinâmica mais geral que traz ao direito internacional um novo sopro. O indivíduo, os grupos de indivíduos e os povos se tornam pouco a pouco titulares de direitos e de obrigações em virtude da ordem jurídica internacional. O direito internacional deixa de ignorar o fator humano e evolui como um ramo cada vez mais antropocêntrico. A elevação do indivíduo, das minorias, dos autóctones e mais genericamente dos povos em sujeitos ou, melhor, em usuários do direito internacional é inevitavelmente acompanhado de mudanças importantes na própria estrutura da ordem jurídica internacional" (SICILIANOS, Linos-Alexandre. *L'influence des droits de l'homme sur la structure du droit international.* In: RGPID avril-juin/2012. Paris: A. Pedone,

> *Cependent, au-delà de ces évolutions particulières, les droits de l'homme créent une dynamique plus générale qui apporte au droit international un nouveau souffle. L'individu, les grupes d'individus et les peuples deviennent peu à peu porteurs de droits et d'obligations en vertu de l'ordre juridique international. Le droit international cesse d'ignorer le facteur humain et évolue en une branche de plus en plus anthropocentrique. L'érection de l'individu, des minorités, des autochtones et plus généralement des peuples en 'sujets' ou, mieux, en 'usagers' du droit international s'est inévitablement accompagnée de changements importants dans la structure même de l'ordre juridique international.*

Nesse contexto de grande destaque dos direitos humanos, ganhou também maior expressão a percepção da ideia de sua universalidade e de sua supraestatalidade. Acerca disso, doutrina André Ramos Tavares[14]:

> A internacionalização pressupõe, do ponto de vista dos fundamentos dos direitos do Homem, uma retomada da clássica reivindicação de seu caráter universal e supraestatal. Este último é inegável. E dele se pode facilmente caminhar para o caráter universal.

Nessa medida de maior exigência de respeito e de observância aos direitos humanos, no plano internacional e, por consequência, também no plano interno dos Estados, o Poder Judiciário nacional assumiu caráter de atividade primária e essencial, tornando-se organismo de efetiva garantia e de máxima aplicação desses direitos.

A atuação do magistrado nacional na busca da materialização de direitos, especialmente os direitos humanos, abstratamente previstos e genericamente assegurados em tratados internacionais desacompanhados de mecanismos efetivos e prontos de coerção em casos intersubjetivos concretos, é valioso meio de realização desses direitos. Note-se, a propósito, que a força da jurisdição nesses casos incide justamente porque decerto houve um desatendimento prévio a tais direitos, circunstância que impôs o exercício do direito de ação pelo

2012. pp. 6-7).

[14] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 553.

jurisdicionado lesado. Tal desrespeito prévio, no mais das vezes, é ensejado por ação ou por omissão intolerável do próprio Estado brasileiro, por ao menos um de seus órgãos e agentes públicos, de qualquer dos Poderes.

Quanto a essa valiosa função garantidora da eficácia dos direitos exercida pelo Poder Judiciário, doutrina ainda André Ramos Tavares[15]:

> Assim, o Judiciário aponta no horizonte como não apenas um organismo direcionado a resolver conflitos de interesses surgidos na sociedade, mas também como ordenador da respeitabilidade dos direitos humanos fundamentais, seu garante último, inclusive contra o próprio Estado-administrador, ou Estado-legislador ou, ainda, Estado-Executivo.
> A construção da cidadania brasileira, portanto, passa pela reconstrução do próprio Poder Judiciário e de toda a cultura jurídica que se forma em seu entorno e em seu interior, já que se trata do organismo legitimado constitucionalmente para proceder à tutela, quando necessário, dos direitos humanos fundamentais.

Nesse passo, diante do cometimento de tal atribuição garantidora de direitos, não há como negar a natureza política da atividade jurisdicional, nem tampouco a necessidade de se imprimir carga valorativa nas decisões emanadas do Poder Judiciário da desoneração dessa mesma atividade. Ao Judiciário cumpre sempre mirar a guarda e a máxima efetividade dos direitos, tornando-os efetivos, também quando aqueles previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

No exercício dessa atividade de curadoria da eficácia dos direitos humanos fundamentais, é papel do juiz brasileiro, especialmente do juiz federal brasileiro, conforme a seguir se verá, zelar pela observância e pela efetiva aplicação de direitos contemplados em tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

A propósito do tema, veja-se que o novo Código de Processo Civil Brasileiro, em seu artigo 13, elevou a eficácia das disposições previstas em tratados internacionais: "Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte"[16].

O novo Código, portanto, atribuiu o devido destaque, também no plano processual civil, ao comprometimento do Estado brasileiro à efetividade

[15] Idem. *Manual do Poder Judiciário Brasileiro.* São Paulo: Saraiva: 2012. p. 38.
[16] BRASIL. Lei n.° 13.105, de 16 de março de 2015. DOU de 17.03.2015.

dos acordos firmados pelo Brasil inclusive em tema de regramento do exercício da jurisdição nacional. Esse é o comportamento que se espera, do Estado brasileiro, integrado que está à comunidade internacional, no cumprimento de acordos assumidos internacionalmente.

1.3. O MAGISTRADO NACIONAL COMO AGENTE POLÍTICO E DE MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

Diante da realidade de sistemas mundializados, inclusive no campo do Direito, conforme acima tratado, os juízes nacionais – no caso brasileiro mais especificamente os juízes federais, por força do inciso III do artigo 109 da Constituição da República – não se devem olvidar da plena incidência dos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Cabe-lhes, assim, incluir a extensa relação de direitos concebidos nesses tratados no rol dos atos normativos aptos a serem eleitos como fundamento de solução de litígio interno, no caso concreto.

Com efeito, especialmente o juiz federal brasileiro assume o papel de aplicador e de garante, por meio do exercício da jurisdição nacional, do Direito Internacional anuído pelo Brasil. Por consequência natural do desencargo dessa atuação, esse magistrado assume um significativo posto de agente político de mundialização do Direito e de transformação da realidade nacional de acordo com a realidade global.

Sobre esse ponto, Julie Allard e Antoine Garapon[17] referem: *Longtemps cantonnés à l'interprétation rigoureuse du droit, le juges sont peut-être aujourd'hui les agents les plus actifs de sa mondialisation et, partant, les ingénieurs de sa transformation*.

Sobre ser também o Judiciário um Poder politizado, assim entendido como aquele que deve legitimamente cumprir relevante função política de Estado e até mesmo de Governo, doutrina Eugenio Raúl Zaffaroni[18]:

[17] Tradução livre do autor: "Após muito tempo limitados à interpretação rigorosa do direito, os juízes são hoje possivelmente os agentes mais ativos de sua *[do direito]* mundialização e, dessa forma, os engenheiros de sua transformação" (ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Op. cit.,* p. 6).

[18] Tradução livre do autor: "Em princípio, os poderes judiciais não podem deixar de estar 'politizados' no sentido de que cumprem funções políticas. [...] sempre que se fala do poder judicial se está pensando num ramo do governo (que não pode senão exercer um poder público, estatal) que não seja política no sentido de 'governo da polis'. Não se concebe um ramo do governo que não seja político, justamente porque é governo. [...]. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, por consequência, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, senão que é da essência da função judicial: falar de um poder que não seja político é um contrassenso" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estruturas Judiciales.* Buenos Aires: EDIAR, 1994. p. 112).

> *En principio, los poderes judiciales no pueden dejar de estar 'politizados' en el sentido de que cumplen funciones políticas. [...] siempre que se habla del judicial se está mentando una rama del gobierno, y hasta etimológicamente sería absurdo pretender que hay una rama del gobierno (que no puede menos que ejercer un poder público, estatal) que no sea política en el sentido de 'gobierno de la polis'. No se concibe una rama del gobierno que no sea política, justamente porque es gobierno. [...]. Cada sentencia es un servicio que se presta a los ciudadanos, pero también es un acto de poder y, por ende, un acto de gobierno, que cumple la importante función de proveer a la paz interior mediante la decisión judicial de los conflictos. La participación judicial en el gobierno no es un accidente, sino que es de la esencia de la función judicial: hablar de un poder de estado que nos sea político es un contrasentido.*

A atividade política de valoração normativa levada a efeito pela atuação do magistrado, pois, é das mais relevantes. É por meio dessa atividade que o Estado expressa importante característica de poder, consistente em dar interpretação — e, com isso, dar alcance e aplicação efetiva —, para sua própria vontade já expressada no dispositivo ou no diploma normativo interpretado.

Desse modo, cuidar de valores jurídicos, fixar-lhes o exato sentido e extensão e ainda lhes dar efetividade são atividades jurisdicionais de feição política por excelência. A desoneração desse mister político exige eleição de valores jurídicos e sociais pelo magistrado, o qual deve ponderá-los e lhes atribuir máxima eficácia a uns e a outros.

Acerca do gravidade da atividade de identificação de valores superiores a serem prestigiados e da relevância da percepção da eficácia no plano existencial dos valores assim eleitos, pondera Johannes Hessen[19]:

> O sentido da vida humana reside, precisamente, na realização dos valores. (...). Se, de facto, o sentido da vida se acha dependente dos valores a que está referida, através da qual estes alcançam a sua

[19] HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores.* 3.ª edição. Coleção Studium. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1967. pp. 22-23.

> objectivação, é evidente que a plena realização do sentido da nossa existência dependerá, também, em última análise, da concepção que tivermos acerca dos valores. [...] todo aquele que conhecer os verdadeiros valores e, acima de todos, os do bem, e que possuir uma clara consciência valorativa, não só realizará o sentido da vida em geral, como saberá ainda achar sempre melhor decisão a tomar em todas as suas situações concretas.

Nesse passo, a atuação do Poder Judiciário na eleição e na realização de valores consagrados, inclusive em tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, é atividade política que deve ser ordinariamente levada a efeito, porque absolutamente legitimada pela Constituição da República e ínsita à aplicação das normas de direito internacional.

Diante dessa alta competência funcional, o Judiciário não mais é um Poder cuja atuação deva ser exclusivamente residual ou secundária em relação à atuação dos outros dois Poderes da República. Ao Poder Judiciário ora se atribui, como nunca, a competência de exercer função de poder político, atuando em papel central, ombreando com os Poderes Legislativo e o Executivo na apuração dos interesses expressados pela República e na garantia da efetivação desses interesses. Também a ele cabe, pois, a condução dos caminhos políticos a serem adotados pela República, fazendo observar o cumprimento efetivo de compromissos assumidos em tratados internacionais. Cumpre-lhe, assim, a atividade de fazer honrar, no plano interno e no caso concreto, os compromissos assumidos pelo País em relação a outros sujeitos de direito internacional.

Nesse contexto, o próprio Poder Judiciário nacional, por cada um de seus magistrados, deve lembrar-se dessa sua missão central política sem o injustificado e exacerbado pudor de admiti-la publicamente. A respeito disso, as Nações Unidas[20] assim lembram:

> Os juízes são também leões sob o trono, mas cujo assento não é ocupado, a seu ver, por um Primeiro Ministro, mas pela lei e sua concepção de interesse público. É a essa lei e a essa concepção que deve aliar-se. Nisso consistem sua força e sua fraqueza, seu valor e sua ameaça.

[20] NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial/ Escritório Contra Drogas e Crime;* tradução de Marlon da Silva Maia, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. pp. 46-47.

Sobre tal comportamento politicamente ativo esperado do magistrado, em busca da efetividade das normas jurídicas e de suas decisões, no desencargo de exercício de parcela substancial do poder estatal, discorre Leandro Paulsen[21]:

> O Juiz, no exercício da jurisdição, investe-se do poder soberano do Estado. Como consequência, tem de saber tornar eficazes as suas decisões, usando, com bom-senso e firmeza e em conformidade com o direito, os meios necessários para tanto.

Sucede que muitas vezes o pleno exercício dessa atividade política cabida ao Poder Judiciário é por ele próprio cerceada, em autocontenção exacerbada, decorrente do costumeiro comedimento dos magistrados no exercício da jurisdição e no alcance que vinham de atribuir a essa atividade política estatal. Sobre isso, refere Leandro Paulsen[22]:

> Ocorre, seguidamente, que o Judiciário cerceia a sua própria atuação. Por vezes, ele se autolimita desnecessária e erroneamente. Isso quando interpreta de forma equivocada e restritiva certas normas, retirando dos Juízes, deles próprios, os poderes e instrumentos necessários à efetivação da tutela jurisdicional nos diversos campos.
> Esse equívoco, cometido não por medo de tomar posições e assumir responsabilidades, mas por receio de extrapolar a esfera de atuação reservada ao Poder Judiciário, prejudica os jurisdicionados, na busca de seus direitos, o País, como Estado democrático, e o Poder Judiciário na sua dignidade e importância. Há de se lembrar, aqui, que cada Poder do Estado tem de ocupar integralmente o seu espaço na estrutura política, a fim de manter o equilíbrio e a harmonia necessários ao desenvolvimento da sociedade. E ocupar seu espaço significa dar cumprimento efetivo e integral a suas incumbências.

[21] PAULSEN, Leandro. *Justiça Federal: propostas para o futuro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. pp. 24-25.
[22] *Ibidem. Loc. cit.*

Enfim, a Constituição da República entrega ao magistrado nacional, em especial ao juiz federal brasileiro, a competência de, no julgamento do caso concreto submetido à jurisdição nacional, fazer incidir o conteúdo dos tratados internacionais visados pelo Brasil, inclusive os de natureza tributária. Tal encargo, mais do que de natureza técnico-jurídica, é também, e, sobretudo, de natureza política, pois seu exercício enseja a criação do direito aplicável e a garantia do cumprimento de compromissos internacionais assumidos pela República. O magistrado age, nesse momento, como agente político "acreditado" de seu próprio País, empenhando a eficácia dos direitos contidos em acordos internacionais e garantindo o respeito à própria soberania nacional expressada quando da celebração da avença com outros sujeitos de Direito Internacional.

A propósito, em seu discurso de abertura da reunião multilateral do Conselho da Europa, havida em 1995 em Bucareste, Gaby Tubach[23], Diretora dos negócios jurídicos desse Conselho, assim evidenciou o papel dos juízes nacionais nessa atividade de aplicação eficaz do Direito Internacional, permeável às relações internacionais dos Estados:

> *En effet, le respect du principe de la prééminence du droit doit nécessairement nous amener à l'idée que le droit international n'est plus ou n'est plus seulement une affaire pour diplomates mais qu'il doit être administré par tous ceux qui, à l'intérieur de l'Etat, sont destinés à faire respecter le droit et, en premier lieu, les juges.*

Também a propósito desse mesmo fundamental papel do magistrado brasileiro na atuação dos direitos veiculados em avenças internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte, discorre Francisco Rezek[24]:

> A interpretação dos tratados no âmbito interno das potências pactuantes raramente se exprime numa lei do parlamento. Nas mais das vezes ela é governamental, quando expressa em ato da responsabilidade do poder Executivo, ou judiciária, quando levada a efeito por tribunais e juízes no exame do caso concreto.

[23] Tradução livre do autor: "Com efeito, o respeito ao princípio da preeminência do direito deve necessariamente nos levar à ideia de que o direito internacional não é mais ou não é mais somente um assunto para diplomatas mas que ele deve ser administrado por todos aqueles que, na estrutura do Estado, são encarregados de fazer respeitar o direito e, pois, em primeiro lugar, os juízes" (TUBACH, Gaby. *Le juge et le droit international.* Alemanha: Conseil de l'Europe, 1998. p. 10).

[24] REZEK, Francisco. *Direito Internacional: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

Portanto, tanto quanto os agentes diplomáticos típicos, que politicamente atuam no sentido de fazer observar e de fazer aplicar as normas de direito internacional anuídas pelo Brasil, também os magistrados brasileiros, nos processos jurisdicionais de sua competência, devem fazer cumprir a vontade soberana da República, conforme expressada na celebração de acordo internacional de que o País seja parte. Tal soberana vontade é manifestada pela assinatura e pela ratificação do tratado internacional aceito pela República como fonte de direito também à solvência das lides internas. Ambas as atividades — diplomática e judicial — de promoção e de aplicação do direito advindo de acordo internacional são decorrentes eminentemente do exercício de parcela do poder estatal de que cada um dos agentes dispõem dentro de seu respectivo universo de atuação funcional.

Para isso, portanto, é essencial que os juízes nacionais conheçam e façam respeitar, também no plano interno, o Direito Internacional aceito pela República. A propósito, em seu discurso de abertura da mesma reunião multilateral do Conselho da Europa, já acima referida, Gavril Iosif Chiuzbaian[25], então Ministro da Justiça da Romênia, assim se pronunciou:

> *Dans ce contexte, le rôle des juges dans l'application du droit international devient très important et, pour pouvoir jouer son rôle, le juge doit connaître le droit international qu'il doit appliquer de son mieux dans l'activité du jugement. Il doit aussi connaître le droit international pour pouvoir contribuer, dans le limites de ses compétences, à la tâche d'harmoniser le droit interne aux commandements du droit international, acceptés par son pays.*

Diante do quanto acima analisado, cabe concluir que a atuação jurisdicional do magistrado nacional, a par de ser pautada pela técnica jurídica, é atividade essencialmente política, pois que de eleição de valores e de normas que mais bem representem esses valores consagrados pela República. Esses valores, ao ensejo, muitas vezes estão expressos em normas de direito internacional aceitas pela República e que, por isso, não podem ser olvidadas na solvência jurisdicional

[25] Tradução livre do autor: "Nesse contexto, o papel dos juízes na aplicação do direito internacional torna-se muito importante e, para poder representar seu papel, o juiz deve conhecer o direito internacional que ele deve aplicar da melhor forma na atividade de julgamento. Ele deve também conhecer o direito internacional para poder contribuir, nos limites de seus misteres, à tarefa de harmonizar o direito interno aos comandos do direito internacional, aceitos por seu país" (CHIUZBAIAN, Gavril Iosif. *Le juge et le droit international.* Alemanha: Conseil de l'Europe, 1998. p. 7).

do caso concreto submetido ao magistrado brasileiro, especialmente ao juiz federal, pelo cometimento do artigo 109, inciso III, da Constituição da República. Por essa atividade de curadoria da eficácia da norma de direito internacional, acaba o magistrado nacional por atuar como relevante agente de mundialização do Direito, pois a ele cabe transportar, na prática da incidência da norma ao caso concreto, aquela norma internacional para o plano doméstico.

Essa atividade jurisdicional, no plano interno do Estado, de zelo à observância e à aplicação das normas jurídicas contidas em tratados internacionais ganha maior destaque com a percepção de que os mecanismos de proteção internacional dos direitos versados em tratados dependem essencialmente da atuação de cada Estado dentro de seu território, conforme adiante se verá.

1.4. A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NACIONAL E A PARCIAL EFICÁCIA, NO PLANO INTERNACIONAL, DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL

A atuação do magistrado na garantia da incidência dos direitos assegurados em tratados internacionais, inclusive de matéria tributária, destaca-se na medida em que se observa a inocorrência de plena eficácia dos mecanismos internacionais de proteção desses direitos — sobretudo no caso a caso, quando discutidos no bojo de um específico processo em curso no sistema interno de Justiça e com efeitos interpartes. Nessas hipóteses, acaso não atue o magistrado nacional na aplicação intransigente dos direitos consagrados em tratados internacionais pertinentes, outro meio eficaz não haverá a socorrer o jurisdicionado na garantia da realização desses direitos.

Ademais, cumpre ter sempre sob consideração que a atuação dos órgãos do Estado nacional, atuação que deveria observar o dever de implementar e de garantir direitos, pode reduzir ou mesmo anular a eficácia de direitos assegurados nessas avenças internacionais. Nesse contexto, cumpre ao Poder Judiciário nacional a incumbência de fazer com que esses direitos sejam respeitados, conforme já amplamente analisado acima.

No plano interno, portanto, especialmente no campo das lides individuais, o Direito Internacional somente existe de fato se o Estado nacional permitir que ele se expresse em sua plenitude, por intermédio de um agente credenciado a dizer que tal direito se expressa à espécie então em análise oficial. Conforme analisa Gherardo Colombo[26], *Il diritto internazionale, infatti, soccombe*

[26] Tradução livre do autor: "O direito internacional, de fato, sucumbe frequentemente à força dos governos nacionais, e não tem a capacidade de se fazer respeitar por todos, em particular por aqueles estados econômica ou militarmente mais potentes" (COLOMBO, Gherardo. *Sulle regole.* 4.ª ed.. Milano: Feltrinelli, 2012. p. 109).

spezzo alla forza dei songoli governi, e non ha la capacità di farsi rispettare da tutti, in particolare dagli stati economicamente o militarmente più potenti.

A atuação de cada Estado, pois, por qualquer um de seus agentes habilitados a expressar a vontade estatal, dentre eles os magistrados nacionais, é imprescindível à verdadeira eficácia do Direito Internacional. A mesma percepção, já a tinha Vicente Marotta Rangel[27] há meio século:

> Mesmo na fase atual de evolução da sociedade internacional, o Estado continua a ser o instrumento indispensável de formação e de execução das normas convencionais. Cabe-lhe dispor sobre a maneira pela qual elabora os tratados, decidir se os considera parte integrante do ordenamento interno e determinar soluções para o conflito deles com a ordem jurídica nacional.

Essa questão da imprescindibilidade da aplicação interna, no contexto das lides domésticas, à mínima verdadeira eficácia do direito internacional é especialmente problemática no Brasil. Ainda em tempos atuais aqui se observa um exasperado desatendimento, no mais das vezes pelo próprio Poder Público e por seus agentes, dentre eles a autoridade executiva tributária, de direitos consagrados pelo direito internacional aceito pela República. Tal constatação eleva a necessidade da atuação do magistrado brasileiro na purgação dessa postura de negação da eficácia interna da norma internacional.

Sobre a questão, doutrina Flávia Piovesan[28]:

> Contudo, para que o Brasil se alinhe efetivamente à sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, em relação aos tratados ratificados, é emergencial uma mudança de atitude política, de modo que o Estado brasileiro não mais se recuse a aceitar procedimentos que permitam acionar de forma direta e eficaz a *international accountability*. Superar a postura de recuo e retrocesso – que remonta ao período de autoritarismo – é fundamental à plena e integral proteção dos direitos humanos no âmbito nacional.

[27] RANGEL, Vicente Marotta. *Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.* Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano LXII, fasc. II, 1967. p. 131.

[28] PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.,* p. 457.

> Nesse sentido, é prioritária no Estado brasileiro a revisão de declarações restritivas elaboradas, por exemplo, quando da ratificação da Convenção Americana. É também prioritária a reavaliação da posição do Estado brasileiro quanto a cláusulas e procedimentos facultativos – destacando-se a urgência de o Brasil aceitar os mecanismos de petição individual e comunicação interestatal previstos nos tratados já ratificados. Deve ainda o Estado brasileiro adotar medidas que assegurem eficácia aos direitos constantes dos instrumentos internacionais de proteção.

A atuação dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos albergados em tratados de que o Brasil seja signatário, portanto, quando mesmo não se revelam inexistentes, apresentam-se não efetivos no que se refere às questões submetidas a uma demanda judicial em curso no sistema interno de Justiça brasileiro.

Sobre o tema, doutrina Paulo Borba Casella[29]:

> a proliferação de normas internacionais (...) não se fez acompanhar pelo correspondente desenvolvimento do processo judicial internacional ou dos correspondentes mecanismos para a execução de normas internacionais, assistindo-se antes à regressão do que ao progresso nesse tópico.

Normalmente, aquele que demanda a atuação do Poder Judiciário nacional não pode aguardar a adoção das incertas medidas internacionais tendentes a ver garantida, no plano interno e, no seu caso específico, a eficácia dos direitos albergados em tratados internacionais. A situação de instabilidade social criada por uma lide interna tampouco pode aguardar uma eventual solução advinda dos mecanismos internacionais. Por tal premência temporal em busca de uma solução oficial, a atuação da jurisdição nacional assume maior relevo às questões que demandam a aplicação do direito internacional anuído pelo Estado.

Pertinentemente a isso, destacam Gian Carlo Caselli e Livio Pepino[30]:

---

[29] CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1996. p. 209.

[30] Tradução livre do autor: "a justiça não pode esperar. A sua ineficácia e o seu fracasso incidem profundamente sobre as condições de vida das pessoas e da coletividade produzindo, por vezes, efeitos secundários perigosos para a própria convivência democrática" (CASELLI, Gian Carlo.

> *la giustizia non può attendere. La sua ineffetività e il suo sfascio incidono profondamente sulle condizioni di vita delle persone e della collettività producendo, talora, effetti secondari pericolosi per la stessa convivenza democratica.*

Diante dessa realidade, com maior fundamento deve o magistrado brasileiro atuar na concretização dos direitos contidos nos tratados internacionais visados pelo Brasil. Valendo-se da norma de competência inscrita no artigo 109, inciso III, da Constituição da República, deve em particular o juiz federal brasileiro, no exercício da jurisdição nacional, fazer incidir com máxima eficácia os direitos previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

A atuação dessa específica autoridade judiciária brasileira no campo da aplicação interna do direito internacional é objeto da análise que se segue.

1.5. ATUAÇÃO DO MAGISTRADO FEDERAL BRASILEIRO NA GARANTIA DE DIREITOS OUTORGADOS POR MEIO DE TRATADOS INTERNACIONAIS

Conforme já referido, a atividade jurisdicional moderna transcende a mera atuação de fazer ecoar acriticamente o quanto consta expressamente do texto da lei, atuação outrora exercida pelo Poder Judiciário.

O magistrado passa a exercer papel de agente de poder, agente legislador do caso concreto. Trata-se de agente estatal credenciado a também criar o direito, em relação ao caso específico sob seu julgamento, a partir de normas gerais e abstratas, em contraposição à vetusta ideia de ator meramente executor, que deve exclusivamente fazer respeitar o frio preceito legislativo abstrato criado pelo legislador.

Sobre o moderno papel do Poder Judiciário, leciona Misabel Abreu Machado Derzi[31]:

> É necessário reconhecer, sobretudo, que a decisão judicial, embora orientada pelas leis em seu enunciado linguístico, pela Dogmática, pela Ciência do Direito e pelos precedentes, encontra, ainda assim, alternativas de interpretação deixadas pelo legislador, ou lacunas que ele mesmo ordena sejam preenchidas. (...). A escolha de uma das alternativas de interpretação, a

PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia.* Bari: Editori Laterza, 2005. p. XII).

[31] DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário.* São Paulo: Noeses, 2009. p. 49.

> solução de conflitos entre normas e a integração – se compatíveis com os enunciados linguísticos postos pelo legislador – não configuram nenhum excesso no exercício das funções judicantes. São a própria natureza da função do Poder Judiciário que é, de fato, um Poder e não singela autoridade.

Ao magistrado, agente político atento ao seu papel essencial transformador não apenas da consciência do jurisdicionado, o qual não se satisfaz com apenas saber infertilmente que é titular de direito, cumpre operar os instrumentos jurídicos, tanto materiais quanto processuais, úteis a essencialmente transformar a realidade e a condição de vida do jurisdicionado titular de direito. Deve o magistrado nacional, enfim, dar forma e concretude aos direitos, inclusive àqueles contemplados em tratados internacionais, tanto mediante garantia do exercício direto desses direitos por seu titular como também orientando o Estado na implementação de direitos, especialmente no que se refere a questões de políticas públicas.

Nesse particular aspecto de orientação, que cabe reflexamente ao Poder Judiciário ao decidir sobre determinado processo que envolva questão atinente à implantação de política pública, doutrina André Ramos Tavares[32]:

> Ao juiz constitucional cumpre o papel didático de orientação geral do estado no cumprimento e implementação de direitos fundamentais. Opções políticas de não implementação ou da (tradicional) situação de violação são ilegítimas do ponto de vista da Constituição e devem sofrer a "intervenção" do juiz constitucional. Isso também não significa que este deva se autoproclamar como instância exclusiva e autossuficiente na implementação da Constituição e dos direitos fundamentais.

A convivência republicana e democrática impõe ao juiz o caro papel de garante da efetividade dos direitos, não só dos direitos sociais, mas de todos os outros contemplados pelo ordenamento. O protagonismo do magistrado na aplicação e na concretização de direitos, inclusive daqueles previstos em instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, é verdadeira representação de um relevante instrumento institucional republicano.

[32] TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70

Nesses termos, tendo sido o magistrado provocado a dizer a respeito do direito e da necessidade de seu exercício material efetivo, cumpre-lhe atuar incontinênti. Deve fazê-lo de modo a atribuir concretude a tais direitos não atendidos ou não observados pelo Estado-fiscal, pelo Estado-administrador, pelo Estado-legislador e mesmo pelo particular, mormente quando não se identificar a adoção de ações administrativas mínimas a dar solução ao estado de desatendimento ou de violação do direito invocado.

Da mesma forma se observa em relação aos direitos consagrados em tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Caberá ao magistrado brasileiro, especialmente ao juiz federal, a tarefa de fazer aplicar os termos desses instrumentos, dando efetividade aos direitos por eles veiculados. Cumpre nunca perder de vista tratar-se de direitos reconhecidos pela República mediante exercício regular de parcela de sua soberania, manifestada ao ratificá-los e ao se compromissar com Estados estrangeiros e com Organismos Internacionais. Dessa forma, terá por dever funcional o magistrado federal brasileiro exercer a curadoria da efetividade dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, conforme já foi exaustivamente tratado acima.

Bem fixadas essas premissas, cumpre observar que a competência do magistrado federal brasileiro para julgar processos que tenham por base tratados internacionais visados pela República se extrai da já referida cláusula constitucional constante do artigo 109, inciso III[33]:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]
> III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

No exercício dessa competência constitucionalmente prevista, cabe, pois, ao magistrado federal brasileiro assegurar a plena e concreta incidência dos direitos previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Essa competência vem destacada também pelo disposto nos incisos V e V-A, bem assim no parágrafo 5°, todos do mesmo artigo 109 da Constituição da República, evidenciando essa atuação da jurisdição federal também em caso de grave violação de direitos humanos[34]:

> V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

[33] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
[34] Idem.

> V-A - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;
> ...
> § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Essa previsão da Constituição da República de 1988 reprisa normatização existente nas Constituições anteriores, de 1967 e 1969, as quais previam em seus artigos 119 e 125, respectivamente[35]:

> Aos Juízes Federais compete processar e julgar, em primeira instância:
> III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, por seu Órgão Plenário, firmou entendimento no sentido de ser da competência da Justiça Federal processar e julgar as causas referentes à aplicação e à execução dos acertos internacionais de que o Brasil seja parte. Nesse sentido, fixou a Suprema Corte a competência da Justiça Federal, ainda em relação a casos que envolvam, aparentemente, questões afeitas exclusivamente a outros Entes da Federação:

> Como se vê, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que é competência da Justiça Federal julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, ainda que se discuta isenção de imposto de competência estadual. Por estar em desacordo com esse entendimento, merece reparos o acórdão recorrido[36].

[35] BRASIL. Constituições da República Federativa do Brasil de 1967 e 1969.

[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.° 229.806/ PE, Plenário, Relator o Ministro Teori Zavascki, julgado em 01.08.2013, publicado no

Veja-se bem que a competência do magistrado federal brasileiro na hipótese prevista no inciso III do artigo 109 da Constituição da República contempla os casos em que o tratado ou contrato internacional firmado pelo Brasil, por intermédio da União, sejam justamente a causa de pedir do processo judicial. Ou seja, apenas quando a incidência ou a extensão do alcance desses instrumentos forem o próprio objeto do feito é que se admitirá a competência da Justiça Federal, quando nenhuma outra hipótese de competência dessa Justiça estiver configurada. Evidentemente que se a União ou qualquer uma das pessoas jurídicas de direito público relacionadas no inciso I do mesmo artigo 109 da Constituição da República integrar o feito, em qualquer condição processual, a competência da Justiça Federal se fixa pela suficiente incidência desse específico inciso, desmerecendo maior discussão a questão sobre se o tratado ou o contrato é o objeto específico do feito.

Nesse sentido, julgou o Superior Tribunal de Justiça[37]:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXPLOSÃO DE NAVIO. PROIBIÇÃO DE PESCA. DANOS SUPORTADOS PELOS PESCADORES. ALEGADO INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO. CHAMAMENTO AO PROCESSO DO IBAMA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INVOCAÇÃO DE NORMAS PREVISTAS EM CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. Se o Tribunal de origem apreciou as questões pertinentes para a resolução da controvérsia, ainda que tenha dado interpretação contrária aos anseios da recorrente, não há omissão que impeça a compreensão do julgado, e, portanto, não se tem como violado o art. 535, II, do CPC.
>
> 2. A mera alegação da existência de interesse jurídico da União no feito não tem o condão de afastar a competência da Justiça Estadual para apreciar o conflito entre particulares, sobretudo porque o próprio ente federal, voluntariamente, não manifestou

Dje 152 de 07.08.2013, divulgado em 06/08/2013.

[37] Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.° 1.181.954/PR, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado em 27.08.2013, publicado no Dje de 04.09.2013.

> interesse em ingressar na causa, nem foi provocada a sua intervenção por qualquer das partes.
> 3. Muito embora o art. 109, I, da Constituição Federal não faça referência à denunciação da lide, à nomeação à autoria e ao chamamento ao processo, a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que, havendo provocação para incluir na demanda a União, suas autarquias ou empresas públicas, à Justiça Federal cumpre examinar se há interesse que justifique o seu ingresso, aplicando-se, por analogia, a Súm. 150/STJ.
> 4. A invocação de normas previstas em Convenção Internacional, por si só, não desloca para a Justiça Federal a competência para processar e julgar a causa, salvo quando as disposições de "tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional" forem o próprio objeto da lide.
> 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Relevante registrar, ainda, que a cara e absoluta competência do juiz federal brasileiro nos termos do inciso III do artigo 109 da Constituição da República, para julgar feitos cujo objeto seja o cumprimento de obrigação fundada em tratado ou em contrato internacional, enseja ainda o deslocamento de competência para a Justiça Federal das causas conexas de competência de outros segmentos do Poder Judiciário brasileiro. Sobre o tema também decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Conflito de Competência n.° 133.010/MG, de cujo voto condutor se pode extrair:

> Oportuno gizar, na hipótese, o entendimento firmado em precedentes anteriores pela Segunda Seção no sentido de que a competência absoluta da Justiça Federal para julgamento de uma das ações, cuja causa de pedir é o cumprimento de obrigação fundada em tratado internacional (art. 109, I e III, da CF/88), atrai a competência para julgamento da ação conexa[38].

Pudera. A conexão é instituto do direito processual que essencialmente visa a precatar que não sejam prolatadas decisões judiciais conflitantes ou

[38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n.° 133.010/MG, Segunda Seção, Relator o Ministro Marco Buzzi, julgado em 27/05/2015, publicado no Dje em 26/06/2015.

contraditórias em processos diferentes, acaso decididos separadamente. O entendimento acima, portanto, expressa a elevada atenção que o Poder Judiciário brasileiro tem atribuído às questões que tangenciam o adequado cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pela República.

Estabelecidas essas premissas pertinentes ao papel do magistrado nacional brasileiro — especialmente o juiz federal, a teor do disposto no inciso III do artigo 109 da Constituição da República —, na garantia do exercício de direitos, inclusive daqueles outorgados por meio de tratados internacionais e inclusive no que se refere aos tratados de matéria tributária, cumpre seguir ao próximo capítulo, em que se analisará o fundamento de atuação do magistrado nacional como criador do direito do caso concreto.

2. JURISDIÇÃO NA GARANTIA DA LIBERDADE FISCAL

2.1. TRIBUTAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

Na esteira do que já foi analisado acerca dos efeitos da mundialização, observa-se o estabelecimento de uma relação humanista entre o poder tributário do Estado e seu dever de observância dos direitos fundamentais dos contribuintes.

Pode-se observar uma inter-relação havida entre o exercício da atividade tributante — função essencial à própria existência e manutenção do Estado — e os direitos fundamentais ou humanos dos contribuintes. Estes últimos, sobre serem os destinatários finais da atuação e da própria existência do Estado, passam a protagonizar também nessa relação jurídico-tributária o papel de sujeitos de direitos subjetivos fundamentais oponíveis em face do Estado tributante.

Na medida em que os limites ao poder de tributar estatal passam a ser revistos segundo as lentes dos Direitos Humanos, os contribuintes assumem posição de destaque nessa relação de sujeição tributária. Passam, pois, a ser vistos precipuamente como sujeitos titulares de direitos fundamentais subjetivos que podem ser exercidos em face do Estado e que devem, pois, ser respeitados por este.

Com essa nova visão jurídica humanista da relação de tributação, o que antes era compreendido como mera restrição à atividade tributante estatal — e assim qualificadas quase como concessões ou benesses realizadas pelo Estado em preito aos contribuintes —, passa a ser concebido como direito fundamental de titularidade dos contribuintes, conquistado no fluxo humanista do processo histórico. Assim, a contabilidade dos créditos e débitos dos direitos relacionados à tributação passa a tomar em nova e alta conta de crédito os direitos fundamentais dos contribuintes, no lugar da conta de débito que se caracterizava a ideia de "limites estatais ao poder de tributar".

Cumpre observar, entretanto, que a atribuição de maior eficácia jurídica aos direitos fundamentais dos contribuintes provoca a análise da tributação por dois contrapostos aspectos. Por um lado, a tributação assume feição de instrumento limitador de direitos fundamentais, na medida em que incide diretamente sobre a liberdade e a propriedade dos contribuintes. Por outro lado, todavia, a tributação atua como importante instrumento garantidor da efetivação desses direitos fundamentais, uma vez que o Estado necessita da arrecadação dos tributos para que possa eficazmente implementar políticas públicas concretizadoras de direitos humanos fundamentais e, desse modo, cumprir os objetivos fundamentais da República.

Nesse sentido, doutrina Regina Helena Costa[39]:

> os tributos atingem, obrigatoriamente, dois direitos fundamentais: o direito à propriedade e o direito de liberdade. O primeiro é alcançado direta e imediatamente pela tributação, porque o tributo consiste em prestação pecuniária compulsória, devida por força de lei, implicando sua satisfação, obrigatoriamente, a diminuição do patrimônio do sujeito passivo, diminuição essa que, no entanto, jamais poderá caracterizar confisco (art.150, IV, CR). Por outro lado, o direito de liberdade, genericamente considerado, é alcançado pelo tributo de modo indireto, por via oblíqua, conforme os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, porquanto sua exigência pode influenciar comportamento, determinado as opções dos contribuintes.

A definição e a implantação da política e da atividade tributárias do Estado encontram regramento essencial suficiente na própria Constituição da República e nos tratados internacionais de que o Brasil é subscritor. É a Constituição que estabelece tanto as competências tributárias quanto as limitações ao poder de tributar (ou os direitos fundamentais dos contribuintes). Cuida a Constituição da República de lançar parâmetros instransponíveis (“conteúdo possível”) de atuação dos Poderes do Estado, firmando os lindes de sua atuação legítima.

Bem se pode notar que a análise de constitucionalidade da atividade tributante deve, pois, sempre ser dialética: deve dar-se mediante juízo

[39] COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional.* 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

que concomitantemente pondere os meios e os conteúdos constitucionalmente autorizados ao exercício do poder-dever de tributação, de um lado, e, de outro lado, o dever igualmente constitucional de observância e de preservação do núcleo essencial de cada um dos direitos contidos no "estatuto do contribuinte".

Essa atividade tributante, portanto, na medida em que incide diretamente sobre o direito de propriedade dos contribuintes e indiretamente sobre seu direito de ampla liberdade, deve ser realizada com especial cuidado pelo Estado. Ele, Estado, deve sempre procurar o ponto de maior equilíbrio entre seu papel de tributar e o de permitir que os contribuintes exerçam os direitos fundamentais que lhes são garantidos pela Constituição da República e pelos tratados internacionais. Isso porque a tributação desmedida ou desvirtuada é meio apto a efetivamente restringir ilegitimamente o exercício de direitos humanos fundamentais pelos contribuintes.

Em suma, os direitos previstos no ordenamento constitucional e internacional admitido pela República devem poder ser exercidos apesar da tributação; para tanto, ela deve ser mostrar justa e razoável. Acaso tal tributação se torne desvirtuada ou indevida, ela estará a atuar ilegitimamente na restrição de direitos fundamentais/humanos, com o que a Constituição da República e os ajustes internacionais não são consentâneos.

Ainda, calha registrar que a tensão ordinariamente havida entre o poder tributante e os direitos fundamentais do contribuinte se agrava consideravelmente em Estados que historicamente, como o Brasil, não conseguem de forma eficaz e permanente entregar aos contribuintes resultados materiais das graves limitações a seus direitos fundamentais como o de propriedade ou o da liberdade plena. O sentimento coletivo dos contribuintes é o de não se sentirem concretamente acolhidos ou recompensados pelo Estado tributante, em contrapartida às privações que a tributação direta e indiretamente lhes causa. O Estado não lhes oferece eficientes serviços e bens públicos essenciais ao bom atendimento dos objetivos da própria existência do Estado. Essa realidade enseja a exasperação da tensão da já conturbada relação de tributação, circunstância que torna árdua a tarefa estatal de encontrar o ponto ótimo entre o poder tributante e os direitos fundamentais do contribuinte.

2.2. TRIBUTAÇÃO E MORALIDADE

Para ser justa, a atividade administrativa fiscal deve ainda contar com meios definidos em lei para a atuação de seus agentes, não se justificando o uso de meios quaisquer que apenas permitam arrecadar a maior quantidade possível de tributos. Portanto, a atividade arrecadatória do Estado deve tomar por premissa alguns princípios elementares do Direito, como o da igualdade de tratamento dos contribuintes e o da legalidade estrita.

Segundo observa Klaus Tipke[40]:

> *la Constitución no otorga al legislador poderes en blanco para establecer a su capricho el contenido de las leyes. El poder de la mayoría parlamentaria elegida democráticamente está sometido a los derechos fundamentales. La Constitución identifica la democracia con el Estado de Derecho. Es tarea del Tribunal Constitucional impedir que la legislación tenga un contenido que abandone de modo injustificable el ámbito del Derecho, en concreto de los principios de Justicia. El Tribunal Constitucional es también el guardián de la moralidad fiscal. El vigilante de dicha moral.*

Ainda, o princípio da moralidade conta com um sentido de mão dupla: serve tanto a guiar o comportamento do administrador quanto o agir do administrado nas atividades realizadas nas relações-de-administração que eles estabelecem entre si.

Nessa medida, Regina Helena Costa[41] destaca o papel que atualmente cabe ao Poder Judiciário na garantia de eficácia do princípio da moralidade. Refere que tal postulado apresenta-se como critério de apreciação judicial:

> instrumento a habilitar o magistrado a identificar ofensas à ordem jurídica, quer quando a própria lei atenta contra os preceitos éticos que a sociedade adota, quer quando o administrador realiza conduta descompassada com o padrão de comportamento funcional que dele se espera.

[40] Tradução livre do autor: "a Constituição não outorga ao legislador poderes em branco para definir à sua vontade o conteúdo das leis. O poder da maioria parlamentar democraticamente eleita está submetido aos direitos fundamentais. A Constituição identifica a democracia com o Estado de Direito. É a tarefa do Tribunal Constitucional impedir que a legislação tenha um teor que abandone de modo injustificado o âmbito do direito, ou seja, os princípios da Justiça. O Tribunal Constitucional é também o guardião da moralidade fiscal. O vigilante de referida mora" (TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los Contrubuyentes.* Marcial Pons, 2002. pp. 99-100).

[41] COSTA, Regina Helena. *O Princípio da Moralidade Administrativa na Tributação.* In Estudos de Direito Público em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, Org. Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 703.

Assim, segundo a mesma autora[42], o atuar administrativo-tributário deve-se dar sempre em prol de uma ética fiscal, compreendida como o "conjunto de princípios e regras que devem ser observados pelo legislador e pelo administrador tributários e que lhes impõem, mais do que a estrita obediência às leis, o prestígio aos valores de probidade, lealdade, boa-fé, decência e justiça, enfim".

Dessa maneira, o princípio da moralidade tributária desautoriza que tanto o contribuinte quanto o Fisco ajam de forma desleal, ilegítima ou subreptícia em seus comportamentos fiscais. No que toca à atuação do Estado, não lhe é permitido valer-se de ardis, de generalizações, nem de presunções de fraude para tributar indevidamente o contribuinte, tomando-lhe ilegitimamente suas economias ou lucros empresariais, a pretexto de zelar pela indisponibilidade da arrecadação pública ensejada pela cobrança de tributos.

Ainda sobre esse princípio, discorre Marçal Justen Filho[43]:

> o princípio da moralidade é limite intransponível para o Estado, mesmo em face dos fenômenos de elisão e evasão fiscal. É que o Estado produz normas e atos visando a apropriar-se, através do instrumento tributário, de determinada quantidade de riqueza privada. De outra parte, os particulares avaliam a legislação e determinam o próprio comportamento futuro de molde a reduzir o impacto do fenômeno tributário. A eficácia dos intentos dos particulares de evitar ou amortecer o fenômeno fiscal representa uma espécie de frustração para o Estado – que acaba arrecadando menos do que era previsto. O particular não hesita em alterar seus procedimentos para evitar ou reduzir a carga fiscal.

Em última análise, a atuação estatal conformada ao princípio da moralidade rende deferência ao sobreprincípio da segurança jurídica. A partir de tal moral atuação estatal, os contribuintes podem programar suas ações que repercutam no campo do Direito Tributário, valendo-se do princípio da estrita legalidade, porque assim contarão com uma previsão segura das normas jurídicas passíveis de aplicação e do comportamento estatal esperado.

Ao ensejo do tema da exigência da atuação moral da Administração tributária e também do legislador, registra Vicenzo Busa[44]:

---

42 *Ibidem,* p. 704.

43 JUSTEN FILHO, Marçal. *O princípio da moralidade pública e o direito tributário.* In Revista Trimestral de Direito Público, n.° 11. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 57.

44 Tradução livre do autor: "Para que possa corretamente funcionar um sistema assim

> *Perché possa correttamente funzionare um sistema così strutturato richiede certezza delle regole, tutela della buona fede del contribuente, efficacia e legalità dell'azione amministrativa; in una parola, creditibità delle istituzioni.*
> *Gli strumenti e le iniziative che possono spingere in questa direzione sono innumerevoli e chiamano in causa il ruolo del Legislatore e dell'Amministrazione finanziaria.*
> *Il Legislatore tributario deve creare certezza nel diritto; deve saper resistere alla tentazione di usare la leva fiscale ad ogni difficoltà finanziaria, con il rischio – presente nel sistema italiano – di una produzione normativa fatta di regole polverizzatte, asistematiche e difficili da applicare. Non meno importante e delicato è il ruolo dell'Amministrazione finanziaria chiamata a gestire norme con un elevato e, per alcuni aspetti, ineliminabile tasso di tecnicismo, flessibilità e complessità, senza scadere nel formalismo giuridico né nella discrezionalità o nell'arbitrio.*

O princípio da moralidade, portanto, deve ser aplicado em ambos os sentidos da relação-de-administração tributária havida entre Estado e contribuinte. Tal relação oficial e essencial tanto à própria manutenção do Estado quanto à manutenção da vida em sociedade deve ser informada por boa-fé, de modo de que o financiamento do Estado não se prejudique por comportamento dos contribuintes, nem os contribuintes percam a credibilidade no Estado e na sua atuação. Essa relação de confiança deve repercutir-se também na relação tributária modulada pela incidência de normas tributárias contempladas em tratados

estruturado, exige-se certeza das regras, tutela da boa-fé do contribuinte, eficácia e legalidade da ação administrativa; em uma palavra, credibilidade das instituições. Os instrumentos e as iniciativas que podem conduzir nessa direção são inúmeros e chamam à responsabilidade o papel do Legislador e da Administração financeira. O Legislador tributário deve criar certeza no direito; deve saber resistir à tentação de usar a via fiscal a cada dificuldade tributária, com o risco – presente no sistema italiano – de uma produção normativa feita de regras pulverizadas, assistemáticas e difíceis de aplicar. Não menos importante e delicado é o papel da Administração financeira chamada a gerir normas com um elevado e, sob alguns aspectos, insuprimível grau de tecnicismo, flexibilidade e complexidade, sem cair no formalismo jurídico nem na discricionariedade ou no arbítrio" (BUSA, Vicenzo. *Gli Istituti deflativi del contenzioso nell'esperienza italiana*. *in* Direito Tributário Internacional Aplicado, vol. V. Coordenação Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 526).

internacionais de que o Estado seja signatário. É a partir da incidência das normas albergadas nessas fontes que o contribuinte se programará ao cumprimento de suas obrigações tributárias, as quais poderão ser programadas por atividade de planejamento tributário internacional, conforme mais adiante se verá.

2.3. TRIBUTAÇÃO E LIBERDADE

A atuação do Fisco, para ser moral, deve respeitar direitos fundamentais como o direito à liberdade fiscal do contribuinte.

A respeito da relação entre a tributação e o direito à liberdade, observa Ricardo Lobo Torres[45] que "O poder de tributar nasce no espaço aberto pelos direitos humanos e por eles é totalmente limitado. O Estado exerce o seu poder tributário sob a permanente limitação dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais".

Tratando dos direitos, das garantias e do poder de tributar, esse mesmo autor evidencia que a positivação dessa relação entre tributação e liberdade ocorreu durante o Estado Fiscal. Nesse período surgiram as declarações liberais de direitos como, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, na Inglaterra, a *Bill of Rights*. No Brasil, a Constituição imperial de 1824 estabeleceu direitos e garantias contra a tributação, extinguindo muitas imunidades e privilégios descabidos à nobreza. Em época mais próxima, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (PSJCR, 1969), trataram dessa relação, embora seja "nos Tratados de Dupla Tributação assinados pelo Brasil que se encontram as normas básicas sobre a não discriminação e outros direitos humanos"[46].

A relação entre tributação e o direito de liberdade, portanto, é direta e bivalente.

Efetivamente, a tributação reduz o âmbito da liberdade do contribuinte, por meio da imposição de obrigações compulsórias. Ao mesmo tempo, todavia, ela também garante a esse contribuinte o exercício da plena liberdade, na medida em que ela (tributação) é o principal instrumento de financiamento para que o Estado viabilize e garanta o exercício de direitos.

Assim envolvida nessa relação bivalente, é importante que a tributação não sirva desproporcionalmente à limitação da liberdade de ação do contribuinte.

---

[45] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário.* vol. III. "Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia". 3.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 14.

[46] *Ibidem*, p. 19.

A atividade empresarial, sobretudo, não deve ser inviabilizada pela atuação tributária representada por imposição indevida. Os princípios da propriedade, da livre iniciativa e da autonomia privada devem ser observados pelo Estado tributante como valores a serem estimulados.

Pode o contribuinte, assim, legitimamente adotar comportamentos tendentes à obtenção de economia de tributos.

A respeito da autonomia privada em matéria tributária, anota Diego Galbinski[47]:

> No domínio do direito tributário, a projeção dos valores da autonomia e da autodeterminação que nucleiam o princípio da dignidade da pessoa humana entre outras coisas serve de obstáculo para que a interpretação e a aplicação dos tipos tributários a partir do princípio da capacidade contributiva sejam utilizadas *a priori* para alterar as oportunidades ou opções que os particulares têm à sua disposição no espaço vazio de tributação. Se este espaço favorece mais as preferências de um particular do que as de outro com a mesma renda ou riqueza em relação à opção econômica que ele decide praticar, esta vantagem não pode ser perturbada na maior extensão possível por meio da interpretação e aplicação dos tipos tributários. Não há dúvida que a projeção dos valores da autonomia e autodeterminação no domínio do direito tributário não se opõe à instituição de nova obrigação fiscal, sob o argumento de que ela limitaria a prática de relações econômicas neutras na maior medida possível do ponto de vista dos efeitos tributários. Todavia, a autonomia e autodeterminação como valores projetados no domínio do direito tributário exigem que a interpretação e aplicação dos tipos tributários a partir do princípio da capacidade contributiva não pode causar a alteração das oportunidades ou opções que os particulares têm

[47] GALBINSKI, Diego. *O critério de reconhecimento da liberdade fiscal no ordenamento jurídico brasileiro: o conceito jurídico-material aberto dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.* In Diálogos constitucionais de direito público e privado, n.° 2. Organizadores Liane Tabarelli Zavascki, Marcia Andrea Bühring e Marco Félix Jobim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 107.

> de praticar estas relações principalmente no espaço vazio da tributação.

Por conseguinte, no legítimo exercício de sua autonomia privada, os contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, podem programar-se para se comportarem de modo a evitar, dentro de sua esfera de opções lícitas, a ocorrência de determinados fatos relevantes ao direito tributário. Assim, podem esquivar-se da incidência tributária ou reduz o efeito financeiro dessa incidência.

Tal postura de planejamento tributário é mesmo essencial à consecução do objeto social das empresas com grau mínimo de lucratividade, em mercados, nacional e internacional, de elevada competitividade. Entendimento contrário submeteria a atuação dos contribuintes às amarras da tributação estatal, retirando-lhes o mínimo de liberdade de programação empresarial e, assim, inviabilizando-lhes a atuação.

Valiosa é a lição de José Casalta Nabais[48] sobre o tema:

> Nesta conformidade tanto os indivíduos como as empresas podem, designadamente, verter a sua acção económica em actos jurídicos e actos não jurídicos de acordo com a sua autonomia privada, guiando-se mesmo por critérios de elisão ou evitação dos impostos (tax avoidance) ou de aforro fiscal, desde que, por uma tal via, não se violem as leis fiscais, nem se abuse da (liberdade de) configuração jurídica dos factos tributários, provocando evasão fiscal ou fuga dos impostos através de puras manobras ou disfarces jurídicos da realidade económica (tax evasion).
>
> Uma ideia que, como já referimos, não assenta apenas no princípio do Estado fiscal, mas também nas concretizações deste princípio nas liberdades de iniciativa económica e de empresa, contempladas nos arts. 61°, 80°, al. C), e 86° da Constituição Portuguesa. Liberdades que se materializam, nomeadamente: 1. na escolha da forma e organização da empresa – empresa individual/empresa societária, estabelecimento estável/sociedade afiliada, sociedade simples/grupo de sociedades/agrupamento

[48] NABAIS, José Casalta. *A liberdade de gestão fiscal das empresas.* Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, n. 29, ano 5 setembro/outubro 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=47983. Acesso em 13 jun. 2014.

> complementar de empresas/agrupamento europeu de interesse económico, etc.; 2. na escolha do financiamento (autofinanciamento através da não distribuição de resultados, heterofinanciamento, recurso a suprimentos, etc.); 3. na escolha do local da sede da empresa, afiliadas e estabelecimentos estáveis; 4. na política de gestão dos défices; 5. na política de reintegrações e amortizações; etc.
> (...) Por quanto vimos de dizer, a liberdade de gestão fiscal constitui um princípio constitucional do maior significado em sede da tributação das empresas. Muito embora se trate de uma liberdade que, como todos os direitos e liberdades, mesmo fundamentais, não pode deixar de ter limites. Daí que as manifestações em que a mesma se materializa, como referimos, estejam limitadas na medida em que constituam abusos da configuração jurídica dos factos tributários, provocando evasão fiscal ou fuga aos impostos através de puras manobras ou disfarces jurídicos da realidade económica.

Evidentemente que a apregoada liberdade fiscal do contribuinte à economia de tributos (elisão fiscal) encontra certos intransponíveis limites. Um desses óbices é justamente o referido princípio da moralidade tributária a que também o contribuinte está sujeito. Outros limites são a validade e a licitude dos comportamentos eleitos pelo contribuinte como medidas à exclusão ou redução da carga tributária.

Sobre esses lindes da livre atuação do contribuinte na busca da elisão fiscal, doutrina Alberto Xavier[49]:

> Propomo-nos demonstrar que o direito positivo brasileiro apenas consagra duas ordens de limites à liberdade fiscal dos cidadãos: a validade e a licitude dos atos jurídicos pelos quais essa liberdade se exerce. Donde resulta a conseqüência de que no caso de tal liberdade se haver exercido por intermédio da prática de atos válidos e lícitos, não é possível ao Estado formular qualquer pretensão tributária ao abrigo de

[49] XAVIER, Alberto. *Liberdade fiscal, simulação e fraude no direito tributário brasileiro. In* Revista de Direito Tributário, ns. 11/12, janeiro/junho de 1980. p. 294.

> uma eventual terceira ordem de limitações, expressa numa cláusula geral interpretativa.

E conclui com precisão o mesmo professor[50]:

> a) A liberdade de atuação dos particulares em geral é princípio geral do nosso sistema jurídico e corolário do princípio da legalidade.
> b) A liberdade fiscal é princípio geral do nosso sistema tributário e corolário do princípio da tipicidade da tributação.
> c) O exercício da liberdade fiscal comporta apenas como limites a validade e a licitude dos atos por que se exprime, não existindo outros decorrentes de especias regras de interpretação e aplicação das leis tributárias.

Releva anotar que são justamente esses limites que separam os comportamentos lícitos (elisão fiscal) dos ilícitos tributários (evasão e elusão fiscais).

Outro ponto relevante ao tema da relação da tributação com o direito à liberdade guarda pertinência ao exercício da cidadania fiscal – típica expressão do direito à liberdade de planejamento tributário exercido dentro de parâmetros democráticos.

Ricardo Lobo Torres[51] trata do tema da cidadania fiscal ao observar que "a questão da cidadania envolve a moral e o direito". Discorre ainda que:

> A liberdade fiscal, com seus corolários representados pelos princípios referentes às imunidades e às proibições de desigualdade, integra, juntamente com a justiça tributária e os princípios que lhe são vinculados, a noção de cidadania fiscal.
> A cidadania em sua expressão moderna tem, entre os seus desdobramentos, a de ser *cidadania fiscal*. O dever/direito de pagar impostos se coloca no vértice da multiplicidade de enfoques que a ideia de cidadania exibe. Cidadão e contribuinte são conceitos coextensivos desde o início do liberalismo.

[50] *Ibidem.*
[51] TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, pp. 33-34.

Também relativamente ao exercício da cidadania, mais precisamente sobre a redefinição de seu conceito no Brasil diante do movimento de internacionalização, tema tratado no capítulo anterior deste estudo, pondera Flávia Piovesan[52] sobre o que se pode denominar de cidadania internacional:

> O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados. A sistemática internacional de *accountability* vem ainda integrar este conceito renovado de cidadania, tendo em vista que, ao lado das garantias nacionais, são adicionadas garantias de natureza internacional. Consequentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias internacionais importa no desconhecimento de parte substancial dos direitos da cidadania, por significar a privação do exercício de direitos acionáveis e defensáveis na arena internacional.

Com amparo nesses fundamentos, passa-se ao capítulo seguinte, que trata das linhas gerais do planejamento tributário internacional.

3. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

3.1. NOÇÃO

O planejamento tributário internacional, ou a internacionalização da empresa, ou ainda elisão fiscal internacional, desenvolveu-se especialmente nas duas últimas décadas, a partir da verificação mais acentuada da mundialização, já considerada neste estudo.

Em um mercado em que a competição empresarial se dá em escala global, as instituições privadas se têm utilizado de meios como os países com tributação favorecida (*tax havens*), a utilização de tratados internacionais mais benéficos (*treaty shopping*), a subcaptalização de empresas (*thin capitalization*) e os preços de transferência (*transfer pricing*), dentre outros meios, ao fim de obterem a redução do impacto da incidência tributária em suas operações. Tal providência é mesmo necessária à competitividade das empresas em âmbito de disputa internacional por novos mercados.

O planejamento tributário internacional, portanto, é medida de gestão empresarial lícita e até mesmo esperada das grandes empresas. Não se

[52] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos.,* 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 90-91.

pode delas exigir que restem conformadas às suas operações ocorridas dentro das fronteiras do Estado em que operam originariamente, sujeitas à concorrência internacional muitas vezes favorecida por condições mais confortáveis de custos de produção (tributários, sociais, monetários, etc). Devem as empresas, por intermédio do planejamento, buscar sempre a redução de seus custos, inclusive tributários, para impulsionar a expansão da competitividade e da demanda por seus produtos e serviços.

Conceituando o planejamento tributário, doutrinam Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Angélica Chichera dos Santos[53]:

> O planejamento tributário consiste em uma estratégia que busca antever os efeitos e as consequências dos respectivos impostos na operação da empresa e, de forma lícita, ordenar tal operação de forma a causar o menor impacto fiscal, diminuindo o custo e maximizando o lucro.

Tal postura de gestão tributária internacional se dá com maior relevância na medida em que o Estado de origem tende a agravar, mais e mais, a imposição tributária sobre as operações das empresas, limitando-lhes a liberdade de gestão e, consequentemente, frustrando-lhes o objetivo natural de obtenção de lucro. Tal situação é ainda mais grave em economias de mercado abertas à entrada e à concorrência de bens/serviços importados, os quais no mais das vezes são produzidos/prestados com custos mais reduzidos do que seus similares nacionais. Não bastassem essas questões, há que se observar ainda que a crise econômica iniciada em 2008 reduziu a demanda, bem assim que a valorização das moedas dos países emergentes ensejou a perda da competitividade internacional das empresas sediadas nesses países. Todas essas questões acabaram por estimular o planejamento tributário internacional dessas empresas.

Sobre esses últimos aspectos, refere Luiz Gonzaga Belluzzo[54]:

> A crise de 2008 acirrou a concorrência mundial à proporção que os mercados se contraíam. Isso deixou ainda mais patente a fragilidade da inserção externa da economia brasileira. Não por acaso as

[53] SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANTOS, Maria Angélica Chichera dos. *Internacionalização da empresa e a relativização do sigilo da identidade dos sócios nas operações offshore.* In. Revista Forense, vol. 418. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 199.

[54] BELLUZZO, Luiz Gonzaga. *As novas condições do desenvolvimento.* In Le Monde Diplomatique Brasil, n.º 80, março de 2014. p. 05.

> medidas de incentivo tributário perdem eficácia, neutralizadas pelo pecado original da desvalorização da moeda. Isso, além de comprometer o crescimento, o equilíbrio fiscal e a conta-corrente do balanço de pagamentos, coloca pressão sobre a taxa de juros. Para quem tem um conhecimento elementar sobre os processos de industrialização e de expansão industrial das economias emergentes, a manutenção do câmbio sobrevalorizado ao longo de muitos anos é um erro crasso de política econômica que afeta negativamente a política fiscal e a monetária.

Diante dessa necessidade de inovar e de buscar meios de competitividade internacional, as empresas lançam mão do planejamento tributário internacional como forma de, entre outros objetivos, escapar das limitações legais internamente impostas. Afinal, conforme anota Georges Ripert[55], "o particular prisioneiro das leis é sempre mais hábil que o legislador carcereiro".

Note-se que acompanha indevidamente o conceito de planejamento tributário internacional a ideia de atuação ilícita, evasiva de tributos e de divisas. Sobre isso, porém, adverte Heleno Taveira Torres[56]:

> Naturalmente, essas hipóteses (de planejamento tributário internacional) prestam-se a usos indevidos, abusivos ou podem apresentar conteúdos ilícitos, mas isso não pode servir a qualquer tomada de posição generalizadora sobre a liceidade ou ilicitude destas. Toda generalização indutiva em matéria jurídica leva à imprecisão.

Evidentemente não pode prevalecer essa indevida vinculação, como se necessária fosse, entre a atividade de planejamento tributário internacional e a ocorrência de ilícitos tributários e mesmo penais. Conforme sobredito, o planejamento tributário é medida legítima, de otimização das atividades e dos procedimentos operacionais e produtivos da empresa. É, enfim, uma forma autorizada de se aumentarem os lucros da empresa, que em um sistema de

[55] RIPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit.,* 2.ª ed.. Paris: LGDJ, 1994. p. 187. Tradução livre do autor.

[56] TÔRRES, Heleno Taveira. *Pressupostos Jurídicos do Planejamento Tributário Internacional.* Tese de Doutorado. PUC/SP. 1999. p. 25.

economia capitalista é a razão final de sua própria existência. Por outro lado, é igualmente evidente que o planejamento aqui defendido é aquele ocorrido estritamente dentro das fronteiras estabelecidas pelas normas jurídicas.

3.2. FUNDAMENTO DE VALIDADE: LIBERDADE TRIBUTÁRIA

O fundamento de validade do planejamento tributário internacional reside justamente na já abordada liberdade tributária do contribuinte. Assenta-se, também, com igual relevância, nos princípios da autonomia empresarial e da livre iniciativa.

A respeito dessa esfera de liberdade do contribuinte e do amparo constitucional de tal direito, discorre Cláudio de Oliveira Santos Colnago[57]:

> a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa são também fundamentos da ordem econômica, conforme previsão do artigo 170 da CF/1988, o que contribui para se perceber que uma das finalidades básicas buscadas pelo texto constitucional foi justamente impedir que o Estado estabelecesse, de maneira arbitrária e unilateral, quais condutas empresariais poderiam ou não poderiam ser adotadas. Em outras palavras, existe uma esfera mínima de liberdade individual do cidadão que se aplica na definição de sua atividade empresarial, a qual não pode ser devassada pelo Poder Público. Trata-se da autonomia da vontade que, longe de se limitar aos confins das regras materiais civis, consiste em verdadeiro vetor hermenêutico de índole constitucional.

Sobre esse direito de liberdade tributária do contribuinte ao livre planejamento fiscal e sobre suas condicionantes, discorre Florence Haret[58]:

> O contribuinte tem todo o direito de planejar seus negócios da forma que mais lhe aprouver; e, se deste projeto surtir enunciado de direito válido, seu único

[57] COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *O planejamento tributário como decorrência do direito fundamental à autonomia privada e a restrição do parágrafo único do artigo 116 do CTN.* In Revista Tributária de Finanças Públicas, vol. 109. São Paulo: RT, mar-abr/2013. p. 271.

[58] HARET, Florence. *Planejamento Tributário e Desconsideração do Negócio Jurídico: Análise do parágrafo único do art. 116 do CTN à luz do direito positivo.* In Revista de Direito Tributário n.° 99. São Paulo: Malheiros. p. 140.

> requisito é estar em planos de legalidade, ou seja, nos estritos termos da tipicidade – que requer subsunção do fato à norma – e nos moldes dos princípios constitucionais tributários que constituem esta específica ordem jurídica. A Constituição, por todos os preceitos já expostos, garante este direito (pré-suposto) do contribuinte em organizar sua atividade negocial, mesmo que tenha por objetivo suportar menor ônus tributário.

Prossegue a mesma autora[59]:

> No esforço de se estabelecer um recorte jurídico à autonomia negocial e à liberdade privada, observou-se a ambiguidade da expressão planejamento tributário que, em essência, é um dado pré-jurídico, mas vem sendo utilizada muitas vezes, como norma individual e concreta resultante de atividade negocial pelos particulares. Nesse sentido, é retomada, vezes sem conta, na expressão elisão fiscal. Revelando a plasticidade do conceito de planejamento no trato com a matéria, tenhamos que planejamento tributário é, reconhecidamente, atividade psicofísica do contribuinte em projetar cronologicamente para frente, protótipos de norma tributária que tenha por objetivo economia fiscal. Nesta medida, tem o intérprete total direito em planejar seus negócios da forma que mais lhe aprouver, estando constrito aos ditames constitucionais da segurança jurídica, legalidade em matéria tributária, tipicidade e devido processo legal apenas e tão-somente quando verter o resultado desta atividade em norma jurídica válida no sistema. Ao amoldar o planejamento tributário, em oposição ao conceito acima descrito, tal qual elisão fiscal vem sendo assumida, aquele e esta serão tidos por ato válido e lícito para todos os efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Pode-se ainda defender que o planejamento tributário, inclusive

[59] *Ibidem,* pp. 150-151.

o internacional, encontra fundamento de validade também no valor da justiça tributária, ou na percepção do contribuinte de que esse princípio não está sendo observado pelo Poder tributante. Tal percepção valida a busca por meios – sempre os lícitos, neste estudo – de economia de tributos.

Sobre a justiça tributária, doutrina Regina Helena Costa[60]:

> E a justiça tributária impõe uma tributação de boa qualidade, exercida mediante uma legislação clara e um sistema de tributos simples, eficientes e que dificultem a sonegação. Não parece demasiado pensar, como objetivo último, na qualidade de vida do cidadão-contribuinte, impositiva do respeito a seus direitos.

Enfim, o planejamento tributário internacional surge como medida necessária ao sucesso concorrencial de grandes empresas num ambiente em que a competitividade de mercado está cada vez mais acentuada e globalizada.

3.3. PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E DA TERRITORIALIDADE DA TRIBUTAÇÃO

O princípio da universalidade da tributação ou da renda mundial (ou *worldwide-income*) é um postulado adotado pelos países no combate à fraude e à evasão fiscal. Mediante sua aplicação, alcança-se a renda de uma pessoa (natural ou jurídica) residente ou nacional independentemente de em qual território nacional tal riqueza tenha sido produzida, desimportando ainda se tal renda foi obtida por estabelecimento filial por empresas subsidiárias sediados no estrangeiro. Sua aplicação, assim, enseja o risco de dupla imposição tributária internacional. Trata-se de princípio que sobrevaloriza, pois, o critério pessoal na elaboração da norma que positiva a hipótese de incidência tributária.

Por seu turno, segundo o princípio da territorialidade, largamente aplicado pelos países mais desenvolvidos, considera-se como tributariamente relevante a localização territorial da fonte de produção direta da riqueza sujeita à incidência exacional. Bem se nota, pois, que esse princípio, por seu turno, atribui relevância ao critério espacial na edição da norma que cria a hipótese de incidência tributária.

Nesse sentido, tal princípio traduz a aplicabilidade da norma tributária interna a todas as pessoas situadas no território nacional, inclusive as estrangeiras. Dessa forma, o princípio opera a exclusão da nacionalidade do

[60] COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça – Exeqüibilidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 379.

indivíduo, por se tratar de critério inapto a eleger o sujeito passivo da relação jurídico tributária. Da mesma forma, o princípio da territorialidade promove, como regra, a contenção da incidência da norma estrangeira de incidência tributária sobre fatos havidos no território de outro Estado.

Contudo, o princípio da territorialidade vem sofrendo relativização, conforme discorre Betina Grupenmacher[61]:

> Diante da proliferação de tratados e convenções internacionais no mundo, o princípio da territorialidade passou a ser insuficiente como critério para solucionar conflitos quanto à aplicação da lei tributária, no que se refere às questões internacionais, fazendo-se necessário o acatamento da extraterritorialidade.
> A transnacionalização das relações internacionais está a exigir uma atualização do princípio da territorialidade. Integramos, hoje, um universo em que as relações internacionais tornam as fronteiras estatais permeáveis.
> Dentro de uma perspectiva de extraterritorialidade da competência dos Estados, passam estes a considerar produzido dentro dele ato ou fato praticado total ou parcialmente no exterior, submetendo-os ao exercício de sua competência.

Materializando o princípio da universalidade da tributação no direito brasileiro, dispôs o artigo 74 da Medida Provisória n.° 2.158-35/2001:

> Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.
> Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de

[61] GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 139.

> dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.

Esse dispositivo, em bom momento, restou revogado pela Lei n° 12.973/2014[62].

Cumpre registrar que a constitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória, acima transcrito, foi analisada e confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n° 541.090/SC, relator para o acórdão o Ministro Teori Zavascki. Conferiu, a Excelsa Corte, por maioria, interpretação conforme a Constituição da República ao dispositivo, para, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, definir que ele não tem aplicação às empresas "coligadas" que se localizem em países sem tributação favorecida, ou seja, em países que não sejam "paraísos fiscais". Por outro viés, a Corte definiu que o dispositivo deve ser aplicado às empresas "controladas" que se localizem em países cuja tributação seja favorecida ou que não contem com mecanismos de controle

[62] BRASIL. Lei n.° 12.973/2014**.** Art. 81. Os lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, desde que se verifiquem as seguintes condições, cumulativamente, relativas à investida: I - não esteja sujeita a regime de subtributação, previsto no inciso III do caput do art. 84; II - não esteja localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não seja beneficiária de regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; III - não seja controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no inciso I. § 1º Para efeitos do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa coligada no Brasil: I - na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior; II - na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada, possuir lucros ou reservas de lucros; ou III - na hipótese de adiantamento de recursos efetuado pela coligada, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço. § 2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º, considera-se:I - creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da coligada domiciliada no exterior; e II - pago o lucro, quando ocorrer: a) o crédito do valor em conta bancária, em favor da coligada no Brasil; b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária; c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; ou d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da coligada, domiciliada no exterior. § 3º Os lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior que não atenda aos requisitos estabelecidos no caput serão tributados na forma do art. 82. § 4º O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses em que a pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil for equiparada à controladora nos termos do art. 83. § 5º Para fins do disposto neste artigo, equiparam-se à condição de coligada os empreendimentos controlados em conjunto com partes não vinculadas.

societário e fiscal adequados, isto é, os "paraísos fiscais" previstos na lei[63].

Chancelou a Excelsa Corte, com esse julgamento, a validade do que se pode denominar de sistema de transparência fiscal internacional, entendido como aquele que prestigia a identificação do real intuito do planejamento tributário internacional da empresa e que autoriza a tributação dos casos de simulação de planejamento.

O STF, contudo, não foi instado nessa oportunidade a se pronunciar sobre a (in)compatibilidade desse dispositivo com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil contra a bitributação, estabelecidos com fundamento no artigo 7° da Convenção-modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

Sobre a alta relevância do tema, discorre Alberto Xavier[64]:

> Não é demais insistir em que a cláusula de competência exclusiva do art. 7° dos tratados constitui o "coração" dos tratados contra a dupla tributação. Sem ela, qualquer tratado fica privado de sentido, pois abre as portas a uma guerra fiscal entre Estados, permitindo que a riqueza tributável em uma delas seja objeto de pretensões fiscais cumulativas de outras, invasivas de soberania estrangeira. É o que ocorreria se os Estados Unidos pudessem tributar naquele país os lucros das subsidiárias brasileiras, o Brasil pudesse tributar os lucros das suas controladas na Dinamarca, e até *infinitum* em todos os elos de uma cadeia vertical de controle.

Prossegue o mesmo autor:

> Infringiria, por isso, frontalmente, os tratados qualquer tentativa de aplicação de preceito legal que determinasse a adição à base de cálculo do imposto (lucro líquido da sociedade brasileira, contribuinte de um Estado) dos lucros próprios da sociedade

[63] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta processual. ADI 541.090. Acessível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1990416.

[64] XAVIER, Alberto. *A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação. In* Direito Tributário Contemporâneo: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Coordenação Aires Fernandino Barreto. São Paulo: 2011. pp. 66-67.

> controlada domiciliada em outro Estado contratante, pois tal significaria o Brasil arrogar-se uma competência tributária cumulativa, quando o tratado é expresso em atribuir ao Estado de domicílio da controlada ou coligada no exterior uma competência tributária exclusiva.

A referida guerra fiscal entre Estados nacionais é por certo indesejada, pois inibe o bom fluxo de negócios internacionais e o crescimento dos mercados dos países envolvidos na disputa. O comportamento estatal esperado, em contraposição, é exatamente no sentido oposto, de facilitar o fluxo de investimentos, sem evidentemente se descurar de coibir as tentativas de fraude fiscal.

Nesse sentido, ponderam Benoît Breville e Martine Bulard[65]:

> Em nome da proteção dos investimentos, os governos precisam garantir três grandes princípios: a igualdade de tratamento para empresas estrangeiras e nacionais (tornando impossível uma preferência nacional pelo emprego, por exemplo); a segurança do investimento (os poderes públicos não podem modificar as condições da exploração, expropriar sem indenização ou proceder a uma 'expropriação indireta'); e a liberdade, para a empresa, de transferir seu capital (sair do país com todos os seus cabedais; o país, no entanto, não pode exigir que ela saia!).

A liberdade tributária do contribuinte, portanto, deve ser prestigiada e garantida, inclusive pela jurisdição nacional, na medida em que não seja exercida para além dos limites da licitude e da intenção de otimização de lucro segundo os parâmetros internacionalmente aceitos de "concorrência exacional" legítima entre Estados com economia de mercado. Tal liberdade não deve servir, por outro eito, a permitir que empresas se valham de benefícios fiscais predatórios, oferecidos por Estados que nitidamente renunciam, sobretudo como meio de captação de ativos financeiros e investimentos, de parcela exacerbada de seu poder tributante.

[65] BREVILLE, Benoît; BULARD, Martine. *No fim, quem leva a pior é sempre o povo.* In Le Monde Diplomatique Brasil, n.º 83, junho de 2014. p. 12.

3.4. CLÁUSULAS ANTI-FRAUDES TRIBUTÁRIAS. PARAÍSOS FISCAIS

Conforme já acima referido, evidentemente que a liberdade fiscal do contribuinte, exercida ao fim de economizar no recolhimento de tributos por meio do planejamento tributário internacional, sofre severas e legítimas restrições.

De fato, é relevante que os instrumentos de direito internacional, especialmente convenções bilaterais ou plurilaterais contra a dupla tributação, operem no campo tributário. A aplicação desses instrumentos evita a dupla tributação internacional e a descomedida incidência tributária, que cria desestímulo à produção, à economia, à movimentação de bens e capitais, dentre outros efeitos perniciosos. Nesse sentido, doutrina Heleno Taveira Torres[66]:

> mesmo não sendo a pluritributação internacional vedada explicitamente no sistema internacional, vigora o princípio segundo o qual se deve evitar ou eliminar os seus efeitos jurídicos e as suas repercussões econômicas sobre os operadores que atuam transnacionalmente, dado o seu grau de nocividade.

Por outro lado, é igualmente relevante que não se permita que os mecanismos de direito internacional voltados a evitar a dupla ou pluritributação sejam utilizados como instrumentos à ocorrência de fraudes tributárias, dentre elas aquelas incentivadas por países com tributação favorecida.

A questão da ocorrência de fraude tributária foi objeto de relevante julgamento pela Corte Europeia de Justiça no caso *Cadbury Schweppes*, em que se discutiu se as regras aplicadas às Empresas Controladas no Exterior – CFC's (*Controlled Foreign Companies*) estariam a desrespeitar o princípio da liberdade de empresas no âmbito da União Europeia.

Sintetizando o teor da decisão emanada da Corte Europeia, discorre Douglas Yamashita[67]:

> A decisão da Corte Europeia foi no sentido de que o simples fato de uma sociedade criar um estabelecimento,

[66] TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre a renda de empresas.* São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 235.

[67] YAMASHITA, Douglas. *Planejamento tributário internacional: Limites Nacionais e Internacionais. In:* Direito tributário internacional: aspectos práticos, 1° volume. Coordenação de Marco Antônio Chazaine Pereira. São Paulo: LTr, 2012. Vários autores. pp. 141-169.

> como uma subsidiária, em outro Estado não geraria uma presunção de que haveria uma fraude à lei tributária que justificasse uma medida de restrição ao exercício de uma liberdade fundamental garantida tanto pela legislação inglesa, quanto pelos tratados europeus. Uma medida restritiva desta liberdade de estabelecimento poderia justificar-se apenas e tão somente para evitar "expedientes puramente artificiais destinados a contornar o imposto nacional normalmente devido". A aplicação das regras CFCs deve, por conseguinte, ser afastada sempre que se verificar, com base em elementos objetivos e comprováveis por terceiros, que, não obstante a existência de razões de natureza fiscal, a referida sociedade controlada está realmente implantada em Estado-Membro exercendo aí atividade econômica efetiva.

O ordenamento jurídico brasileiro, nesse contexto, conta com alguns dispositivos legais cuja aplicação visa a conter o aproveitamento dos efeitos de negócios fraudulentamente ocorridos com o fim de suprimir ou reduzir ilegitimamente a incidência tributária. Os mais relevantes podem ser apontados como os artigos 116, parágrafo único, e 149, inciso VII, ambos do Código Tributário Nacional, bem assim os artigos 50, 187 e 166, inciso VI, do Código Civil de 2002. Todos eles, com efeito, incidem de forma a evitar o sucesso de atos praticados com finalidade fraudulenta ou dissimulatória, levados a efeito com pretensão de desvio de finalidade tributária.

Sobre tais cláusulas de contenção de fraudes tributárias, discorre César García Novoa[68]:

> *Las clausulas antielusorias pueden definirse, de modo muy genérico, como estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de amplitud, y al cual se ligan unas consecuencias jurídicas, que, en suma, consistirán en la asignación a la Administración de*

[68] Tradução livre do autor: "As cláusulas anti-fraudes podem ser definidas, de uma forma muito genérica, como estruturas de regulamentação, cujo pressuposto é de facto formuladas em maior ou menor grau, e que algumas conseqüências legais, em suma, incluirá a atribuir à Administração de ´poderes de negligência ou transação feita com ânimo de fraudar ou para aplicar regime jurídico-fiscal que tem tentado contornar" (NOVOA, César García. *Transparencia fiscal internacional y subcapitalización. in* Direito Tributário Internacional Aplicado, vol. V. Coordenação Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 635).

> *unas potestades consistentes en desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusiorio o a aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir.*

Prossegue o Professor Catedrático de Direito Financeiro da Universidade de Compostela, Espanha[69]:

> *Así, podemos catalogar como elusión internacional todas aquellas situaciones caracterizadas por la implicación de un ordenamiento extranjero y que, en la práctica, vienen a consistir en un aprovechamiento con fines de ahorro fiscal de las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos nacionales, y por tanto, en una evitación de la territorialidad, en sentido material, del tributo. El aprovechamiento de las diferencias de tributación y de los regímenes fiscales más ventajosos de otros Estados es la expresión más clara de lo que se conoce como 'dimensión internacional' de la elusión tributaria. Cierto es que la calificación como elusión del aprovechamiento comparativo del régimen más favorable de otro Estado responde a una pura convención; en un momento histórico ciertas instancias internacionales deciden que aprovechar las ventajas de un determinado ordenamiento constituye elusión. Calificando un territorio como paraíso fiscal o área de baja tributación deducimos la existencia de actuaciones de elusión internacional como el empleo de precios de transferencia o cambios artificiales de residencia*

[69] Tradução livre do autor: "Assim, podemos classificar como evasão internacional todas as situações caracterizadas pelo envolvimento de uma ordenamento estrangeiro e que, na prática, venha a consistir de uma utilização para fins de arrocho fiscal das diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais e, portanto, em uma fuga da territorialidade, no sentido material, do imposto. A vantagem com essa diferença de tributação e regimes fiscais mais vantajosos de outros Estados é a expressão mais clara do que é conhecido como "dimensão internacional" da evasão fiscal. É verdade que a qualificação como evasão da vantagem comparativa das regras mais favoráveis de outro Estado responde a uma convenção; em certo momento histórico, alguns organismos internacionais decidem ter vantagem em detrimento de um sistema particular e isto constitui evasão. Ao qualificar um território como paraíso fiscal ou área de baixa tributação deduz-se a existência de evasão internacional, como a utilização de preços de transferência ou mudança artificial de residência fiscal. Esta classificação pode dar-se internamente por um Estado ou por meio de instituições como a OCDE (*Ibidem*, p. 644).

> *fiscal. Esta calificación puede hacerse en el ámbito interno de un Estado o llevarla a cabo instituciones como la OCDE.*

Observa-se desta última referência, a abordagem da questão do planejamento tributário havido por meio da criação, sobretudo, de empresas *offshore* em países com tratamento tributário privilegiado, os chamados paraísos fiscais.

Sobre a restrição à liberdade tributária à livre utilização de tributação favorecida que é oferecida por esses Estados, observe-se que o Estado Brasileiro não estabelece com esses domínios acordo internacional para evitar a bitributação. A providência decorre naturalmente do reconhecimento da finalidade evasiva tributária que encerra a ideia de operação financeira e empresarial junto a esses Estados.

A propósito, vale a lição de Luis Manuel Alonso González[70] sobre o assunto:

> *Podemos considerar paraíso fiscal aquella jurisdicción, ya sea estatal o subestatal, que se caracteriza por tener unos niveles de tributación bajos o inexistentes, y en la que los operadores económicos gozan del anonimato que proporciona el secreto bancario al amparo de las instituciones y de las leyes que allí rigen*[71].

Avança o Professor Catedrático de Direito Financeiro e Tributário da Universidade de Barcelona, Espanha[72]:

> *el paraíso fiscal sirve perfectamente para describir lo que es y cómo funciona la competencia fiscal nociva.*

---

[70] GONZÁLEZ, Luis Manuel Alonso. *El control internacional sobre los países de baja tributación y las reglas de exclusión de las 'listas negras': el papel del intercambio de información. in* Direito Tributário Internacional Aplicado, vol. V. Coordenação Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2008. pp. 856-857.

[71] Tradução livre do autor: "Podemos considerar paraíso fiscal aquela jurisdição, estatal ou subestatal, que se caracteriza por ter níveis de tributação baixos ou inexistentes, e na qual os operadores econômicos gozam de um anonimato que lhes proporciona o sigilo de dados bancários que os protegem das instituições e das leis que ali atuam".

[72] Tradução livre do autor: "a expressão 'paraíso fiscal' serve perfeitamente para descrever o que é e como funciona a concorrência tributária nociva. Ela ocorre quando determinadas jurisdições, com o objetivo de atrair capitais, apostam no instrumento fiscal como vantagem comparativa, oferecendo carga tributária irrisória e também informações não claras sobre as operações que lá se realizam. Em um contexto internacional no qual determinadas zonas do planeta geram um volume ingente de recursos financeiros em busca de sua ótima colocação, os paraísos fiscais rompem as regras do jogo, oferecendo incidência tributária a menor do que aquela devida nos países de residência dos contribuintes, ocasionando um sério prejuízo econômico aos Estados".

> *Ésta se produce cuando determinadas jurisdicciones, con el objetivo de atraer capitales, apuestan por el instrumento fiscal como ventaja comparativa ofreciendo tasas de gravamen inadvertibles y también opacidad informativa sobre las operaciones que se realizan en las mismas. En un contexto internacional en el que determinadas zonas del planeta generan un volumen ingente de recursos financieros en busca de su óptima colocación, los paraísos fiscales rompen las reglas del juego y se hacen con las bases imponibles que debieran tributar en los países de residencia de las personas a quienes son atribuibles ocasionando un serio perjuicio económico a los Estados.*

Enfim, o planejamento tributário internacional é medida lídima ao exercício da necessária gestão administrativa em busca da redução de custos e de elevação da competitividade internacional das empresas.

Tais atos de gestão empresarial, sobretudo de redução da incidência tributária, devem seguir alguns parâmetros intransponíveis, fundados especialmente na realização de atos legítimos e compatíveis com a real finalidade pretendida. Isso porque o ordenamento jurídico não tolera a ocorrência de fraude na realização dos atos de gestão, o desvio da finalidade declarada da atividade empresarial, nem a simulação de negócios jurídicos como meios ao atingimento dos fins legítimos de aumento de competitividade e de lucro empresarial.

4. JULGAMENTOS DO RESP 1.325.709-RJ (STJ) E DO RE 460.320-PR (STF)

Diante de todas as premissas acima fixadas, calha trazer ao registro — como emblemático exemplo prático de atuação jurisdicional na garantia do exercício da liberdade empresarial ao legítimo planejamento tributário exercido com fundamento em tratados internacionais — o pertinente e recente julgamento levado a termo pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça na apreciação do Recurso Especial n.° 1.325.709 – RJ[73].

Nesse julgamento, a Corte Superior fixou, nos termos do voto do Relator, o em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o qual por seu turno reformulou seu voto para acompanhar a posição apresentada pelo em. Ministro Ari Pargendler, dentre outras disposições relevantes, o seguinte:

[73] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.° 1.325.709 – RJ.

> No caso de empresa controlada, dotada de personalidade jurídica própria e distinta da controladora, nos termos dos Tratados Internacionais, os lucros por ela auferidos são lucros próprios e assim tributados somente no País do seu domicílio; a sistemática adotada pela legislação fiscal nacional de adicioná-los ao lucro da empresa controladora brasileira termina por ferir os Pactos Internacionais Tributários e infringir o princípio da boa-fé na relações exteriores, a que o Direito Internacional não confere abono.[74]

Por esse julgamento, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça a um só tempo prestou homenagem a princípios caríssimos considerados neste estudo, dentre eles o da liberdade da atuação empresarial em tema de planejamento tributário internacional, o da livre iniciativa, o da moralidade da atuação pública fiscal (ao impedir que o Fisco exija tributos indevidos), o da supremacia do direito tributário emanado de acordos internacionais ratificados pelo Brasil em relação à legislação ordinária interna, dentre outros. Fez valer na prática, em suma, o disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional[75] e, mais que isso, a vontade de política internacional manifestada pela República ao aceitar os termos dos acordos internacionais em que se pautam tais não incidências no plano interno. Sem prejuízo, a Corte ainda garantiu a incidência da norma interna de incidência tributária em relação aos lucros obtidos por empresa controlada sediada em País que não tributa a renda ou que a tributa à alíquota inferior a 20%, conforme relacionado pela Instrução Normativa da SRFB nº 1.037[76], de 4 de junho de 2010, porque com ele o Brasil naturalmente não estabeleceu acordo internacional.

Enfim, com maior relevância, a Corte Superior nesse julgamento exerceu a jurisdição na garantia da liberdade fiscal ao planejamento tributário fundado em acordos internacionais ratificados pela República. Tal julgamento serve de valioso paradigma aos demais Órgãos jurisdicionais a respeito da

---

74 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.325.709 – RJ. Acessível em: ttps://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32698164&num_registro=201201105207&data=20140520&tipo=5&formato=PDF.

75 BRASIL. CTN, Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

76 BRASIL. IN-SRF 1037/2010. Art. 1º Para efeitos do disposto nesta Instrução Normativa, consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, as seguintes jurisdições: (...) XI - Ilhas Bermudas; (...).

atuação na garantia de direitos humanos fundamentais contemplados em tratados internacionais, ainda que haja norma infraconstitucional interna que regule o tema de maneira diversa, em detrimento de caros direitos como o da liberdade tributária.

Por fim, não caberia encerrar estas linhas sem fazer registro da pendência do encerramento do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário n.º 460.320-PR[77], por meio de que se discute a aplicação do artigo 77 da Lei n.º 8.383/1991, tendo em vista o disposto no art. 24[78] da Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda e em vista do disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional.

Por ora, apenas o Ministro Gilmar Mendes votou. De seu voto pode-se extrair o seguinte excerto:

> Tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional, principalmente quanto ao direito tributário, que envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional[79].

[77] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 460.320-PR. Acessível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2322387.

[78] Artigo 24. Não Discriminação. 1. Os nacionais de um estado contratante não ficarão sujeitos no outro estado contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro estado que se encontrem na mesma situação. 2. O termo "nacionais" designa: a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um estado contratante; b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num estado contratante. 3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um estado contratante possuir no outro estado contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro estado contratante que exerçam a mesma atividade. Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um estado contratante a conceder às pessoas residentes do outro estado contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes. 4. As empresas de um estado contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro estado contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro estado. 5. No presente artigo, o termo "tributação" designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.

[79] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 460.320-PR. MENDES, Gilmar.

O Relator expressou, mais, seu entendimento no sentido de que o artigo 98 do Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição da República. Assim, posicionou-se no sentido de que, em preito à cooperação internacional entre os Estados e ao *pacta sunt servanda*, princípio do regente do Direito Internacional, os tratados internacionais celebrados pelo Brasil devem dispor de prestigio também no plano interno, devendo ser observados pelo Fisco brasileiro.

CONCLUSÃO

Diante de um cenário de mundialização das relações humanas, inclusive das relações jurídicas envolvendo pessoas de Estados independentes diversos, o Direito não se mantém inerte, cerrado em ordenamentos nacionais incomunicáveis e autossuficientes.

A mundialização também do Direito é processo que se verifica nos dias atuais e que enseja a adoção, pelos Estados soberanos, de regramentos jurídicos semelhantes acerca de diversas questões comuns aos povos. O Direito Internacional serve de meio de interação das vontades comuns, atribuindo tratamento jurídico às relações havidas além das fronteiras de um determinado país. Os seres humanos dos diversos países integrantes da comunidade internacional demandam regramentos comuns, como forma de estabelecer parâmetros seguros às relações humanas cada vez mais mundializadas e dinâmicas, dentre elas as com repercussão tributária.

O Brasil, como sujeito de Direito Internacional, participa desses acertamentos com outros Estados e com os Organismos Internacionais, de forma a amparar os interesses de seus nacionais e de estreitar as relações tributárias, econômicas, sociais, monetárias, etc., com esses demais sujeitos de Direito Internacional. Nessa medida, o País assina e ratifica tratados internacionais, no livre exercício de sua soberania.

Tais compromissos internacionais, portanto, passam a dever ser cumpridos também dentro do território nacional brasileiro, inclusive em relações havidas entre nacionais. Exemplo disso é a relação havida entre o Fisco e contribuinte, que por medida de planejamento empresarial se utiliza de instrumentos legítimos que estão a seu alcance para reduzir a carga tributária de sua operação e, assim, tornar-se mais competitivo internacionalmente e mais lucrativo.

A não observância dos direitos veiculados em tratados internacionais, ocorrida muitas vezes pelos próprios entes políticos ou entidades administrativas, como *v.g*. os órgãos fazendários, deve ser coibido como forma de se fazer respeitar uma vontade soberana da República, exercida por meio da aceitação dos termos dos tratados internacionais e exigíveis até que a República,

---

Voto acessível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re460320gm.pdf.

pela via e autoridade legitimadas, denuncie sua participação em tal acertamento internacional. Antes disso, porém, o que deve prevalecer é a aplicação do tratado e o respeito aos direitos por ele contemplados, na medida em que seus termos foram anuídos pelo Estado brasileiro mediante exercício de soberania.

Nesse contexto, cabe aos magistrados brasileiros fazer observar os direitos e obrigações previstos nos tratados internacionais, inclusive os vocacionados a evitar a bitributação, quando provocados em processo judicial de que sejam presidentes. Cabe-o em particular aos juízes federais, autoridades judiciárias investidas de parcela do poder estatal, competentes pelo processamento e julgamento de "causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional", conforme artigo 109, inciso III, da Constituição da República, além das previsões pertinentes previstas nos incisos V, V-A e parágrafo 5º.

A atuação do juiz federal brasileiro, portanto, deve acompanhar essa demanda de mundialização do Direito e de garantia daqueles direitos tributários contidos em tratados internacionais. Os magistrados nacionais, e dentre esses especialmente os federais, são agentes protagonistas dessas mudanças, pois, porque estão autorizados a atuar de modo a fazer cumprir e observar direitos, como o da liberdade fiscal ao planejamento tributário internacional.

Essa atuação demanda postura ativa e cuidadosa do magistrado, que a deve exercer com o destemor de enfrentar o desafio ainda muitas vezes dificultado por órgãos dos próprios entes políticos nacionais. Nesse passo, a plena eficácia dos tratados em âmbito doméstico prestigia o caro princípio da cooperação internacional, com o qual todos os Estados nacionais devem hoje contar, diante da evidência de uma realidade mundializada em todos os aspectos da atuação humana, inclusive o tributário.

O pleno exercício dessa atividade jurisdicional, tal qual a aceitação da mundialização do Direito por todos os agentes da Administração fiscal do Estado, ainda encontra sérias resistências, contudo. De fato, conforme observaram Julie Allard e Antoine Garapon[80], *cette nouvelle mondialisation est loin d'être un long fleuve tranquille.*

[80] Tradução livre do autor: "essa nova mundialização está longe de ser um longo rio tranquilo" (*Op. Cit.,* p. 9).

REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Les juges dans la mondialisation: la nouvelle révolution du droit.* France: Seuil et La République des Idées, 2005.

BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. *As novas condições do desenvolvimento.* In Le Monde Diplomatique Brasil, n.° 80, março de 2014.

BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei n.° 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

_____. *Código Tributário Nacional. Lei n.º 5.172/1966*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao

_____. *Instrução Normativa da SRFB n.º 1037/2010.* Disponível em http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2010/in10372010.htm

_____. *Lei n.° 12.973/2014*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm

_____. *Medida Provisória n.º 2.158-35/2001*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Quadro/_Quadro%20Geral.htm

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. http://www.stj.jus.br

_____. *Supremo Tribunal Federal*. http://www.stf.jus.br

BREVILLE, Benoît; BULARD, Martine. *No fim, quem leva a pior é sempre o povo.* In Le Monde Diplomatique Brasil, n.° 83, junho de 2014.

BUSA, Vicenzo. *Gli Istituti deflativi del contenzioso nell'esperienza italiana*. *in* Direito Tributário Internacional Aplicado, vol. V. Coordenação Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito, Globalização e Humanidade.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.

CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo*:* LTr, 1996.

CASELLI, Gian Carlo. PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia.* Bari: Editori Laterza, 2005.

CASSESE, Antonio**.** *I diritti umani oggi.* Bari: Editori Laterza, 2012.

CHIUZBAIAN, Gavril Iosif. *Le juge et le droit international.* Alemanha: Conseil de l'Europe, 1998.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *O planejamento tributário como decorrência do direito fundamental à autonomia privada e a restrição do parágrafo único do artigo 116 do CTN*. In Revista Tributária de Finanças Públicas, vol. 109. São Paulo: RT, mar-abr/2013.

COLOMBO, Gherardo. *Sulle regole*, 4.ª ed.. Milano: Feltrinelli, 2012.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional.* São Paulo: Saraiva, p. 39.
_____. *O Princípio da Moralidade Administrativa na Tributação.* In Estudos de Direito Público em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, Org. Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho. São Paulo: Malheiros, 2006.
_____. *Praticabilidade e Justiça – Exeqüibilidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. *A reestruturação global e o Direito*. In: Direito e Globalização Econômica, 1.ª ed. Organizador José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2010.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das normas do direito internacional: Jus Cogens e Metaconstitucionalismo.* São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *A Dimensão e o Controle Internacional do Comércio Local*. *In.* Comércio Internacional e Tributação. Organização de Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GALBINSKI, Diego. *O critério de reconhecimento da liberdade fiscal no ordenamento jurídico brasileiro: o conceito jurídico-material aberto dos direitos, liberdades e garantias fundamentais*. In Diálogos constitucionais de direito público e privado, n.° 2. Organizadores Liane Tabarelli Zavascki, Marcia Andrea Bühring e Marco Félix Jobim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GONZÁLEZ, Luis Manuel Alonso. *El control internacional sobre los países de baja tributación y las reglas de exclusión de las 'listas negras': el papel del intercambio de información***.** *in* Direito Tributário Internacional Aplicado, vol. V. Coordenação Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.

HARET, Florence. *Planejamento Tributário e Desconsideração do Negócio Jurídico: Análise do parágrafo único do art. 116 do CTN à luz do direito positivo*. In Revista de Direito Tributário n.° 99. São Paulo: Malheiros.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores.* 3.ª edição. Coleção Studium. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1967.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O princípio da moralidade pública e o direito tributário.* In Revista Trimestral de Direito Público, n.° 11. São Paulo: Malheiros, 1995.

MAYÓN, Carlos Alberto. *El constitucionalismo internacional y los Estados nacionales.* In. Revista del Colegio de Abogados de La Plata n° 65, Argentina. Acessível em http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/constitucionalismo-internacional-nacionales_0_2210179051.html

NABAIS, José Casalta. *A liberdade de gestão fiscal das empresas*. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, n. 29, ano 5 setembro/outubro 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=47983. Acesso em 13 jun. 2014.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial* / Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Maia, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

NOVOA, César García. *Transparencia fiscal internacional y subcapitalización*. *in* Direito Tributário Internacional Aplicado, vol. V. Coordenação Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PAULSEN, Leandro. *Justiça Federal: propostas para o futuro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva: 2012.
_____. *Temas de Direitos Humanos*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, Vicente Marotta. *Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.* Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano LXII, fasc. II, 1967.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*. 2.ª ed.. Paris: LGDJ, 1994.

SICILIANOS, Linos-Alexandre. *L'influence des droits de l'homme sur la structure du droit international.* In: RGPID avril-juin/2012. Paris: A. Pedone, 2012.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANTOS, Maria Angélica Chichera dos. *Internacionalização da empresa e a relativização do sigilo da identidade dos sócios nas operações offshore*. In. Revista Forense, vol. 418. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
_____. *Manual do Poder Judiciário Brasileiro.* São Paulo: Saraiva: 2012.
_____. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los Contrubuyentes.* Marcial Pons, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre a renda de empresas*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. *Pressupostos Jurídicos do Planejamento Tributário Internacional.* Tese de Doutorado. PUC/SP. 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. vol. III. "Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia". 3.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TUBACH, Gaby. *Le juge et le droit international.* Alemanha: Conseil de l'Europe, 1998.

XAVIER, Alberto. *A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação*. *In* Direito Tributário Contemporâneo: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Coordenação Aires Fernandino Barreto. São Paulo: 2011.

_____. *Liberdade fiscal, simulação e fraude no direito tributário brasileiro*. *In* Revista de Direito Tributário, ns. 11/12, janeiro/junho de 1980.

YAMASHITA, Douglas. *Planejamento tributário internacional: Limites Nacionais e Internacionais*. *In:* Direito tributário internacional: aspectos práticos, 1° volume. Coordenação de Marco Antônio Chazaine Pereira. São Paulo: LTr, 2012. Vários autores. pp.141-169.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estruturas Judiciales.* Buenos Aires: EDIAR, 1994.

A RECOMENDAÇÃO 3 DO GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E O COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E O FIM DO ROL TAXATIVO DE CRIMES ANTECEDENTES DA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS PELA LEI N° 12.683/12

Thomas Law[1]

Sumário: Considerações Iniciais. 1. As Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo no Cenário Mundial de Combate à Lavagem de Dinheiro. 2. A Recomendação 3 do GAFI e sua Nota Interpretativa quanto à Criminalização de Condutas de Lavagem de Dinheiro. 3. A Lei n° 12.683/2012 e o Fim do Rol Taxativo de Crimes Antecedentes no Delito de Lavagem de Dinheiro. Conclusão. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A globalização deu azo a diversos avanços econômicos e culturais nas últimas décadas; porém, com aqueles veio à proliferação do crime organizado e o consequente intercâmbio entre as organizações criminosas, com a proliferação de crimes transnacionais. O crime, então, deixa de ser problema de uma determinada nação, passando a ser objeto de preocupação de todo o conglomerado de nações. Vale dizer, por vezes, um delito tem sua execução em um país, resultado em outro, com reflexos em um terceiro diverso daqueles. Surge, assim, a necessidade de combate global e organizado ao crime.

Nesse diapasão, emerge uma preocupação global com o branqueamento de capitais. Este, grosso modo, significado a colocação de um manto de legalidade no dinheiro obtido de forma ilícita[2]. O que não pode ser confundido

[1] Mestrando em Direito com Ênfase em Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

[2] A exposição de motivos da Lei 9.613/98, que dispõem sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos, em seu item 34 trata a lavagem de capitais como: "Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal - lavagem de dinheiro - a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que

com todas as hipóteses de uso do dinheiro ilícito[3].

Nesse quadro surgem diversos tratados internacionais com disposições de combate ao branqueamento de capitais, tendo sido uma das primeiras a Recomendação do Conselho da Europa, de 1980[4], ao que se seguiram diversos outros documentos internacionais[5].

Em termos nacionais foi legiferado pela Lei federal nº 9.613, de 03 de março de 1998, como fruto da adesão do Brasil à "Convenção contra o

essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito".

[3] Como afirma Victor Gabriel Rodriguez, em artigo publicado no jornal Valor Econômico, nem todo agir que tem como fim o uso do dinheiro obtido de forma ilícita pode ser considerado lavagem de dinheiro. Colaciona-se: A origem dessa interpretação equivocada é o esquecimento de que a essência da lavagem de dinheiro é a introdução, na economia regular, de dinheiro oriundo de crime. Mesmo quando se entende que essa introdução possa ser meramente tentada, ela tem de mostrar-se como finalidade, caso contrário estamos diante de algo que não traz em si o mal que a lei pretende constranger. Tanto assim é que muitos estudiosos consideram expressamente que o delito de branqueamento traz em sua raiz a ofensa ao equilíbrio concorrencial: o proprietário de um restaurante que paga seus impostos e faz cálculos apertados de investimento não pode concorrer livremente com o restaurante de seu vizinho, que montou uma empresa para injetar valores provenientes, por exemplo, do narcotráfico. O narcotraficante está, em nossa hipótese, a introduzir na economia dinheiro corrosivo, porque destrói o concorrente honesto.
Ainda que soe estranho, então, aquele que utiliza seu lucro no delito para alimentar sua própria atividade criminosa pode ser um grande delinquente, mas não é um autor de lavagem. A retroalimentação da criminalidade é problema social diverso do branqueamento, e talvez muito mais usual que ele, porque – para nos mantermos na ilustração – o marginal que pretenda reinvestir seu lucro de narcotráfico em compra de novos entorpecentes não desejará jamais ver seu dinheiro inserto na economia regular; de modo análogo, o político corrupto financiará sua campanha eleitoral com os dólares de sua maleta, e estes sempre passarão longe dos olhos das autoridades fiscais. Sem ao menos a intenção do disfarce, para introdução do valor financeiro como lícito, o delito não se caracteriza.
E esse disfarce há que ser, ainda, independente. Apenas ocultar o produto de um delito anterior implica exaurimento desse tal crime, nada mais. Caso contrário, ao ladrão de banco seria imputada lavagem sempre que ele deixasse de apresentar em sua declaração de renda os lucros obtidos em seu último assalto. Soa sarcástico, mas não de todo. Tanto é assim que algumas respeitáveis legislações estrangeiras são expressas em descriminalizar a autolavagem, ou seja, a conduta do branqueamento quando executada pelo próprio autor do crime antecedente. Disponível em: <*In*:http://www.valor.com.br/legislacao/3207104/o-que-nao-e-lavagem-de-dinheiro#ixzz2ZsDczr00> Acesso em 24.08.2015.

[4] Galvão, Gil. *Papel dos Organismos internacionais no combate à lavagem de dinheiro.* In: Seminário Internacional Sobre Lavagem de Dinheiro, 1999, Brasília. *Anais.* Brasilia: Conselho da Justiça Federal, 2000. pp. 53-59.

[5] Convenção de Viena (1998), a Convenção de Palermo (2000), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003) e a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999). Nos casos aplicáveis, os países também serão incentivados a ratificar e implementar outras convenções internacionais importantes, como a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa (2001), a Convenção Inter-Americana contra o Terrorismo (2002) e a Convenção do Conselho da Europa sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco de Proventos de Crimes e sobre o Financiamento do Terrorismo (2005 – sem tradução oficial).

Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas", aprovada em Viena em dezembro de 1988[6].

Diante de tal quadro de combate à lavagem de capitais surgem diversas questões relacionadas ao combate internacional, às legislações e seus tipos penais incriminadores, bem como aos mecanismos de prevenção, investigação e combate.

A presente exposição pretende tecer breves considerações sobre o papel do Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo no cenário mundial de combate à lavagem de dinheiro e de suas recomendações, em especial a de nº 3, na qual prevê o dever de criminalização da conduta de lavagem de capitais e a reforma da lei repressiva à lavagem de dinheiro pela Lei n° 12.683/12, quanto à extinção do rol taxativo de crimes antecedentes.

1. AS RECOMENDAÇÕES DO GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO NO CENÁRIO MUNDIAL DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

O Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo é a organização mundial com maior atuação no combate aos delitos de lavagem de capitais. Criado por iniciativa do G-7[7], em 1989, o *Financial Activities Force* ("FAFT"), conhecido também por sua sigla em francês – GAFI, com sede em Paris, tem como fim a implementação de medidas de combate à lavagem de capitais nos termos do previsto no art. 3º da Convenção de Viena de 1988[8].

O FAFT/GAFI é, portanto, uma organização intergovernamental que objetiva o desenvolvimento e promoção de políticas nacionais e internacionais de combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, fomentando a vontade política necessária para realização de reformas legislativas e regulatórias nessas áreas[9].

---

[6] Ratificado pelo Brasil em 26 de junho de 1.991, por meio do Decreto nº 154.

[7] Grupo formado pelos 07 (sete) países mais ricos e industrializados, sendo os membros atuais Estados Unidos, Alemanha, Canadá, França, Itália, Japão e Reino Unido.

[8] "Art. 3. Cada uma das partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:
I) a conversão ou a transferência de bens... ;
II) a ocultação ou o encobrimento... ;
(...)".

[9] O sítio da rede mundial de computadores do GAFI assim o define: *The Financial Action Task Force (FATF) is an inter-governmental body established in 1989 by the Ministers of its Member jurisdictions. The objectives of the FATF are to set standards and promote effective implementation*

Inicialmente formado apenas pelos países integrantes do G-7, hoje é integrado por 36 países[10] e diversos países colaboradores[11]. O Brasil foi admitido inicialmente como membro observador, comprometendo-se a atuar como líder regional no combate à lavagem de dinheiro, passando a ser membro efetivo em 2000, após análise de peritos acerca das políticas de antilavagem efetivamente implementadas pelo país. Um exemplo disso, é a atuação da COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) que reúne e analisa as informações que recebe, sejam denúncias, comunicações de operações suspeitas e tem mantido no âmbito nacional, convênios firmados com aproximadamente 118 autoridades ligadas ao Judiciário, Ministério Público, polícias e outros Órgãos de Governo, com a finalidade de informações sobre casos com indícios de "lavagem de dinheiro"[12].

Foram criados no ano de 2000, órgãos regionais do GAFI, sendo o Brasil membro do GAFISUD[13]. O GAFI objetivou engajar diferentes regiões do mundo, consistiu na formação de rede de organismos regionais congêneres, no sentido de aumentar o alcance e impondo instrumentos de coerção e de convencimento.

A importância do GAFI no combate mundial à lavagem de dinheiro está na edição de suas recomendações, que trazem princípios de aplicação generalizada, estabelecendo padrões a serem seguidos pelos países no combate ao branqueamento de capitais e nos mecanismos de capacitação e avaliações mútuas. Salienta-se que esses princípios de aplicação generalizada incorporadas nas recomendações são reconhecidas como documento padrão-internacional do combate à lavagem de dinheiro e já foram aprovadas por mais de 130 países.

---

of legal, regulatory and operational measures for combating money laundering, terrorist financing and other related threats to the integrity of the international financial system. The FATF is therefore a "policy-making body" which works to generate the necessary political will to bring about national legislative and regulatory reforms in these areas. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/whoweare/>.

[10] Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/#d.en.3147>. Acesso em: 20.08.2015.

[11] Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/countries/>. Acesso em:20.08.2015.

[12] Disponível em:< http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Relatorio%20de%20Atividades%20-%202002.pdf>. Acesso em 24.08.2015.

[13] Nos termos do sítio da rede mundial de computadores do GAFISUD: "O GAFISUD é um grupo regional que pertence à rede internacional de órgãos dedicados à prevenção e combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. O núcleo desta rede é o GAFI/FATFGAFI/FATF com sede na OCDE, em Paris, que emite as 40 Recomendações – os padrões internacionais – que todos seus países membros são obrigados a implementar em suas leis nacionais. O GAFI/FATF conta com 36 países membros e 8 grupos regionais como órgãos associados. O GAFISUD foi criado nos moldes do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) adotando as 40 Recomendações do GAFI como padrão internacional contra a lavagem de dinheiro e as Recomendações Especiais contra o financiamento do terrorismo e produzindo suas próprias Recomendações orientadas à melhora das políticas para lutar contra esses delitos". Disponível em:< http://www.fatf-gafi.org/>. Acesso em 24.08.2015.

O primeiro documento do GAFI data de 1990, denominado Quarenta Recomendações, todas ligadas ao combate eficaz à lavagem de dinheiro e a discussão de ações ligadas à cooperação internacional, tendo sido reconhecido como documento padrão internacional[14]. As Quarenta Recomendações foram revisadas[15] em 1996, e novamente[16], em 2002; sendo este o documento atualmente vigente. Vale colacionar a definição das recomendações trazidas pelo documento do GAFI:

> As Recomendações GAFI delineiam um sistema abrangente e consistente de medidas que os países devem adotar para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, além do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Os países possuem vários sistemas legais, administrativos e operacionais e diferentes sistemas financeiros, e as medidas para combater as ameaças não podem ser idênticas para todos. As Recomendações GAFI, portanto, estabelecem um padrão internacional que os países devem adotar por meio de medidas adaptadas a suas circunstâncias particulares. As Recomendações GAFI definem as medidas essenciais que os países devem adotar para:
> - identificar os riscos e desenvolver políticas e coordenação doméstica;
> - perseguir a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e da proliferação;

[14] MEIRA, Fernanda. *O Combate à lavagem de Capitais*. R. CEJ. Brasilia. Nº 26. pp. 50-55.

[15] A revisão teve a finalidade de refletir na evolução das tipologias de branqueamento de capitais. Disponível em: < http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-PortuguesePort.pdf>. Acesso em 24.08.2015.

[16] A versão revista das Quarenta Recomendações aplica-se agora não apenas ao branqueamento de capitais, mas também ao financiamento do terrorismo e, quando conjugada com as Oito Recomendações Especiais sobre Financiamento do Terrorismo, constitui um quadro avançado, completo e consistente de medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. O GAFI reconhece que os sistemas jurídicos e financeiros variam entre os países e, por isso, não podem estes adotar medidas idênticas para alcançar o objetivo comum. Assim, as Recomendações estabelecem padrões mínimos de ação que requerem a aplicação de medidas concretas pelos países, em função das suas circunstâncias particulares e enquadramento constitucional. As Recomendações cobrem todas as medidas que os sistemas nacionais deveriam prever em matéria de justiça criminal e de regulamentação, as medidas preventivas a aplicar pelas instituições financeiras e por algumas outras atividades e profissões, bem como a cooperação internacional. Disponível em: <http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-PortuguesePort.pdf>. Acesso em 24.08.2015.

- aplicar medidas preventivas para o setor financeiro e outros setores designados;
- estabelecer poderes e responsabilidades para as autoridades competentes (por exemplo: autoridades investigativas, policiais e fiscalizadoras) e outras medidas institucionais;
- aumentar a transparência e disponibilidade das informações de propriedade de pessoas jurídicas e outras estruturas; e
- facilitar a cooperação internacional.

Saliente-se, que os padrões estabelecidos pelo GAFI são avaliados por meio de processos de avaliação mútua[17] e pelos processos de avaliação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial.

2. A RECOMENDAÇÃO 3 DO GAFI E SUA NOTA INTERPRETATIVA QUANTO À CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O art. 3º da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas prevê a obrigatoriedade aos países membros adotarem medidas para criminalizar as condutas relacionadas ao ocultamento e lavagem de capitais oriundos de ilícitos penais.

Nesse diapasão a recomendação de nº 3 do GAFI assevera que os países membros devem prever como crime de lavagem de dinheiro todos os delitos graves, de forma a englobar o maior número possível de crimes antecedentes. Colaciona-se:

[17] As avaliações mútuas são definidas pelo GAFI como uma espécie de "revisão dos sistemas e mecanismos que foram criados em cada país membro para poder instituir sistemas de prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo. É examinado tanto o cumprimento das 40 Recomendações, a sua aplicação efetiva e o risco de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Mediante um questionário, as autoridades do país avaliado fornecerão toda a informação necessária para a equipe de avaliadores a fim de analisar a situação do país *ex situ*. Em um segundo passo, um grupo de especialistas formado por representantes de outros países membros e países ou órgãos observadores completa seus estudos mediante entrevistas *in situ* com os órgãos envolvidos. Em geral, cada equipe de avaliação conta com um especialista jurídico, um especialista operacional, dois especialistas financeiros e o apoio de dois representantes da Secretaria Executiva. A avaliação é realizada mediante os critérios e as diretrizes estabelecidas no Manual para Avaliadores do GAFISUD e finaliza com a elaboração de um relatório de avaliação. Tal relatório é verificado e comentado por um grupo de revisão antes da sua apresentação perante o pleno de representantes para sua aprovação". Disponível em: <http://www.gafisud.info/por-evaluaciones.php>. Acesso em 24.08.15.

> 3. Crime de lavagem de dinheiro
> Os países deverão criminalizar a lavagem de dinheiro com base na Convenção de Viena e na Convenção de Palermo, e deverão considerar crime de lavagem de dinheiro todos os crimes graves, de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes.

No mesmo diapasão, em suas notas interpretativas à recomendação de nº 3[18], o documento do GAFI salienta que os crimes de lavagem devem ser

[18] NOTA INTERPRETATIVA PARA A RECOMENDAÇÃO 3 (CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO)
1. Os países deverão criminalizar a lavagem de dinheiro com base na Convenção das contra o Tráfico de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas das Nações Unidas (a Convenção de Viena, de 1998) e a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional das Nações Unidas (a Convenção de Palermo, de 2000).
2. Os países deverão aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, com o objetivo de incluir a maior gama de crimes antecedentes. Os crimes antecedentes podem ser descritos por referência a todos os crimes, a um limiar relacionado a uma categoria de crimes graves, à pena de prisão aplicável ao crime antecedente (abordagem de limiar), a uma lista de crimes antecedentes, ou ainda a uma combinação de todas essas abordagens.
3. Quando os países adotarem a abordagem de limitar, os crimes antecedentes deverão, no mínimo, compreender todos os crimes que estejam incluídos na categoria de crimes graves em suas leis domésticas, ou incluir crimes puníveis por uma pena máxima de mais de um ano de prisão, ou, no caso de países que tenham um limite mínimo para crimes em seus sistemas legais, os crimes antecedentes deverão compreender todos os crimes puníveis com uma pena mínima de mais de seis meses de prisão.
4. Independente da abordagem adotada, cada país deverá, no mínimo, incluir uma variedade de crimes dentro de cada uma das categorias designadas. O crime de lavagem de dinheiro deverá se estender a qualquer tipo de propriedade, independente de seu valor, que represente direta ou indiretamente os proventos de crime. Quando for provado que a propriedade é fruto de crime, não deverá ser necessário que alguém seja condenado por crime antecedente.
5. Os crimes antecedentes da lavagem de dinheiro deverão se estender a condutas que tenham acontecido em outros países onde constituam crimes, e que também teriam sido crime caso houvessem sido acontecido domesticamente. Os países poderão definir que o único pré-requisito seja que a conduta teria sido crime antecedente se acontecesse domesticamente.
6. Os países poderão definir que o crime de lavagem de dinheiro não se aplica a pessoas que cometeram o crime antecedente, se esse for um dos princípios fundamentais de suas leis domésticas.
7. Os países deverão se assegurar de que:
a) A intenção e o conhecimento necessários para provar o crime de lavagem de dinheiro possam ser inferidos por circunstâncias factuais objetivas.
b) Sanções criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas se apliquem a pessoas físicas condenadas por lavagem de dinheiro.
c) Responsabilidade criminal e as sanções e, onde não for possível (devido a princípios fundamentais das leis domésticas), responsabilidade civil ou administrativa e sanções deverão se aplicar a pessoas jurídicas. Isso não exclui processos criminais, civis ou administrativos paralelos

dirigidos aos crimes graves, devendo haver ao menos um rol com um mínimo de delitos. Colaciona-se:

> Os países deverão aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, com o objetivo de incluir a maior gama de crimes antecedentes.

Com efeito, a recomendação do GAFI é no sentido de criminalizar a conduta de lavagem de capitais que tenham crimes antecedentes graves.

Tal entendimento é consonante com o conceito de *predicate offense,* trazido no documento editado pela Convenção de Estrasburgo[19], o qual foi traduzido pela doutrina como crime antecedente; enquanto, na realidade, a melhor tradução era a de delito principal, como escrito originalmente no idioma francês: *infraction principale*[20], no que é agasalhado pela tradução portuguesa do Gabinete de Documentação e Direito Comparado de Portugal da Procuradoria Geral da República de Portugal[21].

A diferença na tradução vai além do mero termo utilizado, residindo na hermenêutica e axiologia embutida no conceito de lavagem de dinheiro. Isto é, ao prever o crime principal como aquele que antecede ao de lavagem de capitais, quer-se dizer que o delito antecedente é de maior gravidade[22].

Note-se, portanto, que pela recomendação do GAFI, os delitos de lavagem de dinheiro devem incriminar as condutas que tenham como antecedente um crime grave; ou seja, um delito que gere dano social considerável[23].

---

a respeito de pessoas jurídicas em países em que haja mais de uma forma de responsabilidade. Tais medidas deverão ser aplicadas sem prejuízo da responsabilidade criminal de pessoas físicas. Todas as sanções deverão ser efetivas, proporcionais e dissuasivas.

d) Deverá haver crimes auxiliares apropriados ao crime de lavagem de dinheiro, inclusive a participação, associação ou conspiração para cometer, tentar, auxiliar, facilitar e aconselhar o cometimento, exceto se não permitido pelos princípios fundamentais das leis domésticas.

19 Convenção do Conselho da Europa de 1990.

20 RODRÍGUEZ, V. G. O. ; LAW, T. . *Autolavagem e evasão de divisas: elementos mínimos de interpretação para a autonomia da lavagem de dinheiro, diante da Lei brasileira.* In: Willian Terra de Oliveira; Pedro Ferreira Leite Neto; Tiago Cintra Essado; Eduardo Saad-Diniz. (Org.). *Direito Penal Econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann.* 1 ed. São Paulo - SP: LiberArs, 2013, v. , pp. 247-261.

21 Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar70-1997.pdf>. Acesso em 24.08.15.

22 *Idem.*

23 Nesse sentido, ver exposição de motivos da Lei nº 9.613/98, itens 21 e 22:

"21. Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é a sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores. São eles o terrorismo, o contrabando e o tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante seqüestro, os crimes praticados por organização criminosa, contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional. Algumas dessas categorias típicas,

Obtempera-se, que as recomendações do GAFI representam preceitos que devem servir de padrão ao combate à lavagem, no sentido de representar um mínimo de regras a serem seguidas para o eficaz embate ao crime de branqueamento de capitais, sendo certo que o combate ao crime de lavagem visa não só a própria conduta de branqueamento, mas a própria conduta criminosa anterior[24].

Não há recomendação expressa, portanto, para a criminalização das condutas de lavagem que tenham antecedentes que não caracterizem crimes graves. O que não quer dizer não deverem ser incriminadas, e sim que caberá ao legislador nacional optar por tal incriminação por política criminal; respeitados os princípios do Direito Penal.

3. A LEI N° 12.683/2012 E O FIM DO ROL DE CRIMES ANTECEDENTES NO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A Lei n° 9.613/1998, a lei de combate a lavagem de dinheiro, sofreu recente modificação pela Lei n° 12.683/2012, que dentre outras novidades trouxe o fim do rol taxativo de crimes ditos antecedentes ao delito de infração de lavagem de capitais.

---

pela sua própria natureza, pelas circunstâncias de sua execução e por caracterizarem formas evoluídas de uma delinqüência internacional ou por manifestarem-se no panorama das graves ofensas ao direito penal doméstico, compõem a vasta gama da criminalidade dos respeitáveis. Em relação a esses tipos de autores, a lavagem de dinheiro constitui não apenas a etapa de reprodução dos circuitos de ilicitudes como também, e principalmente, um meio para conservar o status social de muitos de seus agentes.

22. Assim, o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais".

[24] Lecionam Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad- Diniz: "(1) por meio da lavagem de dinheiro obtém-se o aumento de poder dos circuitos criminosos e terroristas, em razão dos recursos disponíveis a partir de fontes ilegais; (2) na lavagem de dinheiro, delitos não apenas são acobertados, como valem a pena. Isso faz minar a segurança jurídica e a confiança no ordenamento jurídico como um todo; (3) decorre da lavagem de dinheiro um efeito negativo na legitimação de instituições políticas, o que leva ao reforço da 'animosidade política' e com isso, em últimas conseqüências, ao enfraquecimento da democracia enquanto tal; (4) não incide tributação sob o dinheiro lavado, afetando a receita; (5) o equilíbrio econômico e os mecanismos elementares de mercado podem, por meio de volumosos fluxos de capital, ser influenciados pela lavagem de dinheiro. Em casos extremos, perturbam-se as estruturas de todo o sistema estatal, levando seus cidadãos à miséria" (Silveira, Renato de Mello Jorge; Saad-Diniz, Eduardo. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, n. 56, pp. 293-336, 2012; Silveira, Renato de Mello Jorge; Saad-Diniz, Eduardo. *A noção penal dos programas de compliance e as instituições financeiras na "nova Lei de Lavagem" – Lei 12.683/2012. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, n. 57, p. 267-280, 2012. Crítico: Souza, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas.* São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 168 e ss).

Para haver crime de lavagem de dinheiro estava submetida à tipicidade formal vinculada a um dos delitos previstos nos incisos do art. 1º. Ou seja, somente haveria crime se o dinheiro ou bens decorressem de: I - tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II – de terrorismo e seu financiamento; III - contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - extorsão mediante seqüestro; V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI - contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa; VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal).

A previsão de rol de crimes antecedentes seguia a chamada segunda geração de leis de combate a lavagem de dinheiro[25], em contrapartida às de primeira geração - que preveem apenas o crime tráfico ilícito de entorpecentes como crime antecedente; e de terceira geração – que preveem qualquer infração penal como crime antecedente.

Alinhada, portanto, a norma original com a Recomendação 3 do GAFI ao circunscrever o delito principal – ou antecedente – a crimes graves; evita-se, assim, que sirvam como antecedente crimes menos graves, de forma a afastar que o delito de lavagem abrangesse uma infinidade de condutas[26].

---

[25] Assim prevê expressamente a exposição de motivos da referida lei:
"14. A outra - mas não a última - opção diz respeito à amplitude da tutela penal para abarcar como crimes antecedentes não somente aqueles ligados ao narcotráfico, dos quais a lavagem de dinheiro constitui um dos vasos comunicantes.
15. As primeiras legislações a esse respeito, elaboradas na esteira da Convenção de Viena, circunscreviam o ilícito penal da "lavagem de dinheiro" a bens, direitos e valores à conexão com o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins. Gravitavam, assim, na órbita da 'receptação' as condutas relativas a bens, direitos e valores originários de todos os demais ilícitos que não foram as espécies típicas ligadas ao narcotráfico. Essa orientação era compreensível, visto que os traficantes eram os navegadores pioneiros nessas marés da delinqüência transnacional e os frutos de suas conquistas não poderiam ser considerados como objeto da receptação convencional.
16. Adveio, então, uma legislação de segunda geração para ampliar as hipóteses dos ilícitos antecedentes e conexos, de que são exemplos as vigentes na Alemanha, na Espanha e em Portugal.
17. Outros sistemas, como o da Bélgica, França, Itália, México, Suíça e Estados Unidos da América do Norte, optaram por conectar a 'lavagem de dinheiro' a todo e qualquer ilícito precedente. A doutrina internacional considera a legislação desses países como de terceira geração.
18. A orientação do projeto perfila o penúltimo desses movimentos".

[26] Nesse sentido, o item 23 da exposição de motivos dispõe que "O projeto, desta forma, mantém sob a égide do art. 180 do Código Penal, que define o crime de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, em proveito próprio ou alheio, de "coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte". Fica, portanto, sob o comando desse dispositivo a grande variedade de ilícitos parasitários de crimes contra o patrimônio.
Os demais itens prevêem o que segue: "24. Sem esse critério de interpretação, o projeto estaria

Com o advento da Lei nº 12.683/2012, o sistema nacional abandona a segunda geração, passando a adotar a terceira geração, como a Argentina, a Bélgica, a França, a Itália, o México, a Suíça e os Estados Unidos da América do Norte. Passa a ser antecedente do crime de lavagem de dinheiro qualquer infração penal, incluídas, assim, até mesmo as contravenções penais e infrações penais de menor potencial ofensivo; mantida a pena no mesmo patamar.

Abandona-se, assim, o critério adotado pela lei original, passando a haver massificação da criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, passa o autor do furto de pequeno valor a realizar ocultação ou lavagem de dinheiro por exemplo. O que, diga-se, foge à lei original[27].

O perigo da criminalização da lavagem de dinheiro tendo como antecedente qualquer infração penal, ainda que mera contravenção penal, reside na possibilidade de desproporcionalidades entre as penas pelo crime de lavagem e da conduta antecedente[28].

Note-se, que a proporcionalidade assumiu importância no Direito Penal, uma vez que tratando de compulsória constrição a direitos fundamentais, somente se justifica na medida em que tutela outro direito fundamental, de forma a dever haver proporção na medida para que se justifique[29]. Fatalmente uma contravenção penal ou um crime de furto simples poderá caracterizar conduta antecedente de crime de lavagem, de forma a ser apenado com mais gravidade pela

massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo.

25. Adotada a designação para cunhar as novas espécies delituosas, torna-se indispensável a elaboração de tipos de ilícito - fundamentais e derivados - que atendam o princípio da legalidade dos delitos e das penas, inserido na Constituição (art. 5o, XXXIX) e no Código Penal (art. 1o).

26. Com o objetivo de reduzir ao máximo as hipóteses dos tipos penais abertos, o sistema positivo deve completar-se com o chamado princípio da taxatividade. A doutrina esclarece que, enquanto o princípio da reserva legal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, a fim de se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido (Cf. Fernando Mantovani, *Diritto penale - Parte generale,* ed. Cedam, Pádua, 1979, p. 93 e s.)".

[27] Justamente contrário a tal fato o disposto nos itens 23 a 26 da exposição de motivos da Lei nº 9.613/98.

[28] O princípio da proporcionalidade apresenta-se como regra geral a todos aplicadores do direito, bem como ao próprio legislador. O principio protege o individuo contra o próprio Estado, na medida em que somente se justificaria uma supressão de direito fundamental diante de outro, proibindo que haja danos ao cidadão maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos. NUCCI, Guilherme. *Leis penais e processuais penais comentadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.56.

[29] RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo; Atlas, 2010.

lavagem do que pela infração anterior[30]. Há, assim, o "risco de vulgarização"[31].

Ainda que a vontade do legislador fosse suprir eventual lacuna legal na previsão de crimes antecedentes para a lavagem de dinheiro, diante da crescente preocupação dos Estados com o crescimento e dificuldade de controle da proliferação do crime organizado e seu agir de branqueamento de capitais, ao deixar de prever um rol dos delitos principais dá azo a ocorrência de situações desproporcionais, geradoras de injusto mais graves que aos próprios delitos.

Contrária à reforma trazida pela lei 12.683/2012, advoga também a possibilidade de que haja o desvio de recursos e instrumentos de investigação e punição de lavagem de dinheiro para fatos criminosos de menor importância,em detrimento da criminalidade mais grave. Esta sim real objeto do combate internacional à lavagem de capitais[32].

A norma penal, e consequente persecução, devem ser dirigidas aos casos de real necessidade de punição de injusto. Ou seja, nem todo injusto deve ser objeto do Direito Penal[33].

Por mais grave e preocupante a situação atual do combate à lavagem de dinheiro, que ganhou níveis intercontinentais, o legislador não deve perder de vista os perigos de uma legislação que preveja tipos penais por demais abertos, como no caso em discussão, sob pena de atingir condutas irrelevantes ao Direito Penal, causando atitudes desproporcionais ou mesmo de desviar o foco de condutas que realmente apresentem gravidade.

Dessa forma necessária a observância de critérios rígidos pelo julgador para a caracterização do crime de lavagem, sob pena de perder-se a legitimidade de tal punição[34].

---

[30] Conforme afirma Pierpaolo Cruz Bottini em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo: "ainda que bem intencionada, a norma é desproporcional, pois punirá com a mesma pena mínima de 3 anos o traficante de drogas que dissimula seu capital ilícito e o organizador de rifa ou bingo em quermesse que oculta seus rendimentos". In: *Sobre a nova Lei de Lavagem de dinheiro.* O Estado de S. Paulo, 27.06.2012, Seção B2.

[31] MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro.* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

[32] *Idem.*

[33] Como leciona Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez: "Seja para proteger bens jurídicos determinados ou mesmo para assegurar o equilíbrio do sistema social como um todo, o Direito Penal não é o único instrumento regulatório do Estado. Por isso se dizer que a pena é a *ultima ratio* a que o sistema social deve recorrer para solver seus conflitos, ou seja, o Direito Penal é subsidiário, quando comparado a outros modos de regulação. Decorrência do caráter subsidiariedade é o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. Diz-se ser ele fragmentário porque não pode haver previsão de punição penal para todos os injustos" (In: RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo; Atlas, 2010. pp. 90 e 91).

[34] Victor Gabriel Rodriguez e Thomas Law asseveram que: "As alterações da lei 12.683/12 certamente promoverão ainda mais casos de desproporção, com penas para o delito de lavagem mais graves que as cominadas (e, daí, aplicadas) aos delitos antecedentes. É o caso de se pensar em furto ou estelionato. O aplicador da norma terá de ponderar tais situações, sempre explicando

A questão ganha maiores contornos de preocupação diante do recente julgamento da Ação Penal de nº 470, pelo Supremo Tribunal Federal, onde restou delimitado posicionamento daquele tribunal pela ocorrência do dolo eventual em razão da "cegueira deliberada"[35] em relação ao crime de lavagem de dinheiro, no que concerne ao conhecimento do crime antecedente[36].

Mesmo não sendo o objeto do presente a questão relacionada com o dolo eventual, há de advertir-se que a sua conjugação – cegueira deliberada - e da não previsão de rol de crimes – podendo ser antecedente qualquer infração penal – cria situação kafkiana, na medida em que qualquer conduta que se enquadre em uma infração penal da qual pudesse o agente ter ciência pode configurar antecedente de crime de lavagem de dinheiro, colocando aqueles que trabalham com a circulação de bens e dinheiro em situação de verdadeira e constante apreensão.

---

aos jurisdicionados sua opção, em especial quanto ao objetivo da repreensão pela lavagem, se houver". In: RODRÍGUEZ, V. G. O. ; LAW, T. *Autolavagem e evasão de divisas: elementos mínimos de interpretação para a autonomia da lavagem de dinheiro, diante da Lei brasileira.* In: Willian Terra de Oliveira; Pedro Ferreira Leite Neto; Tiago Cintra Essado; Eduardo Saad-Diniz. (Org.). *Direito Penal Econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann.* 1 ed. São Paulo - SP: LiberArs, 2013, v. , pp. 247-261.

[35] Fruto da jurisprudência norte-americana, ocorre a cegueira deliberada quando o agente dolosamente ignora peculiaridades do caso concreto que o colocam voluntariamente em uma situação de ignorância acerca das situações suspeitas. O agente se autocolocaria em situação proposital de erro de tipo. Seria o caso do vendedor de automóveis que vende diversos veículos a comprador que os paga à vista e em notas de R$ 50,00 e R$ 100,00, deixando crédito na loja.

[36] O fato de dizer acerca de fatos anteriores à inovação legislativa não retira a importância do julgado, por referir-se ao elemento subjetivo do tipo, que não sofreu mudanças pela novel lei. Valendo-se destacar trecho do voto da Min. Rosa Maria Weber no informativo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n° 681:

"Versou que haveria elementos para inferir que os acusados teriam agido dolosamente na prática de lavagem de dinheiro, se não com dolo direto, então com dolo eventual. Elucidou que o profissional da lavagem, contratado pelo autor do crime antecedente para realizá-la, adotaria, em geral, postura indiferente em relação à procedência criminosa dos bens envolvidos, e não raramente se recusaria a aprofundar o reconhecimento a respeito. Destarte, ponderou que não admitir o crime de lavagem com dolo eventual indicaria exclusão da possibilidade de punição de formas mais graves desse delito, sendo, uma delas, a terceirização profissional da admitindo o dolo eventual somente para a hipótese do caput do artigo"] lavagem. Asseverou não ser necessário qualquer elemento subjetivo especial para reconhecer-se o dolo eventual, uma vez que isto decorreria da previsão genérica do art. 18, I, do CP ("Art. 18 - Diz-se o crime: ... I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo"). Ressurgiu que essa interpretação respaldar-se-ia no item 40 da Exposição de Motivos 692/96, relativa a Lei 9.613/98 ["Equipara o projeto, ainda, ao crime de lavagem de dinheiro a importação ou exportação de bens com valores inexatos (art. 1º, § 1º, III). Nesta hipótese, como nas anteriores, exige o projeto que a conduta descrita tenha como objetivo a ocultação ou a dissimulação da utilização de bens, direitos ou valores oriundos dos referidos crimes antecedentes. Exige o projeto, nesses casos, o dolo direto".

CONCLUSÃO

O combate à lavagem de dinheiro ganhou contornos transnacionais nas últimas décadas do século XX, sendo objeto de diversos documentos e criação de organismos internacionais. Dentre os quais destaca-se a atuação do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF), o qual por meio de seu documento conhecido como Quarenta Recomendações, estabeleceu padrão global de combate ao branqueamento de capitais.

Em sua recomendação de nº 3 e notas interpretativas correlatas, o GAFI, em atenção ao disposto na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas – art. 3º – determina aos países membros a criminalização de condutas de lavagem de dinheiro advindo de crimes graves.

Nesse quadro foi promulgada a Lei n° 9.613/98, prevendo rol taxativo de crimes tidos como antecedentes do crime de lavagem de dinheiro, a qual sofreu recente modificação pela Lei n° 12.683/2012, passando a considerar como antecedente qualquer infração penal.

Conclui-se, que o legislador pátrio, ao modificar a lei de lavagem de capitais e extinguir o rol taxativo de crimes antecedentes, abriu leque vasto de possibilidade de incriminação, em desacordo com a recomendação do GAFI, na medida em que deixa de limitar o antecedente apenas aos crimes graves, possibilitando a ocorrência de condenações destituídas de razoabilidade e desvio de foco dos mecanismos de combate à lavagem de dinheiro.

Passa a ser exigido do julgador a observância de critérios rígidos na aplicação da Lei n° 9.613/98, para que não haja condenações fora do âmbito de proteção buscado pela norma penal incriminadora de lavagem de capitais, conforme os ditames internacionais.

REFERÊNCIAS

ABEL SOUTO, Miguel, *Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo,* La Ley Penal, 20, octubre/2005
_____. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Universidade de Santiago de Compostela, 2002.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2000.

ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e cooperação internacional: o caso Banestado*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (coord.). **Crimes contra o sistema financeiro nacional:** 20 anos da Lei n. 7.492/86. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ASCENÇÃO, J. Oliveira. *Repressão da lavagem do dinheiro em Portugal.* Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.638/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012.*São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARCELOS, Andrea Beatriz Rodrigues, *Recuperação de Ativos Provenientes de Lavagem de Capitais,* in: Boletim Científico: Escola Superior do Ministerio Público da União, Brasília, Ano 05, jan/jun 2006.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, e CAPARRÓS, Eduardo Fabián, La emancipación del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español, in: RBCCrim 87, 2010.

BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales,* Pamplona, Aranzadi, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Sobre a nova Lei de Lavagem de dinheiro.* O Estado de S. Paulo, 27.06.2012, Seção B2.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. *Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro.* Brasilia: CJF, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español* Actualidad Penal, 32.

DOTTI, René Ariel, *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, RJ: Forense, 2001.

GÓMEZ TOMILLO, *Sobre la denominada coautoría sucesiva en delitos dolosos,* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, 2002.

GRECO FILHO, Vicente, *Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores, in: Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-brasileira,* SP: Quartier Latin, 2006.

LAHEY, Helesa K., *Money Laundering,* In: American Criminal Law Review, vol. 48, 2011.

LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero*, in: Estudios Penales y Criminológicos, XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.

MARTÍNEZ Buján Pérez, Carlos, *La Dimensión Internacional del Blanqueo de Dinero*, in: El Fenómeno de la Internacionalización de la Delincuencia Económica, Mercedes GARCÍA ARÁN (Org.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

MARTÍNEZ Buján Pérez, Carlos, *El blanqueo de bienes en el Código Penal Español,* in: Dogmática Penal del Tercer Milenio, Libro Homenaje a Zaffaroni y Klaus Tiedemann, Lima, Ara Editores, 2008.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?,* in: Política Criminal y Blanqueo de Capitales, Barcelona: Marcial Pons, 2009.

MOLINA MANSILLA, María del Carmo, *El delito básico de blanqueo de Capitales del artículo 301 del Código Penal, in: La Ley Penal,* octubre/2007, nº 42.

MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MUSCO, Enzo, *Il riciclaggio nel Diritto Penale Italiano, in: Blanqueo de Dinero y Corrupción en el Sistema Bancario,* vol. II (Org. Juan Carlos Ferré Olivé), Edicciones Universidad de Salamanca, 2002.

NAVARRO FRÍAS, Irene, *Técnica Legislativa y Derecho Penal*, in: Revista Estudios Penales y Criminológicos de la Universidad de Santiago de Compostela, vol. XXX, 2010.

NUCCI, Guilherme. *Leis penais e processuais penais comentadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*, SP, RT, 2003.

PRADO, Régis, *Delitos de lavagem de Capital*, in: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir, SP: RT, 2007.

REALE JR., Miguel, *Figura típica e objeto material do crime de lavagem de dinheiro*, in: Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias, Vol. III, Coimbra: Univ. de Coimbra, 2010.

RENART GARCÍA, Felipe, *El blanqueo de capitales en el derecho suizo*, no sitio http://perso.unifr.ch/ derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_50.pdf.

ROBINSON, Paul H., *Control coercitivo del delito vs Control normativo del delito: Por qué le importa al derecho penal lo que los legos consideran justo?,* in: Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la Exclusión – Vol. 2, Madrid, Edisofer, 2006.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*, SP: Atlas, 2010

SAAD DINIZ, Eduardo, SILVA, Bruna de Castro e BARBOSA, Leonardo Peixoto, *Modificações estruturais do sistema penal antilavagem*, in: Bol. IBCCrim 230, jan/2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SCHORSCHER, Vivian Cristina, *A lavagem de Dinheiro e o livre exercício da Advocacia,* in: Revista de Ciencias Penais, 02, jan-jul. 2005.

TIGRE MAIRA, Rodolfo, *Lavagem de dinheiro,* São Paulo: Malheiro Editores, 1999.

REFLEXÕES SOBRE O TEMA TRATADO INTERNACIONAL QUE INTRODUZ ISENÇÕES DE TRIBUTOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS

Thais Helena Morando[1]

Sumário: Considerações Iniciais. 1. Noção de Globalização; 2. Conceito de Tratado Internacional e Teorias Monista e Dualista; 3. A Internacionalização do Tratado Internacional no Direito Brasileiro; 4. A Doutrina Nacional frente ao Tema Isenções de Tributos de Competência dos Estados e dos Municípios celebradas pela União Federal no âmbito dos Tratados Internacionais. Conclusão. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tece considerações à luz da doutrina pátria sobre o tema "tratado internacional em matéria tributária", com enfoque no que introduz isenção de tributo estadual e/ou municipal, celebrado pela União Federal com outros Estados soberanos.

Inicialmente, partiremos da noção de globalização, para podermos explorar as chamadas "molas propulsoras da globalização", ou seja, os tratados internacionais firmados, principalmente, a partir do século XX. Com base em tais premissas e noções básicas, traremos o conceito de tratado internacional ofertado pela nossa doutrina, bem como uma breve exposição sobre os dispositivos constitucionais ora em vigor que fixam os procedimentos e ritos para a celebração e a introdução de tratado internacional em matéria tributária em nosso sistema jurídico.

Lembramos mais uma vez, que o foco é eminentemente doutrinário e legislativo, procurando-se demonstrar o tratamento que a nossa melhor doutrina pátria dispensa ao alcance e à interpretação do artigo 98 do Código Tributário Nacional. A tarefa encetada terá algum mérito, se é que realmente o tem, na medida em que o leitor poderá ter uma visão panorâmica sobre o tema, de natureza tributária, especialmente focada no aspecto constitucional.

1. NOÇÃO DE GLOBALIZAÇÃO

A atual economia internacionalizada originou-se de uma economia baseada na tecnologia industrial moderna, a qual se generalizou a partir do século XIX. O processo de globalização, em voga, é o resultado de importantes acontecimentos ocorridos no século XX.

[1] Advogada. Professora Doutora de Direito Tributário do Curso de Graduação, de Especialização *lato sensu* e *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP.

O primeiro deles é o fim da chamada Guerra Fria, em virtude da ruptura do sistema socialista do Leste Europeu, liderado pela ex-União Soviética. O capitalismo ganhou maior campo de abrangência, no que diz respeito aos países do ex-bloco socialista. Por outro lado, países socialistas, como a China e Cuba, abriram as respectivas economias ao capital estrangeiro.

O segundo acontecimento foi o da exaustão do modelo de crescimento industrial que prevaleceu no período pós-guerra, consistente na produção de bens de consumo duráveis, com tecnologias demandadoras de grande consumo de energia e poluidoras do meio ambiente. Em razão dos acentuados declínios das taxas de crescimento, bem como das margens de lucro, os países desenvolvidos procuraram promover uma integração com os países menos desenvolvidos, visando à promoção do crescimento de todos. É importante frisar que esse segundo acontecimento repercutiu no processo de globalização, na medida que a necessidade de integração dos países se impõe, porque para que o capitalismo se mantenha e se desenvolva. Não basta somente o fim das barreiras protecionistas ao comércio internacional, é fundamental o crescimento econômico dos países em desenvolvimento.

O terceiro acontecimento determinante da globalização é a expansão dos mercados financeiros mundiais, estimulado pela sua desregulamentação e pelo advento das novas tecnologias da informação. Estas constituem as operações de câmbio, os diversos tipos de atividades financeiras e das bolsas de valores, bem como as especulações incessantes.

O quarto acontecimento a ser destacado é o da mundialização das atividades das empresas multinacionais, tanto no setor industrial, quanto no de serviços.

O quinto acontecimento determinante do processo de globalização refere-se às ameaças ecológicas com o crescimento elevado e desordenado das populações, a rarefação do ozônio e o aquecimento do planeta Terra devido ao efeito estufa. A perspectiva de que a população da Terra atinja dez bilhões de habitantes no ano 2050 está causando o nascimento de uma nova mentalidade global, no tocante à formulação e implementação de soluções, que procurem minimizar o impacto ambiental, preservando-se as florestas, as espécies animais e vegetais, os oceanos e a camada de ozônio.

O termo "globalização" apresenta uma variedade de significados. Essa variedade é explicável, em parte, porque esse é um processo que se faz sentir em diversas áreas. Sob uma perspectiva estritamente financeira, a globalização significa um aumento do volume de recursos em movimento nas diversas economias. Já sob o ponto de vista comercial, o processo de globalização se traduz em uma semelhança crescente das estruturas de demanda e na homogeneidade da estrutura de oferta nos diferentes países. Isso possibilita

a apropriação de ganhos de escala, a uniformização de técnicas produtivas, ao mesmo tempo em que incita os países a competir em tecnologia de processos.

De uma perspectiva institucional, a globalização leva a semelhanças em termos da configuração dos diversos sistemas nacionais e a uma convergência dos requisitos de regulação em várias áreas. Dessa forma, as modalidades de relação jurídica entre as empresas e os Estados nacionais tendem a ser cada vez mais uniformes. Por outro lado, no que se refere à política econômica, a globalização implica uma perda de diversos atributos de soberania econômica e política por parte de um número crescente de países.

Na verdade, a interdependência dos países, verificável nos setores acima referidos, leva à impossibilidade de cada Estado criar e aplicar suas normas jurídicas, de uma forma totalmente livre.

O processo de globalização está voltado para uma nova fase do capitalismo, caracterizada pela produção de mercadorias que exigem a utilização de elevada competência profissional nas áreas de gestão empresarial, de materiais e de tecnologias sofisticadas, em especial, as áreas de informática, das telecomunicações, da multimídia, da biotecnologia, entre outras.

Assim, o fenômeno decisivo hoje é a emergência de um capitalismo generalizado em que se acentua a transformação do homem em mercadoria (saúde, comércio de sangue, de órgãos) e da mercantilização dos serviços sociais (educação e informação, conhecimento e gestão da opinião, com a perspectiva da decisão política, das tensões e dos conflitos), das atividades humanas que requerem um conhecimento superior (pesquisa científica, elaboração do conhecimento, das obras intelectuais e artísticas, com a perspectiva de gestão de princípios e valores).

Ricardo Petrella[2] assevera os fundamentos do modelo de desenvolvimento que o processo de globalização pretende imprimir no mundo, a seguir reproduzidos:

1. Mundializar as finanças, o capital, os mercados, as empresas e as estratégias;
2. Adaptar os sistemas produtivos à revolução científica e tecnológica em curso nos domínios energético, dos materiais, da biotecnologia e, sobretudo, da informação e da comunicação;
3. Fazer com que cada indivíduo, cada grupo social, cada comunidade territorial trabalhe na perspectiva de se tornar melhor, mais forte,

[2] Ricardo Petrella, autor do artigo *Les Nouvelles Tables de La Loi*, publicado no *Le Monde Diplomatique* de 10/95, *apud* Fernando Alcoforado, *Globalização,* p. 78.

ganhadora. O princípio da cooperação entre indivíduos, grupos sociais e comunidades é substituído pelo da competição;

4. Liberalizar os mercados nacionais para construir um mercado mundial único onde circularão livremente mercadorias, capitais, serviços e pessoas. Neste contexto, deve ser condenada toda forma de proteção nacional, não devendo existir nem o interesse da sociedade nem a vontade popular soberana;
5. Desregulamentar os mecanismos de direção e de orientação da economia. Neste caso, deixaria de ser dos cidadãos, isto é, do Estado democrático, através das instituições representativas eleitas ou designadas, o poder de fixar normas e princípios de funcionamento e sim do mercado. Competiria ao Estado se contentar em criar o ambiente geral mais favorável à ação das empresas; e
6. Privatizar setores inteiros da economia, tais como transportes urbanos, estrada de ferro, saúde, hospitais, educação, bancos, seguradoras, cultura, distribuição de água, eletricidade, gás, serviços administrativos, etc.

Constata-se que uma das principais molas propulsoras da globalização são os múltiplos acordos de cooperação e complementação econômica, os tratados para se evitar a bitributação ou de concessão de benefícios fiscais entre dois ou mais Estados e os blocos regionais de comércio, os quais representam formas de integração econômica.

2. CONCEITO DE TRATADO INTERNACIONAL E AS TEORIAS MONISTA E DUALISTA

Em linhas gerais, o tratado internacional é um acordo celebrado entre duas ou mais pessoas de direito internacional público, tendo por objeto matéria de interesse de ambos, destinada à produção de determinados efeitos jurídicos. Segundo Lafayette Rodrigues Pereira[3], o tratado internacional é "o consentimento recíproco de duas ou mais nações para constituir, regular, modificar, alterar ou extinguir um vínculo de direito".

[3] Lafayette Rodrigues Pereira, *Princípios de Direito Internacional,* p. 267.

Bernardo Ribeiro de Moraes[4] também oferece um conceito sobre tratado internacional como "o ato jurídico firmado entre dois ou mais Estados, mediante seus respectivos órgãos competentes, com o objeto de estabelecer normas comuns de direito internacional". Luis Ivani de Amorim Araújo[5] conceitua o tratado internacional como" o ato jurídico segundo o qual os Estados e Organizações Internacionais que obtiveram personalidade por acordo e entre diversos Estados criam, modificam ou extinguem uma relação de direito existente entre eles".

Por sua vez, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados[6], de 1969, determina em seu artigo 2º, inciso I, alínea "a", que o tratado "significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo Direito Internacional, que consta, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

Em razão da destacada posição dos tratados internacionais no mundo globalizado, emergiu uma acirrada polêmica, acerca da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. De um lado, estão os adeptos da teoria monista, cujo expoente foi Kelsen[7]. E, em oposição à primeira, a teoria dualista, cujos principais autores foram Henrich Triepel[8] e Dionisio Anzilotti[9].

Segundo a visão da teoria monista, em linhas gerais, existe somente uma única ordem jurídica, não havendo a dicotomia em ordem interna e internacional. Inicialmente, o monismo apresentava-se em duas vertentes: (i) o monismo com primazia do direito interno e (ii) o monismo com primazia do direito internacional.

O monismo com primazia do direito interno foi concebido por Georg Wilhelm Friedrich Hegel[10], filósofo alemão, que considerava a soberania absoluta do Estado, o qual partia da premissa de que o direito internacional se resumia a um direito estatal externo, voltado a tratar as relações do Estado com terceiros (outros Estados).

Hans Kelsen[11], precursor da teoria monista, refutava veementemente a existência de dois ordenamentos jurídicos distintos, um interno e outro externo, defendendo o primado do direito internacional. Assim, segundo a

[4] Bernardo Ribeiro de Moraes, *Compêndio de Direito Tributário,* p. 25.

[5] Luis Ivani de Amorim Araújo, *Curso de Direito Internacional Público,* p.33.

[6] Cabe mencionar que a Convenção de Viena de 1969 somente foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009 e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

[7] Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito.*

[8] Henrich Triepel, *Diritto Interno e Diritto Internazionale.*

[9] Dionisio Anzilotti, *Il Diritto Internazionale Nei Giudizi Interni.*

[10] Roberto Luiz Silva*, Direito Internacional Público*, p. 129.

[11] Hans Kelsen *apud* Betina Treiger Grupenmacher, *Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna*, p. 67.

teoria monista, o tratado internacional, tão logo celebrado, passaria a vigorar plenamente no ordenamento jurídico interno do Estado signatário, sem que houvesse a transformação material desse direito alienígena em direito interno, conforme a ótica da corrente dualista. Países como a Bélgica, França e Holanda adotam o monismo[12], sendo necessária apenas a ratificação para que o tratado internacional tenha aplicabilidade automática no direito interno.

A teoria dualista defende a existência de duas ordens jurídicas distintas e independentes, uma interna e a outra, internacional. Em razão de não existir a menor possibilidade de conflito entre ambas, pela concomitância e independência entre tais ordens, para que uma norma internacional seja aplicada em âmbito interno, é imprescindível sua internalização. Esse sistema de conversão recebe diversas denominações, tais como: sistema de reenvio, sistema de recepção ou sistema de transformação. Como bem observa Nelson Ferreira da Luz[13]:

> ...a doutrina de Triepel socorre-se de três argumentos principais: 1) o Direito Internacional e o Direito interno diferem pelas fontes. A fonte do Direito interno é a vontade de um Estado, a fonte do Direito Internacional é a vontade de vários Estados; 2) quanto aos sujeitos, o Direito interno rege relações entre indivíduos, ao passo que o Direito Internacional regula as relações dos Estados; 3) trata-se de dois sistemas jurídicos independentes, pelo que a validade de um não se refere à do outro. Assim uma lei interna contrária ao Direito Internacional é válida no ambiente do Estado.

Grã-Bretanha e Dinamarca adotam a doutrina dualista[14], ou seja, por esta os tratados internacionais se submetem à incorporação legislativa, para que as normas oriundas desses tratados passem a vigorar no ordenamento interno desses Estados.

3. A INTERNALIZAÇÃO DO TRATADO INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

Há um rito a ser observado para a celebração do tratado, destacando-se a fase das negociações, na qual os agentes do Poder Executivo ajustam as condições e as bases do acordo, terminando com a "autenticação", segundo os

[12] Betina Treiger Grupenmacher, *Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna*, p. 68.

[13] Nelson Ferreira da Luz, *Introdução ao Direito Internacional Público,* p. 134.

[14] Betina Treiger Grupenmacher, *Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna*, p. 68.

dizeres de Alberto Xavier[15]:

> ...é o ato pelo qual as partes declaram concluído o processo de formulação do acordo e que tem como objetivo prático fixar o texto que será submetido à ratificação. A autenticação pode revestir a modalidade de rubrica (parafatura, *initialling*) ou de assinatura *ad referendum*, por agentes munidos de Cartas de Plenos Poderes.

Cabe ao Presidente da República competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, consoante a norma constitucional do artigo 84, inciso VIII.

Terminada a fase das negociações, o tratado internacional passará pelo referendo (aprovação) do Congresso Nacional, onde serão ouvidas as duas casas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, para ser incorporado ao ordenamento jurídico nacional, por intermédio do decreto legislativo, conforme o artigo 49, inciso I c/c o artigo 59, inciso VI da Constituição Federal, reproduzidos a seguir:

> Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.
> Art. 59 – O processo legislativo compreende a elaboração de:
> VI – decretos legislativos.

Melhor esclarecendo, perante o nosso ordenamento jurídico, as normas de um tratado internacional somente terão vigência e eficácia, se o mesmo for aprovado (referendado) pelo Congresso Nacional, consoante preceitua o artigo 49, inciso I da Magna Carta e acompanhada da ratificação, ou seja, ato unilateral do presidente da República, por meio do qual confirma o tratado e declara que ele passa a produzir os devidos efeitos.

Há também "a troca dos instrumentos de ratificação" como marco temporal da entrada em vigor do tratado na ordem jurídica internacional.

Na última fase, o Presidente da República promulga, mediante decreto, a existência de um tratado que o Brasil incorporou à sua legislação interna, publicando o referido decreto no Diário Oficial.

[15] Alberto Xavier, *Direito Internacional do Brasil,* p. 100.

Alberto Xavier é defensor ardoroso da teoria monista e assenta sua tese alegando que a Constituição Federal de 1988 consagra a superioridade hierárquica dos tratados internacionais em detrimento à lei interna, apenas estando sujeitas à revogação ou à denúncia pelos mecanismos próprios do direito dos tratados.

Inclusive, ao analisar o procedimento de celebração dos tratados internacionais à luz da Constituição de 1988, entende que o decreto legislativo, por meio do qual se formaliza o referendo do Congresso Nacional não tem o alcance de transformar o tratado internacional em lei interna.

Fiéis à concepção monista, Alberto Xaviere Helena de Araújo Lopes Xavier[16] analisam a participação do Poder Legislativo no processo de celebração dos tratados internacionais, a saber:

> O momento mais relevante para o direito interno condensa-se na intervenção do Congresso e traduz a participação do Poder Legislativo – a par do Executivo – no *treaty-making power* brasileiro. Esta participação é, como se viu, anterior ao momento internacional do *consensus*. Situando-se, assim, em fase lógica e cronologicamente anterior à conclusão do tratado, não tem o significado de "transformação" deste em direito interno. O significado da intervenção do Congresso é bem diferente e visa garantir a repartição de competências materiais entre legislativo e executivo, operada pela Constituição. Esta repartição, em nível interno, tem por critério o princípio da reserva de lei. A nível de atuação internacional ficou salvaguardada pela exigência constitucional de participação sistemática e articulada do Executivo e do Congresso no *treaty-making power*, o que previne, em matérias como a tributária, que o tratado possa representar uma invasão inconstitucional na esfera reservada à competência do legislativo.

Cumpre esclarecer que o Brasil não adota um dualismo extremado, segundo o qual as normas de um tratado internacional só teriam aplicabilidade no direito interno se transformadas em "lei reproduzindo as normas do tratado

[16] Alberto Xavier e Helena de Araújo Lopes Xavier, *Tratados – superioridade hierárquica em relação à lei face à Constituição Federal de 1988,* in *RDT,* vol. 66, p. 30.

internacional". Betina Treiger Grupenmacher[17] acertadamente manifesta-se sobre esse tema:

> A "teoria da transformação", também chamada de "teoria da incorporação", ou ainda "teoria da incorporação legislativa", reflete uma posição dualista extremada, já que, sem lei interna que transforme as normas de tratado em direito nacional, as disposições convencionais não têm aplicabilidade no âmbito interno de cada Estado.
> Há ainda o dualismo moderado, que surge a partir das Constituições dos países que não chegam ao extremo de impor a transformação das disposições de tratados em direito interno por intermédio de lei especial, mas exigem que, antes da ratificação dos tratados e convenções internacionais pelo chefe de Estado, sejam estes apreciados pelo respectivo Poder Legislativo, na qual devem ser referendados.
> A tendência atual do Direito Constitucional, em todos os países do mundo, é condicionar a ratificação à prévia aprovação do legislativo. Não se conhece, no entanto, Constituição moderna, que de forma explícita, recuse vigência interna ao direito internacional.
> Nos países, como é o caso do Brasil, que adotam tal sistemática, não há necessidade de lei formal reproduzindo o texto convencional, o que de resto refletiria uma opção pelo dualismo extremado, mas há a necessidade de referendo do Poder Legislativo, o qual tem o efeito de, aprovando as disposições de tratados, autorizar o chefe de Estado a ratificá-los; é o que ora se denomina de dualismo moderado.

Como visto, o direito constitucional brasileiro adotou o dualismo moderado e, uma vez referendado pelo Congresso Nacional, por intermédio de um decreto legislativo (lei sem sanção e sem veto), cuja aprovação exige quórum simples, ou seja, presente a maioria absoluta dos congressistas, conforme o artigo 47 da Magna Carta, passa o tratado internacional a ter a mesma ordem hierárquica de lei ordinária.

[17] Betina Treiger Grupenmacher, *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*, pp. 68-69.

Desse modo, em caso de superveniência de lei ordinária colidente com as normas do tratado, passará a ter validade a lei mais recente, em razão do princípio *lex posterior derogat a priori.*

Os decretos legislativos que ratificam os tratados internacionais se incorporam ao direito interno brasileiro e encontram-se situados no mesmo patamar hierárquico *lato sensu* (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias e resoluções), podendo, desse modo, ser revogados ou modificados pela legislação interna que lhes sobrevenha, segundo a doutrina de Roque Antonio Carrazza[18], à luz da sistemática da Constituição de 1988.

4. A DOUTRINA NACIONAL FRENTE AO TEMA DAS ISENÇÕES DE TRIBUTOSDE COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS CELEBRADAS PELA UNIÃO FEDERAL NO ÂMBITO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Tratando-se de tributos estaduais e municipais, a polêmica se instaurou entre os pensadores do Direito Tributário pátrio, a respeito da União Federal poder firmar ou não isenções de tais exações ao celebrar tratados internacionais. Uma respeitável corrente doutrinária entende que a União, por intermédio do presidente da República, com o aval do Congresso Nacional, quando da celebração de tratados internacionais, não pode conceder isenções ou quaisquer benefícios fiscais atinentes a tributos estaduais e/ou municipais, pois estaria invadindo competências tributárias privativas de outros entes da federação brasileira.

Grande expoente dessa corrente é Roque Antonio Carrazza[19]. Faz importante esclarecimento no sentido de que a fonte primária do direito tributário é o decreto legislativo que ratifica o tratado internacional, emitido pelo Congresso Nacional e não o próprio tratado. Entende que o tratado é tão-somente pressuposto para que o decreto legislativo se incorpore ao direito interno brasileiro, concluindo ser o artigo 98 do Código Tributário Nacional flagrantemente inconstitucional, cujo teor assim dispõe que "os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha".

Referido autor, também, tece as seguintes ponderações:

> Sabemos que apenas a União goza de personalidade internacional, que lhe permite comparecer, diretamente, ante o foro do Direito das Gentes, e, de conseqüência, manter relações diplomáticas com os

[18] Roque Antonio Carrazza, *Mercosul e tributos estaduais, municipais e distritais,* in *RDT,* vol. 64, p. 182.

[19] Roque Antonio Carrazza, *Mercosul e tributos estaduais, municipais e distritais,* in *RDT,* vol. 64, p. 182.

Estados estrangeiros ius legationis, declarar a guerra (*ius belli*) ou celebrar a paz, e, especificamente, firmar tratados internacionais. Apesar desta competência exclusiva, ela, porém, não pode assumir encargos tributários em nome dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal, que, por uma peculiaridade de nosso sistema constitucional, desfrutam de autonomia nas relações internas.

Em suma, a União não pode, nem mesmo por meio de tratados internacionais, obrigar os Estados, os Municípios e o Distrito Federal a observarem isenções de tributos locais, ainda que assumam a forma de não-incidências, incentivos, parcelamentos de débitos, créditos fictos, etc. Falta-lhe titulação jurídica para isso. Só eles próprios é que poderão estabelecer, por meio de lei local (ou, no caso do ICMS, por meio de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal), estes benefícios fiscais.

Realmente, a União, uma vez firmado e ratificado o tratado que concede isenções de ICMS ou de ISS, poderá usar dos permissivos contidos nos arts. 155, § 2º, XII, e, e 156, § 3º, II, ambos da CF. Esmiuçando a idéia, a União, após a celebração do tratado, poderá, por meio de lei complementar, conceder isenções de ICMS ou de ISS – conforme o caso – fazendo, assim, com que ele produza pro foro interno.

Melhor esclarecendo, a União, por meio de lei complementar, pode conceder isenções de ICMS, sobre as exportações, para o exterior, de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e de mercadorias que não forem produtos industrializados (as operações que destinem ao exterior produtos industrializados são imunes à tributação por meio de ICMS, ex vi do art. 155, § 2º, X, a, da CF).

Todavia, em relação aos demais tributos estaduais, municipais e distritais, só a própria pessoa política interessada é que, querendo, poderá dar eficácia ao tratado. De que modo? Adequando a legislação local ao que foi pactuado pela República Federativa do Brasil.

Estevão Horvath e Nelson Ferreira de Carvalho[20] são adeptos da corrente doutrinária de que a União Federal, mesmo como representante da nação brasileira, ao celebrar tratados internacionais, não pode invadir seara tributária dos Estados e Municípios.

E, a respeito do artigo 98 do Código Tributário Nacional, os insignes juristas ratificam o pensamento de Roque Antonio Carrazza**,** no sentido de que os tratados internacionais não são fontes de Direito e quando referendados, por meio de decretos-legislativos, pelo Congresso Nacional, apresentam igual patamar hierárquico em relação à legislação ordinária federal, estadual e municipal, como se poderá depreender do texto reproduzido a seguir:

> O artigo 98 do Código Tributário Nacional trata de matéria de direito intertemporal e de hierarquia entre instrumentos introdutórios de normas no Direito Brasileiro (ou, na linguagem tradicional,"hierarquia de fontes"). Quanto ao primeiro aspecto, nada obstaria a que lei infraconstitucional viesse a dispor acerca dele, desde que se cuidasse de normas de hierarquia distintas ou, in casu, supondo-se o tratado como hierarquicamente superior à lei dos Estados-membros dos Municípios, ou até mesmo da União. Entretanto, não é essa a nossa realidade jurídica. A uma, porque o tratado internacional não é norma jurídica (ou não é "fonte" de Direito, mas sim o decreto-legislativo que o referenda (artigo 49, I, c/c 59, VI, da CF). A duas, porque o decreto legislativo do Congresso Nacional, em matéria tributária, tem a mesma hierarquia que a lei ordinária tributária da União e, assim sendo, o disposto no artigo 98 do CTN a este ente central da Federação se aplica integralmente. O decreto-legislativo está, também, no mesmo nível hierárquico das leis ordinárias estaduais e municipais (os três instrumentos normativos retiram sua validade do mesmo texto normativo – a Constituição da República). Dessarte, não pode o decreto-legislativo, de per si, revogar lei tributária do Estado ou do Município ou modificá-la, já que, em matéria tributária não tem força de lei nacional, e sim meramente federal, impondo-se unicamente à União.

[20] Estevão Horvath e Nelson Ferreira de Carvalho**,** *Tratado internacional, em matéria tributária, pode exonerar tributos estaduais,* in *Revista de direito tributário*, v. 64, p. 267.

> No que se refere mais diretamente à segunda ordem de questões – hierarquia das "fontes" - esta pretensão do legislador do Código está mais visível na parte final do artigo 98, ao dizer que os tratados e convenções internacionais serão observados pela legislação tributária interna que lhes sobrevenha. Ora, poderia um decreto-legislativo do Congresso Nacional que, reitere-se, está no mesmo patamar hierárquico de uma lei ordinária tributária federal, estadual ou municipal, pretender impor-se a estas leis dizendo-se hierarquicamente superior a elas? A nosso ver a resposta somente poderia ser afirmativa se norma superior atribuísse àquele instrumento normativo tal força. É o Código Tributário tal lei superior? Quer-nos parecer que não. Tratando-se, como se trata, de matéria respeitante à hierarquia normativa e à repartição de competências entre entes federativos, a única norma apta a conceder tal força impositiva é a Constituição da República.
> Noutro giro, o dispositivo acima é "letra morta" no que pertine à sua pretensão de interferir na legislação tributária dos Estados-membros e dos Municípios.

Como visto, a doutrina mencionada até o presente momento nos elucida que a Constituição Federal em vigor não estabeleceu a supremacia dos tratados internacionais em face das leis estaduais, municipais ou distritais, quando incorporados ao direito interno brasileiro, por intermédio de decretos legislativos. Preconizam, também, a inconstitucionalidade do artigo 98 do Código Tributário Nacional, na medida em que esse dispositivo legal estaria consagrando, em última análise, a superioridade normativa dos tratados internacionais em detrimento da legislação pátria.

Cabe também frisar o artigo 151, inciso III do Texto Supremo, cuja dicção é a seguinte:

> Art. 151 – É vedado à União:
> III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Existe corrente doutrinária que entende ser o artigo 151, inciso III da Constituição Federal de 1988, aplicável à União Federal, enquanto pessoa jurídica de direito público interno e não como pessoa política com poderes de

representação da República Federativa do Brasil frente a outros Estados, para a celebração de tratados e convenções internacionais. Nesse sentido, apenas em caráter ilustrativo, mencionamos Natanael Martins[21]:

> O art. 98 do CTN é constitucional na medida em que buscou explicar, tão-somente, um princípio que sempre esteve implícito em nosso sistema constitucional que consagra a prevalência das matérias contidas em tratados internacionais, enquanto deles a Nação fizer parte. A vedação contida no art. 151, III, da CF dirige-se, apenas, à União, pessoa política de Direito interno, podendo por isso a República Federativa do Brasil, no âmbito do Direito Internacional, conceder isenção de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Essa doutrina, segundo nosso entendimento, não merece guarida, visto que não cabe ao intérprete fazer tal inferência em relação ao artigo constitucional retro-transcrito. Utilizando-nos das expressões de Roque Antonio Carrazza[22], não há como divisar a "União, enquanto ordem jurídica parcial central" e "enquanto ordem jurídica global (o Estado brasileiro)", para efeito do teor do artigo 151, inciso III do Texto Supremo.

José Eduardo Soares de Mello[23] compartilha do mesmo entendimento doutrinário de Roque Antonio Carrazza, Estevão Horvath e de Nelson Ferreira de Carvalho, tecendo as seguintes ponderações a respeito do tema:

> Somente em situações constitucionais, de caráter excepcional, é que a União poderá conceder isenções na ordem estadual (ICMS), ou seja, mediante expedição de lei complementar sobre exportações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e de mercadorias (não-industrializadas) – inc. XII do art. 155 – mesmo porque as isenções, incentivos e benefícios fiscais são concedidos e revogados pelos próprios Estados e Distrito Federal, mediante a celebração de convênios

[21] Natanael Martins, *Cadernos de direito tributário e finanças públicas,* in *RT*, v. 12, p. 201.

[22] Roque Antônio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 555.

[23] José Eduardo Soares de Melo, *Tributação no Mercosul,* in *Pesquisas Tributárias*, Nova Série – 3, pp. 199-200.

> (art. 155, XII, g, da CF). No âmbito municipal, poderá isentar (ISS) sobre as exportações de serviços para o exterior (art. 156, § 3º, II).
> Do mesmo modo, a regra inserta no inc. III do art. 151, da CF – admitindo que a União conceda incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país – concerne aos tributos de exclusiva competência do Governo Federal (pessoa de Direito público interno), não se coadunando com isenções decorrentes do Tratado do Mercosul (pessoa de Direito público internacional).
> Portanto, somente nas situações expressamente estabelecidas na Constituição é atribuída competência à União para dispor sobre exoneração de tributos estaduais e municipais. Revela-se precária a eficácia do art. 98 do CTN, ao estabelecer que 'os Tratados e as Convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha, porque tal preceito não se adequa ao princípio federativo.
> A União, quer representando o Estado brasileiro, quer atuando como pessoa política interna, não obriga Estados e Municípios a observarem regras ajustadas com demais países, o que nos leva a concordar que 'as isenções tributárias e os incentivos fiscais previstos no Tratado do Mercosul não vinculam os Estados, os Municípios e o Distrito Federal... salvo se o fizerem por meio dos instrumentos jurídicos adequados (leis ordinárias locais ou, no caso do ICMS, convênios ratificados pelas respectivas casas legislativas) (Roque Carrazza, RDT, v. 64, pp. 190-1) em que pesem os ponderáveis argumentos em sentido contrário (Natanael Martins, Caderno de Direito Tributário, RT, v. 12, pp. 193-201, e Sacha Calmon, RDT, v. 59, pp.183-190).

Há doutrinadores que sustentam a tese de que tributos estaduais e municipais podem ser disciplinados em tratados e acordos internacionais, inclusive isenções, pelo fato de os Estados-membros e os Municípios, como

pessoas jurídicas de direito público interno, não possuírem soberania frente a outros países, devendo, necessariamente, serem representados pela União Federal.

Comumente refutam a inconstitucionalidade do artigo 98 do Código Tributário Nacional, em razão de atribuírem superioridade hierárquica aos tratados internacionais frente ao direito interno.

Um dos grandes expoentes desse entendimento doutrinário é Alberto Xavier[24]. Para esse doutrinador, a União é simplesmente pessoa jurídica de direito público interno e quando participa efetivamente das relações internacionais com Estados estrangeiros, atua como órgão da República Federativa do Brasil, o qual é pessoa jurídica de direito internacional público, constituída pelos Estados, Municípios e o Distrito Federal. Apresenta a seguinte argumentação, a saber:

> A voz da União, nas relações internacionais, não é a voz de uma entidade com interesses próprios e específicos, potencialmente conflitantes com os dos Estados e dos Municípios, mas a voz de uma entidade que a todos eles engloba – a República Federativa do Brasil. E é assim, porque, por razões de unidade do sistema federativo, a Constituição vedou aos Estados e Municípios, privados de personalidade jurídica de Direito Internacional, a possibilidade de manterem relações com Estados soberanos e organizações internacionais, atribuindo a representação dos seus interesses, no plano internacional, à União. Com toda a coerência, o art. 5º, § 2º da Constituição reconhece a qualidade de parte dos tratados internacionais à República Federativa do Brasil e não à União, revelando que esta atua como mero órgão da pessoa jurídica de direito internacional público, que é a República Federativa do Brasil.
>
> O Presidente da República, quando, ao abrigo dos incisos VII e VIII do art. 84 da Constituição, mantém relações com Estados estrangeiros, acredita seus representantes diplomáticos e celebra tratados, convenções e atos internacionais, não atua como chefe do Poder Executivo de uma pessoa de direito público interno (Chefe do Governo Federal), mas como órgão de uma pessoa jurídica de direito internacional público, competente

[24] Alberto Xavier, *Direito tributário internacional do Brasil*, pp. 136-137.

> para disciplinar qualquer dos seus interesses, sejam eles do conjunto ou de cada um dos elementos que compõem a Federação (Chefe do Estado).
> As limitações ao poder de tributar e de isentar, como as do art. 151, III, só devem, por conseguinte, operar no âmbito das relações internas entre os elementos componentes da Federação, por via da lei federal, mas não assim no âmbito das relações internacionais, por via de tratado.

Assim, segundo os ensinamentos de Alberto Xavier, os tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil, por intermédio da União Federal, que disponham sobre matéria tributária estadual e/ou municipal não atritam com o artigo 151, inciso III da Constituição Federal, em razão de entender que esse dispositivo se aplicaria no âmbito das relações internas.

Sacha Calmon Navarro Coelho[25] não discrepa do posicionamento doutrinário adotado por Alberto Xavier. Atribui plena constitucionalidade ao artigo 98 do Código Tributário Nacional, como norma geral, sendo lei complementar, sob o ponto de vista material, reforçando essa norma a supremacia do tratado internacional sobre a legislação interna, além de realçá-lo como fonte autônoma de Direito Tributário.

Conforme sua doutrina, o artigo 151, inciso III da Constituição Federal somente é aplicável à União, como pessoa jurídica de Direito Público interno, não extensivo ao representar a República Federativa do Brasil, enquanto pessoa jurídica de direito internacional, para celebração de tratados e acordos internacionais, a saber:

> ...a proibição de isenção heterônoma da União sobre estados e municípios (art.151,III, da CF) refere-se tão-somente à isenção decorrente de lei. A União, mesmo por lei complementar, não pode conceder isenção de tributo estadual ou municipal, salvo nas hipóteses de exportações de bens e serviços (ICMS e ISS), que, para tanto, e só neste tanto, está ela autorizada a isentar de forma heterônoma. A vedação visa preservar o federalismo na trama intrafederativa. Inobstante, não abrange as isenções decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Inexiste na Constituição proibição de sua aplicação a estados e municípios, ou seja, a tributos estaduais e municipais.

[25] Sacha Calmon Navarro Coelho, *Curso de direito tributário brasileiro*, pp. 555-556.

E destaca o que ele denomina de "fontes de normas isencionais em nosso sistema jurídico" que, em seu entendimento, seriam três:

> I – as leis federais, estaduais ou municipais, no âmbito de suas respectivas competências, concedem isenções autonômicas (autolimitação). Na isenção estadual, a lei deve se fazer preceder de autorização de Convênio entre Estados-Membros (ICMS);
> II – leis complementares da União, nas hipóteses de exportação de mercadorias e serviços, concedem isenções em impostos de alheia competência, o ICMS dos estados e o ISS dos municípios. Trata-se de isenções heterônomas (heterolimitação), obviamente incidentes sobre mercadorias e serviços que já não sejam imunes;
> III – tratados internacionais isentam situações, atos, negócios, operações e pessoas, abrangendo tributos federais, estaduais e municipais, por força da prevalência do Direito dos tratados sobre a legislação interna, em matéria tributária.

Segundo sua opinião, os tratados internacionais celebrados pelo Brasil são apenas internalizados, não havendo necessidade de serem transformados em legislação interna, o que se conclui ser adepto da corrente monista o citado autor. Compartilha do mesmo posicionamento doutrinário de Alberto Xavier e Sacha Calmon Navarro Coelho**,** Hugo de Brito Machado[26].

Considera que os órgãos da União Federal, ao celebrar tratados internacionais, na verdade, firmam atos de soberania externa, em nome do Estado brasileiro, representando toda a Nação, inclusive os Estados-Membros e Municípios. Resume seu pensamento em breves linhas, a saber:

> Como os Estados-Membros e os Municípios são pessoas jurídicas de Direito público interno, são representados no plano internacional pelos órgãos da União Federal. Os atos que esta assim pratica não se confundem com aqueles por ela praticados no plano interno, onde atua, tal como Estados-Membros e Municípios, como pessoa jurídica de Direito público interno.

[26] Hugo de Brito Machado, *Tributação no Mercosul,* in *Pesquisas tributárias*, v. 3, p. 91.

> Por tais razões, o Tratado de Assunção, bem como os Acordos posteriores e complementares, podem disciplinar tributos estaduais e municipais, inclusive concedendo isenções nessas esferas.

Para o mencionado autor, é inegável a supremacia dos tratados internacionais sobre a lei brasileira e a constitucionalidade do artigo 98 do Código Tributário Nacional. Pudemos vislumbrar as duas vertentes doutrinárias representadas por grandes expoentes do direito pátrio.

CONCLUSÃO

Perfilamo-nos à corrente doutrinária de Roque Antonio Carrazza, Estevão Horvath, Nelson Ferreira de Carvalho, José Eduardo Soares de Mello e de outros juristas não mencionados no presente artigo, segundo os quais os órgãos da União encarregados de negociar e celebrar tratados e acordos internacionais não podem dispor sobre isenções ou outros benefícios de tributos estaduais e/ou municipais.

Isso por que cada ente da Federação, ou seja, a União Federal, Estados, Distrito Federal e os Municípios, recebeu diretamente da própria Constituição Federal a sua competência tributária, de natureza privativa e indelegável. Mesmo que os Estados e os Municípios sejam representados pela União Federal, no plano internacional, na medida em que não possuem "soberania", esta não poderá obrigá-los a conceder isenções, incentivos ou quaisquer outros benefícios fiscais, firmados em tratados internacionais.

Como medida acautelatória, antes de celebrar um tratado internacional, sobre o qual saberia, de antemão, haver tributos estaduais e/ou municipais, melhor seria se a União Federal previamente negociasse com os Estados e os Municípios as alterações legislativas pretendidas, a fim de se obter uma harmonização entre a legislação tributária nacional e o tratado internacional firmado pela União, como fiel representante das demais pessoas jurídicas de direito público interno: Estados-Membros, Municípios e o Distrito Federal no plano internacional frente aos demais Estados estrangeiros soberanos.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Fernando. *Globalização.* São Paulo: Livraria Nobel, 1997.

ANZILOTTI, Dionisio. *Il diritto Internazionale neigiudiziinterni.* Bolonha: Ditta Nicola Zanichelli, 1905.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público.* Rio de Janeiro:Editora Forense, 1997.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Mercosul e tributos estaduais, municipais e distritais.* In *Revista de Direito Tributário,*vol. 64. São Paulo: Malheiros Editores.
_____. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna.* São Paulo: Editora Dialética, 1999.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Tradução: Benedeto Croce. In: *Enciclopedia dele scienzefilosofiche in compendio.* Editora: Gius. Laterza&figli, 1923.

HORVATH, Estevão e CARVALHO, Nelson Ferreira de. *Tratado internacional, em matéria tributária, pode exonerar tributos estaduais.* In *Revista de Direito Tributário,* v. 64. São Paulo: Malheiros Editores.

KELSEN, HANS. *Teoria Pura do Direito.* Tradução: José Cretella Jr. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LUZ, Nelson Ferreira da. *Introdução ao Direito Internacional Público.* São Paulo: Editora Saraiva, 1963.

MACHADO, Hugo de Brito. *Tributação no Mercosul*. In *Pesquisas Tributárias.* Nova Série – 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS, Natanael. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas.* v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MELLO, José Eduardo Soares de. *Tributação no Mercosul.* In *Pesquisas Tributárias.* Nova Série – 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, v. 2, 1994.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional.* v. I. Rio de Janeiro,1902.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público.* 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TRIEPEL, Henrich. *Diritto Interno e Diritto Internazionale.* Torino, 1913.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

XAVIER, Alberto e Helena de Araújo Lopes. *Tratados – superioridade hierárquica em relação à lei face à Constituição Federal de 1988.* In *Revista de Direito Tributário,* vol. 66. São Paulo: Malheiros Editores.

Clássica
Editora