

ESCOLA DE GUERRA NAVAL

CC (FN) RAFAEL PIRES FERREIRA

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA ONU EM OPERAÇÕES DE
MANUTENÇÃO DA PAZ:
o genocídio de Srebrenica

Rio de Janeiro

2017

CC (FN) RAFAEL PIRES FERREIRA

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA ONU EM OPERAÇÕES DE
MANUTENÇÃO DA PAZ:
o genocídio de Srebrenica

Dissertação apresentada à Escola de Guerra Naval, como requisito parcial para a conclusão do Curso de Estado-Maior para Oficiais Superiores.

Orientador: CF (RM1) Cláudio Luiz de Lima Martins

Rio de Janeiro
Escola de Guerra Naval
2017

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

A esta Escola, seu corpo docente, direção e administração pela oportunidade de engrandecimento pessoal e profissional.

Ao meu orientador, CF (RM1) Cláudio Luiz de Lima Martins, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

À minha família, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. Em especial, aos meus filhos, Luiza e Eduardo, que nos momentos de minha ausência dedicados ao estudo, sempre fizeram entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

A partir da análise do princípio das imunidades das Organizações Internacionais, consoante os critérios de atribuição de conduta para atos ilícitos perpetrados em operações de paz, investiga-se a possibilidade das tendências jurisprudenciais substituírem o conceito de imunidade absoluta, atualmente predominante para as Nações Unidas, por um princípio mais flexível, garantindo, ao mesmo tempo, o funcionamento e independência da Organização e não prejudicando o acesso de partes privadas a um procedimento justo de solução de controvérsias. Dada a complexidade do assunto, optou-se por restringir o estudo de casos às decisões proferidas pelos tribunais holandeses em dois processos relacionados ao genocídio de Srebrenica. Da apuração desses julgados, é possível afirmar que, com a aplicação do critério de dupla atribuição e com o exame de proporcionalidade e legitimidade dos direitos humanos, os tribunais nacionais poderão adotar um novo processo para avaliar os pedidos futuros envolvendo as Nações Unidas.

Palavras-chave: Atribuição de conduta. Intervenção humanitária. Imunidade. Responsabilidade Internacional. Srebrenica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGNU -	Assembléia-Geral das Nações Unidas
CDI -	Comissão de Direito Internacional
CIJ -	Corte Internacional de Justiça
CEDH -	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CSNU -	Conselho de Segurança das Nações Unidas
DARIO -	Sigla em inglês para <i>Draft Articles on the Responsibility of International Organizations</i> : Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais
DUTCHBAT -	Sigla em inglês para <i>Dutch Battalion</i> : Batalhão Holandês
ECT -	Estados contribuintes com tropas
OI -	Organizações Internacionais
ONU -	Organização das Nações Unidas
PIDCP -	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
SGNU -	Secretário-Geral das Nações Unidas
SOFA -	Sigla em inglês para <i>Status of Forces Agreement</i> : Acordo sobre o Status da Força
TEDH -	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TPII -	Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia
UNPF -	Sigla em inglês para <i>United Nations Peace Forces</i>
UNPROFOR -	Sigla em inglês para <i>United Nations Protection Force</i>
VRS -	Sigla em inglês para <i>Vojaska Republike Srpske</i> : Exército da autoproclamada <i>Republika Srpska</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA ONU NAS OPERAÇÕES DE MANUTENÇÃO DA PAZ	9
2.1	Intervenções Humanitárias e Operações de Manutenção da Paz	9
2.2	A Imunidade da ONU	12
2.3	Atribuição de Conduta	19
3	O CASO <i>MÃES DE SREBRENICA</i> CONTRA HOLANDA E ONU	25
3.1	Argumento dos Demandantes	26
3.2	A decisão do Tribunal Distrital em Haia	28
3.3	A decisão do Tribunal de Apelação em Haia	29
3.4	A decisão do Supremo Tribunal Holandês	32
4	O CASO <i>MUSTAFIC E NUHANOVIC</i> CONTRA HOLANDA	37
4.1	Antecedentes factuais	38
4.2	A decisão do Tribunal Distrital em Haia	40
4.3	A decisão do Tribunal de Apelação em Haia	41
4.4	A decisão do Supremo Tribunal Holandês	46
5	CONCLUSÃO	49
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Ao final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a comunidade internacional foi brindada com a edição da Carta das Nações Unidas que, além de dispor sobre matéria de paz e segurança internacionais, estabelecia como um dos propósitos dos “povos das nações” a proteção e a promoção dos direitos humanos, preservando as gerações vindouras do flagelo da guerra.¹

No entanto, não obstante a evolução dos direitos humanos no período compreendido entre a publicação da Carta e o fim da Guerra Fria (1945-1991), os conflitos internos da década de 1990 provaram que o jusnaturalismo de John Locke não foi capaz de impedir violações massivas perpetradas pelos Estados contra seus próprios povos.²

A Organização das Nações Unidas (ONU), por sua vez, como órgão máximo responsável pela paz e segurança internacionais, mesmo com o desdobramento de suas *peacekeeping operations*³, principal instrumento utilizado nessas situações, não conseguiu conter nem solucionar tais conflitos.

A responsabilidade internacional da ONU e dos Estados contribuintes com tropas (ECT) no cumprimento de suas operações de manutenção da paz constitui, portanto, o tema desta pesquisa.

A escolha do tema justifica-se pelo aumento crescente do número de operações de

1 Preâmbulo da Carta das Nações Unidas.

2 O filósofo inglês John Locke (1632-1704), considerado o pai do jusnaturalismo moderno, apregoava, no século XVII, que o homem enquanto tal possuía direitos que, por natureza, ninguém lhe podia subtrair, nem mesmo o Estado, e que deveriam ser por ele respeitados (BOBBIO, 2004, p. 28).

3 São inúmeras as controvérsias que envolvem o conceito conferido ao termo “operações de manutenção da paz” e o seu emprego. A falta de previsão na Carta das Nações Unidas é a primeira dificuldade encontrada, uma vez que a ONU não é afeita a definições. A porfia terminológica reside na diferenciação entre *peace operations* e *peacekeeping operations*. Defensores da primeira expressão salientam que são muitas as “operações de paz” empreendidas pelo mundo a partir da iniciativa de países e organismos internacionais, entre as quais estão as missões da ONU. Desse modo, *peace operations* seria uma definição “guarda-chuva”, um tipo genérico de atividade, que englobaria tanto as *UN missions* como as *non-UN missions*. Já o termo *peacekeeping operations* pressupõe, dentre outros requisitos, o consentimento do país anfitrião quanto à presença da ONU em seu território, constituindo um dos cinco instrumentos disponíveis às Nações Unidas para a prevenção e resolução de conflitos ao redor do mundo, na tarefa de manter a paz e a segurança internacionais (FAGANELLO, 2013, p. 39-41).

manutenção da paz da ONU, implantadas sob a égide do Capítulo VII de sua Carta, com mandatos cada vez mais amplos e complexos. O recente desenvolvimento das chamadas “*robust*” *peacekeeping operations*⁴ sugere que os riscos aumentados devam ser acompanhados por um novo processo legal, pois aumentam a probabilidade de reclamações contra os ECT e a ONU por possíveis atos ilícitos praticados no cumprimento de suas tarefas.

Nesse contexto, o objeto de estudo selecionado foi como os tribunais holandeses responderam aos procedimentos que lhes foram submetidos contra a ONU e o Estado Holandês no massacre de Srebrenica, durante a Guerra da Bósnia (1992-1995), em virtude das massivas violações de direitos humanos ocorridas em julho de 1995, e da inexpressiva atuação da Força de Proteção das Nações Unidas (UNPROFOR) frente a esses acontecimentos.

Dada a complexidade do conflito, bem como a fluidez de tais violações, permeando ora o direito internacional humanitário, ora o direito internacional dos direitos humanos, o presente estudo adotou na abordagem do tema a teoria das imunidades e privilégios das Organizações Internacionais (OI), bem como dos critérios de atribuição de conduta necessários para distinguir se a responsabilidade por atos ilícitos praticados no cumprimento de mandatos deve ser imputada à ONU ou ao ECT.

Feitas as considerações anteriores sobre o tema escolhido e o ponto de vista sob o qual foi abordado, cabe apresentar o problema que orientou a pesquisa, enunciado da seguinte forma: “As tendências jurisprudenciais podem substituir ou modificar o conceito de imunidade absoluta, atualmente predominante para a ONU, por um princípio mais flexível, garantindo, ao mesmo tempo, o funcionamento e independência da Organização e não prejudicando indevidamente o acesso de partes privadas a um procedimento justo de solução de controvérsias?”

4 Operações de manutenção da paz “robustas” são aquelas que concedem às Forças de Paz mandatos de caráter mais ofensivo.

Do ponto de vista metodológico, o procedimento adotado na interpretação e análise do objeto de estudo foi a abordagem qualitativa fenomenológica, uma vez que foram estudados detalhadamente os fatos que marcaram o massacre em Srebrenica, visando buscar informações fidedignas para explicar em profundidade a efetiva responsabilidade de cada entidade nesse episódio. Ao final, houve uma preocupação com a descrição direta de como os tribunais holandeses respondem aos procedimentos que lhes foram submetidos.

Quanto à natureza da pesquisa, pode-se classificá-la como um estudo de caso, envolvendo o exame profundo e exaustivo de um único evento, que caracteriza o objeto de estudo dessa pesquisa, permitindo o amplo e detalhado conhecimento dos fatos.

Quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa foi do tipo bibliográfico-documental, com o recurso a livros especializados, além de outras fontes primárias tais como resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), decisões proferidas pelos tribunais holandeses, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), e relatórios da Comissão de Direito Internacional (CDI).

Tais ideias foram, então, desenvolvidas seguindo um encadeamento lógico que pode ser sintetizado conforme o roteiro a seguir descrito.

Primeiramente, buscou-se analisar a expressão “intervenção humanitária” no contexto das complexas operações de manutenção da paz do período pós-Guerra Fria. Ainda nessa esteira, identificou-se alguns marcos regulatórios que regem a responsabilidade internacional da ONU nesse tipo de operação, e como se comportam os tribunais nacionais quando confrontados com disputas envolvendo a Organização.

Segue-se uma análise de dois casos concretos apresentados por familiares das vítimas de Srebrenica perante os tribunais holandeses, sendo o primeiro caso, *Mães de Srebrenica*, com enfoque na imunidade absoluta da ONU, e o segundo caso, *Nuhanovic*, com enfoque na atribuição de conduta por atos internacionalmente ilícitos.

2 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA ONU NAS OPERAÇÕES DE MANUTENÇÃO DA PAZ

Neste capítulo serão abordados os aspectos da intervenção humanitária, particularmente quanto às operações de manutenção da paz, estabelecidas pela ONU, bem como sua responsabilidade jurídica por atos (ações ou omissões) internacionalmente ilícitos cometidos no cumprimento de seus mandatos.

Nessa esteira, será realizada uma análise do desenvolvimento jurisprudencial relativo às normas sobre privilégios e imunidades de organizações internacionais, com foco na imunidade absoluta conferida à ONU.

O estudo da responsabilidade internacional da ONU nas operações de manutenção da paz ainda requer um exame dos critérios de atribuição de conduta, de modo a avaliar se os atos ilícitos praticados são imputáveis aos ECT ou às Nações Unidas.

2.1 Intervenções Humanitárias e Operações de Manutenção da Paz

A intervenção humanitária não se trata de uma prática recente no campo do direito internacional, uma vez que é possível recuar a sua origem, ao menos em sentido moderno, a uma carta aberta, de 1876, dirigida pelo Professor Arnzt a Rolin-Jacquemyns, em que podia ler-se:

Quando um Governo, agindo no limite dos seus direitos de soberania, viola os direitos da humanidade, seja por medidas contrárias ao interesse de outros Estados, seja por excessos de injustiça e de crueldade que ferem profundamente os nossos costumes e a nossa civilização, o direito de intervenção é legítimo. Porque, por mais respeitáveis que sejam os direitos de soberania e de independência dos Estados, há qualquer coisa ainda mais respeitável, o direito da humanidade ou da sociedade humana, que não deve ser ultrajado (PEREIRA, 2009, p. 17).

A invocação da intervenção humanitária na vigência da Carta das Nações Unidas, para efeito de análise, pode ser dividida em duas fases: da criação da ONU até o fim da Guerra Fria, e após o fim dessa situação de tensão. A desconformidade entre essas fases se

pauta na influência da atuação do CSNU em cada um desses períodos.

Efetivamente, o pressuposto existente na fase de negociações do texto da Carta, de que a aliança e a colaboração entre os “cinco grandes”⁵ manter-se-ia depois de terminada a Segunda Guerra (1939-1945) foi frustrado logo após a celebração do documento, o que afetou seriamente o funcionamento do sistema de manutenção da paz e segurança coletiva nele previsto. Portanto, a inatividade nomeadamente do CSNU, forneceu justificações àqueles que, em casos concretos, pretenderam intervir, alegando *inter alia* motivações de ordem humanitária, tendo essa prática marcado a primeira fase (PEREIRA, 2009).

Face ao derrube do muro de Berlim, e posterior fim da Guerra Fria, a oposição fundamental entre os dois blocos ideológicos foi ultrapassada, sendo renovada a determinação de preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra e a fé nos direitos fundamentais. À luz do direito internacional e por via dos mecanismos que ele prevê, o CSNU trouxe consigo um excessivo entusiasmo quanto à sua capacidade de resolução das divergências, sendo a intervenção do Iraque, na Guerra do Golfo (1990-1991), a consagração dessa prática, assim como do papel primordial da ONU.

Para tanto, a definição do significado e da utilização do termo “intervenção humanitária” é imperiosa e deve ser feita preliminarmente ao desenvolvimento do presente estudo. São inúmeras as controvérsias que envolvem o conceito, sendo comum deparar-se com uma miscelânea de termos usados de forma indiscriminada, mas que, na sua maioria, têm significados próprios. Uma noção clássica muito divulgada é aquela proposta por Adam Roberts, definida como “ação coerciva por um ou mais Estados envolvendo o uso de força armada em outro Estado sem o consentimento de suas autoridades e com o objetivo de prevenir o sofrimento generalizado ou a morte entre os habitantes.” (ROBERTS, 2000, p. 5).

Já segundo Maria de Assunção do Vale Pereira:

5 Na fundação da ONU, em 1945, os cinco membros permanentes do CSNU foram a República Francesa, a República da China, o Reino Unido, os Estados Unidos da América e a União Soviética.

Intervenções humanitárias são aquelas situações em que um ou mais Estados decidem, por sua iniciativa, intervir por via coercitiva – e, mais especificamente, pelo uso da força – no território de outro Estado, sem o consentimento deste, com vista a proteger um grupo de indivíduos que são vítimas dos comportamentos das autoridades desse Estado ou então que este Estado não tem capacidade – por colapso das suas instituições – ou interesse em proteger e cujos direitos fundamentais estão a ser violados de uma forma grave e generalizada (PEREIRA, 2009, p. 24-25).

Independente do conceito empregado, dois elementos estão necessariamente presentes: a interferência na jurisdição do Estado, e a coerção, independentemente da forma. Alguns autores consideram que sanções políticas e econômicas também podem ser consideradas como formas de coerção em uma intervenção, por ocorrerem sem o consentimento dos Estados afetados. Nesse sentido, o Secretário-Geral das Nações Unidas (SGNU) Kofi Annan, em relatório intitulado *We the Peoples: The Role of the United Nations in the 21st Century*, afirmou: “A intervenção abraçou um amplo fluxo contínuo de respostas, desde a diplomacia até a ação armada” (ANNAN, 2000, p. 47).

O termo "humanitário" foi intencionalmente empregado objetivando declarar que a prática era moralmente legítima e justificada, pois se referia à ação militar motivada por preocupações humanitárias em vez de objetivos geopolíticos ou auto-interesse.

Infelizmente, o entusiasmo pós-Guerra Fria cedo se deparou com situações em que a dita nova ordem mundial, de cooperação, livre da ameaça do terror, fortalecida na prossecução da justiça, e mais segura na busca da paz não foi implementada. Violações graves dos direitos humanos continuaram a existir, ampliando o número de intervenções e operações de paz patrocinadas pela ONU. De 1991 a 1995, foram instituídas 21 operações de manutenção da paz. De 1996 a 2005, outras 21 operações foram criadas. Seus mandatos também sofreram alterações, tornando-se cada vez mais abrangentes (WEISS, 2008).

Se por um lado houve uma redução significativa no número de conflitos internacionais, tal fato foi acompanhado pelo aumento no número de conflitos internos. Essas operações se expandiram para ações multidimensionais mais complexas. Começam assim a surgir críticas à intervenção, considerada um pretexto para interesses políticos, estratégicos ou

econômicos (BIERRENBACH, 2011).

Além disso, observaram-se casos de atraso na reação da comunidade internacional perante crimes contra a humanidade, demonstrando de forma eloquente que a ONU tornara-se incapaz de adotar, com urgência, medidas decisivas para fazer face a crises humanitárias estreitamente ligadas a um conflito armado.

O dilema da intervenção também foi abordado por Kofi Annan quando na função de SGNU no já mencionado relatório *We The Peoples*:

Se a intervenção humanitária é, de fato, um ataque inaceitável à soberania, como devemos responder a uma Ruanda, a uma Srebrenica - violações grosseiras e sistemáticas dos direitos humanos que ofendem todos os preceitos de nossa comum humanidade? [...] A intervenção humanitária é uma questão sensível, repleta de dificuldades políticas e não suscetível a respostas fáceis. Mas certamente nenhum princípio legal - nem mesmo a soberania - pode proteger os crimes contra a humanidade. Onde esses crimes ocorrem e as tentativas pacíficas de detê-los foram esgotadas, o Conselho de Segurança tem o dever moral de agir em nome da comunidade internacional. O fato de que não podemos proteger as pessoas em todos os lugares não é motivo para não fazer nada quando podemos. A intervenção armada deve sempre continuar a ser a opção de último recurso, mas em face do assassinato em massa é uma opção que não pode ser abandonada (ANNAN, 2000, p. 48).⁶

As questões jurídicas envolvendo a responsabilidade internacional da ONU no massacre em Srebrenica – supracitado por Annan – serão detalhadas nos Capítulos 3 e 4 deste trabalho. Para tal, faz-se necessário dividir o estudo da responsabilidade em dois tópicos: o primeiro sobre a imunidade da ONU, e o segundo sobre os critérios de atribuição de conduta.

2.2 A Imunidade da ONU

A atribuição de privilégios e imunidades a OI é um meio essencial para garantir o bom funcionamento dessas organizações, sendo um escudo indispensável contra interferências unilaterais dos Estados. Dessa forma, o direito internacional geralmente aceita

⁶ Língua do documento original: inglês.

que as OI gozem de imunidade de processos legais com base na teoria da necessidade funcional. Essa imunidade funcional baseia-se na necessidade de as OI poderem exercer seus deveres e cumprir sua finalidade de maneira livre das jurisdições domésticas, evitando possíveis inconsistências de julgamentos.

Entretanto, o alcance e o conteúdo da imunidade funcional de que as OI geralmente gozam ou deveriam gozar estão longe de ser precisos. Segundo Reinisch, enquanto alguns, senão a maioria dos juristas, sugerem que a noção de imunidade funcional é meramente sinônima da imunidade absoluta, outros afirmam que "funcional" tem um significado genuíno, tornando-o discernível de outros padrões de imunidade. Essa falta de precisão não é totalmente indesejável, pois permite que diferentes pessoas, juízes ou Estados adotem visões contraditórias, de acordo com seus interesses (REINISCH; WEBER, 2004).

O fundamento jurídico das imunidades de que gozam as OI baseia-se geralmente numa combinação de documentos constitutivos dessas organizações, vários tratados bilaterais e multilaterais, bem como legislação nacional. Em relação à ONU, seu direito de imunidade à jurisdição dos Estados é regido pelo artigo 105 da Carta das Nações Unidas, combinado com o artigo II (2) da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, doravante Convenção Geral. O artigo 105 (1) estabelece que "A Organização gozará, no território de cada um de seus Membros, dos privilégios e imunidades necessários à realização de seus propósitos.". Essa disposição não é definida como imunidade absoluta, e alguns autores consideram que tal imunidade se destina a ser funcional. Isso implicaria que "sempre que as Nações Unidas invocassem sua imunidade, os tribunais deveriam determinar se existe uma necessidade funcional de tal imunidade".⁷ Entretanto, o que se constata na prática jurídica é que os tribunais nacionais têm dificuldades substanciais na moldagem e na aplicação do conceito de imunidade funcional, o que os leva, conseqüentemente, a interpretar a imunidade

⁷ Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e *ONU*, decisão de 11 jun. 2013, item 122.

funcional como imunidade absoluta.

No caso da ONU, o artigo II, Seção 2 da Convenção Geral assumiu uma postura determinante na definição do alcance da imunidade conferida à Organização ao estabelecer que "As Nações Unidas [...] gozarão de imunidade de qualquer tipo de processo legal, exceto na medida em que [...] tenha renunciado expressamente a sua imunidade", uma disposição amplamente interpretada de forma a conferir imunidade absoluta à ONU e aos seus órgãos subsidiários.

Mesmo na ausência da codificação trazida pela Convenção Geral em seu artigo II, Seção 2, a concessão de imunidade funcional à ONU, prevista em sua Carta, já vinha sendo historicamente considerada como um padrão de imunidade absoluta, na medida em que as OI só podem agir dentro do alcance de sua personalidade funcional. Portanto, não há espaço para os atos não funcionais para os quais a imunidade seria negada. Em outras palavras, as OI gozam de personalidade jurídica somente na medida necessária para desempenhar suas funções. Em sentido legal, elas são incapazes de atuar além de sua personalidade funcional (REINISCH; WEBER, 2004).

Entende-se que, mesmo que a imunidade da ONU tenha sido concebida como funcional, foi codificada como absoluta. A justificação tradicional para tal adequação, afastando dos tribunais nacionais a possibilidade de determinar a legalidade de determinados atos da ONU, fundamenta-se em dois fatores: (a) esses tribunais teriam interpretações muito diferentes entre si; e (b) preservar a Organização de preconceitos ou de ações frívolas em alguns países.

Dessa forma, a maioria dos Estados entende que a ONU é uma organização especial que retém imunidade absoluta, entendimento esse, seguido também pelos respectivos tribunais nacionais. O alinhamento entre o poder executivo e o poder judiciário quanto às questões legais envolvendo a ONU tem fundamento na natureza dual da imunidade de

jurisdição - internacional e doméstica. As normas do direito interno sobre a imunidade das OI são regidas pelas normas do direito internacional público e devem, portanto, estar em conformidade com essas normas. Se a legislação nacional não for conforme, ou se os tribunais na aplicação de regras internacionais as interpretarem de forma que restrinjam indevidamente o direito de OI, o Estado do fórum, em sua concepção executiva, será responsabilizado. Como consequência, desconsiderar um dever de direito internacional de conceder imunidade jurisdicional a uma OI constitui um exemplo claro da responsabilidade de um Estado pelos atos do seu poder judiciário. Embora os tribunais sejam, supostamente, órgãos que não recebem ordens do executivo, geralmente é aceito que suas ações sejam diretamente atribuíveis ao Estado e, portanto, podem dar origem a responsabilidade do Estado.

Nesse sentido, Reinisch afirma que nas últimas décadas observou-se uma tendência de estrita adesão pelos tribunais nacionais da opinião do executivo em relação às questões de imunidade. Em suas palavras:

A razão para a deferência ao executivo decorreu da apreensão de que a questão da conveniência de Estados ou organizações internacionais para se adequar ao âmbito da política externa do Estado, deve ser deixada ao ramo governamental que conduz os negócios estrangeiros a ser decidido. Esta razão política foi amplamente adotada no contexto da imunidade soberana, mas certamente também era válida na medida em que a imunidade das organizações internacionais estava envolvida (REINISCH, 2004, p. 129).⁸

Os Estados que operam em uma esfera nacional onde predominam os princípios de separação de poderes, os tribunais nacionais estão mal equipados para equilibrar as obrigações internacionais conflitantes contraídas pelo próprio Estado.

Uma concepção tão abrangente da imunidade suscitou preocupações em matéria de direitos humanos. As invocações e subsequentes concessões de imunidade podem impedir os indivíduos de exercerem seu direito de ter suas alegações examinadas por um tribunal. Esse direito fundamental é encontrado dentro do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e do direito

8 Língua do documento original: inglês.

consuetudinário dos direitos humanos. É necessário explorar a posição relativa dos direitos humanos e da imunidade absoluta das OI, especificamente, da ONU, de modo a verificar se a concessão de tal imunidade leva a uma violação do direito a um recurso efetivo.

Ao longo dos últimos anos, houve uma crescente aceitação de que as OI estão vinculadas pelo direito internacional. Isso inclui o direito internacional consuetudinário dos direitos humanos. Reinisch insiste em que as OI "tem o dever de fornecer" acesso aos tribunais, ou buscar um remédio para potenciais reclamantes, sem os quais "podem encontrar dificuldades em insistir na sua imunidade de jurisdição nos tribunais nacionais" (REINISCH, 2008, p. 291).⁹

Nesse sentido, Dannenbaum afirma que a ONU também está legalmente vinculada pelo direito internacional dos direitos humanos a partir de duas concepções: uma externa e a outra interna. Segundo o autor, a “concepção externa” é uma consequência da personalidade jurídica da ONU que a vincula ao direito internacional consuetudinário – incluindo certos direitos humanos –, devendo zelar pelos mesmos (DANNENBAUM, 2010).

O segundo argumento baseia-se na "concepção interna", estando as Nações Unidas vinculadas por padrões internacionais de direitos humanos como resultado de serem encarregadas de promovê-los por sua própria ordem jurídica interna e constitucional. Disposições da Carta das Nações Unidas, incluindo os artigos 1º (3), 55 e 56, também exigem que as Nações Unidas respeitem os direitos humanos. Segundo Dannenbaum, “se a necessidade de preservar os direitos humanos é parte das bases da ação, ele também deve delimitar o escopo de ação que pode ser tomado dessa base. Simplificando, não se pode violar os direitos humanos alegando que se está promovendo direitos humanos.” (DANNENBAUM, 2010, p. 137).¹⁰

Os membros das Nações Unidas têm o dever positivo de fazer cumprir as

9 Língua do documento original: inglês.

10 Língua do documento original: inglês.

obrigações de direitos humanos da Carta além de qualquer outra lei internacional que concede imunidade. Para Paust, a posição de que a ONU tem imunidade, mesmo quando isso viola os direitos humanos é considerado "contra-intuitivo" (PAUST, 2010).

O artigo VIII, Seção 29, da Convenção Geral exige que a ONU resolva quaisquer reivindicações de direito privado através de mecanismos alternativos de resolução de litígios, sendo um contrapeso para a sua imunidade absoluta. Tais modos alternativos incluem comissões de reclamações locais para operações de manutenção da paz, tribunais administrativos, negociação, conciliação, mediação ou arbitragem ad hoc.

A ONU alega que a Seção 29 da Convenção Geral atinge dois objetivos fundamentais: garante a independência das Nações Unidas e de seus funcionários¹¹ dos sistemas judiciais nacionais, e, ao mesmo tempo, elimina a perspectiva de impunidade, uma vez que as Nações Unidas fornecem os mecanismos adequados para resolver todas as queixas de natureza de direito privado.¹² No entanto, esses mecanismos, frequentemente, não são estabelecidos.

Sempre que haja falta de acesso razoável a mecanismos alternativos para resolver disputas, a imunidade absoluta da ONU poderá violar as obrigações que lhe incumbem por força do direito internacional dos direitos humanos.

Trazendo para o contexto das operações de manutenção da paz, as cortes e tribunais nacionais e internacionais mostram-se ineficientes em responsabilizar diretamente a ONU por condutas ilícitas praticadas no cumprimento desses mandatos. As Nações Unidas rotineiramente recusam-se a comparecer perante os tribunais nacionais, invocando sua imunidade por meio de cartas enviadas ao Representante Permanente do Estado anfitrião do órgão jurisdicional nacional onde a jurisdição é solicitada.¹³ Além da imunidade absoluta

11 Funcionários da Organização que, em virtude de sua situação oficial, gozar de imunidade que não tenha sido suspensa pelo Secretário-Geral.

12 Memorandum of Law in Support of the Motion of the United Nations to Dismiss and to Intervene – United States District Court, Southern District of New York – *CYNTHIA BRAZAK* e *NASR ISHAK* contra *ONU*, *KOFI ANNAN*, *WENDY CHAMBERLIN*, *RUDD LUBBERS*, et al. 2 out. 2007, p. 4-5.

13 Tribunal Distrital em Haia – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e

decorrente da própria Convenção Geral, no caso das operações de manutenção da paz, há uma base contratual adicional denominada Acordo sobre o Status da Força (SOFA – *Status of Forces Agreement*)¹⁴, no qual são reafirmadas imunidades com seus respectivos critérios de aplicação, bem como definidos o mecanismo alternativo para solução de controvérsias.

Um caso emblemático que demonstra o efeito prático desse tipo de acordo, e que será analisado mais detalhadamente no capítulo seguinte, foi a ação proposta pela Associação “Mães de Srebrenica” contra a Holanda e a ONU. Os tribunais holandeses discutiram separadamente a questão da imunidade da ONU e concluíram, sem surpresa, que a Organização gozava de imunidade e que, portanto, os tribunais não tinham competência. A Convenção Geral também estende a imunidade a categorias designadas de indivíduos, a saber, “representantes dos deputados” (Seção 11), “funcionários das Nações Unidas” (Seção 18) e “especialistas em missões” (Seção 22). Não está claro se essas categorias incluem pessoal em operações de manutenção da paz, entretanto isso estava expressamente previsto no modelo SOFA estabelecido entre a Bósnia Herzegovina e a ONU no status da UNPROFOR.¹⁵ Além disso, o Acordo trazia em seu texto o procedimento que deveria ser adotado para qualquer resolução de disputa ou reivindicação de caráter de direito privado a que a UNPROFOR ou qualquer membro dela fosse parte, estipulando a criação de uma comissão permanente de reivindicação para esse fim.¹⁶ Entretanto, essa comissão nunca existiu, prejudicando a certeza de acesso à justiça para os requerentes de Srebrenica.

É necessário, portanto, explorar as obrigações da Seção 29 da Convenção Geral em relação às operações de paz. É claro que as forças de paz da ONU exigem imunidade para cumprir as suas funções, uma vez que os Estados-membros podem demonstrar-se relutantes

ONU, decisão de 10 jul. 2008, item 5.13.

14 Acordo acerca do status da força é um documento firmado entre a nação anfitriã e o Organismo Internacional que implementa a Operação de Paz, onde são definidas a situação detalhada da missão de paz e dos seus elementos e a sua situação legal (MD-34-M-02 MANUAL DE OPERAÇÕES DE PAZ, item 2.2.4.2.1).

15 SOFA (Status of Forces Agreement) N° 30006 UNITED NATIONS and BOSNIA AND HERZEGOVINA - Agreement on the status of the United Nations Protection Force in Bosnia and Herzegovina, itens 4 e 14.

16 *Ibidem*, item 48.

em comprometer suas tropas como forças de paz. Entretanto, deve haver um ato de equilíbrio que considere a proporcionalidade do respeito da imunidade jurisdicional de uma OI em relação ao direito de acesso ao tribunal e a sua possível negação. Ao avaliar essa proporcionalidade, a existência de mecanismos alternativos através dos quais o recurso e a reparação seriam fornecidos aos indivíduos afetados negativamente provou ser um fator decisivo.¹⁷

Diante disso, alguns autores, acadêmicos e juristas demonstram uma vontade crescente de tentar desafiar a imunidade absoluta da ONU com base no fato de que a barreira à jurisdição viola o direito dos requerentes de acessar um tribunal e um remédio. Embora os juízes geralmente considerem que estão obrigados a conceder imunidade à ONU, dentro de determinados contextos específicos e de certos fatos presentes, os tribunais podem estar preparados para impugnar tal imunidade. Dessarte, a ausência de mecanismos alternativos de resolução de litígios envolvendo atos ilícitos de responsabilidade da ONU torna-se a base para um possível desafio a sua imunidade.

2.3 Atribuição de Conduta

Ao examinar a questão da atribuição de conduta por atos ilícitos praticados no contexto de uma operação de manutenção da paz, a ONU e a CDI apresentam pontos de vista divergentes.

Segundo o Conselho Jurídico e a Secretaria da ONU, quando os soldados substituem seus próprios capacetes pelos capacetes azuis de uma missão de paz, suas ações normalmente devem ser atribuídas à ONU. A ONU afirma que "como órgão subsidiário das Nações Unidas, um ato de uma força de manutenção da paz é, em princípio, imputável à Organização, e se cometido em violação de uma obrigação internacional implica a

¹⁷ O TEDH manteve essa chamada abordagem de "proteção equivalente" se os candidatos dispunham de meios alternativos razoáveis para proteger efetivamente os seus direitos ao abrigo da Convenção Geral.

responsabilidade internacional da Organização e sua responsabilidade em compensação".¹⁸ Essa prática é diferente quando se trata de operações de imposição da paz, onde o CSNU autoriza os Estados a tomarem medidas militares. Em tais operações, os soldados não usam capacetes azuis, mas mantêm seus próprios capacetes nacionais, e a liderança no terreno sobre as operações militares é deixada aos Estados. Nesses casos, a ONU considera que "a condução da operação é imputável ao(s) Estado(s) que conduze(m) as operações".¹⁹ Esse exame do grau de atribuição de conduta geralmente é denominado de "autoridade e controle final", sendo também empregado os termos "supremo" ou "global".

Nesse sentido, as Nações Unidas assumem que, em princípio, tem controle exclusivo da implantação de contingentes nacionais em uma força de manutenção da paz. Em um comentário recente, o Secretariado das Nações Unidas observou que "por uma série de razões, nomeadamente políticas", a prática das Nações Unidas foi a de "manter o princípio da responsabilidade das Nações Unidas em relação a terceiros" em conexão com operações de manutenção da paz.²⁰

Um exemplo emblemático da aplicação do teste de "autoridade e controle final" pode ser observado na decisão de admissibilidade do TEDH nos casos *Behrami e Saramati*.²¹ O Tribunal foi convidado a decidir se as ações cometidas pelas Forças da OTAN no Kosovo (KFOR) e pela Missão das Nações Unidas no Kosovo (UNMIK) constituíam violações das obrigações dos ECT ao abrigo da CEDH. O Tribunal concluiu que as alegadas violações dos

18 Documentos da ONU A/CN.4/545, section II.G, p. 17, e A/66/10, § 6, p. 88. Língua do documento original: inglês.

19 Ibidem, section II.G, p. 18.

20 Documento da ONU A/CN.4/637/Add. 1, section II.B.3, item 3.

21 O caso de *Behrami* dizia respeito às ações da KFOR e da UNMIK no município de Mitrovica, em março de 2000. Ao brincar, algumas crianças encontraram uma série de bombas de fragmentação não detonadas, que foram abandonadas durante o bombardeio da OTAN em 1999. Entre as crianças havia dois filhos de Agim Behrami, Gadaf e Bekim. Quando uma bomba explodiu, Gadaf foi morto enquanto Bekim ficou gravemente ferido e permanentemente cego. O pedido ao Tribunal foi fundado no artigo 2.º da CEDH, uma vez que foi alegado que as tropas francesas da KFOR não conseguiram marcar e/ou desarmar as bombas que as tropas sabiam estar lá. O caso *Saramati* dizia respeito a um kosovar preso em abril de 2001 por suspeita de tentativa de assassinato e posse ilegal de arma. Ele foi libertado em junho, mas foi detido novamente em julho do mesmo ano. O Comandante da KFOR prorrogou repetidamente o período de detenção até sua condenação em janeiro de 2002. *Saramati* baseou seu pedido nos Artigos 5º, 6º e 13º da CEDH, por ser submetidos à prisão extrajudicial sem acesso a tribunais (LARSEN, 2008).

direitos humanos eram imputáveis à ONU e não aos ECT e, portanto, o Tribunal não era competente *ratione personae* para examinar as ações relevantes. Por conseguinte, os pedidos foram declarados inadmissíveis.

Mas a CDI discorda da rígida distinção da Secretaria da ONU entre as missões de manutenção e imposição da paz. De acordo com a CDI a atribuição de conduta depende de quem tem "autoridade e controle efetivo" sobre os atos específicos em questão. Em missões da ONU, a responsabilidade internacional pela conduta das tropas está vinculada ao comando e controle operacional que, por sua vez, são adquiridos de acordo com os arranjos e modalidades de cooperação estabelecidas entre os ECT e a ONU. Na ausência de acordos formais, a responsabilidade será determinada de acordo com o grau de controle efetivo exercido por qualquer das partes na condução da operação. Embora seja compreensível que, por razões de eficiência das operações militares, as Nações Unidas insistem em reivindicar o comando e controle exclusivo sobre as forças de manutenção da paz, a atribuição de conduta também deve, a esse respeito, basear-se em um critério factual.²²

Tudo isso sugere que, em vista da CDI, a ONU e os ECT deveriam mudar a prática consistente de sempre responsabilizar as Nações Unidas e, em vez disso, basear a responsabilidade a partir de hoje em um critério factual (DEKKER, 2016).

É nobre da ONU aceitar tão generosamente a responsabilidade legal pela condução de seus pacificadores. De certa forma, a Organização protege os ECT de todos os tipos de ações judiciais. Se um ECT se encontrar confrontado com um pedido de reparação de danos causados pela condução das Forças de Paz, ele pode simplesmente encaminhar o requerente para a ONU. No entanto, devido à imunidade da ONU perante os tribunais nacionais e à sua relutância em criar um remédio jurídico alternativo, é realmente muito difícil para um indivíduo responsabilizar a Organização perante um tribunal doméstico. E, portanto, na ausência de um recurso legal contra a ONU, não se pode surpreender que pessoas que

²² Documento da ONU A/66/10, § 9, p. 90.

reivindicam ser vítimas de um ato ilícito alegadamente cometido por um soldado da paz da ONU iniciará processos contra o ECT.

Esta situação infeliz de reclamantes que não tem para onde ir pode ter motivado a CDI a discordar da ONU de que a conduta das Forças de Paz sempre deve ser atribuída à Organização. A rejeição da CDI da distinção categórica entre as missões de manutenção e de imposição da paz que a ONU faz, também pode ser defendida com base em que as forças de manutenção da paz são enviadas para zonas de conflito com mandatos cada vez mais robustos e com os ECT insistindo em ter cada vez mais controle sobre "seus" pacificadores. A questão de quem é responsável deve ser respondida considerando qual entidade teve de fato o controle efetivo sobre a conduta específica para a qual a responsabilidade é discutida.

Em 2011, a CDI, em sua 63ª Sessão, submeteu à Assembléia Geral das Nações Unidas (AGNU), um Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais (DARIO) que contempla em seu Capítulo II, a normatização da atribuição de conduta para uma OI, quando da ocorrência de atos internacionalmente ilícitos.

No artigo 7º do DARIO, a CDI prossegue no seu trabalho de codificação e desenvolvimento progressivo do teste de "controle efetivo" ao estabelecer que "a conduta de um órgão de um Estado ou de um órgão ou agente de uma organização internacional colocada à disposição de outra organização internacional deve ser considerada, nos termos do direito internacional, como um ato da última organização se a organização exercer controle efetivo sobre essa conduta".

Quando um órgão de um Estado é colocado à disposição de uma OI, podendo ser totalmente destacado para essa organização, a conduta desse órgão seria claramente atribuível apenas à OI receptora. No entanto, o artigo 7º trata da situação diferente em que o órgão ou agente destacado ainda atua até certo ponto como órgão do Estado de destacamento. Isso ocorre, por exemplo, no caso de contingentes militares que um Estado coloca à disposição das

Nações Unidas para uma operação de manutenção da paz, uma vez que o Estado mantém poderes disciplinares e jurisdição penal sobre os membros do contingente nacional. Nessa situação é que surge o problema de definir se uma conduta específica do órgão ou agente destacado deve ser atribuída à organização receptora ou ao Estado.

O critério de atribuição de conduta do artigo 7º baseia-se no controle factual que é exercido sobre a conduta específica tomada pelo órgão ou agente colocado à disposição da OI, sendo necessário levar em conta as "circunstâncias factuais completas e o contexto particular".²³

A prática relativa às forças de manutenção da paz é particularmente significativa no contexto atual, e a atribuição de conduta ao ECT está claramente ligada à retenção de alguns poderes por esse Estado sobre o seu contingente nacional.

Por exemplo, seria difícil atribuir responsabilidade à conduta das Forças das Nações Unidas em circunstâncias como as descritas no relatório da comissão de inquérito que foi estabelecido para investigar ataques armados contra pessoal da UNOSOM II:

O Comandante da Força da UNOSOM II não estava no controle efetivo de vários contingentes nacionais que, em graus variados, persistiram em buscar ordens de suas autoridades locais antes de executar ordens do Comando das Forças. Muitas operações importantes empreendidas sob a bandeira das Nações Unidas e no contexto do mandato da UNOSOM estavam totalmente fora do comando e controle das Nações Unidas, mesmo que as repercussões tenham impactado crucialmente na missão da UNOSOM e na segurança de seu pessoal.²⁴

Cabe ressaltar que, o DARIO apenas fornece critérios positivos de atribuição. Assim, ele não aponta para casos em que a conduta não pode ser atribuída à OI. Por exemplo, os artigos não dizem, mas apenas implicam, que a condução de forças militares de ECT não é imputável à ONU quando o CSNU autoriza os ECT a tomar as medidas necessárias fora de uma cadeia de comando que ligue aqueles forças às Nações Unidas.²⁵

23 Documento da ONU A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 - Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, parte dois, p. 44, parágrafo (2) do comentário sobre o artigo 6º.

24 Documento da ONU S/1994/653 - Relatório da Comissão de Inquérito estabelecida de acordo com a Resolução 885 (1993) do CSNU para investigar ataques armados contra o pessoal da UNOSOM II, 1994, item 243-244. Língua do documento original: inglês.

25 DARIO, Capítulo II, Comentário (5).

No DARIO, a CDI também aborda uma nova possibilidade de atribuição de conduta, denominada “atribuição dupla ou múltipla”. De acordo com os próprios comentários da CDI, embora não ocorra com frequência na prática, a dupla ou mesmo múltipla atribuição de conduta não pode ser excluída. Assim, a atribuição de uma certa conduta a uma OI não implica que a mesma conduta não possa ser atribuída a um Estado. Nem a atribuição de conduta a um Estado exclui a atribuição da mesma conduta a uma OI. Pode-se também prever que a conduta seja simultaneamente atribuída a duas ou mais OI, por exemplo, quando estabelecem um órgão comum e atuam através desse órgão.²⁶

Dessa forma, a escolha do critério de "controle efetivo" não exclui a possibilidade de atribuição a mais de uma das partes. Dependendo dos fatos, a atribuição pode ser abordada como uma escala deslizante que inclui em seus extremos a atribuição exclusiva à ONU e a atribuição exclusiva a um ECT. No meio deste contínuo, em situações factuais em que tanto o Estado como a ONU têm controle normativo e estão envolvidos de fato, a dupla atribuição é a abordagem adequada. Apesar da CDI ter reconhecido a possibilidade de atribuição dupla, a base adequada para esse critério ainda não está bem estabelecida, e a prática proporcionou pouco apoio para a sua aceitação geral.

No Capítulo 4 será abordado como o Supremo Tribunal Holandês e o TEDH aplicaram o critério da dupla atribuição nos casos *Mustafic* e *Nuhanovic*, trazendo um novo elemento de análise que é a apreciação da “capacidade de prevenir”. Entretanto, faz-se necessário descrever primeiramente, como a mesma Corte Suprema da Holanda decidiu sobre a imunidade da ONU no caso *Mães de Srebrenica*.

26 Ibidem, Comentário (4).

3 O CASO *MÃES DE SREBRENICA* CONTRA HOLANDA E ONU

Em 25 de maio de 1993, o CSNU estabeleceu o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPII)²⁷ que, desde então, procedeu com investigações e julgamentos contra indivíduos responsáveis por crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, inclusive aqueles cometidos em Srebrenica. Embora, o TPII tenha reconhecido a ocorrência de genocídio em Srebrenica²⁸, seus julgamentos dizem respeito apenas às condutas de pessoas em situações particulares. Da mesma forma, a Corte Internacional de Justiça (CIJ), em decisão proferida por Rosalyn Higgins, em 26 de fevereiro de 2007, condenou o Estado da Sérvia e Montenegro por violar a obrigação de evitar o genocídio ocorrido em Srebrenica em julho de 1995.²⁹ Nem o TPII, nem a CIJ avaliaram a responsabilidade da ONU e de algum Estado-membro mandatário da UNPROFOR quanto aos fatos ocorridos em Srebrenica.

Em 2007, dez parentes das vítimas do genocídio em Srebrenica (reclamantes individuais) e uma Associação denominada “Mães de Srebrenica”³⁰ – demandantes doravante denominados *Associação e outros* – impetraram uma ação civil perante o Tribunal Distrital de Haia, contra o Estado Holandês e a ONU. A *Associação e outros* argumentou que tanto a ONU quanto a Holanda não conseguiram impedir o genocídio em Srebrenica. Diante de tal inação, alega que ambos cometeram um ato ilícito, havendo a necessidade de reparação do dano causado com o pagamento de uma indenização aos familiares das vítimas, e o reconhecimento da responsabilidade do Governo Holandês e da ONU. A Organização não respondeu a essas alegações, e preferiu confiar na sua imunidade.

Em 10 de julho de 2008, o Tribunal Distrital de Haia afirmou a imunidade da

27 Documento da ONU S/RES/827 - Resolução n.º 827 (1993).

28 Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia – Caso *PROMOTOR* contra *RADISLAV KRSTIC*, decisão de 19 abr. 2004.

29 Corte Internacional de Justiça – Caso relativo à aplicação da Convenção sobre a prevenção e punição do crime de genocídio (*BOSNIA E HERZEGOVINA* contra *SERVIA E MONTENEGRO*), decisão de 26 fev. 2007.

30 A Associação “Mães de Srebrenica”, estabelecida em Amsterdã, representa 6.000 mulheres que perderam membros da família durante o genocídio de Srebrenica em 1995.

ONU e declarou que não tinha jurisdição para ouvir a ação contra a Organização. Tanto o Tribunal de Apelação como o Supremo Tribunal³¹ proferiram decisões no mesmo sentido do Tribunal Distrital, confirmando que a ONU goza de imunidade absoluta contra a acusação, mesmo à luz da gravidade das acusações alegadas pelas *Associação e outros*.

Já existe uma calibração doutrinária e jurisprudencial em curso da relação entre os direitos humanos (o direito de acesso aos tribunais, em particular) e a imunidade das OI. Entretanto, no caso em questão, existem duas particularidades conflitantes que tornam o estudo ainda mais complexo: em primeiro lugar, o caso refere-se às atividades da ONU realizadas no âmbito do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas e, em segundo lugar, as reivindicações dos proponentes da ação se baseiam em alegadas violações das normas do *jus cogens*, ou seja, normas imperativas de direito internacional.

Este capítulo destina-se a realizar uma análise das decisões proferidas pelos tribunais holandeses com o propósito de identificar as diferentes abordagens que cada tribunal adotou para fundamentar as seguintes questões legais:

a) A imunidade da ONU é absoluta ou está sujeita a uma prova da sua compatibilidade com, nomeadamente, o direito de acesso a um tribunal garantido pelo artigo 6º da CEDH e pelo artigo 14 do PIDCP?

b) Se for absoluta, a imunidade deve prevalecer sobre as reivindicações baseadas em acusações de envolvimento em genocídio e outras violações graves de direitos humanos fundamentais?

3.1 Argumento dos Demandantes

No que é considerado uma das páginas mais sombrias das guerras iugoslavas, a cidade bosniana de Srebrenica – declarada uma "área segura" e desmilitarizada sob a proteção

31 O Tribunal de Apelação em 30 de março de 2010, e o Supremo Tribunal em 13 de abril de 2012.

das forças da ONU implantadas na Bósnia e Herzegovina (UNPROFOR)³² – foi tomada pelo exército sérvio da Bósnia em julho de 1995. O fracasso da UNPROFOR e, em particular, do Batalhão Holandês (DUTCHBAT) – o componente militar da Holanda com responsabilidade primária na região de Srebrenica – em desmilitarizar o enclave e proteger os civis da "área segura", tem sido objeto de inúmeros debates políticos e procedimentos legais em vários Estados e no nível internacional.

O argumento dos demandantes baseia-se em dois pilares que sustentam a imunidade da ONU perante a jurisdição doméstica (tribunais nacionais): a natureza da sua reivindicação, que decorre do ato de genocídio e, em sua opinião, de extrema gravidade, o que o coloca em uma posição mais elevada do que qualquer imunidade que a ONU possa desfrutar; e a ausência de qualquer jurisdição alternativa competente para receber suas reivindicações contra as Nações Unidas.

Em primeiro lugar, eles argumentam que, neste caso, estão envolvidas ofensas muito graves, como o genocídio. Segundo eles, as Nações Unidas não se comprometeram o suficiente para prevenir o genocídio em Srebrenica e, portanto, agiram de maneira contrária ao artigo 1º da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, que, em resumo, prevê que o genocídio é um crime de direito internacional que as Partes Contratantes se comprometem a prevenir e punir.

Em segundo lugar, a *Associação e outros* salienta que a ONU, contrariamente às obrigações que lhe incumbem por força da Seção 29 da Convenção Geral, não constituiu disposições para os modos adequados de resolução de litígios decorrentes de contratos ou outras controvérsias de caráter de direito privado a que a ONU é parte. Como resultado, não há outra maneira de obter reparação do que convocando a ONU perante um tribunal nacional, neste caso, o holandês.

De acordo com a *Associação e outros*, o direito de acesso a um tribunal fornece

32 Documento da ONU S/RES/819 - Resolução n.º 819 (1993).

uma exceção ao princípio da imunidade:

Não existe uma norma superior no direito internacional do que a proibição de genocídio. Esta norma, em qualquer caso, tem precedência sobre as outras normas em questão nesta disputa legal. A aplicação desta norma é uma das principais razões para a existência do direito internacional e para a organização internacional mais importante, a ONU. Isto significa que, em caso de falha na prevenção do genocídio, as organizações internacionais não têm direito à imunidade ou, em qualquer caso, a proibição deve prevalecer sobre essa imunidade. [...] A imunidade de um alcance tão abrangente [...] é incompatível com o Estado de Direito e, além disso, prejudica a credibilidade da ONU como defensora dos direitos humanos.³³

A determinação categórica de que a ONU é absolutamente imune é normativamente problemática e de uma perspectiva de legitimidade política insustentável à luz do mandato contemporâneo da Organização e do impacto sobre os indivíduos.

3.2 A decisão do Tribunal Distrital em Haia

No início do processo de primeira instância, a ONU invocou claramente a sua imunidade, tendo o Tribunal Distrital em Haia rejeitado os pedidos contra a ONU com base na falta de competência, pois não tinha jurisdição para ouvir o caso contra a ONU.³⁴

Na sua decisão de 10 de julho de 2008, o Tribunal Distrital tratou, exclusivamente, da questão de saber se um tribunal holandês seria competente para conhecer de ações civis contra a ONU, dada a imunidade geral de que goza a Organização nos termos do direito internacional, com fundamento no artigo 105 da Carta, e no artigo II (Seção 2) da Convenção Geral. Segundo o Tribunal Distrital, a imunidade da ONU é considerada, na prática, como "absoluta" nos termos do direito internacional.

No entanto, ao determinar se essa imunidade estava em conflito com outros direitos ao abrigo do direito internacional, o Tribunal Distrital abordou as normas estabelecidas no PIDCP, a CEDH e a Convenção sobre Genocídio, concluindo que, nesse caso, não há previsão nessas bases estatutárias de violação da imunidade da ONU. No

33 Supremo Tribunal Holandês – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e *ONU*, decisão de 13 abr. 2012, item 4.3.7. Língua do documento original: inglês.

34 Tribunal Distrital em Haia – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e *ONU*, decisão de 10 jul. 2008, item 6.1.

inquérito sobre o possível conflito entre a imunidade absoluta da ONU e outras normas do direito internacional não conduziu a uma exceção à imunidade e determinou que, portanto, não era competente para ouvir o caso.

Por fim, o Tribunal Distrital decidiu que a CEDH não deveria ser um impedimento para as missões das Nações Unidas desempenharem efetivamente as suas funções e que o artigo 6º não poderia ser utilizado como motivo de exceção à imunidade absoluta da ONU.

3.3 A decisão do Tribunal de Apelação em Haia

O raciocínio do Tribunal Distrital não foi seguido pelo Tribunal de Apelação. O Tribunal de Apelação decidiu com base em jurisprudência do TEDH³⁵ que considerou que o direito de acesso a um tribunal não é absoluto, mas pode ser sujeito a restrições, desde que essas restrições não sejam tão abrangentes que violam a essência da lei. Além disso, de acordo com o Tribunal de Estrasburgo³⁶, uma restrição deve satisfazer a exigência de que serve um objetivo legítimo, e que é proporcional ao objetivo prosseguido. Um aspecto importante ao estabelecer se a imunidade de acusação constitui uma restrição admissível é a questão de saber se a parte interessada tem acesso a meios alternativos razoáveis para proteger os seus direitos nos termos do artigo 6º da CEDH de forma eficaz.

No que diz respeito à questão de saber se a imunidade das Nações Unidas é proporcional ao objetivo visado neste caso, o Tribunal de Apelação postulou o seguinte:

Entre as organizações internacionais, a ONU tem uma posição especial; de acordo com o artigo 42 da Carta, o Conselho de Segurança pode tomar tais ações pelas forças aéreas, marítimas ou terrestres que sejam necessárias para manter ou restaurar a paz e a segurança internacionais. Nenhuma outra organização internacional tem poderes tão abrangentes. Em conexão com esses amplos poderes, que podem envolver a ONU e as tropas colocadas à sua disposição em situações de conflito - com maior frequência do que envolver interesses conflitantes de várias partes - existe o risco real de que, se a ONU não desfrutasse ou só desfrutasse parcialmente de imunidade contra a acusação, as Nações Unidas ficariam expostas às

35 Casos *Beer & Regan* e *Waite & Kennedy*.

36 O TEDH foi criado em 1959 e tem a sua sede em Estrasburgo, comuna situada no leste da França, na margem esquerda do Rio Reno.

reivindicações de partes no conflito e convocadas perante juízes nacionais do país em que o conflito ocorre. Em vista da sensibilidade dos conflitos em que a ONU pode estar envolvida [...] a imunidade de perseguição concedida à ONU, portanto, está intimamente ligada ao interesse público de manter a paz e a segurança no mundo. Por esta razão, é muito importante que a ONU possua a maior imunidade possível, permitindo a menor discussão possível. Nesta perspectiva, o Tribunal de Apelação acredita que apenas razões convincentes devem permitir levar a conclusão de que a imunidade das Nações Unidas não é proporcional ao objetivo pretendido.³⁷

Embora o Tribunal de Apelação tenha concedido a imunidade à ONU, apenas o fez depois de pesar as ramificações de tal decisão em termos de implicações relacionadas aos direitos humanos. O Tribunal de Apelação acredita que “o artigo 103 da Carta não se opõe a testar a imunidade de jurisdição contra as normas previstas no artigo 6.º da CEDH e no artigo 14.º PIDCP”.³⁸

O artigo 103 prevê que, em caso de conflito entre as obrigações dos membros da ONU de acordo com a Carta e suas obrigações decorrentes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações que lhes incumbem por força da Carta. O Tribunal de Apelação é da opinião de que tal artigo não se destinava a permitir que a Carta reservasse apenas direitos fundamentais reconhecidos pelo direito internacional (consuetudinário) ou pelas convenções internacionais. O desenvolvimento do direito internacional desde 1945, ano em que a Carta foi assinada, não estagnou e mostra uma crescente atenção e reconhecimento aos direitos fundamentais, que não pode ser ignorado pelo Tribunal de Apelação.

Com relação à existência de mecanismos alternativos disponíveis para a *Associação e outros*, o Tribunal de Apelação considerou que os demandantes tinham alternativas à sua disposição, não tendo o seu direito de acesso a um tribunal de justiça negado. O tribunal especificou que estas eram alternativas através das quais os perpetradores reais poderiam ser responsabilizados criminalmente. Entretanto, esse raciocínio é pouco convincente, pois enfatiza a existência de outros mecanismos legais através dos quais outros atores envolvidos poderiam ser responsabilizados, e não mecanismos que poderiam avaliar a

³⁷ Tribunal de Apelação em Haia – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e *ONU*, decisão de 30 mar. 2010, item 5.7. Língua do documento original: inglês.

³⁸ *Ibidem*, item 5.5.

responsabilidade da ONU. Na verdade, o tribunal desconsiderou o fato de que a Convenção Geral vincula os privilégios e imunidades da ONU com a obrigação de a própria Organização estabelecer mecanismos alternativos, que abordariam as possíveis irregularidades da mesma.

O fato é que não ficou claro nos argumentos apresentados pela *Associação e outros* o porquê de não haver uma oportunidade para eles levarem os autores do genocídio e, possivelmente, também aqueles que poderiam ser responsabilizados pelos perpetradores, perante um tribunal de justiça. Se a *Associação e outros* omitiu isso pelo motivo das pessoas responsáveis não poderem ser encontradas ou por não terem recursos suficientes para compensação, o Tribunal de Apelação observa que o artigo 6.º da CEDH não garante que quem quer trazer uma ação sempre encontrará um devedor (solvente).³⁹

Além disso, o Estado Holandês não pode invocar a sua imunidade perante um tribunal doméstico (pertencente ao seu Estado), de modo que um tribunal holandês terá de dar uma avaliação substantiva do pedido contra o Estado de qualquer forma, permitindo que a *Associação e outros* tenha acesso a um tribunal de justiça independente. Dessa forma, o Tribunal de Apelação lamenta o fato de a ONU não ter instigado um processo alternativo em conformidade com as obrigações que lhe incumbem por força da Seção 29 da Convenção Geral para reivindicações como esta, entretanto não se pode dizer neste caso que o direito de acesso à justiça será violado se a invocação da imunidade da ONU for permitida. Não há nenhuma questão de restrições de longo alcance neste caso, podendo a *Associação e outros* deter duas categorias de partes responsáveis pelos danos sofridos pelas vítimas em Srebrenica, a saber, os perpetradores do genocídio e o Estado Holandês. Diante disso, o tribunal não considera o fato determinante a fim de suspender a imunidade da ONU.

Por fim, o Tribunal de Apelação concluiu que a própria *Associação e outros* reconheceu que não foi a ONU que cometeu o genocídio, e que nem se pode deduzir dos argumentos apresentados que a ONU, conscientemente, ajudou a cometer o genocídio.

³⁹ Ibidem, item 5.11.

Essencialmente, a *Associação e outros* culpa a ONU por não ter evitado o genocídio. O Tribunal de Apelação é da opinião de que, embora esta censura dirigida à ONU seja séria, não é urgente que essa imunidade seja dispensada ou que a invocação de imunidade da ONU seja, de imediato, inaceitável. Ademais, o Tribunal de Apelação considera que, as missões da ONU geralmente ocorrerão em áreas ao redor do mundo onde um *hotspot* se desenvolveu e que, uma possível falha em uma conduta repreensível da ONU ensejaria pedidos de suspensão de sua imunidade, podendo levar a um mau uso dessa prática, e conseqüente prejuízo às futuras operações. A alegação de que a ONU não preveniu o genocídio em Srebrenica e, portanto, foi negligente é, em princípio, insuficiente para renunciar à sua imunidade.

Não obstante o Tribunal de Apelação ter decidido pela aceitação da imunidade absoluta da ONU, ao afirmar que, na existência de razões convincentes há a possibilidade de questionar a proporcionalidade de tal imunidade, o tribunal estabelece uma exceção a sua aceitabilidade de maneira absoluta. Em suma, ao aplicar os critérios *Waite & Kennedy*⁴⁰, o Tribunal de Apelação ampliou o alcance desses critérios para a ONU erroneamente, como o Supremo Tribunal Holandês posteriormente julgou.

3.4 A decisão do Supremo Tribunal Holandês

Considerando que a decisão do TEDH⁴¹, em essência, confirmou o julgamento do Supremo Tribunal, esta Seção incidirá principalmente no julgamento do Supremo Tribunal, referindo-se à decisão do TEDH quando necessário.

40 Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Casos *BEER & REAGAN* e *WAITE & KENNEDY*, decisões de 18 fev. 1999. O TEDH decidiu que a imunidade de jurisdição nos termos do direito internacional deve ser anulada em determinadas circunstâncias para o direito de acesso a um tribunal garantido pelo artigo 6º da CEDH. O TEDH considerou que o direito de acesso a um tribunal não é absoluto, podendo ser sujeito a restrições, desde que essas restrições não sejam tão abrangentes que violem a essência da lei. O TEDH denominou esta abordagem de “proteção equivalente”, que consiste em dispor aos candidatos meios alternativos razoáveis para proteger efetivamente os seus direitos de acesso à justiça com base na CEDH. Tal proteção equivalente, entretanto, não se aplica à ONU.

41 O TEDH proferiu uma decisão em 11 de junho de 2013 no caso *MÃES DE SREBRENICA* contra o *ESTADO HOLANDÊS*, um ano e dois meses após a decisão do Supremo Tribunal Holandês de 13 de abril de 2012. Embora os pedidos e o conteúdo da ação tenham sido semelhantes, a ação impetrada no TEDH não trazia a ONU como demandada.

Embora o Supremo Tribunal Holandês tenha chegado ao mesmo resultado da instância anterior, ele reprovou a abordagem e o raciocínio do Tribunal de Apelação. Em vários parágrafos específicos, a Suprema Corte aponta para o fato de que

A ONU ocupa um lugar especial na comunidade jurídica internacional, possuindo imunidade absoluta. Além disso, respeitar essa é uma das obrigações dos Estados-membros das Nações Unidas que, nos termos do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, prevalecem sobre as obrigações conflitantes de outro tratado internacional.⁴²

Ao confirmar a imunidade da ONU, o Supremo Tribunal rejeitou veementemente que os critérios de *Waite & Kennedy* devam ser aplicados nos casos relativos à ONU. Por conseguinte, o Tribunal de Apelação cometeu um erro ao aplicar o critério da legitimidade e proporcionalidade a fim de examinar se o direito de acesso aos tribunais deve prevalecer sobre a imunidade da ONU.⁴³ Como o Supremo Tribunal afirmou:

"A conclusão provisória deve ser que o Tribunal de Apelação cometeu um erro ao examinar, com base nos critérios formulados em *Beer & Regan* e *Waite & Kennedy*, se o direito de acesso aos tribunais referido no artigo 6º do CEDH prevaleceu sobre a imunidade invocada em nome da ONU", concluindo inequivocamente "que a imunidade da ONU é absoluta".⁴⁴

Não cabe ao órgão jurisdicional nacional encarregado dos processos que envolvem a ONU determinar se a imunidade da organização é necessária para o cumprimento dos seus propósitos.⁴⁵

O Supremo Tribunal também descartou a gravidade das reivindicações subjacentes como uma possível limitação da imunidade. Esta argumentação de que o descumprimento de norma *jus cogens* limita a imunidade absoluta foi rejeitada pelo Supremo Tribunal, que reforçou o paralelo entre a imunidade do Estado e a imunidade das OI, baseando o seu argumento em várias decisões-chaves em que o amplo escopo da imunidade do Estado tinha sido previamente confirmado apesar das alegações de violações das normas *jus cogens*. Ao fazê-lo, o tribunal baseou-se fortemente na decisão do caso *Al-Adsani*⁴⁶, em

42 Supremo Tribunal Holandês – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS e ONU*, decisão de 13 abr. 2012, item 4.3.4. Língua do documento original: inglês.

43 Ibidem itens 4.3.4-4.3.6.

44 Ibidem itens 4.3.5 e 4.3.6.

45 Ibidem item 5.14.

46 Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Caso *AL-ADSANI* contra *REINO UNIDO*, decisão de 21 nov.

que a imunidade do Estado foi confirmada apesar das alegações de violações da proibição da tortura. O TEDH não aceitou a afirmação de que os Estados não têm mais direito à imunidade em casos de violações graves do direito internacional humanitário ou dos direitos humanos. Em 2001, a Grande Câmara desse Tribunal, pela maioria reconhecidamente limitada de nove a oito, concluiu que

Não obstante o caráter especial da proibição da tortura em direito internacional, o Tribunal não pode discernir nos instrumentos internacionais, as autoridades judiciais ou outros materiais antes de qualquer base firme para concluir que, como uma questão de direito internacional, um Estado já não goza de imunidade de processo civil nos tribunais de outro Estado onde os atos de tortura são alegados.⁴⁷

Ainda sobre o exame da imunidade da ONU por meio de raciocínio análogo com a imunidade do Estado, a CIJ no caso *Alemanha c. Itália: intervenção da Grécia*⁴⁸, declarou claramente que a imunidade dos Estados deveria prevalecer à luz da gravidade das acusações alegadas. Ainda que a CIJ tenha reconhecido que os fatos eram realmente violações graves do direito internacional, não encontrou apoio para negar a imunidade do Estado. Apesar dos fatos serem de caráter *jus cogens*, isso não entra em conflito com o princípio da imunidade de jurisdição (direito consuetudinário internacional): o primeiro aborda a (in)legalidade de determinada conduta, o último diz respeito a questões processuais e jurisdicionais.

Por fim, o Supremo Tribunal ainda concluiu que a Convenção sobre Prevenção e Punição de Genocídio não prevê a execução desta obrigação por meio de ação civil. Por conseguinte, não há motivos para uma exceção à imunidade absoluta da ONU.⁴⁹

2001, item 66: “O Tribunal, embora observando o crescente reconhecimento da importância primordial da proibição da tortura, não considera, portanto, que está estabelecido que ainda há aceitação no direito internacional da proposição de que os Estados não têm direito à imunidade em relação a reivindicações civis de danos por alegada tortura cometida fora do Estado do Fórum.”

47 Ibidem, item 61, ILR, Vol. 123, p. 24. Língua do documento original: inglês.

48 Corte Internacional de Justiça – Caso *ALEMANHA* contra *ITÁLIA*: intervenção da Grécia, decisão de 3 fev. 2012, item 91: “O Tribunal conclui que, de acordo com o direito internacional consuetudinário tal como se encontra atualmente, um Estado não é privado de imunidade devido ao fato de ser acusado de graves violações do direito internacional dos direitos humanos ou do direito internacional dos conflitos armados. Ao chegar a essa conclusão, o Tribunal deve enfatizar que trata apenas da imunidade do próprio Estado da jurisdição dos tribunais de outros Estados”.

49 Supremo Tribunal Holandês – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e *ONU*, decisão de 13 abr. 2012, itens 5.19 e 5.21.

Conforme mencionado no início desta Seção, a *Associação e outros* também impetrou uma ação judicial junto ao TEDH, tendo o tribunal adotado uma abordagem semelhante ao Supremo Tribunal Holandês.

O TEDH considerou que, uma vez que as operações estabelecidas pelas resoluções do CSNU ao abrigo do Capítulo VII da Carta são fundamentais para a missão das Nações Unidas de assegurar a paz e a segurança internacionais, a CEDH não pode ser interpretada de forma a que sujeitem os atos e omissões do CSNU para a jurisdição doméstica sem o acordo da ONU. Tratar essas operações no âmbito da jurisdição interna seria permitir que os Estados-membros, por meio de seus tribunais, interferissem com o cumprimento da missão-chave das Nações Unidas nesse campo, inclusive com a condução efetiva de suas operações.⁵⁰

O TEDH também rejeitou essencialmente o argumento da gravidade, enfatizando que o processo perante os tribunais holandeses dizia respeito a reclamações civis. O direito internacional não apóia a posição de que uma reivindicação civil deve anular a imunidade pelo único motivo que se baseia em uma alegação de uma violação particularmente grave de uma norma de direito internacional, até mesmo uma norma de *jus cogens*. Esta ligação dá um impulso ao desenvolvimento jurisprudencial segundo o qual a concessão de imunidade, pelo menos no que diz respeito aos Estados e às Nações Unidas, não depende da natureza das alegações subjacentes em um caso particular.

Quanto à existência de mecanismos alternativos de acesso à justiça, o TEDH afirmou que embora fosse indubitável, no caso em apreço, a inexistência de meios alternativos, tanto no âmbito do direito nacional holandês como nos termos da lei das Nações Unidas, o tribunal não entende que, na ausência de um recurso alternativo, o reconhecimento da imunidade seja *ipso facto* constitutivo de uma violação do direito de acesso a um tribunal.

⁵⁰ Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e *ONU*, decisão de 11 jun. 2013, item 4.3.4.

Por fim, o Tribunal de Estrasburgo confirmou o ponto de vista de que o presente caso era fundamentalmente diferente de casos anteriores relativos à imunidade de OI, enfatizando a importância da ONU, especialmente quando atua de acordo com o Capítulo VII da Carta da ONU.⁵¹

Conclui-se que, não obstante os tribunais holandeses e o TEDH terem concluído pela aceitação da imunidade de jurisdição da ONU, dois caminhos diferentes foram percorridos até se convergirem na mesma decisão. O primeiro, adotado pelo Tribunal Distrital, pelo Supremo Tribunal e pelo TEDH, defenderam o absolutismo da imunidade da ONU com fundamento no artigo II, Seção 2 da Convenção Geral. Já o segundo caminho, percorrido pelo Tribunal de Apelação, abriu a porta para um possível desafio à imunidade da ONU, caso não haja um mecanismo alternativo de solução de controvérsias envolvendo a Organização.

No tocante a natureza das reivindicações, que decorre do ato de genocídio, violando normas do *jus cogens*, tanto o TEDH como os tribunais holandeses – exceto o Tribunal Distrital que não avaliou tal matéria – foram unânimes ao afirmar que a concessão de imunidade, pelo menos no que diz respeito aos Estados e à ONU, não depende da natureza das alegações subjacentes em um caso particular.

Tendo sido examinada a maneira como os tribunais holandeses abordaram a imunidade da ONU no caso *Mães de Srebrenica*, no próximo capítulo será analisado o emprego dos critérios de atribuição de conduta nos casos *Mustafic* e *Nuhanovic*, originados também do massacre em Srebrenica.

51 Os casos anteriores já citados neste Capítulo, *Waite & Kennedy* e *Beer & Regan*, diziam respeito a disputas entre OI (distintas da ONU) e os membros do seu próprio quadro de pessoal.

4 O CASO *MUSTAFIC* E *NUHANOVIC* CONTRA HOLANDA

Em 06 de setembro de 2013, o Supremo Tribunal Holandês emitiu decisões simultâneas e quase idênticas em dois processos sobre as ações das Forças de Paz da ONU durante o genocídio de Srebrenica: *Nuhanovic* contra Holanda e *Mustafic-Mujic e outros* contra Holanda. Os casos envolveram reivindicações civis em relação à morte de quatro civis muçulmanos da Bósnia no genocídio de Srebrenica. As vítimas foram mortas pelas forças sérvias da Bósnia depois de serem expulsas pelo DUTCHBAT, órgão da ONU em Potocari, no dia 13 de julho de 1995. O Supremo Tribunal decidiu que o DUTCHBAT agiu ilegalmente ao expulsar duas vítimas masculinas, tendo desencadeado a responsabilidade legal pela morte de todas as três vítimas masculinas, podendo ser esses erros atribuídos ao Estado Holandês.

O veredicto é a conclusão de uma luta de onze anos por justiça, iniciada por Hasan Nuhanovic, um ex-intérprete da ONU que perdeu três membros da família em Srebrenica, e por parentes de Rizo Mustafic, que também morreu no massacre. A decisão estabelece um precedente importante, no qual os Estados podem ser responsabilizados pelas ações de suas tropas em operações de manutenção da paz da ONU, permitindo também que outros sobreviventes busquem reparações por violações de direitos humanos.

Este capítulo apresentará a sequência do julgamento, desde a decisão do Tribunal Distrital em Haia, até a decisão da Suprema Corte, abordando duas questões fundamentais relacionadas à atribuição de conduta e à ilicitude dos atos:

- a) A conduta do DUTCHBAT pode ser atribuída ao Estado da Holanda?
- b) Em caso afirmativo, a conduta do DUTCHBAT foi errônea, no sentido de que violava uma obrigação legal existente da Holanda?

Uma vez que as decisões não diferem em questões importantes de conteúdo, as análises subsequentes terão como foco o caso *Nuhanovic*, mas se aplicam igualmente ao caso *Mustafic-Mujic*.

4.1 Antecedentes factuais

Em um esforço para proteger os civis durante a guerra pós-independência na Bósnia e Herzegovina, o CSNU emitiu uma série de resoluções em 1993 que atribuíam à UNPROFOR a responsabilidade pela proteção das designadas "áreas seguras". Entre essas "áreas seguras" estava o enclave muçulmano de Srebrenica e seus arredores. Em outubro de 1993, o governo holandês concordou em fornecer um batalhão da Brigada Aérea Holandesa para servir na UNPROFOR e, em março de 1994, a força holandesa partiu para o enclave de Srebrenica sob o comando da ONU. Parte das tropas foi estacionada na cidade, e o restante no complexo de Potocari, nos arredores de Srebrenica.

Em 5 de julho de 1995, o exército sérvio da Bósnia do general Ratko Mladic (VRS)⁵² lançou um ataque ao enclave de Srebrenica. No dia 11, a VRS tomou a cidade e as tropas holandesas estacionadas ali se retiraram para o complexo de Potocari. Isso precipitou um êxodo em massa de Srebrenica, com 5.000 refugiados sendo admitidos pelo DUTCHBAT no complexo e cerca de 27.000 ficando fora do complexo em Potocari. Naquela noite, o comando da UNPF⁵³, em consulta com o governo holandês, determinou que o DUTCHBAT e os refugiados teriam que ser evacuados. O Comandante do DUTCHBAT, Tenente Coronel Thom Karremans, imediatamente começou a negociar a evacuação dos refugiados com Ratko Mladic. Durante os dois dias seguintes, a VRS removeu todos os refugiados fora e dentro do complexo via ônibus e caminhão, sob o pretexto de facilitar a evacuação. Os funcionários locais da ONU com credencial da Organização foram autorizados a permanecer no complexo, sendo retirados posteriormente com o DUTCHBAT (JABAR, 2016).

Os últimos refugiados a deixarem o complexo sendo entregues à VRS foram as

52 VRS (*Vojska Republike Srpske*) era o Exército da autoproclamada *Republika Srpska*. Em setembro de 1991, o Partido Democrático Sérvio cria "Regiões Autônomas Sérvias" dentro do território da Bósnia e Herzegovina. Em 9 de janeiro de 1992, essas "Regiões Autônomas Sérvias" são integradas formando a *Republika Srpska*.

53 UNPF (United Nations Peace Forces) foi o novo nome da UNPROFOR adotado no início de 1995, com o último nome se aplicando apenas à força na Bósnia-Herzegovina.

famílias de Mustafic e Nuhanovic. Uma das vítimas masculinas, Rizo Mustafic, trabalhou como eletricista para o DUTCHBAT e expressou seu desejo de que ele e sua família ficassem no complexo com o batalhão. No entanto, Mustafic não tinha uma credencial da ONU, sendo ele e sua família forçados a sair (BOUGAREL, 2012).

Hasan Nuhanovic, um intérprete da ONU, junto com seus pais Ibro e Nasiha e o irmão Muhamed estavam entre aqueles que buscavam proteção, demonstrando também seu desejo de ficar no complexo. Hasan, o demandante em um dos casos, por exercer a função de intérprete, era considerado funcionário da Organização, sendo autorizado a permanecer junto ao DUTCHBAT no complexo. Entretanto, seu status não se estendia aos seus pais e seu irmão. O Comandante do DUTCHBAT, finalmente permitiu que o pai de Nuhanovic também permanecesse, pois ele fazia parte de um comitê de civis (refugiados) de Srebrenica que havia participado de negociações com Ratko Mladic. No entanto, caso permanecesse, teria que abandonar sua esposa e seu filho mais novo nas mãos da VRS. Dessa forma, ele decidiu deixar o complexo com sua família. Hasan Nuhanović permaneceu com o DUTCHBAT. Rizo Mustafic e os três membros expulsos da família Nuhanovic foram, subseqüentemente, mortos por forças ou paramilitares sérvios da Bósnia, assim como a grande maioria dos refugiados masculinos "aptos" (16 a 60 anos) que eram transportados do complexo de Potocari e da área circundante pela VRS. Hasan Nuhanovic e os parentes de Rizo Mustafic processaram o Estado Holandês por sua participação nas quatro mortes (BOUGAREL, 2012).

Os demandantes, em ambos os casos, argumentaram que o DUTCHBAT e a Holanda cometeram atos ilícitos, oferecendo proteção insuficiente às vítimas e expondo-as ao inimigo, violando, dessa forma, direitos humanos fundamentais de seus familiares. A defesa do Estado foi baseada, essencialmente, no fato de que as ações do DUTCHBAT deveriam ser atribuídas exclusivamente à ONU, uma vez que esta Organização exerceu comando e controle operacional sobre o batalhão holandês.

4.2 A decisão do Tribunal Distrital em Haia

Em 10 de setembro de 2008, o Tribunal Distrital em Haia negou o pedido de Hasan Nuhanovic e da família de Rizo Mustafic contra a Holanda. O tribunal declarou que o Estado Holandês não podia ser responsabilizado, pois as Forças de Paz que operavam na Bósnia estavam sob um mandato da ONU. Sendo o contingente do Estado Holandês parte da UNPROFOR na Bósnia, seus atos e omissões em relação ao massacre de Srebrenica deveriam ser atribuídos estritamente, por princípio, às Nações Unidas.

O tribunal explicou que a participação em uma operação de manutenção da paz da ONU com base no capítulo VII da Carta implica que o comando e controle operacional sobre as tropas disponibilizadas é transferido para a ONU, embora tal transferência não inclua, ou pelo menos não necessariamente, problemas pessoais com as tropas, a logística do destacamento implantado, nem a decisão de se retirar ou não (VERDIRAME, 2011).

O tribunal também rejeitou a afirmação de que, após a transferência dos poderes de comando e controle às Nações Unidas, ainda seja necessário ser comprovado se o Estado cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos tratados de direitos humanos, a Convenção de Genocídio e as Convenções de Genebra. Se determinados direitos fundamentais são violados na execução de tarefas sobre as quais o Estado já não possui mais controle, então o ponto de partida deve ser que essas violações não podem ser atribuídas ao Estado (LARSEN, 2012).

De acordo com o Tribunal Distrital, a CEDH não é aplicável, pois a ONU não é parte contratante e os cidadãos de Srebrenica não são da jurisdição da Holanda. Somente se os responsáveis das Forças Armadas e/ou membros do governo nacional compusessem a estrutura de comando das Nações Unidas, prejudicando a base factual em julho de 1995, haveria margem para atribuição ao Estado Holandês. Ao elaborar esse padrão de atribuição, o tribunal explicou:

Se o DUTCHBAT fosse instruído pelas autoridades holandesas para ignorar as ordens da ONU ou para ir contra elas, e o DUTCHBAT comportar-se de acordo com esta instrução da Holanda, isso constituiria uma violação da base factual sobre a qual a atribuição à ONU reside. Isso cria espaço para atribuição ao Estado. O mesmo é verdade se o DUTCHBAT se afastasse em maior ou menor grau da estrutura do comando da ONU, com o acordo dos responsáveis holandeses, e considerasse ou se mostrasse exclusivamente sob o comando das autoridades competentes da Holanda para aquela parte. Se, no entanto, DUTCHBAT recebeu instruções paralelas das autoridades holandesas e das Nações Unidas, não há motivos suficientes para se desviar da regra de atribuição usual.⁵⁴

Portanto, coube ao tribunal investigar se as autoridades holandesas deram instruções ao DUTCHBAT para ignorar ou ir contra ordens das Nações Unidas, bem como, se autoridades holandesas, em maior ou menor medida, tinha participado da estrutura de comando da ONU. No entanto, com base nos fatos e afirmações apresentados pelos requerentes, o tribunal não pôde atribuir responsabilidade ao Estado Holandês, considerando que não pode haver qualquer ação tomada em violação às políticas da ONU iniciadas ou aprovadas pelo Estado. O tribunal negou o pedido.

4.3 A decisão do Tribunal de Apelação em Haia

Em 5 de julho de 2011, o Tribunal de Apelação anulou o julgamento do Tribunal Distrital, concluindo que o comportamento era de fato atribuível à Holanda por ter agido de forma incorreta, considerando o Estado responsável pelas três mortes masculinas.⁵⁵ Segundo o tribunal, as tropas holandesas tomaram conhecimento por meio de diversos relatórios que os sérvios da Bósnia estavam cometendo crimes contra a população de refugiados do sexo masculino.⁵⁶ O julgamento do Tribunal de Apelação é a primeira decisão judicial a responsabilizar o Estado Holandês por crimes civis relacionados ao genocídio.

A análise do Tribunal sobre as irregularidades e ilicitude do DUTCHBAT tem

54 Tribunal Distrital em Haia – Caso *HASAN NUHANOVIC* contra o *ESTADO HOLANDÊS*, decisão de 10 set. 2008, item 4.14.1. Língua do documento original: inglês.

55 O Tribunal de Apelação em Haia não considerou o Estado Holandês responsável pela morte da mãe de Hasan, Nasiha Nuhanovic, pois não poderiam prever que a mesma estaria correndo perigo de vida, uma vez que a conduta adotada pela VRS, no que tange aos assassinatos em massa, restringia-se aos homens “aptos”.

56 Tribunal de Apelação em Haia – Caso *HASAN NUHANOVIC* contra o *ESTADO HOLANDÊS*, decisão de 5 jul. 2011, item 3.2. Língua do documento original: inglês.

duas características fundamentais. Primeiro, o Tribunal aplicou obrigações de direitos humanos no exterior (extraterritorialmente), nos termos da lei da Bósnia e Herzegovina. Em segundo lugar, a decisão caracterizou o fracasso do DUTCHBAT de forma restrita, pois responsabilizou o batalhão holandês pelo despejo das vítimas do complexo da ONU, entretanto o mesmo não tinha responsabilidade para proteger aqueles que já estão fora do complexo. Além disso, observou-se que, como as vítimas foram as últimas pessoas a serem despejadas, o julgamento não forneceu nenhuma indicação sobre se as expulsões anteriores teriam sido ilegais.

Em relação ao primeiro ponto, o julgamento foi apreciado nos termos da Constituição da Bósnia e Herzegovina, cujo artigo 3º estabelece que os tratados em que o Estado é parte têm efeito direto. Isso permitiu ao Tribunal aplicar diretamente as disposições pertinentes da CEDH e do PIDCP:

Testar a alegada conduta contra os princípios legais contidos nos artigos 2º e 3º da CEDH e nos artigos 6º e 7º do PIDCP (direito à vida e à proibição de tratamento desumano, respectivamente), porque esses princípios, que pertencem aos princípios jurídicos mais fundamentais das nações civilizadas, precisam ser considerados como regras do direito internacional consuetudinário que têm validade universal e pelo qual o Estado está vinculado.⁵⁷

Assim, o Tribunal de Apelação pôde aplicar os padrões de direitos humanos aos atos extraterritoriais do Estado, de acordo com uma combinação de implementação doméstica local e o direito internacional consuetudinário.

Quanto ao segundo ponto, o tribunal foi claro ao definir as falhas do batalhão em termos estritos, dando pouca indicação sobre se os pleitos alcançados nesses dois casos poderiam pressagiar o sucesso do litígio em nome de outras vítimas de Srebrenica contra a Holanda. No mesmo sentido, não indicou que tal decisão abarcaria de maneira geral todas as ações judiciais em relação às falhas das forças de manutenção de paz em proteger civis em outros contextos.

57 Ibidem, itens 6.3 e 6.4.

Outrossim, o Tribunal não quis considerar a questão de saber se o batalhão holandês tinha o dever de intervir ou não na ação da VRS em separar os homens “aptos” dos demais refugiados do lado de fora do complexo.⁵⁸ Isso, obviamente, limita significativamente a relevância das decisões, tanto em relação ao litígio quanto às mortes de muitos refugiados que nunca entraram no complexo de Potocari (como, por exemplo, no caso *Mães de Srebrenica*) ou que o deixaram voluntariamente.

O Tribunal de Apelação declarou que a ação do DUTCHBAT em desalojar os homens provocou a responsabilidade pelas três mortes, porque os incidentes de maus tratos ou assassinatos de refugiados masculinos “aptos” cometidos pela VRS fora do complexo eram conhecidos pelo Comandante do batalhão holandês, Karremans, e pelo seu Vice-Comandante, Rob Franken:

Tais fatos eram tão alarmantes que os comandantes, razoavelmente, não poderiam ter extraído nenhuma outra conclusão de que os homens são que iriam deixar o complexo a partir desse momento para serem evacuados pelos sérvios da Bósnia correriam o risco real de serem mortos ou, pelo menos, serem submetidos a tratamento desumano.⁵⁹

O Tribunal também explicou que, apesar de o pai de Hasan, Ibro Nuhanović, não ter sido forçado a deixar o complexo e, portanto, não ter sido injustiçado diretamente, sua morte pode ser considerada como resultado dos atos ilícitos praticados em relação ao irmão de Hasan, Muhamed Nuhanović e, portanto, ser atribuída ao Estado. Afinal, o Tribunal considera compreensível e previsível que, naquelas circunstâncias, o pai escolheria acompanhar sua esposa e seu filho menor.⁶⁰

O Tribunal de Apelação, pela complexidade da questão, evitou analisar e responder quanto ao dever do batalhão holandês de assumir um risco maior e de intervir com força para evitar o genocídio. Nesse ponto, cabe ressaltar que havia muitas dúvidas na interpretação do mandato da UNPROFOR e das resoluções da ONU. Sergio Vieira de Mello,

58 Ibidem, item 6.22.

59 Ibidem, item 6.7.

60 Ibidem, item 6.20.

Chefe de Assuntos Civis das Forças da ONU (1993-1994), apontou para o parágrafo-chave, que dizia que as forças de paz da ONU estavam na Bósnia "para deter os ataques contra as áreas seguras". "Mas o que é necessário para a dissuasão?", perguntou. "O que constitui um ataque?", continuou. Ele se concentrou em uma vírgula fundamental. "A resolução diz que devemos – vírgula – agindo em autodefesa – vírgula – tomar as medidas necessárias – vírgula – incluindo o uso da força para responder aos ataques contra civis.". Não importa quantas vezes ele tenha estudado o mandato da ONU, a sua imprecisão continuou a enfurecê-lo. "O que as vírgulas devem significar?", ele perguntou. "Isso significa que a ONU só deveria usar a força em defesa própria? Ou isso significa que devemos usar a força em autodefesa e também proteger os bósnios?" (POWER, 2008, p. 6 e 7)

Quanto à atribuição de conduta, o Tribunal de Apelação evitou o critério de "autoridade e controle supremo", articulado pelo TEDH em *Behrami e Saramati*, considerando que a atribuição em tais circunstâncias era exclusivamente identificada com o padrão de "controle efetivo", sendo categórico na regra aplicável. Dois dias depois, o TEDH concedeu a mesma regra de "controle efetivo" em *Al-Jedda*. Nesse contexto, um ponto merece destaque. Em vez de adotar a presunção de que a conduta é atribuível a uma das duas entidades (a ONU ou ao Estado), e depois examinar se a outra entidade pode usurpar a responsabilidade em virtude de seu controle efetivo, o Tribunal afirmou que a análise de controle efetivo se aplica igualmente para ambas as entidades.

A intenção do tribunal era declarar explicitamente a possibilidade de dupla atribuição. Especificamente:

O Tribunal adota como ponto de partida que a possibilidade de que mais de uma parte tenha controle efetivo é geralmente aceita, o que significa que não pode ser descartado que a aplicação deste critério resulte na possibilidade de atribuição a mais do que uma parte. Por esta razão, o Tribunal examinará apenas se o Estado exerceu controle efetivo sobre a alegada conduta e não responderá à questão de saber se a ONU também tinha controle efetivo.⁶¹

61 Ibidem, item 5.9.

A implicação subsequente dessa interpretação é que o controle efetivo sobre a conduta não pode se referir apenas a ordens diretas. Muitas ações ilegais ocorrem diretamente contrárias a pedidos ou autorizações superiores. Na ausência de ordens efetivas, deve-se considerar a capacidade de prevenir a irregularidade. O Tribunal reconheceu que:

A questão de saber se o Estado tinha controle efetivo deve ser respondida tendo em vista as circunstâncias do caso. Isso não implica apenas que se dê importância à questão de saber se essa conduta constituiu a execução de uma instrução específica, emitida pela ONU ou pelo Estado, mas também a questão de saber se, na ausência de instrução específica, a ONU ou o Estado tinham o poder de evitar a conduta em questão.⁶²

Ao dar um significado amplo ao conceito de "controle efetivo", de modo a incluir também a capacidade de prevenir, o Tribunal seguiu a abordagem adotada por Dannenbaum, "traduzindo o padrão de controle eficaz em um sistema de responsabilidade eficaz" (DANNENBAUM, 2010, p.113).

Ao aplicar o "controle efetivo", o Tribunal enfatizou, pela primeira vez, a estrutura de comando da ONU sob a qual o DUTCHBAT operava. Em princípio, o DUTCHBAT deveria tomar ordens exclusivamente dos Comandantes da UNPROFOR, e não do governo holandês. No entanto, o Tribunal de Apelação constatou que, após a queda de Srebrenica, surgiu uma situação extraordinária em que o governo holandês se envolveu mais ativamente na tomada de decisões do que normalmente seria o caso em uma força da ONU. Perdido o controle de Srebrenica, a Holanda decidiu junto com a ONU que o DUTCHBAT seria retirado da missão de manutenção da paz. Isso iniciou um "período de transição" antes da retirada real "em que os assuntos em Potocari estavam sendo decididos, incluindo a evacuação dos refugiados".⁶³ Durante esse período de transição, além da ONU, o governo holandês também teve controle sobre o DUTCHBAT, quanto aos preparativos para a retirada total do DUTCHBAT da Bósnia e Herzegovina. O fato de que a Holanda tinha controle sobre o DUTCHBAT não era apenas teórico, esse controle também foi exercido na prática: o

62 Ibidem, item 5.9.

63 Ibidem, itens 5.7, 5.10-5.12, e 5.17.

governo em Haia, representado por dois de seus mais altos oficiais militares, Van Den Breemen e Van Baal, juntamente com Janvier, Comandante da UNPROFOR, tomaram a decisão para a evacuação do DUTCHBAT e dos refugiados (BRANCO, 2016).

De acordo com o acórdão do Tribunal de Apelação, o governo holandês teria o poder de impedir a alegada conduta ilícita se tivesse tido conhecimento do fato e transmitido as ordens adequadas naquele momento:

Os fatos não deixam espaço para nenhuma outra conclusão de que, caso o governo holandês tivesse dado instruções ao DUTCHBAT para não permitir que o irmão de Hasan Nuhanović (assim como seu pai Ibro Nuhanovic) deixasse o complexo ou o levassem junto, respectivamente, tal instrução teria sido executada.⁶⁴

Por conseguinte, o governo holandês possuía controle efetivo sobre a condução do DUTCHBAT em relação aos despejos relevantes. O controle efetivo do governo holandês assumiu a forma de "poder para prevenir", em vez de "controle direto" sobre o comportamento em questão.⁶⁵

4.4 A decisão do Supremo Tribunal Holandês

Em 6 de setembro de 2013, o Supremo Tribunal Holandês confirmou ambos os julgamentos do Tribunal de Apelação. As duas mais altas instâncias forneceram um sólido apoio jurisprudencial aos princípios de controle efetivo e dupla atribuição em relação à condução de órgãos ou agentes estaduais colocados à disposição temporária de uma OI. Ao elaborar o padrão de "controle efetivo", os tribunais estabeleceram que:

a) A regra de atribuição de "controle efetivo" aplica-se igualmente às duas entidades em exame;

b) O "controle efetivo" inclui não apenas dar ordens, mas também a capacidade de prevenir a ocorrência de irregularidades; e

c) Os Estados que contribuem com tropas podem manter o "poder de prevenir"

64 Ibidem, item 5.18.

65 Ibidem, item 6.20.

em certos contextos, em virtude de sua autoridade disciplinar, e punir criminalmente suas tropas por contrariar as ordens da ONU.

Entretanto, como um *obiter dictum*⁶⁶, a Suprema Corte foi além do raciocínio da instância inferior, abordando pontos interessantes sobre a aplicação extraterritorial do direito internacional dos direitos humanos em um caso como este.

Primeiro, o Supremo Tribunal enfatizou a extraterritorialidade da CEDH (citando *Al-Skeini*).⁶⁷ Sem o benefício do precedente *Al-Skeini*, o Tribunal de Apelação evitou qualquer interpretação da cláusula jurisdicional da Convenção, argumentando, em vez disso, que os direitos codificados nos artigos 2º e 3º da CEDH (e 6º e 7º do PIDCP) eram também regras do direito internacional consuetudinário que são vinculativas extraterritorialmente nessa forma. A referência à *Al-Skeini* enfatiza que esse ambicioso raciocínio do direito consuetudinário tem uma alternativa de direito convencional mais sólida.

Em segundo lugar, ao discutir se o DUTCHBAT (e, portanto, a Holanda) tinha controle do tipo que seria suficiente para desencadear obrigações extraterritoriais de direitos humanos, o Tribunal enfatizava o consentimento do Bósnio para a presença da UNPROFOR e seu respectivo controle sobre o complexo de Potocari. Isto, segundo o Tribunal, deu ao Estado Holandês a competência para exercer a jurisdição, prevista no artigo 1º da CEDH, no complexo. Esta competência de jure não foi impedida, pois a VRS respeitava a autoridade do DUTCHBAT sobre o complexo. Por esse motivo, o Supremo Tribunal declarou que a Holanda podia realmente garantir o cumprimento com suas obrigações de direitos humanos para com aqueles no complexo.⁶⁸

66 O *obiter dictum* refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subsequentes. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado, sendo acessórios que acompanham o principal – *ratio decidendi* (razão de decidir). A supressão do excerto considerado *obiter dictum* não prejudica o comando da decisão, mantendo-a íntegra e inabalada.

67 Embora o caso *Al-Skeini* não seja objeto de estudo deste trabalho, em sua decisão de 07 de julho de 2011, o TEDH afirmou que um Estado contratante pode, em circunstâncias excepcionais, ter a jurisdição referida no artigo 1º da CEDH mesmo fora do seu território. Neste caso, a presença do DUTCHBAT em Srebrenica e no complexo em Potocari resultou na participação do Estado Holandês na UNPROFOR, e essa obteve o direito de agir em Srebrenica de acordo com o SOFA estabelecido.

68 Supremo Tribunal Holandês – Caso *HASAN NUHANOVIC contra o ESTADO HOLANDÊS*, decisão de 6

Esses casos foram importantes, pois marcaram a primeira vez que um Estado, individualmente, foi responsabilizado pela condução de suas tropas de manutenção da paz operando sob mandato da ONU. Como resultado desses julgamentos, espera-se que duas famílias bósnias recebam danos do Estado Holandês, tendo aberto oportunidade para que outros casos aparecessem.

Em 16 de julho de 2014, o Tribunal Distrital em Haia decidiu no processo civil interposto pelas “Mães de Srebrenica” que a Holanda é parcialmente responsável pela morte de 350 homens muçulmanos que foram deportados pelos sérvios bósnios do complexo do DUTCHBAT, em Potocari, na tarde de 13 de julho de 1995.

Em 27 de junho de 2017, o Tribunal de Apelação manteve a decisão de primeira instância, diferindo apenas em um aspecto importante: afirmou que o Estado Holandês era responsável por apenas 30% das perdas sofridas pelas famílias dos homens que foram mortos. Segundo o tribunal, mesmo que as Forças de Paz da Holanda tivessem dado aos homens a chance de permanecer dentro de seu complexo, era provável que eles também não tivessem sobrevivido, pois os sérvios da Bósnia teriam bloqueado o acesso de suprimentos de alívio (água, comida) ou teriam removido os homens do complexo pela força. Nesse sentido, o Tribunal de Apelação estimou que a chance era de 30%.

No total, 239 dos aproximadamente 8 mil homens mortos em Srebrenica estiveram sob proteção do DUTCHBAT no complexo, antes de suas mortes nas mãos dos sérvios da Bósnia.

5 CONCLUSÃO

Os casos analisados neste trabalho não resultaram em compensação direta da ONU às vítimas do massacre em Srebrenica. Embora o ato de perfurar o véu corporativo e responsabilizar os Estados-membros pelos atos da Organização forneça às pessoas lesionadas um remédio, tal método pode ser um desincentivo para os Estados investirem na cooperação internacional no futuro.

No que concerne à imunidade da ONU, observou-se que as três instâncias dos tribunais holandeses apresentaram o mesmo resultado em suas decisões, embora as razões invocadas tenham sido, surpreendentemente, diferentes. Enquanto o Tribunal Distrital e o Supremo Tribunal decidiram estritamente fundamentados na imunidade absoluta da ONU, o Tribunal de Apelação optou por examinar a sua admissibilidade na tensão existente entre a imunidade da ONU e outra norma de direito internacional, que prevê o direito de um indivíduo a um remédio judicial. Tal dicotomia de abordagens gerou duas possibilidades de desenvolvimento jurisprudencial quanto à imunidade da Organização.

A primeira, advinda das decisões do Tribunal Distrital, do Supremo Tribunal, e do TEDH, reitera a natureza rígida da imunidade absoluta da ONU, dando um impulso ao desenvolvimento jurisprudencial segundo o qual a concessão de imunidade, pelo menos no que diz respeito às Nações Unidas, não depende da natureza das alegações subjacentes em um caso particular. Ademais, ao conceder a imunidade absoluta à ONU, os tribunais continuam a ser leais a concepção rígida de imunidade, evitando qualquer ruptura ou falha na interpretação desse conceito.

Em contrapartida, a decisão do Tribunal de Apelação enquadra-se no contexto de outro desenvolvimento dentro do corpo jurídico, optando por equilibrar os prós e os contras do conflito gerado entre dois princípios importantes do direito internacional, para posterior decisão quanto à aceitação ou não da imunidade da ONU. Tal exame de proporcionalidade e

legitimidade abriu as portas para um desafio baseado em direitos humanos para a imunidade da Organização. Dessa forma, assim como o caso foi decidido em seus próprios fatos, em outra situação, sob circunstâncias específicas e com o conjunto certo de fatos, a imunidade poderia ser limitada pela violação do direito de acesso a um tribunal.

Essa segunda adordagem torna-se fundamental a partir do momento que apresenta uma resposta ao problema que orientou esta pesquisa. O Tribunal de Apelação expôs um princípio baseado em direitos humanos que pode substituir ou modificar o conceito de imunidade absoluta, atualmente predominante para a ONU, por uma análise mais flexível, garantindo, ao mesmo tempo, o funcionamento e independência da Organização e não prejudicando indevidamente o acesso de partes privadas a um procedimento justo de solução de controvérsias.

No campo dos critérios de atribuição de conduta, constata-se que a dupla ou múltipla atribuição também contribui substancialmente na concessão de um remédio judicial para as demandas particulares, proporcionando um contrabalanço a imunidade da ONU. Nos casos *Mustafic* e *Nuhanovic*, o Tribunal de Apelação afirmou que a análise de "controle efetivo" se aplica igualmente para ambas as entidades. Ademais, afirmou que o controle efetivo sobre a conduta não pode se referir apenas a ordens diretas e efetivas, devendo também considerar a capacidade de prevenir a irregularidade. Ao dar um significado amplo ao conceito de "controle efetivo", incluindo a capacidade de prevenir, o tribunal traduziu o padrão de controle eficaz em um sistema de responsabilidade eficaz. Tal sistema atinge diretamente os ECT que ainda mantêm a autoridade exclusiva para selecionar os membros do contingente, nomear líderes, treinar as tropas, e punir aqueles que cometem crimes. Por meio da atuação com propósito e vigor em todas essas dimensões, os ECT poderão exercer um controle efetivo considerável para garantir a conduta em conformidade com ordens legais.

REFERÊNCIAS

ANNAN, Kofi. *We The peoples: the role of the United Nations in the 21st Century*. New York: United Nations, 2000. Disponível em: <http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/We_The_Peoples.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BIERRENBACH, Ana Maria. *O conceito de responsabilidade de proteger e o direito internacional humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. 320 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 240 p.

BOUGAREL, Xavier; DELPLA, Isabelle; FOURNEL, Jean-Louis. *Investigating Srebrenica: Institutions, Facts, Responsibilities*. New York: Berghahn Books, 2012. 224 p.

BRANCO, Carlos. *A Guerra nos Balcãs: Jihadismo, Geopolítica e Desinformação*. Portugal: Colibri, 2016. 286 p.

BRASIL. Ministério da Defesa. MD-34-M-02 *Manual de Operações de Paz*. 3. ed, 2013. 66 p.

Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2017.

Corte Internacional de Justiça – Caso *ALEMANHA* contra *ITÁLIA*: intervenção da Grécia, decisão de 3 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

Corte Internacional de Justiça – Caso relativo à aplicação da Convenção sobre a prevenção e punição do crime de genocídio (*BOSNIA E HERZEGOVINA* contra *SERVIA E MONTENEGRO*), decisão de 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Bosnia%20ICJ%20Feb%2007%20Ruling.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2017.

DANNENBAUM, Tom. *Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers*. *Harvard International Law Journal* VOLUME 51, NUMBER 1, WINTER 2010. p. 113-192. Disponível em: <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ_51-

1_Dannenbaum.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017.

DEKKER, Ige F. *et al. Judicial Decisions on the Law of International Organizations*. Oxford: Oxford University Press, 2016. 453 p.

Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (DARIO), com comentários 2011. Comissão de Direito Internacional. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2017.

Documento da ONU A/66/10 - Relatório da Comissão de Direito Internacional, 2011. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/527/74/PDF/N1152774.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 7 maio 2017.

Documento da ONU A/CN.4/545 - Comentários e observações recebidos de Organizações Internacionais, 2004. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_545.pdf&lang=EF5X>. Acesso em: 17 jul. 2017.

Documento da ONU A/CN.4/637/Add. 1 - Comentários e observações recebidos de Organizações Internacionais, 2011. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/237/52/PDF/N1123752.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

Documento da ONU A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 - Yearbook of the International Law Commission, 2011. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2017.

Documento da ONU S/1994/653 - Relatório da Comissão de Inquérito estabelecida de acordo com a Resolução 885 (1993) do CSNU para investigar ataques armados contra o pessoal da UNOSOM II, 1994. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/SOMALIA%20S%201994%20653.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2017.

Documento da ONU S/RES/819 - Resolução n.º 819 (1993), adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas na sua 3199.^a sessão, de 16 abr. 1993. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/221/90/IMG/N9322190.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

Documento da ONU S/RES/827 - Resolução n.º 827 (1993), adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas na sua 3217.^a sessão, de 25 maio 1993. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FAGANELLO, Priscila Liane Fett. *Operações de Manutenção da Paz da ONU: de que forma os Direitos Humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013. 372 p.

JABAR, Hakimi Abdul. *The Srebrenica Genocide: Abominable Atrocities In Our Lifetime*. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2016. paginação irregular.

LARSEN, Kjetil Mujezinovic. *Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority and Control' Test*. The European Journal of International Law Vol. 19 no. 3. 2008. p 509–531. Disponível em: <<http://ejil.org/pdfs/19/3/1628.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2017.

LARSEN, Kjetil Mujezinovic. *The human rights treaty obligations of peacekeepers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. 473 p.

Memorandum of Law in Support of the Motion of the United Nations to Dismiss and to Intervene – United States District Court, Southern District of New York – *CYNTHIA BRAZAK e NASR ISHAK* contra *ONU, KOFI ANNAN, WENDY CHAMBERLIN, RUDD LUBBERS, et al.* 2 out. 2007. Disponível em: <>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2017.

PAUST, Jordan J. *The U.N. is Bound by Human Rights: Understanding the Full Reach of Human Rights, Remedies, and Nonimmunity*. Harvard International Law Journal / Vol. 51 (APRIL 12, 2010): p. 1-12. Disponível em: <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ-Online_51_Paust.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*. Coimbra Editora. 2009. 948 p.

POWER, Samantha. *Chasing the flame: Sergio Vieira de Mello and the fight to save the world*. New York: The Penguin Press, 2008. 622 p.

REINISCH, August. 'The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of their Administrative Tribunals', Chinese Journal of International Law (2008) 7 (2): p. 285-306. Disponível em: <<https://academic.oup.com/chinesejil/article-abstract/7/2/285/280738>>. Acesso em: 13 maio 2017.

REINISCH, August; WEBER, Ulf Andreas. *In the Shadow of Waite And Kennedy*. International Organizations Law Review 1, 2004. p. 59-110. Disponível em: <http://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Publikationen/waite_kennedy_iolr_2004.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

ROBERTS, Adam. The So-Called ‘Right’ of Humanitarian Intervention. Yearbook of International Humanitarian Law 2000, vol. 3, 51 p. Disponível em: <https://weblearn.ox.ac.uk/access/content/user/1044/YBIHL_vol_3_2000__publ_2002__-_So-called_right_of_humanitarian_intervention.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2017.

SOFA (Status of Forces Agreement) N° 30006 UNITED NATIONS and BOSNIA AND HERZEGOVINA - Agreement on the status of the United Nations Protection Force in Bosnia and Herzegovina. Disponível em: <http://www.un-ilibrary.org/international-law-and-justice/treaty-series-1722_8a5b25c0-en-fr>. Acesso em: 12 jun. 2017.

Tribunal de Apelação em Haia – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e *ONU*, decisão de 30 mar. 2010. Disponível em: <[http://www.asser.nl/upload/documents/20120420T023804-Decision%20Court%20of%20Appeal%2030%20March%202010%20\(English\).pdf](http://www.asser.nl/upload/documents/20120420T023804-Decision%20Court%20of%20Appeal%2030%20March%202010%20(English).pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

Tribunal de Apelação em Haia – Caso *HASAN NUHANOVIC* contra o *ESTADO HOLANDÊS*, decisão de 5 jul. 2011. Disponível em: <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHSGR:2011:BR5388>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

Tribunal Distrital em Haia – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e *ONU*, decisão de 10 jul. 2008. Disponível em: <[http://www.asser.nl/upload/documents/20120420T023627-Decision%20District%20Court%20The%20Hague%2010%20July%202008%20\(English\).pdf](http://www.asser.nl/upload/documents/20120420T023627-Decision%20District%20Court%20The%20Hague%2010%20July%202008%20(English).pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

Tribunal Distrital em Haia – Caso *HASAN NUHANOVIC* contra o *ESTADO HOLANDÊS*, decisão de 10 set. 2008. Disponível em: <[http://www.asser.nl/upload/documents/2222012_30115Nuhanovic%2010%20September%202008%20\(English\).pdf](http://www.asser.nl/upload/documents/2222012_30115Nuhanovic%2010%20September%202008%20(English).pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2017.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Caso *AL-ADSANI* contra *REINO UNIDO*, decisão de 21 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cases,ECHR,3fe6c7b54.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Caso *BEER & REAGAN* contra *GERMANY*, decisão de 18 fev. 1999. Disponível em: <http://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/international-institutional-law/allegati-pubblici/CASEOFBEERANDREGANv.GERMANY.pdf/at_download/file>. Acesso em: 30 jun. 2017.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e *ONU*, decisão de 11 jun. 2013. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-122255"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Caso *WAITE & KENNEDY* contra *GERMANY*,

decisão de 18 fev. 1999. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/9059ec/pdf/>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia – Caso *PROMOTOR* contra *RADISLAV KRSTIC*, decisão de 19 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

Supremo Tribunal Holandês – Caso *MÃES DE SREBRENICA E OUTROS* contra o *ESTADO HOLANDÊS* e *ONU*, decisão de 13 abr. 2012, item. Disponível em: <<http://www.asser.nl/upload/documents/20120905T111510-Supreme%20Court%20Decision%20English%2013%20April%202012.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

Supremo Tribunal Holandês – Caso *HASAN NUHANOVIC* contra o *ESTADO HOLANDÊS*, decisão de 6 set. 2013. Disponível em: <<http://www.asser.nl/upload/documents/20130909T125927-Supreme%20Court%20Nuhanovic%20ENG.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

VERDIRAME, Guglielmo. *The UN and human rights: who guards the guardians?* Cambridge: Cambridge University Press. 2011. 448 p.

WEISS, Thomas. *Humanitarian Intervention: War and Conflict in the Modern World*. 3. ed. Cambridge: Polity Press, 2008. 272 p.