

**COORDENAÇÃO**  
WAGNER MENEZES

**ORGANIZADORES**  
ALDO NUNES FILHO  
PAULO HENRIQUE  
REIS DE OLIVEIRA

# TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

**E A GARANTIA DOS DIREITOS  
SOCIAIS**

**TRIBUNAIS INTERNACIONAIS  
E A GARANTIA DOS  
DIREITOS SOCIAIS**



WAGNER MENEZES  
(Coordenador)

ALDO NUNES FILHO  
PAULO HENRIQUE REIS DE OLIVEIRA  
(Organizadores)

**TRIBUNAIS INTERNACIONAIS  
E A GARANTIA DOS  
DIREITOS SOCIAIS**

São Paulo  
2021

## CONSELHO EDITORIAL

Camilla Capucio  
Daniela Bucci  
Luisa Giannini  
Mônica Nogueira Rodrigues  
Paulo Henrique Reis de Oliveira  
Rafael Santos Morais  
Sibele Walkiria Lopes

## EDITORAÇÃO

Ana Maria Zügel

T822t Tribunais internacionais e a garantia dos direitos sociais / Adriano Alberto Smolarek ... [et al.] ; coordenação Wagner Menezes ; organizadores Aldo Nunes Filho , Paulo Henrique Reis de Oliveira. [Curitiba] : Academia Brasileira de Direito Internacional, 2021.  
xx, 330 p.

Inclui Bibliografia.

Vários autores.

ISBN: 978-65-9964-370-5

1. Direito internacional. 2. Tribunais internacionais. 3. Direitos humanos. 4. Refugiados. I. Título. II. Smolarek, Adriano Alberto. III. Menezes, Wagner (coord.). IV. Nunes Filho, Aldo (org.). V. Oliveira, Paulo Henrique Reis de.

CDD 341.481

Elaborada por: Thaís Guedes Ferreira  
CRB 8/010206/O

*“A soberania é expressão do Direito e não o contrário, ela é concedida pelo povo e, por isso, nenhuma pessoa pode invocar o princípio da soberania para justificar a não aplicação de um direito fundamental. Quando a soberania é utilizada como mecanismo para justificar o não reconhecimento de direitos elementares ao ser humano atribuído pela humanidade em sua trajetória civilizacional, ela passa a ser tirania, contrariando o fundamento da justiça que nutre a base principiológica do Direito.”*

(Wagner Menezes)



## **AUTORES**

### **ADRIANO ALBERTO SMOLAREK**

Doutorando e Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor de Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa.

### **ALANNA ALÉSSIA RODRIGUES PEREIRA**

Advogada. Mestranda em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assistente Editorial (CEDIsF). Pesquisadora em Direito Internacional Público com ênfase nos Tribunais e Cortes Internacionais e História do Direito.

### **ANNA CLARA FORNELLOS ALMEIDA**

Doutoranda em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bacharel (UFPE, 2014) e Mestre em Direito (UFPE, 2020). Advogada. Pesquisadora.

### **BARBARA MOURÃO SACHETT**

Doutoranda em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Pesquisadora do CEDMAR/USP e do NETI/USP. Professora de Direito Internacional. Advogada. Membro da ABDI.

### **BEATRIZ FERRUZZI REBES**

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente. Pós-graduanda em Direitos Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Autônoma de Chiapas (México).

### **CAMILA VENTURIM RIBEIRO DOS SANTOS**

Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, e graduanda em Direito pela mesma instituição. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI) - Universidade de São Paulo (USP).

### **CAMILLA CAPUCIO**

Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e bacharel em direito pela mesma universidade.

### **CHARLOTTH BACK**

Doutora em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide, com estágio doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Mestre em Relações Internacionais pela UERJ.

### **DANIELA BUCCI**

Doutora e Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP. Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (ODHUSCS). Pesquisadora do NETI-USP, coordenando o subgrupo de Cortes DH.

### **DANIELLE MENDES THAME DENNY**

Current research interests are: bioeconomy of renewable biomass energy, voluntary sustainability standards, ESG of the agribusiness, and global value chain governance. Lawyer licensed to practice in Brazil since 2001(OAB/SP). Former CAPES/CNPQ fellow.

### **ENRIQUE PACE LIMA FLORES**

Aluno de graduação em Direito da PUC-Campinas, SP.

### **FABRÍCIA SANTOS RABELO**

Mestranda em Direito Internacional na Griffith College Dublin. Pós-Graduada em Direito Internacional pelo Centro de Direito e Negócios (CEDIN). Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI).

### **GRAZIELA TAVARES DE SOUZA REIS**

Doutoranda no PROLAM/USP. Mestre em Direito Internacional pela UCB. Graduada em Direito pela UEL. Pesquisadora no NETI/USP, na Cátedra José Bonifácio/USP e no NUPEDELAS /USP. Professora Adjunta na Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogada.

### **HENRIQUE MARCOS**

PhD student in Law at University of São Paulo (USP) and Maastricht University (UM). Master of Legal Sciences at the Federal University of Paraíba (UFPB). Researcher at NETI (USP) and GLaw-NET (UM).

### **HUGO DE OLIVEIRA MARTINS**

Doutorando em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista CAPES. Bacharel (UFPE, 2018) e Mestre em Direito (UFPE, 2020). Advogado. Pesquisador na área de Direito Internacional.

### **JAMILE GONÇALVES CALISSI**

Doutorado e Mestrado em Direito Constitucional pela CEUB-ITE. MBA em Gestão Empresarial pela FGV. Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da UEMG, Unidade Ituiutaba. Professora Titular no Mestrado Profissional.

### **JÚLIA RAQUEL DO LAGO PEREIRA DOS SANTOS**

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Membro do Grupo de Pesquisa em Tribunais Internacionais da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogada.

### **JULIANA TOMIKO RIBEIRO AIZAWA**

Bacharel em Direito pela UFMS/CPTL, mestra em Fronteiras e Direitos Humanos pela UFGD, professora da graduação e pós-graduação, coordenadora do Grupo de Pesquisa Mobilidade Integração e Direitos Humanos (MIDH), advogada com ênfase em Direito Público.

### **LUCAS OLIVEIRA VIANNA**

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí).

### **MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI**

Delegado de Polícia Civil, Mestre em Direito Penal pela Universidade de Franca, Doutorando em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, e professor de Direito Penal.

### **MARIANA PASSOS BERALDO**

Mestre em Direito Internacional e Europeu e Doutoranda em Direito na NOVA School of Law da Universidade Nova de Lisboa (UNL). Investigadora do CEDIS. Pesquisadora do NETI/USP. Professora da Graduação da UNIARA. Advogada.

### **MARIANE MORATO STIVAL**

Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB, 2017), com estágio doutoral realizado na Universidade de Paris, Panthéon-Sorbonne, com bolsa da Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAPDF). Advogada. Professora.

### **MATHEUS THIAGO CARVALHO MENDONÇA**

Bacharelado em Direito pela Universidade Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Membro e Pesquisador-Assistente da Human Development & Capability Association.

### **MURILO BORGES**

Bacharelado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional. Voluntário no Brazilian Institute for the Law of the Sea (BILOS). Pesquisador NETI/USP.

### **NATHALIA PENHA CARDOSO DE FRANÇA**

Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pesquisadora do NETI/USP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Sistema de Justiça e Estado de Exceção” (PUC/SP).

### **PEDRO PULZATTO PERUZZO**

Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) e da Faculdade de Direito da mesma Universidade (Centro de Ciências Humanas), doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

**SIBELE WALKIRIA LOPES**

Graduada em Direito pela (USJT). Mestre em Direito pela USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (NETI/USP, 2012-presente).

**TATIANA DE A. F. R. CARDOSO SQUEFF**

Professora de Direito Internacional na Universidade Federal de Uberlândia. Expert brasileira na HCCH. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS/University of Ottawa. Mestre em Direito Público pela Unisinos. Pesquisadora NETI/USP.

**THAIS GABRIELLE DA SILVA LEMOS**

Advogada. Formada em Direito pela Universidade Educativa Evangélica de Anápolis. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Atame. Pesquisadora pelo NETI-USP



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	XVII
CAPÍTULO 1	
O <i>NON-REFOULEMENT</i> COMO NORMA <i>JUS COGENS</i> : uma análise sob a perspectiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos <i>Adriano Alberto Smolarek e Júlia R. L. Pereira dos Santos</i> .....	1
CAPÍTULO 2	
PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA: do Projeto de Codificação feito por Epitácio Pessoa ao seu voto dissidente no Caso Mavrommatis <i>Alanna Aléssia Rodrigues Pereira</i> .....	25
CAPÍTULO 3	
CONSTRUINDO CAMINHOS PARA O DIREITO À CIÊNCIA E À CULTURA: perspectivas a partir da jurisprudência europeia e interamericana sobre os Direitos Culturais <i>Anna Clara Fornellos Almeida e Hugo de Oliveira Martins</i> .....	43
CAPÍTULO 4	
A CONTRIBUIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL PARA A SISTEMATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E A NOÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO SOCIAL <i>Barbara Mourão Sachett</i> .....	61
CAPÍTULO 5	
O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E SUA APLICAÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO <i>Beatriz Ferruzzi Rebes e Marcus Vinicius F. Aquotti</i> .....	79

<p>CAPÍTULO 6  AN ANALYSIS OF NATO’S MILITARY INTERVENTION  IN LIBYA IN 2011 AND THE RESOLUTION 1973  <i>Camila Venturim Ribeiro dos Santos e Fabrícia Santos Rabelo</i>.....</p>	101
<p>CAPÍTULO 7  BIOECONOMIA E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO  COMÉRCIO: um comentário inicial  <i>Camilla Capucio e Danielle Mendes Thame Denny</i>.....</p>	123
<p>CAPÍTULO 8  O DIREITO À REFORMA AGRÁRIA, A CONSTITUIÇÃO  DE 1988 E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS  HUMANOS: uma análise inspirada na ADPF 769  <i>Charloth Back e Nathalia Penha Cardoso de França</i> .....</p>	143
<p>CAPÍTULO 9  FEMINICÍDIO: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS  HUMANOS E A PERSPECTIVA DE GÊNERO PARA O  ALCANCE DE JUSTIÇA SOCIAL  <i>Daniela Bucci e Graziela Tavares de Souza Reis</i> .....</p>	165
<p>CAPÍTULO 10  A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS  HUMANOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS  DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA  <i>Enrique Pace Lima Flores e Pedro Pulzatto Peruzzo</i> .....</p>	185
<p>CAPÍTULO 11  A STUDY ON DEFEASIBILITY AND DEFEATERS IN  INTERNATIONAL LAW: process or procedure distinction against  the non-discrimination rule  <i>Henrique Marcos</i>.....</p>	199
<p>CAPÍTULO 12  THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION  CONTRIBUTION TO ACHIEVE THE 2030 AGENDA:  Case Hinkley Point C  <i>Jamile Gonçalves Calissi e Mariana Passos Beraldo</i> .....</p>	231

<p>CAPÍTULO 13</p> <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (TAOIT) E AS CONTROVÉRSIAS TRABALHISTAS DE FUNCIONÁRIOS INTERNACIONAIS</p> <p><i>Juliana Tomiko Ribeiro Aizawa e Sibebe Walkiria Lopes</i> ..... 251</p>	251
<p>CAPÍTULO 14</p> <p>UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO SOBRE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS Y SUS EFECTOS SOBRE LA LIBERTAD DE CREENCIA</p> <p><i>Lucas Oliveira Vianna e Matheus Thiago Carvalho Mendonça</i> ..... 271</p>	271
<p>CAPÍTULO 15</p> <p>O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NOS CASOS DE ECOCÍDIO: impactos de sua tipificação na garantia dos direitos sociais e a possível relação com as tragédias ambientais em Mariana e Brumadinho no Brasil</p> <p><i>Mariane Morato Stival e Thais Gabrielle da Silva Lemos</i> ..... 299</p>	299
<p>CAPÍTULO 16</p> <p>A AGENDA INTERNACIONAL HUMANIZADA SOB JUDICE NO ÂMBITO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: uma questão de fragmentação ou de sistematização?</p> <p><i>Murilo Borges e Tatiana de Almeida F. R. Cardoso Squeff</i> ..... 311</p>	311



## APRESENTAÇÃO

Entre os anos de 2020 e 2021, a humanidade enfrentou gravemente a pandemia da Covid-19, um inimigo comum que trouxe reflexões sobre a efetividade dos mecanismos normativos internacionais, como instrumento para reivindicação e proteção de direitos, além dos desenhos referencias da divisão entre soberanias e povos, mas espaço coletivo comum disciplinado por mecanismos do Direito Internacional.

Da mesma forma, as aulas, os cursos e os grupos de pesquisa tiveram que se adaptar a um novo contexto de relações virtuais que, inicialmente, se mostravam como grande desafio, mas que foram fundamentais e permitiram a continuidade dos estudos e pesquisas ampliando o contexto das oportunidades de debates localizados.

Nesse tempo, o Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (NETI-USP) passou por um período de reorganização interna e reestruturação administrativa e teórica com adoção de novo modelo de gestão e discussão, tendo fortalecido os seus quadros com um grupo de excelência de pesquisadores a partir de critérios rigorosos de seleção de seus membros.

Cabe destacar que o NETI adotou compromisso de tratar as suas discussões teóricas centralizadas sob a perspectiva de Ciência do Direito com forte ênfase em metodologia e epistemologia com aprimoramento dos debates e discussões sobre as pesquisas e projetos realizados por seus pesquisadores.

Como sempre ocorreu em outros períodos, os temas centrais de discussão orientaram e nutriram os debates anuais do núcleo e, nesse sentido, a definição da temática central para o ano de trabalho como sendo “*Tribunais Internacionais e a garantia dos Direitos Sociais*” mostrou-se como grande desafio. A proposta apresentada aos pesquisadores foi a de estabelecerem, ao longo do ano, a relação entre as linhas de pesquisa desenvolvidas no âmbito do grupo, quais sejam a **linha 1:** Ativismo e Legitimidade dos Tribunais Internacionais e a **linha 2:** Visão Sistêmica do Direito Internacional a partir dos Tribunais Internacionais, com as atualíssimas discussões havidas a respeito da necessária observação daqueles direitos quando se trata da atuação das Cortes e Tribunais Internacionais.

Como resultado, a partir da abertura do processo de seleção de artigos para compor esta obra, tanto os pesquisadores vinculados ao Núcleo quanto aqueles que, ainda que não vinculados, compartilham da preocupação em abordar o tema proposto com seriedade e comprometimento científico, tornaram possível a concretização de um composto por discussões densas e inovadoras que, sem dúvida, possibilitarão a abertura de novas discussões sobre o tema.

Nesse sentido, apresentamos à comunidade acadêmica internacional a obra “*Tribunais Internacionais e a garantia dos Direitos Sociais*”, escrita coletivamente, a partir de edital público, por pesquisadores do país, que se debruçaram sobre a temática central para elaborar teses e reflexões, que nesse ano passa a ser editada eletronicamente, com selo de publicação da Academia Brasileira de Direito Internacional, composta por artigos relevantes sobre o tema central. São abordados os seguinte assuntos: Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho (TAOIT) e as controvérsias trabalhistas de funcionários internacionais; Bioeconomia e a Organização Mundial do Comércio: um comentário inicial; A afirmação da visão sistêmica do Direito Internacional pela Corte Internacional de Justiça através da judicialização da agenda internacional humanizada; A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a proteção dos direitos sociais das pessoas com deficiência; A contribuição da jurisprudência internacional em matéria ambiental para a sistematização dos princípios do Direito Internacional

ambiental e a noção do meio ambiente como direito social; Proteção diplomática: do projeto de codificação feito por Epiácio Pessoa ao seu voto dissidente no caso Mavrommatis; *A study on defeasibility and defeaters in international law: process or procedure distinction against the non-discrimination rule*; *An analysis of nato's military intervention in Libya in 2011 and the Resolution 1973*; Construindo bases sólidas para o direito à ciência e à cultura: uma análise comparativa da jurisprudência internacional sobre os direitos culturais; O princípio da fraternidade e sua aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro; O direito à reforma agrária, a Constituição de 1988 e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise inspirada na ADPF 769; O *non-refoulement* como norma *jus cogens*: uma análise sob a perspectiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; O Tribunal Penal Internacional nos casos Ecocídio: impactos de sua tipificação na garantia dos direitos sociais e a possível relação com as tragédias ambientais em Mariana e Brumadinho no Brasil; Femicídio: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a perspectiva de gênero para o alcance de justiça social; *The Court Of Justice of The European Union contribution to achieve the 2030 Agenda: case Hinkley Point C*; *Un análisis crítico de la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre los símbolos religiosos en los espacios públicos y eus efectos sobre la libertad de creencia*.

Nesta oportunidade, é importante agradecer a todos os membros do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais que estiveram presentes nos debates mensais, e às pessoas que tornaram possível a realização da obra, especialmente aqueles que diretamente trabalharam para a sua configuração e editoração: professor Paulo Oliveira, professoras Luisa Giannini e Mônica Rodrigues, membros da equipe de administração e coordenadores de subgrupos de acompanhamento das atividades das Cortes e Tribunais Internacionais dentro do NETI; professoras Camilla Capucio, Daniela Bucci, Sibeles Lopes e ao professor Rafael Morais, coordenadores de subgrupos e membros do comitê científico desta obra.

O Brasil, crescentemente, é partícipe ativo de Tribunais Internacionais e esses compõem efetivamente o quadro da jurisdição do Sistema Jurídico brasileiro como mecanismos integrados de comunicação a partir do fundamento axiomático-sistêmico do Direito Internacional. Seu estudo é de extrema relevância para o Direito e, por isso, a obra espera dar contribuição fundamental para a pesquisa jurídica no Brasil.

Novembro de 2021.

**WAGNER MENEZES**

*Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Presidente da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e Diretor Científico do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da USP.*

**ALDO NUNES FILHO**

*Doutorando em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e Coordenador-Geral do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da USP.*

## CAPÍTULO 1

### **O *NON-REFOULEMENT* COMO NORMA *JUS COGENS*: uma análise sob a perspectiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

*Adriano Alberto Smolarek  
Júlia Raquel do Lago Pereira dos Santos*

**Resumo:** O aumento dos fluxos migratórios globais tem representado um tema que afeta a uma quantidade cada vez mais abrangente de Estados. As dinâmicas que envolvem a proteção às pessoas em deslocamento, bem como, solicitantes de asilo e refugiados representam preocupantes indicadores de que a dignidade da pessoa humana necessita ser – e sempre estar – (n)o centro das atenções estatais. Diante deste cenário, após esmiuçar histórica e juridicamente o surgimento e a evolução do Princípio de Non-Refoulement ao longo do tempo, o presente escrito busca discutir o papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com especial atenção à jurisprudência emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no relativo ao referido Princípio. Desta discussão emerge a discussão relativa à possibilidade ou não, de que o referido princípio seja classificado como *jus cogens*. Utilizando o método hipotético-dedutivo através de uma análise bibliográfica e documental, o escrito analisa o impacto dos fluxos migratórios atuais no plano doméstico e internacional, evidenciando a imprescindibilidade do Non-Refoulement e concluindo pelo avanço das emanações hermenêuticas de cunho jurisprudencial da Corte Interamericana que possibilitam considerar materialmente o referido princípio como norma imperativa de direito internacional.

**Palavras-chave:** Direito dos Refugiados; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Non-Refoulement; *Jus Cogens*.

## **Introdução**

Considerando as tendências globais de deslocamento forçado e a intensificação de fluxos migratórios, a análise do Princípio de Non-Refoulement mostra-se relevante para o contexto do Direito Internacional dos Refugiados e dos Direitos Humanos, uma vez que representa um importante mecanismo de proteção aos direitos das pessoas em deslocamento. Os crescentes índices de mobilidade humana e a tendência de aumento deste fluxo são causados, entre outras razões, pela existência, em determinado território, de ameaças à vida ou liberdade, do fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação de determinado grupo social e pelas opiniões políticas, o fortalecimento de conflitos, a ocorrência de desastres naturais, o acesso inadequado a serviços básicos e oportunidades econômicas.

De acordo com o Alto-Comissariado das Nações Unidas sobre Refugiados, doravante ACNUR, houve um crescimento considerável da população global de pessoas deslocadas à força na última década, de 43,3 milhões em 2009 para 70,8 milhões em 2018 (ACNUR, 2019). No final de 2019, havia 79,5 milhões de deslocados forçados no mundo, em decorrência de perseguições, conflitos, violência, violações de direitos humanos e eventos que afetaram a ordem pública (ACNUR, 2020).

Embora o impacto total da pandemia Covid-19 sobre o deslocamento global ainda não esteja claro, notou-se uma diminuição drástica na chegada de novos refugiados e requerentes de asilo na maioria das regiões. Mesmo com as restrições à mobilidade no cenário pandêmico, no final de 2020, havia 82,4 milhões de pessoas deslocadas à força em todo o mundo (ACNUR, 2020).

Com a intensificação dos fluxos migratórios, surgem problemáticas sociais e específicas demandas por proteção jurídica, pois tais pessoas, especialmente refugiados, assumem posição de vulnerabilidade em razão das dificuldades inerentes à locomoção e ingresso no território de um terceiro Estado. Constata-se em diversos Estados, o desenvolvimento de legislações e políticas públicas que não reconhecem as pessoas migrantes como sujeitos de direitos, tornando-se óbice no acesso aos recursos de proteção nos casos de violações de

Direitos Humanos e, no mesmo sentido, existem Estados que não asseguram os preceitos humanos básicos dessas pessoas, promovendo a devolução forçada aos seus países ou regiões de origem, sem que tenha cessado o risco de perseguição que causou o deslocamento.

Desta forma, o Princípio de Non-Refoulement assume particular relevância na proteção dos refugiados e povos deslocados, pois ele proíbe Estados receptores de rejeitar, expulsar ou devolver (refouler) um refugiado, retirando-o de seu território e transferindo-o ao Estado de origem, no qual sua vida, integridade pessoal, entre outros direitos, estejam em risco. A centralidade acadêmica do estudo do Princípio de Non-Refoulement é evidente ante as razões já mencionadas que, por si, geram demandas políticas, sociais e jurídicas, que necessitarão de respostas científicas.

Portanto, por imprescindível, o debate sobre o tema não se trata de uma ficção ou quimera em qual o Estado, sobretudo o brasileiro, não vislumbra a necessidade da atenção devida. A intensificação dos fluxos migratórios nas Américas demonstra a urgência da temática e justifica o presente estudo, desde a perspectiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Assim, este trabalho pretende examinar o patrimônio jurídico interamericano na proteção contra a devolução, verificando o conceito, o alcance e a cogência atribuídos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com ênfase na jurisprudência da Corte Interamericana, ao Princípio de Non-Refoulement e, por fim, verificar se o Princípio de Non-Refoulement pode ser reconhecido como norma de jus cogens ante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Para tal finalidade, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, considerando a existência de possível lacuna no tocante à interpretação e aplicação do Princípio de Non-Refoulement no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, partindo do fato de que este princípio é amplamente difundido no Sistema Universal de Direitos Humanos e aplicado em outros tribunais internacionais, gerando o questionamento sobre o nível da abordagem do Princípio de Non-Refoulement no Sistema Interamericano e, se nesse sistema, o princípio seria reconhecido como jus cogens, equiparadamente aos demais sistemas.

## **1 A Conjuntura do Cenário Migratório Global**

As evidências fáticas da necessidade de resguardo são muitas. Nos últimos dez anos **100 milhões de pessoas foram forçadas a fugir de suas casas, buscando refúgio dentro ou fora das fronteiras de seu país e, dentre outros motivos, houve eventos que** contribuíram para o deslocamento maciço, sendo os principais: a eclosão do conflito sírio no início da década, que persiste até hoje; crise de deslocamento do Sudão do Sul, que se seguiu à sua independência; o conflito na Ucrânia; a chegada de refugiados e migrantes na Europa por via marítima; o fluxo maciço de refugiados apátridas de Mianmar para Bangladesh; o fluxo de venezuelanos na América Latina e no Caribe; a crise na região africana do Sahel, onde conflitos e mudanças climáticas estão colocando em risco muitas comunidades; conflitos e questões de segurança no Afeganistão, Iraque, Líbia e Somália; conflito na República Centro-Africana; deslocamento interno na Etiópia; novos surtos de luta e violência na República Democrática do Congo; a grande crise humanitária e de deslocamento no Iêmen (ACNUR, 2019).

Em análise dos movimentos recentes de refugiados, houve aumento substancial das cifras, sobretudo os que decorrem dos conflitos nos países do Oriente médio e Norte da África, com ênfase para a guerra na Síria (OLIVEIRA; PEIXOTO; GÓIS, 2017). Mais de dois terços (68%) de todos os refugiados e deslocados no exterior vieram de apenas cinco países: Síria (6,7 milhões), Venezuela (4 milhões), Afeganistão (2,6 milhões), Sudão do Sul (2,2 milhões) e Myanmar (1,1 milhão), evidenciando que a maioria dos refugiados são provenientes de países em conflito interno e/ou armado (ACNUR, 2020).

No âmbito americano, destacam-se os números referentes ao fluxo migratório venezuelano. Em 2020, constatou-se a cifra de 82,4 milhões de pessoas deslocadas à força em todo o mundo, das quais 4 milhões correspondem apenas à venezuelanos refugiados e deslocados para o exterior, alcançando 5,4 milhões em se tratando de refugiados, migrantes e requerentes de asilo venezuelanos, relatados pela Plataforma de Coordenação para Refugiados e Migrantes da

Venezuela. Em relação aos países que mais receberam refugiados, sobressai-se a Turquia que hospedou quase 3,7 milhões de refugiados, seguidamente da Colômbia que admitiu em seu território mais de 1,7 milhão, incluindo venezuelanos deslocados para o exterior (ACNUR, 2020).

Diversas são as causas que levam à mobilidade humana. No tocante aos refugiados, a partida do país de origem em busca de proteção em outro território decorre de ameaças à vida ou liberdade, do fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação de determinado grupo social ou pelas opiniões políticas, entre outros. Fluxos expressivos de refugiados são gerados, principalmente, em decorrência de guerras, conflitos comunitários, instabilidade política, terrorismo, revoluções, expulsões de grupos étnicos ou religiosos, deslocamentos e desalojamento de populações, desastres naturais, entre outros eventos que conduzem à violência, risco de vida ou opressão de direitos. Associadas a estas causas também existem fatores econômicos, sociais e políticos (OLIVEIRA; PEIXOTO; GÓIS, 2017). As condições e consequências do deslocamento forçado variam de acordo com a realidade dos países ou regiões envolvidas no processo de migração.

No cenário de intensificação de migrações no âmbito da União Europeia (UE), no ano de 2016, o Secretário Geral das Nações Unidas afirmou que a União Europeia estava enfrentando “a maior crise de refugiados e pessoas deslocadas do nosso tempo” (ANCELIN, 2018). As medidas adotadas pela UE em resposta ao afluxo de refugiados representaram no aprofundamento do seu arsenal de segurança e repressão, o que foi objeto de críticas. As rotas utilizadas pelos solicitantes de asilo são repletas de armadilhas e às vezes tornam-se óbice material ou imaterial para a apresentação do pedido de asilo. Também existem obstáculos operados pelos próprios Estados-Membros, como a construção de muros para impedir a chegada de migrantes em seu território, a interceptação de migrantes em alto mar, a repulsão indireta, quando o Estado utiliza medidas normativas para impor o ônus da apreciação ou proteção a outro Estado, entre outras (ANCELIN, 2018). Neste contexto, o ACNUR observou que, na Europa, predomina a retórica anti-migrante, a qual impede a

construção de uma governança da migração funcional e dificulta a ampliação da solidariedade internacional (ONU, 2016).

No âmbito das Américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem observado com preocupação a situação em vários países, nos quais migrantes, requerentes de asilo e refugiados são frequentemente colocados sob detenção de imigração, sem a análise individualizada acerca da necessidade desta medida. Na região, não há marcos legais e consensos sobre a detenção dos solicitantes de asilo e refugiados (CIDH, 2015). Portanto, a necessidade de resguardo resta justificada por um conjunto de fatores, como, os motivos inerentes à busca e solicitação de refúgio, os perigos e violações de direitos enfrentados no trajeto até o país no qual se buscará refúgio, os freios estatais na análise das solicitações, entre tantos outros óbices na busca pela proteção internacional, que, por diversas vezes, resultam no Refoulement.

## **2 A Conjuntura do Cenário Migratório Intraestatal**

Uma vez admitidos pelos Estados em seu território, os migrantes ficam em situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos. Tal condição deriva de uma dimensão ideológica, variando conforme o contexto histórico e político de cada Estado. A vulnerabilidade engloba situações de direito, ante a existência de legislação desigual entre nacionais e estrangeiros, e de fato, pelas desigualdades estruturais. A principal consequência, é a dificuldade de acesso aos recursos públicos administrados pelo Estado (CORTEIDH, 2019).

Verificam-se obstáculos para o acesso à justiça e ausência de recursos idôneos em casos de violações de direitos humanos, transparecendo a atuação discricionária de muitas autoridades frente aos migrantes e suas famílias, a ausência do devido processo legal nos procedimentos envolvendo essas pessoas, a proteção judicial insuficiente ou inexistente e, em consequência, a alta impunidade das violações de direitos humanos (CORTEIDH, 2019). Quando uma comunidade identifica a necessidade de proteção jurídica voltada à uma temática ou grupo específico, tende a interferir, impondo seu

núcleo consciente de valores básicos. O processo de reconhecimento de determinada norma como vetor axiológico forte e relevante papel social, constitui um princípio (BARROS CARVALHO, 2003).

A justificativa jurídica para o Princípio de Non-Refoulement decorre das necessidades e demandas das pessoas em deslocamento e dos anseios da comunidade internacional. O reconhecimento jurídico das temáticas de direitos humanos do direito internacional, gera o reconhecimento por parte Estados-membros da sociedade internacional de que, os preceitos do Direito Internacional obrigam tanto interna como internacionalmente, devendo os Estados, de boa-fé, respeitar e exigir normas que contrataram ou as normas consuetudinárias do direito internacional.

### **3 O Princípio de Non-Refoulement no Direito Internacional**

O Refoulement, deriva do verbo Refouler, que traduzido do francês significa devolver, repelir. Já o Non-Refoulement, é um princípio de Direito Internacional e conforme sua interpretação em sentido amplo, consiste na proibição de devolver uma pessoa a um país onde corra o risco de sofrer perseguição, tortura, ou tenha a vida e/ou liberdade ameaçadas (GOODWIN-GILL, 2014).

O advento do Refoulement se deu na Europa, com o fim de qualificar o processo informal de rejeição de imigrantes indocumentados e assim distingui-lo da expulsão ou deportação. Neste período, a prática não era desaprovada pelos Estados e, por vezes, era objeto de acordos bilaterais. No século XIX, com o desenvolvimento do instituto do asilo e o princípio da não extradição de criminosos políticos, notaram-se os primeiros indícios de reprovação do Refoulement (CARDOSO, 2014).

Somente em 1928, iniciou-se a normatização da prática do Refoulement em âmbito internacional, por meio do Ajuste Relativo ao Estatuto Jurídico dos Refugiados Russos e Armênios de 1928. O documento é de suma importância, pois simboliza a primeira tentativa de se definir, em termos jurídicos e na forma de um instrumento internacional, a condição legal dos refugiados. Ademais, em seu item nº 7, o documento apresentou recomendações de não-devolução ou expulsão dos refugiados (BONI, 2016). Para Fischel de Andrade, o

Ajuste de 1928 é “o embrião do Princípio de Non-Refoulement” (FISCHEL DE ANDRADE, 1996 apud ARAÚJO; BARRICHELLO, 2016).

Entretanto, o dever de Não-Devolução foi mencionado pela primeira vez no Artigo 3º da Convenção de 1933, relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados, no qual estipulou-se o compromisso das partes contratantes em não retirar de seu território com medidas de expulsão ou repulsão, os refugiados autorizados a nele residir regularmente, bem como, não devolvê-los à fronteira do seu país de origem (GOODWIN-GILL, 2014; SOCIEDADE DAS NAÇÕES, 1933). Posteriormente, a Convenção Relativa aos Refugiados Provenientes da Alemanha, redigida em 1938, proibiu a expulsão ou devolução dos refugiados ao território alemão, reiterando o Princípio de Non-Refoulement (ARAÚJO; BARRICHELLO, 2016). No mesmo sentido foi a IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra de 1949 (ONU, 1949). Por fim, cabe destaque à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), doravante Estatuto dos Refugiados, na consolidação do Princípio de Non-Refoulement, que foi previsto como cláusula na qual é vedada reserva, portanto, cogente (SILVA, 2015).

Especialmente após a inserção do Non-Refoulement no Estatuto dos Refugiados, ele foi reproduzido, *mutatis mutandis*, em outros instrumentos internacionais. Destacam-se alguns documentos internacionais na evolução e consolidação do Non-Refoulement: Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954; Convenção Europeia Sobre Extradicação de 1957; Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial de 1967; Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969; Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969; Convenção Interamericana Sobre Extradicação de 1981; Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos de 1981; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984; Declaração de Cartagena de 1984; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985; Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados de 1992; Declaração e Plano de Ação do

México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina de 2004 (SILVA, 2015).

Diante do exposto, constatou-se que o princípio está referenciado em diversos instrumentos, no âmbito universal e regional, com a finalidade de proteger os refugiados ou solicitantes de refúgio e de garantir a não devolução de todo e qualquer ser humano para um local onde corra risco de perseguição.

#### **4 Conceito e Cogência do Non-Refoulement**

O Estatuto dos Refugiados de 1951, foi um marco no desenvolvimento do Non-Refoulement, pois seu texto legal previa o princípio e o caracterizava, de forma expressa, como norma cogente. Após o Estatuto dos Refugiados, o conceito e o alcance do princípio foram ampliados por diversos instrumentos internacionais de proteção e pela interpretação conferida pelos tribunais nacionais e internacionais (BONI, 2016).

Compreende-se que o Non-Refoulement não diz respeito a obrigatoriedade de admissão no território de um Estado, mas basilaramente, ao não retorno dos refugiados a locais onde possam estar em perigo (GOODWIN-GILL, 2014). Isto é, impõe ao Estado receptor uma responsabilidade negativa, de não-devolver um refugiado para local onde sofra algum perigo, e positiva, incentivando a admissão de refugiados em seu território para prevenção dos riscos (TRINDADE, 2006). Neste sentido, o princípio também passou a ser relacionado a outros princípios de proteção aos direitos humanos, como o princípio da não discriminação, da cooperação internacional, da solidariedade internacional e da unidade familiar (SILVA, 2015). Na sua dimensão preventiva, associou-se a outros mecanismos de proteção, buscando evitar massivas violações de direitos como resultantes de uma extradição, deportação ou expulsão.

Entretanto, presencia-se a sofisticação das medidas coordenadas pelos Estados para restringir a entrada de refugiados e afastar sua responsabilização internacional (ANCELIN, 2018). Por tal motivo, torna-se cabível a interpretação expansiva do Non-

Refolement nos termos Estatuto dos Refugiados (LAUTERPACHT; BETHLEHEM, 2003).

O âmbito de aplicação do Princípio de Non-Refoulement ampliou-se *ratione personae* e *ratione materiae*, beneficiando para além dos refugiados, os estrangeiros em geral e, em última instância, todo e qualquer indivíduo, em casos de extradição, expulsão, deportação ou devolução para um Estado em que possa ser submetido a tortura ou tratamento cruel (TRINDADE, 2006). Ainda, a proteção proporcionada pelo Non-Refoulement abrange a fases prévia e posterior ao acolhimento territorial, ou seja, desde a entrada pelas fronteiras, durante o trâmite do procedimento de reconhecimento do status de refugiado, até a garantia de segurança do refugiado e sua inclusão em uma hipótese de solução duradoura, evidenciando seu escopo extraterritorial (BONI, 2016). Obviamente que, a ampliação do conceito não se deu de maneira rápida e incólume à dificuldade característica dos processos contínuos de entendimento internacional. Foi necessária a intervenção jurisdicional, sobretudo de tribunais internacionais, evocando a transcendência da singularidade da pessoa humana para que a dinâmica e a referida ampliação ocorressem.

## **5 O Non-Refoulement no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Questão do *Jus Cogens***

No tocante ao patrimônio jurídico interamericano sobre a temática de asilo, refúgio e o Non-Refoulement, destaca-se que a concepção de asilo é diversa daquela estabelecida pelos demais instrumentos universais, pois naquele contexto, o asilo ou asilo político consiste no poder discricionário de um Estado em conceder proteção a qualquer pessoa vítima de perseguições políticas, subdividindo-se em asilo territorial, quando o solicitante se encontra no território do Estado do qual pretende receber proteção e, asilo diplomático, quando o solicitante se encontra nas extensões do Estado ao qual solicitou proteção, como embaixadas, navios e aviões (JUBILUT, 2007).

Simbolizam os principais instrumentos regionais sobre o instituto do asilo e da extradição, o Tratado de Direito Penal Internacional (Montevideu, 1889), Convenção de Asilo (Havana,

1928), Convenção sobre Extradicação (Montevideu, 1933), Convenção sobre Asilo Político (Montevideu, 1933), Tratado de Asilo Político e Refúgio (Montevideu, 1939), Convenção sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954), Convenção sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), Convenção Interamericana Sobre Extradicação (1981) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985 (OEA, 2021).

Existem instrumentos não vinculantes, que orientam e fixam parâmetros na proteção dos refugiados em atenção aos desafios do contexto regional, são eles: a Declaração de Cartagena de 1984, a adoção de Princípios e Critérios para a Proteção e Assistência aos Refugiados, Retornados e Pessoas Internamente Deslocadas na América Latina de 1989, Declaração de San José Sobre os Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994, Declaração de Tlatelolco de 1999 e a Declaração e Plano de Ação do México de 2004 (OEA, 2021).

Entre os documentos interamericanos, alguns se destacam por modificar de forma considerável os rumos da proteção às pessoas em mobilidade. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos inovou o conteúdo do Estatuto dos Refugiados, estendendo a proteção concedida pelo Non-Refoulement a todos os estrangeiros, proibindo sua expulsão ou devolução a outro país em que estejam com seu direito à vida ou a liberdade pessoal em risco de violação em razão da raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas (OEA, 1969).

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura reiterou a indissociabilidade entre a proteção contra o Refoulement e a prevenção da tortura, proibindo a extradicação ou devolução quando houver suspeita fundada de que, no Estado requerente, a pessoa requerida corre risco de vida, de ser submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou será julgada por tribunais de exceção ou *ad hoc* (OEA, 1985).

A Declaração e Plano de Ação do México sobre Refugiados reconheceu o caráter de *jus cogens* do princípio de Non-Refoulement, reafirmando o compromisso dos países latino-americanos com a manutenção de fronteiras abertas. A Declaração de Cartagena de 1984,

voltada para a realidade dos fluxos migratórios nas Américas, abordou o princípio de Non-Refoulement como pedra angular de proteção internacional dos refugiados, reconhecendo-o como princípio imperativo, que deve ser reconhecido e respeitado como princípio de *jus cogens*, ressaltando ainda proibição de rejeição nas fronteiras (OEA, 1984).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se posicionou sobre a temática do Non-Refoulement na Resolução 02/18 emitida em 2018, em atenção à situação fática dos indivíduos em deslocamento na Venezuela, afirmou que o princípio de Non-Refoulement era aplicável no caso das pessoas venezuelanas afetadas por procedimentos de deportação ou expulsão, ou qualquer outra ação das autoridades que as colocassem em risco de perseguição ou violações de direitos humanos, consoante a aplicação combinada do Artigo 22.8 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIDH, 2018).

Na Resolução 04/19 aprovada em 2019, prestou esclarecimentos sobre o alcance do Non-Refoulement, ressaltando que nenhuma pessoa será expulsa, devolvida, extraditada, transferida ou entregue informalmente, colocada nas fronteiras de outros país, onde sua vida ou liberdade estejam ameaçadas ou onde corram risco de sofrer tortura, além disso reiterou sua aplicação na forma indireta e extraterritorial (CIDH, 2019)

A Comissão também desenvolveu a Resolução nº 01/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, com orientações para conciliar as medidas sanitárias de prevenção e combate à Pandemia e os direitos humanos das pessoas migrantes, refugiadas, etc. Solicitou que os Estados evitassem o emprego de medidas de detenção migratória e outras medidas que aumentassem a propagação do COVID-19 e a vulnerabilidade das pessoas em mobilidade humana, como deportações ou expulsões coletivas, ou qualquer forma de devolução executada sem a devida coordenação e verificação das condições sanitárias correspondentes, garantindo condições para as pessoas em mobilidade exercessem seu direito à saúde sem discriminação (CIDH, 2020).

Assim, verifica-se a busca pela constante atualização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a simultaneidade entre a formulação de novos documentos e os acontecimentos no contexto global e americano. No entanto, em que pese a manifestação e os reiterados esforços institucionais, se faz necessária a análise do referido princípio à luz das emissões jurisdicionais da Corte Interamericana através da necessária interpretação dos ditames internacionais que demonstram o espírito e o entendimento regional em termos de Direitos Humanos.

Assim, no exercício de sua função consultiva a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante CorteIDH, emite uma Opinião Consultiva, com a finalidade de analisar o conteúdo de um Tratado ou dilema jurídico e esclarecer os direitos e obrigações estatais dele decorrentes. Esta deliberação possui efeito vinculante ao Poder Judiciário dos Estados-Membros (CORTEIDH, 2018). Sobre as Opiniões Consultivas de caráter protetivo aos migrantes, são especialmente relevantes a OC n° 16/1999, OC n° 18/2003, OC n° 21/2014 e OC n° 25/2018, mas somente as duas últimas abordam o Non-Refoulement.

No ano de 2011, as Repúblicas da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai apresentaram em conjunto um pedido de Parecer Consultivo sobre infância migrante, a fim de que a CorteIDH esclarecesse como deveriam ocorrer as abordagens de pessoas infanto-juvenis, considerando o aumento dos fluxos migratórios na América. Também questionaram o alcance e conteúdo do princípio de Non-Refoulement à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, doravante CADH, assim como, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (CORTEIDH, 2014).

Em resposta, na Opinião Consultiva n° 21/14, a CorteIDH apresentou diversas recomendações em relação às obrigações estatais referentes às crianças em condição migratória. Nesta seara, a Corte salientou que no âmbito do Sistema Interamericano, a proteção contra o Refoulement nos termos da CADH alcança toda pessoa estrangeira, não estando limitada aos refugiados, constituindo a obrigação de não devolver ou expulsar uma pessoa para um Estado onde exista ameaça

à sua vida ou liberdade, como consequência de perseguição por determinados motivos, violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva de direitos humanos ou circunstâncias que perturbem gravemente a ordem pública, da mesma forma, não é possível promover a devolução ou expulsão indireta, que se trata da transferência de um indivíduo à um terceiro Estado que possa efetivar sua devolução ou expulsão; ainda ditou a Corte IDH que o Non-Refoulement é exigível por toda pessoa estrangeira que esteja submetida à autoridade ou controle efetivo de determinado Estado, independentemente de se encontrar no território terrestre, fluvial, marítimo ou aéreo do Estado. Também reforçou a impossibilidade de que as obrigações estatais sejam arbitrárias e unilateralmente limitadas, por meio da exclusão de zonas ou áreas do território do Estado ou estabelecendo áreas específicas que fiquem fora da jurisdição do Estado. Tal interpretação é relevante, por exemplo, para aplicar o princípio de Non-Refoulement às hipóteses de interceptações em águas internacionais, entre outras.

No mesmo sentido, defende a Corte que o Non-Refoulement constitui norma consuetudinária de Direito Internacional, sendo vinculante para todos os Estados, sejam ou não membros do Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo Adicional de 1967; ainda, que a proibição da prática do Refoulement pode estar associada à proteção de outros direitos. Como exemplo, tem-se o Artigo 5º da CADH, reconhecido pela jurisprudência da Corte pelo seu domínio de *jus cogens* e cuja finalidade é a proibição absoluta da tortura e tratamentos similares.

A interpretação do Non-Refoulement junto ao que predica o SIDH deve ocorrer em conjunto com o regime de proteção da Convenção Sobre os Direitos da Criança, e uma decisão de devolução de uma criança ao seu país de origem ou terceiro país, só pode ocorrer com base no princípio de seu interesse superior. Por ende, na concepção da Corte IDH, o princípio de Non-Refoulement previsto no Artigo 22.8 da CADH corresponde à um direito mais amplo em seu sentido e alcance, em comparação a aplicação do Direito Internacional dos Refugiados.

Na Opinião Consultiva nº 25/18, solicitada pelo Equador, o teor da consulta está concentrado em dois questionamentos principais, sendo a abrangência da modalidade de asilo previsto no Artigo 22.7 da CADH e o Artigo XXVII da Declaração Americana, o primeiro, e; quais seriam as obrigações internacionais que decorrem da CADH e da Declaração Americana em situação de asilo diplomático para o Estado asilante, o segundo. (CORTEIDH, 2018).

Primeiramente, para fins da referida Opinião Consultiva, a Corte estabeleceu seu entendimento sobre a classificação do asilo, diferenciando o asilo em sentido estrito (ou asilo político), do asilo na acepção do Estatuto dos Refugiados. No tocante ao Non-Refoulement, a CorteIDH, reafirmou sua natureza jurídica de norma consuetudinária de direito internacional, vinculante a todos Estados; mencionou que o princípio oferece proteção complementar aos estrangeiros que não são solicitantes de asilo ou refúgio e implica a obrigação estatal de não proceder a devolução ou expulsão de uma pessoa a um território em que seus direitos corram risco de violação; ressaltou que o princípio é fundamental na garantia de diversos direitos humanos inderrogáveis; indicou que o princípio possui amplo alcance, já que no artigo 22.8 da CADH inexistente limitação geográfica, sendo o vínculo de jurisdição territorial ou pessoal, de fato ou de direito, o único pressuposto de sua aplicação e concluiu que é exigível por toda pessoa estrangeira que esteja sob exercício de autoridade ou controle efetivo por um Estado e no caso de transferência à um Terceiro Estado, deve averiguar se há risco deste Terceiro Estado expulsar, devolver ou extraditar a pessoa para o local onde corra perigo (CORTEIDH, 2018).

No exercício de sua função contenciosa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também desenvolveu precedentes sobre a temática do Non-Refoulement. No Caso Nadege Dorzema e Outros vs. República Dominicana, refere-se à responsabilidade internacional do Estado pela morte e violação da integridade de migrantes haitianos por parte de agentes militares, assim como a falta de investigação dos fatos no foro ordinário. Entre outras violações de Direitos Humanos, os requerentes alegaram a ocorrência de expulsão coletiva em infração ao artigo 22.9 da CADH, uma vez que a expulsão ocorreu de forma

coletiva, sumária, sem judicialização ou individualização (CORTEIDH, 2012).

No julgamento de mérito, a CorteIDH concluiu que a expulsão dos migrantes haitianos não observou os padrões internacionais na matéria, os procedimentos previstos na normativa interna e as garantias mínimas que os haitianos possuíam na qualidade de estrangeiros. Declarou que ao tratar os migrantes como um grupo, promovendo a expulsão coletiva sem individualizá-los e desconsiderando suas eventuais necessidades de proteção, o Estado cometeu expulsão coletiva em violação ao artigo 22.9 da CADH (CORTEIDH, 2012).

O Caso Família Pacheco Tíneo vs. Bolívia trata sobre a expulsão da Família Pacheco Tíneo, apresentando desdobramentos jurídicos complexos e evidenciando a vulnerabilidade dos requerentes em consequência das violações de seus direitos humanos e como refugiados. Apreciando o mérito, a Corte ressaltou que os migrantes não documentados ou em situação irregular compõem um grupo em situação de vulnerabilidade, ante sua exposição às potenciais violações de direitos, motivo pelo qual decisões tomadas pelas autoridades migratórias que afetem direitos fundamentais devem respeitar garantias mínimas; ainda, ordenou a criação de um procedimento que possa resultar na expulsão ou deportação de um estrangeiro que possua sua individualização, mediante a avaliação das circunstâncias pessoais de cada sujeito, sem discriminações. Entre as garantias formais mínimas a serem observadas, estão a notificação formal comunicando as acusações e motivos da expulsão ou deportação; a notificação sobre o direito de se opor à expulsão ou às acusações realizadas; a notificação sobre o direito à assessoria legal, tradução ou interpretação e assistência do consulado; o acesso a um recurso efetivo na hipótese de decisão desfavorável; e a necessidade de decisão fundamentada conforme a lei, como requisito para a expulsão.

No mesmo mandamento, a CorteIDH revigora que no SIDH, o princípio de Non-Refoulement é mais amplo no sentido e alcance, em virtude da complementariedade entre o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos; que no SIDH o direito ao Non-Refoulement está assegurado a qualquer pessoa estrangeira, sem importar a condição migratória legal do indivíduo e

por fim, a Corte considerou que a expulsão da família Pacheco Tíneo nos termos em que foi decidida e executada, é incompatível com os direitos previstos nos artigos 22.7 e 22.8 da CADH e o direito às garantias mínimas previstas no Artigo 8º desta Convenção (CORTEIDH, 2013).

No mesmo sentido foi o julgamento do Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana, cujos fatos ocorreram num contexto em que, na República Dominicana, a população haitiana e as pessoas nascidas no território dominicano de ascendência haitiana sofriam tratamento discriminatório, sendo levados para pontos de coleta na fronteira, com finalidade de serem expulsos rumo ao território haitiano. Na resolução do mérito, a Corte reconheceu um padrão sistemático e discriminatório de expulsões, especialmente na forma coletiva sustentado pela República Dominicana. Novidade jurídica constante na interpretação da CorteIDH foi sobre o critério para identificação de uma expulsão coletiva, que não deve considerar o número de estrangeiros expulsos conjuntamente, mas se a expulsão foi realizada sem a análise das circunstâncias individuais de cada estrangeiro (CORTEIDH, 2014).

Assim sendo, o posicionamento do SIDH frente às questões de Asilo possui caráter extensivo, pois busca atender e proteger uma pluralidade de situações fáticas e grupos vulneráveis, por meio da complementariedade entre os instrumentos normativos americanos e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e dos Refugiados. Da mesma forma, o conceito e alcance do Non-Refoulement foi ampliado, passando a proteger qualquer estrangeiro da expulsão, devolução, extradição ou transferência, para local em que corra perigo de ter seus direitos fundamentais violados. Também houve a superação da restrição do Non-Refoulement às áreas territoriais dos Estados-membros, cabendo sua aplicação em todas as áreas onde o Estado exerça jurisdição, ou seja, na superfície terrestre, nas águas territoriais, nas zonas internacionais nos aeroportos, nas fronteiras, etc. Além disso, tornou-se aplicável em áreas extraterritoriais, sob a condição de que o indivíduo esteja sobre controle deste Estado. As modalidades de Refoulement indireto ou em cadeia também são vedados. Todas as hipóteses mencionadas, se infringidas, podem gerar a responsabilidade

internacional dos Estados-Membros. Outro diferencial é a interpretação associativa entre o Non-Refoulement e outros direitos, peremptórios ou não, reconhecendo que o Non-Refoulement é pressuposto de proteção e efetivação de outros direitos. O SIDH reconheceu, em diversas ocasiões, de forma expressa, que o Non-Refoulement é norma consuetudinária de direito internacional, ou seja, *jus cogens*.

### **Considerações finais**

Nenhum ser humano é ilegal em qualquer lugar em que se encontre. A necessidade da discussão relativa às migrações e aos constantes deslocamentos humanos consiste em um marco necessário para todos estados. As jurisdições internacionais e o pensamento advindo destes recintos possibilitam um reforço para a normatividade e para a construção de novos patamares de legalidade. Embebido deste paradigma, o presente trabalho permitiu a análise de tendências globais de deslocamento forçado e identificação dos principais fluxos migratórios existentes. Nele, ficam patentes consequências da mobilidade humana na vida das pessoas em deslocamento, especialmente de seus direitos, e transformações sociais no âmbito interno dos Estados receptores de migrantes.

Deste panorama conjuntural, pode-se perceber que alguns Estados destinatários de estrangeiros, não asseguram o acesso e efetivação dos direitos humanos destas pessoas, operando a expulsão ou devolução forçada destes indivíduos aos seus países de origem e por diversas vezes submetendo-os à riscos ou efetivas de violações de direitos humanos.

Em atenção a práticas estatais abusivas e violadoras de direitos humanos, examinou-se o Princípio de Non-Refoulement, instrumento de suma importância na proteção de migrantes, o qual proíbe que Estados rejeitem, expulsem ou devolvam estrangeiros ou refugiados, retirando-os de seu território e transferindo-os à um Estado no qual sua vida, integridade ou outros direitos estejam em risco de violação.

Da pontuação conjuntural, o estudo demonstrou, ainda que sinteticamente, os fatores históricos e jurídicos que levaram ao

desenvolvimento do Non-Refoulement e sua posterior evolução. Desta abordagem, aborda-se o desenvolvimento do princípio através das emanções do SIDH, com especial atenção à jurisprudência emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desta análise, pôde-se confirmar que o referido princípio de Non-Refoulement é reconhecido como norma *jus cogens* pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Tal assertiva deriva da prolação marcada por visão extensiva de conceitos e direitos, havendo reconhecido inclusive que o Non-Refoulement constitui norma *jus cogens*, por representar uma pedra angular na proteção dos refugiados.

## Referências

ACNUR. Alto-Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Review Trends at a Glance**. Genebra: ACNUR, 2019. Disponível em: [https:// www.unhcr.org/globaltrends2019/](https://www.unhcr.org/globaltrends2019/). Acesso em: 30 jun. 2021

ACNUR. Alto-Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Global Trends Forced Displacement in 2018**. Genebra: ACNUR, 2019. Disponível em: <https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ACNUR. Alto-Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Global Trends: Forced Displacement in 2020**. Genebra: ACNUR, 2021. Disponível em: <https://www.unhcr.org/flagship-reports/globaltrends/>. Acesso em: 07 ago. 2021.

ANCELIN, J. Le principe de Non-Refoulement et l'Union européenne à l'épreuve de la crise syrienne. **Études internationales**, v. 49. Disponível em <https://www.erudit.org/fr/revues/ei/2018-v49-n2-ei04251/1055690ar/>. Acesso em: 11 ago. 2021.

ARAÚJO, L. E. B.; BARRICHELLO, S. E. Aspectos Históricos da Evolução e do Reconhecimento Internacional do Status de Refugiado. **Universitas Relações Internacionais**. Brasília, v. 14, n. 1, Jan/Jun,

2016, pp. 64-76. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/4507>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BARROS CARVALHO, P. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, v. 98. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67584>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BONI, M. S. S. **A Natureza *Jus Cogens* do Princípio do Non-Refoulement e a análise de violações a este Princípio no Âmbito da União Europeia**. 2016. Trabalho de Conclusão de Especialização (Programa de Pós-Graduação em Direito) – UFRGS. Porto Alegre, 2016.

CARDOSO, A. R. **Uma leitura do Protocolo de Palermo sobre Tráfico de Pessoas à luz do Direito Internacional dos Refugiados**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2014.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Movilidad Humana: Estandáres Interamericanos**. Washington D.C.: 31 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2021.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas: Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Resolución 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2018/11642.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2018/11642>. Acesso em: fev. 2021.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Resolución nº 01/2020: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas:** adotado em abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em: fev 2021.

CORTEIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n. 282. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf). Acesso em: 15 fev. 2021.

CORTEIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_272\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf). Acesso em: 15 fev. 2021.

CORTEIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf). Acesso em: 15 fev. 2021.

CORTEIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 2: Personas en Situación de Migración o Refugio.** San José, Costa Rica: 2019. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo2.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2021.

CORTEIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinião Consultiva nº 25/18 Sobre a Instituição do Asilo e seu Reconhecimento no Sistema Interamericano:** emitido em 30 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/SITIOS/LIBROS/TODOS/DOCS/OC-25-INFO.PDF>. Acesso em: 12 fev. 2021.

CORTEIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinión Consultiva 21/14:** Derechos e Garantías de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necesidade de Proteção Internacional: Agosto de 2014. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf). Acesso em: 10 fev. 2021.

GOODWIN-GILL, G. S. *The International Law Of Refugee Protection*. **Oxford University Press**. Oxford, 2014. Disponível em: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199652433.001.0001/oxfordhb-9780199652433-e-021?print=pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D. The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement. *In*: FELLER, E; TÜRK, V.; NICHOLSON, F. **Refugee Protection in International Law** – UNHCR’s Global Consultations on International Protection. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Declaração de Cartagena Sobre Refugiados**. Cartagena, Colombia, de 19 a 22 de novembro de 1984. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/1984\\_Declaraci%C3%B3n\\_de\\_Cartagena\\_sobre\\_Refugiados.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/1984_Declaraci%C3%B3n_de_Cartagena_sobre_Refugiados.pdf). Acesso em: 16 fev. 2021.

OLIVEIRA, C. R.; PEIXOTO, J.; GÓIS, P. A nova crise dos refugiados na Europa: o modelo de repulsão-atração revisitado e os desafios para as políticas migratórias. **Revista Brasileira de Estudos de População**, v. 34, n. 1, 23 ago. 2017, pp. 73-98. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepop/a/s3QNh6frpnGhPc8PcLwCsn/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 11 ago. 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Migrantes e refugiados: o chefe dos direitos humanos da ONU apela à Europa para estruturar melhor sua resposta**, 13 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=37440>. Acesso em: 20 jul. 2021.

ONU – Organização Das Nações Unidas. **IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra**. Genebra, 1949. Disponível em: [https://www.un.org/en/genocide-prevention/documents/atrocity-crimes/Doc.33\\_GC-IV-EN.pdf](https://www.un.org/en/genocide-prevention/documents/atrocity-crimes/Doc.33_GC-IV-EN.pdf). Acesso em: 25 fev. 2021.

SILVA, Joanna de Angelis Galdino. **O direito a não devolução e o reconhecimento do Non-Refoulement como norma Jus Cogens**. 2015. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – UFSC, Florianópolis – SC, 2015.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. **Convention Relative au Statut International des Réfugiés**. Genebra, 28 de outubro de 1933. Disponível em: <https://dl.wdl.org/11580/service/11580.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.



## CAPÍTULO 2

# **PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA: do Projeto de Codificação feito por Epiácio Pessoa ao seu voto dissidente no Caso Mavrommatis**

*Alanna Aléssia Rodrigues Pereira*

**Resumo:** Entre 1909 e 1911, Epiácio Pessoa, a pedido do Barão do Rio Branco, elaborou o projeto de codificação do Direito Internacional que continha a partir do artigo 104, disposições sobre os agentes diplomáticos e a própria proteção diplomática, o projeto não foi aceito e apenas em 1996 foi solicitado à Comissão de Direito Internacional que iniciasse o processo de codificação da proteção diplomática. Assim, o presente artigo tem como objetivo apontar a evolução do instituto da proteção diplomática desde o projeto de codificação de Epiácio Pessoa até o projeto da CDI, abordando também o voto dissidente de Pessoa no caso Mavrommatis.

**Palavras-chave:** Caso Mavrommatis; Proteção diplomática; Epiácio Pessoa.

## **Introdução**

Em 1996 a Comissão de Direito Internacional (CDI) recebeu uma solicitação da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) para elaborar e codificar o instituto da proteção diplomática.

Ocorre que o trabalho da referida Comissão não foi o primeiro sobre o tema, isso porque entre 1909 e 1911, Epiácio Pessoa, jurista brasileiro, codificou o direito internacional a pedido do Barão do Rio Branco, e entre os 721 artigos de seu código havia um capítulo dedicado à proteção diplomática.

Considerado um dos mais completos e inovadores projetos de codificação do direito internacional já feito, o de Eptácio foi apresentado quando o jurista ainda era Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

Anos após a codificação, precisamente em 1923, foi eleito juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), onde permaneceu até 1930 e desempenhou importante papel com seus votos e decisões, a exemplo de um deles e objeto do presente artigo, tem-se seu voto no caso *Mavrommatis*.

O voto traz à tona o questionamento sobre o exercício de proteção dos nacionais pelos Estados, se é o caso de toda a injúria envolvendo um nacional ser reconhecida como uma injúria ao próprio Estado, tendo assim o Estado que agir para proteger os direitos desse nacional e de suas empresas, como no caso *Mavrommatis*.

Dessa forma, do código de Pessoa até o projeto da CDI, o instituto da proteção diplomática passou por significativas alterações e concepções, que foram sendo elucidadas também jurisprudencialmente, através dos julgamentos sobre o tema na Corte Permanente de Justiça Internacional e com o seu fim, com a Corte Internacional de Justiça.

Da análise do voto dissidente de Pessoa no caso *Mavrommatis*, aliado à leitura do projeto da CDI sobre a proteção diplomática e do estudo da doutrina sobre o tema, é possível, metodologicamente, estabelecer os pontos de convergência e divergência sobre proteção diplomática. Assim, o presente artigo objetiva, embasado também na pesquisa bibliográfica, demonstrar como esse instituto evoluiu desde o projeto de codificação de Pessoa até o último projeto da CDI, exemplificando a problemática em torno do tema através do caso *Mavrommatis*.

## **1 A Proteção Diplomática no Projeto de Codificação de Eptácio Pessoa**

O projeto de codificação do direito internacional elaborado por Eptácio Pessoa trouxe em seu rol importantes disposições para o cenário internacional da época, além de dispor sobre nacionalidade da mulher casada, propriedade intelectual, beligerância e alguns outros

feitos considerados avanços para a época, trouxe também disposições sobre a proteção diplomática.

O Capítulo 2, a partir do artigo 104º, se debruça sobre a temática de agentes diplomáticos. Interessa mencionar que o Artigo 122º, ao dispor sobre as atribuições destes, aponta o seguinte:

Art. 122 É das atribuições dos agentes diplomáticos:  
b) defender e fazer valer aí os direitos e interesses do seu Estado, bem como as garantias e direitos dos seus compatriotas.

O projeto de Pessoa já dispunha sobre a possibilidade de agentes diplomáticos garantirem os direitos de seus nacionais no solo estrangeiro, contudo, essa possibilidade não era absoluta, sofrendo em seu âmbito consideráveis restrições, primando assim pela soberania dos Estados.

Os limites podem ser vistos entre os artigos que versam sobre responsabilidade internacional dos Estados e nos da proteção diplomática, entre estes, imprescindível perceber o que dispõe os artigos 67º e 69º:

Art. 67 Os Estados têm o direito de proteger no estrangeiro os seus nacionais, sempre que forem ofendidos e não obtiverem das autoridades locais a reparação devida.

Art. 69 **Para ser legítimo o exercício do direito de proteção é mister:**

- a) **que a ofensa feita ao nacional seja contrária às leis locais ou aos princípios do Direito Internacional;**
- b) que, tratando-se de matéria da competência do Poder Judiciário, se verifique alguma das hipóteses previstas no art. 24. (Grifos nossos).

É possível assim verificar que a proteção dos Estados aos seus nacionais não é de forma irrestrita, mas encontra no próprio código suas limitações.

O referido posicionamento de Pessoa não se limitou apenas ao seu projeto de código do Direito Internacional, mas também pôde ser

visto no seu voto a respeito do caso Mavrommatis, como será discutido nos tópicos seguintes.

## **2 A Proteção Diplomática no Projeto da CDI**

O projeto da Comissão de Direito Internacional sobre proteção diplomática começou a ser elaborado em 1996 a pedido da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) e teve como relatores especiais Dugard e Bennouna.

O conceito de proteção diplomática vem de maneira descritiva e se encontra já no primeiro artigo do *draft*, nos seguintes termos:

Para os fins do presente projeto de artigo, a proteção diplomática consiste no recurso à ação diplomática ou outros meios de resolução pacífica por parte de um Estado adotando por direito próprio a causa de seu nacional em relação a um dano a esse nacional decorrente de um ato ilícito de outro Estado, cometido internacionalmente por uma pessoa física ou jurídica nacional do antigo Estado, com vistas à implementação de tal responsabilidade<sup>1</sup>. (Tradução nossa).

Assim, é imprescindível perceber que no terceiro comentário a este artigo do *draft*, fala-se da evolução da visão do instituto, utilizando para tanto, parâmetros como o do caso Mavrommatis:

A proteção diplomática tem sido tradicionalmente vista como um direito exclusivo do Estado no sentido de que um Estado exerce a proteção diplomática por direito próprio porque um dano a um nacional é considerado como um dano ao próprio Estado. Esta abordagem tem sua raiz, primeiro em uma declaração do jurista suíço Emmerich de Vattel, em 1758, de que “sempre que

---

<sup>1</sup> Texto original: “*For the purposes of the present draft article, diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement by a State adopting in its own right the cause of its national in respect of an injury to that national arising from an internationally wrongful act of another State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.*”

maltratar um cidadão estará indiretamente ferindo o Estado, que deve proteger o cidadão”, e, em segundo lugar, em um ditado da CPIJ em 1924, no caso *Mavrommatis*, de que “[b]e tomando o caso de um de seus súditos e recorrendo à ação diplomática ou a processos judiciais internacionais em seu nome, um Estado está na realidade afirmando seu próprio direito - seu direito de assegurar, na pessoa de seus súditos, o respeito às regras do direito internacional”<sup>2</sup>. (Tradução nossa).

Ainda, disposições relevantes a respeito da extensão do poder do Estado de reclamar seus direitos quando um cidadão sofre injúria por outro Estado são trazidas nos artigos 8º e 18º, que versam respectivamente sobre a possibilidade de o Estado exercer proteção diplomática aos não-nacionais também, seja no que concerne à proteção de apátridas, refugiados e de tripulantes (*ship's crew*).

Também se faz imperiosa a menção de que no artigo 14 do *draft*, há menção à necessidade de esgotamento de recursos internos, antes que qualquer medida seja tomada pelo Estado, nos seguintes termos:

Um Estado não pode apresentar uma reclamação internacional a respeito de um dano a um nacional ou outra pessoa referida no projeto do artigo 8 antes que a pessoa lesada tenha sujeito ao projeto do artigo 15, esgotado todos os recursos locais<sup>3</sup>. (Tradução nossa).

---

<sup>2</sup> Texto original: “*Diplomatic protection has traditionally been seen as an exclusive State right in the sense that a state exercises diplomatic protection in its own right because an injury to a national is deemed to be an injury to the State itself. This approach has its root, first in a statement by the swiss jurist Emmerich de Vattel in 1758 that [w]hoever ill-treats a citizen indirectly injures the state, which must protect that citizen, and, secondly in a dictum of the PCIJ in 1924 in the Mavrommatis case that “[b]y taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a state is in reality asserting its own right - its right to ensure, in te person of its subjects, respect for the rules of international law.*”

<sup>3</sup> Texto original: “*A state may not presente an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.*”

O esgotamento de recursos internos pode ser visto não apenas no projeto sobre proteção diplomática, mas também no de responsabilidade internacional dos Estados, além de ser presente nos julgamentos da Corte Permanente de Justiça Internacional e na própria Corte Internacional de Justiça. Corrobora-se a isso, o entendimento de Frigo (2010):

A função da regra do prévio esgotamento tem um duplo objetivo, seja permitir ao Estado (reclamado) responsável sanar a ilegalidade mediante ferramentas previstas no seu ordenamento e, em respeito à sua soberania; seja reduzir, sempre que possível, o volume de litígios internacionais. (FRIGO, 2010, p. 21).

Não se pode assim dizer que há um litígio internacional sem que se tenha havido uma tentativa de negociação ou de esgotamento de recursos internos. Tal disposição, então, é requisito essencial para que a Corte possa apreciar o litígio, assim, sobre a natureza do dispositivo eis o que aponta Frigo (2010):

Permanece controvertido na doutrina a determinação da sua natureza como regra substancial, processual ou híbrida. Mesmo assim, deve ser considerada predominante a tese que atribui a ela natureza substancial, tendo como resultado que, enquanto não forem esgotados os recursos internos, não se poderia afirmar nem mesmo consumada a violação das normas internacionais sobre o tratamento dos estrangeiros. (FRIGO, 2010, p. 21).

Assim, tem-se que indiscutivelmente, o esgotamento dos recursos internos é ponto incontroverso e essencial para que haja o litígio internacional e a própria violação.

### **3 Questão Diplomática no Caso Mavrommatis**

Em apertada síntese, o caso dizia respeito aos direitos do cidadão grego. M. Mavrommatis, que alegava ter sofrido uma recusa por parte do Governo da Palestina e conseqüentemente do Governo do

Reino Unido<sup>4</sup> de reconhecimento de contratos e acordos celebrados por ele e pelas autoridades otomanas em matéria de concessões para determinadas obras públicas.

A Grécia então passou a tratar da questão, encaminhando ofícios ao governo da Grã-Bretanha, visando pleitear os direitos de concessão do seu cidadão, contudo, não havendo acordo entre os Estados, a Grécia apresentou o caso à Corte Permanente de Justiça Internacional.

Em sede preliminar, a Grã-Bretanha apontou a incompetência da Corte para resolver o litígio com base em dois argumentos: a disputa não envolvia dois Estados e não houve prévia negociação, não esgotando os recursos internos.

O ponto controvertido do caso e que teve ampla repercussão no direito internacional dizia respeito ao indivíduo como sujeito de direito internacional, dessa forma, o questionamento passou a ser se a disputa em comento era realmente da Grécia e da Grã-Bretanha, ou de M. Mavrommatis contra a Grã-Bretanha. Assim, eis o que aponta Oliveira (2017):

A Corte suscitou o princípio elementar do direito internacional de que um Estado tem o direito subjetivo de proteger-se quando ferido por ato ilícito cometido por outro Estado. Este pode, por conseguinte, tutelar em juízo os seus próprios direitos ou o direito dos seus súditos, exigindo o respeito pelas regras jurídicas. Dessa forma, a chamada “ficção mavrommatis” pode ser descrita como princípio básico de proteção do indivíduo em que o Estado toma para si o caso do súdito, aos olhos do direito internacional, conservando-se como o único e legítimo reclamante da lide. Com efeito, a Corte decidiu que a Grã-Bretanha e a Grécia eram as partes em oposição no litígio, sendo suficiente para tornar o conflito numa disputa entre dois Estados. (OLIVEIRA, 2017, p. 46).

---

<sup>4</sup> Entre 1922 e 1948, a Turquia, que fora derrotada ao lado da Alemanha e da Tríplice Aliança, foi privada de todas as suas possessões no mundo Árabe, assim, a Palestina passou a ser administrada pela Grã-Bretanha, devido a mandato concedido pela Liga das Nações.

Não se pode dizer, contudo, que a decisão fora unânime, isso porque, os juízes Finlay, MM. Moore, Bustamante, Oda e Epiácio Pessoa, discordaram da decisão. Entre muitas alegações, existia a de que a CPJI não era o órgão responsável para dirimir disputas entre indivíduos e Estados.

Questionou-se a proximidade que M. Mavrommatis tinha com o governo Grego e se o pleito seria de interesse da Grécia ou apenas o Estado sendo utilizado para discutir direitos de seus nacionais, o que poderia ser feito, mas através de outros meios que não recorrer à CPJI.

A ficção Mavrommatis, conforme exposto acima, foi uma maneira que a Corte encontrou para justificar sua jurisdição para decidir sobre o litígio, dessa forma, reconheceu-se que a Grécia atuava em defesa de seu nacional, em observância ao instituto da proteção diplomática.

Por fim, a decisão da Corte foi de considerar válidos os contratos assinados em 27 de janeiro de 1914, entre M. Mavrommatis e Jerusalém; desconsiderar o pedido de indenização, eis que não entendeu que o senhor M. Mavrommatis teve qualquer perda.

#### **4 Caso Mavrommatis e o Voto Dissidente de Pessoa**

Em 1923, Epiácio Pessoa foi eleito juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), ocupando o lugar que seria de Ruy Barbosa (que faleceu antes de assumir).

Quando se referiu ao órgão, PESSOA assim o ressaltou, conforme aponta Valladão (1977):

A Corte Permanente de Justiça corresponde a anseio universal. Todos os povos sentem a necessidade de autoridade imparcial que lhes resolva os conflitos e os poupe a cataclismos como o da grande guerra, em que não se sabe quais foram os países mais feridos, se os vencidos ou os vencedores. O Tribunal passará a ser elemento imprescindível na vida internacional. Todas as decisões e pareceres proferidos até hoje pela Corte têm sido rigorosamente acatados. É a tradição que se forma, é o alicerce que se funda, de autoridade incontrastável, contra a qual, dentro em pouco, ninguém se abalará a insurgir-se. (PESSOA apud VALLADÃO, 1977).

Epitácio tinha verdadeira crença na função da CPJI como um órgão capaz de dirimir conflitos, promover justiça e ter o alcance universal, muito provável que por isso suas decisões enquanto juiz da Corte sejam até hoje objeto de estudo. Conforme aponta Valladão (1977):

Dos votos que proferiu na Corte de Haia sobressaem e têm merecido referência de internacionalistas, aqueles em que versou a competência quando um dos litigantes não é diretamente um Estado mas algum de seus súditos ou quando as próprias partes querem um aviso consultivo, a possibilidade de rever uma decisão da Conferência de Embaixadores, a delicadíssima questão de direito penal internacional do célere caso do vapor “Lotus” entre a França e a Turquia, os complexos problemas de direito internacional privado, de autonomia da vontade, do lugar do pagamento e da ordem pública, em matéria de cláusula-ouro, nos empréstimos sérvios e brasileiros. (VALLADÃO, 1977).

No caso *Mavrommatis*, quando deu seu voto (dissidente), Epitácio elaborou uma de suas emblemáticas decisões, conforme apontado acima, a da competência quando um dos litigantes não é diretamente um Estado.

Isso porque, para o juiz paraibano a CPJI não teria ainda competência para julgar o caso *Mavrommatis*, frisando a necessidade de a disputa ser entre dois Estados e de que é necessário ter havido prévia negociação, nos seguintes termos do voto:

Mas, para que seja legítimo que o Tribunal trate de uma questão, não é suficiente que ela seja levada em conta na interpretação e na aplicação do Mandato; é ainda necessário, como segue no artigo 26, que a disputa tenha surgido entre dois Estados e que não possa ser resolvida por negociações diplomáticas. Tal solução diplomática pode ser demonstrada como impossível, seja pela natureza da disputa em si ou pelo fracasso das negociações<sup>5</sup>. (Tradução nossa).

---

<sup>5</sup> Texto original: “*But, in order that it shall be legitimate for the Court to deal with a question, it is not sufficient that it beonerelatingto theactual interpretation and the*

Pessoa volta a frisar em outro momento de seu voto que o caso não diz respeito a interesse entre Estados, mas de um indivíduo, logo não pode ser analisado pela Corte, senão veja-se:

As partes que podem comparecer perante a Corte sendo Estados, não podem ser chamadas a proteger os direitos dos indivíduos, mas somente os dos Estados. (Tradução nossa)<sup>6</sup>.

Epitácio aponta em seu voto que o caso *Mavrommatis* não preencheu nenhum dos requisitos necessários para a apreciação da Corte. Além de estar a Grécia pleiteando direitos de *Mavrommatis*, alega que não se pode considerar a comunicação entre os Estados litigantes como uma negociação, eis que, muito embora seja um conceito subjetivo, para se considerar negociação, a Grécia teria que ao menos ter feito mais que meramente questionado o que a Grã-Bretanha achava do caso. Assim, para Pessoa:

Devo ainda observar que, nos termos do artigo 26 do Mandato, o simples fato de terem ocorrido negociações entre os dois Governos não é suficiente para trazer uma questão dentro da jurisdição do Tribunal; é ainda indispensável que ou o conflito de sua própria natureza não possa ser resolvido por negociação ou que as negociações tenham fracassado. O fato de exigir tais negociações é um tributo à soberania das nações; o princípio é que todas as disputas devem ser resolvidas entre as próprias nações envolvidas. O Tribunal só pode interpor sua autoridade quando tal solução for reconhecida como impossível. A disputa não é algo que não possa ser resolvido pelos canais diplomáticos; e mesmo que houve negação, onde está a prova de que tal solução foi considerada impossível?<sup>7</sup> (Tradução nossa).

---

*application of the Mandate ; it is further necessary, as follows from Article 26, that the dispute shall have arisen between two States and that it cannot be settled by diplomatic negotiations. Such diplomatic settlement may be shown to be impossible either by the nature of the dispute itself or by the failure of the negotiations.”*

<sup>6</sup> Texto original: “*The Parties which may appear before the Court being States, it cannot be called upon to protect the rights of individuals, but only those of States.*”

<sup>7</sup> Texto original: “*It must further be remarked that under Article 26 of the Mandate, the mere fact that negotiations have taken place between the two Governments does*

É perceptível que o juriconsulto não apresenta, em seu voto, qualquer inclinação à teoria tradicional da proteção diplomática, rejeitando no referido caso a legitimidade do Estado para litigar por seu nacional e ainda, opõe-se com veemência à forma com a qual a “negociação” foi precedida.

Nesse sentido, conclui seu voto alegando que ante a ausência de negociação e ante falta de interesse dos Estados, não há motivos para que a Corte analise o pleito.

Imprescindível apontar que o voto de Pessoa não nega ao indivíduo a posição de sujeito no direito internacional, mas não admite que seja o instituto da proteção diplomática utilizado de qualquer modo para justificar uma ação perante a CPJI. A posição pode ser corroborada com o que aponta Pellet (2007):

Como observou o primeiro Relator Especial da I.C.D. sobre Proteção Diplomática, “a proteção diplomática foi sobrecarregada com uma significativa carga emocional e política, o que a tornou suspeita como se fosse apenas um subterfúgio para manipular a propriedade e as ações de estrangeiros para um status de ‘cavalo de Tróia’. Mas é o reconhecimento de uma certa quantidade de personalidade jurídica internacional para o indivíduo, como destinatário direto das normas internacionais e como detentor do direito de apresentar reivindicações contra eles, que levará a doutrina a questionar de forma mais acentuada a pertinência da concepção clássica de proteção diplomática” (PELLET, 2007, p. 1365).

Assim, tem-se que a negativa de reconhecer que havia um litígio entre Estados se dá pelo desconforto com a possibilidade de que

---

*not suffice to bring a question within the jurisdiction of the Court ; it is further indispensable that either the conflict from its very nature cannot be settled by negotiation or else that negotiations shall have failed. The fact of requiring such negotiations is, as I have already stated, a tribute to the sovereignty of nations ;the principle is that all disputes shall be settled between the nations concerned themselves. The Court can only interpose its authority when such solution is recognized as impossible. Now the dispute is clearly not one which cannot be settled through diplomatic channels ;and even if it be admitted that negotiations have taken place, where is to be found the proof that such a settlement has been found impossible?”*

o mesmo seja utilizado com fins imperialistas, para manipular e controlar determinadas situações na sociedade internacional.

## **5 A Teoria Tradicional: da “Ficção” à Proteção do Indivíduo**

No seu projeto de codificação do Direito Internacional, Eptácio aponta no artigo 122, alínea b, que os agentes diplomáticos podem defender e fazer valer não apenas os interesses e direitos do Estado, mas também de seus compatriotas.

Contudo, no que concerne ao seu voto no caso *Mavrommatis*, é de se perceber que um dos dois motivos apontados por Pessoa para que não fosse reconhecida a competência da Corte seria o de que não havia interesse entre Estados.

Quando se analisa unicamente o artigo 122, alínea b, do projeto de codificação e o compara ao voto no caso *Mavrommatis*, pode-se dizer que Eptácio não teria qualquer inclinação à teoria tradicional de que a proteção diplomática se daria apenas entre Estados, contudo também não se inclina no sentido de considerar que qualquer ofensa ao indivíduo seria obrigatoriamente, uma ofensa ao Estado.

Essa posição de Pessoa foi inclusive seguida pelo relator especial da CDI no projeto da codificação da proteção diplomática, segundo Frigo (2010):

A legitimação do Estado ao exercício da proteção diplomática deriva essencialmente do tipo de ligação com o indivíduo, definido pela relação de nacionalidade. Embora se possa concordar com o Relator especial Dugard, segundo o qual “*the notion that na injury to a national is injury to the State is a fiction*”, se deve observar que o Artigo 3 do Projeto (*Protection of the State of Nationality*) repete em boa parte a concepção tradicional, colocando em primeiro plano a nacionalidade como condição de legitimação para o Estado, mas adicionando no parágrafo 2 a possibilidade de que o Estado exerça a proteção diplomática também em favor de um não-nacional, em conformidade com o próximo artigo 8, relativo ao caso dos indivíduos apólicas e refugiados (*Stateless persons and refugees*). (FRIGO, 2010, p. 15).

Muito embora os artigos 3º e 8º do projeto dispusessem sobre a possibilidade de o Estado reivindicar direito de seus nacionais e também não-nacionais, Frigo (2010) é preciso ao apontar que em primeiro lugar, encontra-se o Estado, conforme se depreende do seguinte trecho:

A proteção diplomática, na definição do artigo primeiro do Projeto, coloca em primeiro plano o Estado como titular do direito de fazer valer uma pretensão contra outro Estado que tenha violado as normas internacionais estabelecidas pelo direito consuetudinário ou pactício para a proteção dos estrangeiros, cidadãos do primeiro. (FRIGO, 2010, p. 12).

Dessa forma, vê-se que o voto de Epiácio em muito se aproxima e se alinha com o que anos depois foi utilizado no projeto da CDI sobre o tema da proteção diplomática, não negando ao nacional proteção, mas ressaltando que nem toda injúria contra o nacional será uma injúria contra o Estado.

O voto de Pessoa no caso *Mavrommatis* pode ser visto na posição de Allain Pellet sobre a proteção diplomática, isso porque, afirma Pellet (2007):

Portanto, (proteção diplomática e proteção pelas vias judiciais internacionais constituem uma medida para a defesa dos direitos do Estado”. Isto é, é claro, puramente fictício:

- o evento operacional do mecanismo é uma violação de um direito do pessoa privada protegida e não a um direito do Estado a exercer seu exercendo sua proteção;
- o Estado só pode intervir quando a pessoa protegida tiver esgotado (o que também significa que a pessoa protegida pode, ao não o fazer, privar o Estado da possibilidade de exercer seu “direito próprio”);
- se a pessoa protegida perder a nacionalidade que tinha no momento do ato ilícito internacional, o Estado não pode mais exercer sua proteção (regra da nacionalidade contínua (18));
- o dano sofrido pela pessoa privada é a medida da reparação a ser feita ao Estado sob proteção diplomática. (PELLET, 2007, p. 1362).

Não se nega ao indivíduo a proteção no âmbito internacional, contudo, é preciso que para isso, sejam utilizados os meios e mecanismos necessários, não se pode utilizar a Corte como meio para alcançar esses interesses.

Ainda, não se pode olvidar que a violação em volta do caso *Mavrommatis* transpassava os quesitos de pessoa física, ingressando na proteção de personalidade jurídica, eis que pleiteava os direitos em torno da empresa do referido indivíduo, dessa forma, Pellet (2007) aponta a referida problemática:

É feito “como se” (21) o Estado estivesse exercendo seu próprio direito quando de fato representa os direitos e interesses da pessoa protegida; ao fazê-lo, a lei encerra a “categoria jurídica” da proteção diplomática em uma situação que não leva em conta (pelo menos não inteiramente) a realidade (22). Isto é feito por razões claramente “ideológicas” (23): trata-se de impedir o reconhecimento da personalidade jurídica internacional de pessoas privadas em uma lei considerada exclusivamente interestatal. (PELLET, 2007, p. 1363).

O caso *Mavrommatis*, segundo Pellet (2007), expõe uma releitura do instituto da proteção diplomática, desligando-a da responsabilidade interestatal e incorporando a uma teoria da proteção internacional dos indivíduos, contudo, corroborando o entendimento do voto de Pessoa, a releitura é um risco para a efetividade do instituto.

Reitere-se que não se nega proteção ao indivíduo, mas que não se pode considerar que toda injúria ao indivíduo ou à uma pessoa jurídica é também uma injúria ao Estado, sob pena de encher a Corte de casos envolvendo problemas de nacionais com determinados Estados, tornando inviável a atuação do referido órgão e ferindo sobremaneira a soberania dos Estados.

### **Considerações finais**

Ante tudo o que fora exposto é possível perceber, em um primeiro momento, que a presença brasileira na construção e no fortalecimento do direito internacional pôde ser vista na atuação de

Eptácio Pessoa, seja como codificar desse direito ou como aplicador, em seu mandato na Corte Permanente de Justiça Internacional.

Assim, embora o projeto de codificação do direito internacional elaborado por Eptácio Pessoa não tenha tido apoio suficiente para entrar em vigor, repercutiu na elaboração de Tratados, Convenções e demais documentos internacionais que versavam sobre os temas por ele abordados, um exemplo disso e que aqui fora abordado, foi o projeto da CDI sobre o instituto da proteção diplomática.

Não apenas seu projeto de codificação, mas também suas decisões enquanto juiz da CPJI, trouxeram para o direito internacional interessantes questões passíveis de análise e discussões diversas, como seu voto no caso *Mavrommatis*, que expôs de maneira precisa o posicionamento do jurista a respeito da teoria tradicional da proteção diplomática, de maneira muito semelhante ao posicionamento de Allain Pellet, onde ambos identificaram como uma ficção a ideia de que toda a injúria feita a um nacional seria também uma injúria ao Estado, e que o mesmo teria assim legitimidade para pleitear tais direitos em âmbito internacional.

O voto de Pessoa teve especial repercussão, pois abordava também questões sobre o indivíduo como sujeito de direito internacional e a competência da CPJI para atuar nos casos em que os direitos postos em questão fossem de indivíduos, suas empresas e não apenas uma violação direta ao Estado.

Outrossim, imprescindível perceber que o projeto da CDI seguiu, em partes, o mesmo raciocínio de Eptácio Pessoa e de Pellet, no que tange a temática da proteção diplomática, apontando a negativa de que toda e qualquer injúria causada ao nacional daria ao Estado competência para atuar.

Por outro lado, a CDI se distancia de Pessoa e de Pellet, quando “adere” a chamada “ficção *Mavrommatis*” (reconhecimento da possibilidade de o Estado atuar sob o manto da proteção diplomática para defender interesses de seus nacionais, em que pese eles serem pessoas jurídicas), considerando que o Estado poderia aplicar o instituto da proteção diplomática não apenas aos seus nacionais, mas estender a proteção aos não-nacionais (apátridas, refugiados, tripulação).

Contudo, essa possibilidade para Pellet pode ser utilizada pelos Estados com fins imperialistas, destoando do que seria uma tentativa de proteção e assemelhando-se a meios de intimidação e possível dominação.

Sendo assim, muito embora haja a possibilidade de extensão dessa proteção, é essencial que em respeito a própria soberania dos Estados, só se considere um litígio quando houver o esgotamento dos recursos internos.

Devem os Estados utilizar-se dos meios de resolução de controvérsias, entre eles, a própria negociação, que tem que ser efetivamente uma medida resolutiva, com o intuito de se solucionar a demanda, não apenas uma troca de comunicações entre Estados que não tenham por finalidade resolver o litígio, mas apenas apresentar uma suposta tentativa perante a Corte.

Por fim, imprescindível apontar que o referido artigo não esgota a temática, eis tratar-se de tema amplo, com pontos ainda a serem destacados, contudo, é possível perceber e evidenciar que o papel de Epitácio Pessoa, seja através da codificação do direito internacional, seja pelo seu voto no caso *Mavrommatis*, trouxe significativa contribuição para a formulação do instituto da proteção diplomática, tal qual fora posto pela CDI, fornecendo ainda, escopo e base doutrinária para que os debates sobre o tema fossem levantados por diversos internacionalistas ao redor do globo.

## **Referências**

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BENNOUNA, M. **Preliminary Report on Diplomatic Protection**. U.N. Doc. A/CN.4/484.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Case of the Mavrommatis Palestine Concessions**. Decisão de 30 out. 1924. Recueil des arrêts, série A, n. 2. Disponível em:

[https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_02/06\\_Mavrommatis\\_en\\_Palestine\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf). Acesso em: 24 jul. 2021.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Case of the Mavrommatis Palestine Concessions**. Opinião dissidente de M. Pêsoa. Disponível em: [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie\\_A/A\\_02/11\\_Mavrommatis\\_en\\_Palestine\\_Opinion\\_Pessoa.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_A/A_02/11_Mavrommatis_en_Palestine_Opinion_Pessoa.pdf). Acesso em: 24 jul. 2021.

DUGARD, J. R. **Fifth Report on Diplomatic Protection**. U.N. Doc. A/CN.4/538, de 4 de março de 2004.

DUGARD, J. R. **First Report on Diplomatic Protection**. U.N. Doc. A/CN.4/506, de 7 de março de 2000.

DUGARD, J. R. **Fourth Report on Diplomatic Protection**. U.N. Doc. A/CN/530, de 13 de março de 2003.

DUGARD, J. R. **Second Report on Diplomatic Protection**. U.N. Doc. A/CN.4/514, de 28 de fevereiro de 2001.

DUGARD, J. R. **Sixth Report on Diplomatic Protection**. U.N. Doc. A/CN.4/546, de 11 de agosto de 2004.

DUGARD, J. R. **Third Report on Diplomatic Protection**. U.N. Doc. A/CN.4/523, 7 de março de 2002.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MIALHE, Jorge Luís; JOB, Ulisses da Silveira (Orgs.). **Epitácio Pessoa e a Codificação do Direito Internacional**. Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

FRIGO, Manlio. Notas sobre a evolução histórica do Instituto da Proteção Diplomática no Sistema da Organização das Nações Unidas. **Sequência**, Publicação do Programa de Pós-Graduação da UFSC. Santa Catarina, v. 31, n. 61, p. 11-30, 18 de fev. de 2011.

OLIVEIRA, Matheus Farinhas. Dois cenários no Direito Internacional: o Culturalismo Jurídico e uma teoria dos direitos naturais. **Cadernos de Direito**. Piracicaba, SP, v. 17, n. 32, jan-jun. 2017, pp. 41-75.

PELLET, Alain. La seconde mort d'Euripide Mavrommatis? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique. *In: **Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit Mélanges offerts à Jean Salmon***. Bruxelles: Bruylant, 2007. Disponível em: [http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20%202007%20%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20\(M%C3%A9langes%20Salmon\).pdf](http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20%202007%20%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20(M%C3%A9langes%20Salmon).pdf). Acesso em: 24 jul. 2021.

REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 56. sess. (3 de maio – 4 de junho e 5 de julho – 6 de agosto 2004), U.N. Doc. A/59/10.

VALLADÃO, Haroldo. **Epitácio Pessoa, jurista da Codificação Americana do Direito Internacional**. Conferência na Sessão Solene da Comissão Jurídica Interamericana do Rio de Janeiro, 2/8/1977, *in memoriam* do jurisconsulto e estadista Epitácio Pêsoa.

ZIECK, M. Codification of the law on Diplomatic Protection: the first eight draft articles. **Leiden Journal of International Law**, 2001, p. 209 ss.

### CAPÍTULO 3

## **CONSTRUINDO CAMINHOS PARA O DIREITO À CIÊNCIA E À CULTURA: perspectivas a partir da Jurisprudência Europeia e Interamericana sobre os Direitos Culturais**

*Anna Clara Fornellos Almeida  
Hugo de Oliveira Martins*

**Resumo:** Em que pese sua relevância na integralização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, os direitos culturais assumiram nas últimas décadas um papel de menor prestígio se comparados a outras categorias de direitos. No entanto, novos caminhos vêm sendo trilhados nos últimos anos pelas cortes internacionais no que diz respeito ao reconhecimento e aplicação direta desses direitos. Nesse sentido, este trabalho busca enfatizar o papel crescente de tribunais internacionais na criação de mecanismos que permitam uma aplicação eficaz do direito à ciência e cultura e suas derivações. Para isso, recorre-se a uma análise bibliográfica, normativa e jurisprudencial, com especial enfoque nos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos, de modo a determinar quais parâmetros de aplicação dos direitos culturais vêm sendo adotados pelas instâncias julgadoras que compõem esses sistemas.

**Palavras-chave:** Direitos Culturais; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Sistema Europeu de Direitos Humanos.

### **Introdução**

Os direitos culturais, assim compreendidos o grupo de direitos derivados do art. 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), são ainda pouco debatidos por parte da doutrina e

jurisprudência internacional, quando comparados a outros direitos humanos de construção mais tradicional, como os direitos políticos ou o direito à propriedade.

Essa hesitação se justifica, dentre outras coisas, pela ausência de consenso internacional sobre a justiciabilidade direta dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA), bem como pelo não estabelecimento de parâmetros concretos sobre a aplicação desses direitos.

Diante desse cenário, o objetivo do presente estudo é, com base nas principais normativas sobre a matéria em nível internacional, nas decisões de cortes internacionais e na doutrina especializada, tentar estabelecer uma estrutura que permita definir quais os elementos centrais e recorrentes desses direitos culturais e como permitir uma maior eficiência no plano internacional.

O ponto de partida deste artigo é a análise do tratamento dispensado a esses direitos nas principais normativas internacionais que abrangem os chamados DESCA, com destaque ao artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

A partir desse primeiro enfoque, analisar-se-á a abordagem dos citados diplomas normativos no que diz respeito, especificamente, aos direitos culturais, traçando um primeiro ponto comparativo quanto à proteção legal conferida a cada um desses direitos.

Sem perder de vista as diferenças de cada sistema jurídico particular, o objetivo do estudo gira em torno da aplicação dos direitos culturais pelos mais importantes tribunais internacionais de direitos humanos, conferindo especial relevo à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) na temática em questão.

Em seguida, a partir de uma análise em torno da evolução do tratamento dos DESCA no âmbito da Corte IDH e dos mais recentes relatórios apresentados pela União Europeia sobre a atuação do TEDH quanto aos direitos culturais, serão apresentadas as algumas das principais decisões de cada uma dessas Cortes nas áreas analisadas, perfazendo um estudo comparativo crítico, a fim de apresentar os

novos caminhos a serem trilhados para o fortalecimento dos direitos culturais.

## **1 O tratamento dispensado aos direitos culturais nas principais normativas internacionais**

Definir precisamente o que são os direitos culturais não é uma tarefa simples. Isso porque a própria noção de cultura, oriunda de um sistema externo ao do direito, é multifacetada e abrangente, podendo abarcar inclusive a própria ideia de direito (KRONENFELD, 2017; LUHMANN, 2004). Desse modo, para a finalidade ínsita deste trabalho, iremos nos ater a uma visão jurídica sobre o tema.

Assim, sob a estrita ótica legal, temos que a noção de direitos culturais engloba uma infinidade de direitos relacionados à diversidade cultural e científica que caracteriza as múltiplas civilizações humanas, entrelaçando-se com, mas não se limitando a, aspectos como língua, religião e manifestações artísticas ou estéticas, e sua consequente proteção legal (SHAVER, 2009; SHAVER, 2010).

Esses direitos integram o sistema internacional de proteção aos direitos humanos desde sua inceptção, em 1945, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), notadamente seu artigo 27<sup>1</sup>. A primeira parte desse dispositivo consubstancia o que a doutrina posteriormente veio a denominar direito à ciência e cultura, pedra angular dos chamados direitos culturais (SHAVER, 2009). Nas décadas subseqüentes, esses direitos se expandiram através de menções recorrentes em diversos outros tratados internacionais e instrumentos sem valor cogente, mas que, assim como a DUDH, orientam a aplicação do direito internacional.

---

<sup>1</sup> Artigo 27. 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Entre essas normativas cabe aqui destacar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que em seu artigo 15 destringe as principais ramificações dos direitos culturais<sup>2</sup>.

Apesar dessa recorrência em textos legais, persiste no cenário internacional uma resistência ao desenvolvimento da dimensão prática dos direitos culturais (ROTH, 2004). Isso pode se dever em parte à multivocidade do conceito de cultura e de suas diversas manifestações, o que dificulta a identificação precisa do objeto de proteção. Não obstante, aponta-se também para a existência de algum nível de negligência por parte de organizações internacionais e suas instâncias decisórias no que diz respeito a violações a direitos culturais (PUTA-CHEKWE; FLOOD, 2001).

Diante desse cenário, no ano de 2009, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) decidiu estabelecer um procedimento especial no campo dos direitos culturais, a ser levado a cabo por uma especialista independente, pela duração de 3 (três) anos. A importância dos achados desse procedimento resultou em sua prorrogação por igual período em 2012, com a criação do cargo de Relatora Especial no campo de Direitos Culturais, à época ocupado por Farida Shaheed. Novas prorrogações tiveram lugar em 2015, com a nomeação da atual Relatora Especial, Karima Bennoune, e em 2018.

Essa iniciativa por parte da Organização das Nações Unidas (ONU) surge da constatação de que o campo dos direitos culturais, à diferença de outros direitos humanos, não haviam sido objeto de suficiente atenção pela Sociedade Internacional. Sobre isso, em seu primeiro relatório, Farida Shaheed destaca que, apesar dessa

---

<sup>2</sup> 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) Participar da vida cultural; b) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações; c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística da qual seja autor. 2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora. 4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

defasagem, os direitos culturais são essenciais para a defesa da dignidade humana ao fornecer mecanismos para a proteção e desenvolvimento das diversas visões de mundo (ONU, 2010).

Além disso, Shaheed sustenta que o avanço do processo de globalização e sua tendência à homogeneização pode pôr em risco a diversidade cultural, elevando a importância dos direitos culturais na contemporaneidade (ONU, 2010).

Esse cenário global é também observável nos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.

No arcabouço normativo que compõe o Sistema Europeu de Direitos Humanos, que tem como sua instância referencial o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), não há qualquer menção expressa aos direitos culturais. Apesar disso, a jurisprudência do TEDH desenvolveu uma proteção específica a esse grupo de direitos derivada de outros artigos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, como os que dizem respeito ao direito à liberdade de expressão (artigo 10) e ao direito à educação (art. 2º do Protocolo n. 1).

Essa evolução jurisprudencial permitiu ao TEDH compreender os direitos culturais em algumas dimensões essenciais, notadamente o direito à expressão artística, o acesso à cultura e o direito à identidade cultural. Em especial nessa última dimensão, grande parte dos casos enfrentados pelo TEDH dizem respeito a violações de direitos de minorias étnicas e religiosas, como ciganos (roma) e muçulmanos.

De outra banda, dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos houve poucas situações em que possíveis violações aos direitos culturais foram enfrentadas de forma enfática, embora isso venha se alterando nos últimos anos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, apesar de não silente como a Europeia, é lacônica em suas disposições acerca dos DESCAs, limitando toda a regulação da matéria a um único artigo – o artigo 26, denominado “Desenvolvimento Progressivo”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires,

De forma complementar, a Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a adoção de um Protocolo Adicional à Convenção, especificamente no que diz respeito aos DESCAs. Surge assim o Protocolo de San Salvador, que entra em vigor no ano de 1999. Destaca-se que nesse diploma há um dispositivo específico dedicado ao “direito aos benefícios da cultura” (artigo 14)<sup>4</sup>, como foi denominado, com clara inspiração no PIDESC.

Apesar disso, a própria noção que os direitos culturais, assim como os demais direitos que compõem o DESCa, seriam dotados de justiciabilidade direta perante a Corte IDH é uma construção recente, com a primeira condenação efetiva de um Estado membro por violação ao artigo 26 vindo a ocorrer apenas em 2017, no Caso Lagos del Campo vs. Peru. Antes disso, eventuais violações a direitos culturais eram tratadas de forma tangencial a partir da constatação de violações a outros direitos decorrentes da Convenção, como o direito à vida (artigo 4) e à integridade pessoal (artigo 5), de forma similar ao que ocorre no sistema europeu.

Desse modo, os direitos culturais, de forma similar aos demais DESCAs, apesar de frequentemente suscitados em tratados internacionais, sofreram com um processo de negligência sistemática que dificultaram sua implementação.

Esse cenário, no entanto, vem ganhando novos contornos nos últimos anos, notadamente através da atuação de cortes e tribunais

---

na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

<sup>4</sup> Artigo 14. 1. Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a: a) participar na vida cultural e artística da comunidade; b) gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico; c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondam em virtude de produções científicas, literárias ou artísticas de sua autoria. 2. Entre as medidas que os Estados-Partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, deverão figurar as necessárias para a conservação, o desenvolvimento e a divulgação da ciência, da cultura e da arte. 3. Os Estados-Partes neste Protocolo comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e a atividade criadora. 4. Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no que diz respeito a assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a incentivar maior cooperação internacional nesses campos.

internacionais de direitos humanos, os quais apresentam indicativos de mudança na sua orientação histórica demonstrando uma tendência a consolidar garantias aos direitos culturais. Dessa forma, importante analisar a evolução da jurisprudência internacional sobre a matéria com mais atenção.

## **2 Os direitos culturais no sistema judicial internacional: uma análise da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**

A respeito do título desta seção, algumas considerações devem ser tecidas.

Em primeiro lugar, a escolha pelo termo sistema judicial internacional não implica reconhecer a existência de um poder judiciário global aos moldes do que existe no âmbito de Estados nacionais. Em verdade, o que parte da doutrina convencionou chamar sistema judicial internacional compreende uma ampla gama de órgãos dotados de capacidade decisória que, de maneira não hierarquizada, resolvem controvérsias sobre temas de direito internacional (ALTER, 2014).

Nesse amplo universo de cortes, tribunais e órgãos quase-judiciais, dois deles se destacam para o estudo aqui proposto: o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A escolha desses dois tribunais internacionais se deve ao fato de que ambos representam as instâncias decisórias máximas dos principais e mais desenvolvidos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, especificamente o Europeu e o Interamericano.

Também cabe aqui destacar a relevância do Sistema Africano dos Direitos Humanos e dos Povos que, ao ser o mais jovem entre os sistemas regionais de direitos humanos, ainda não possui uma jurisprudência destacável em matéria de direitos culturais.

Feitas essas primeiras considerações, passa-se à análise da jurisprudência do TEDH.

Ao contrário do que se pode observar do PIDESC, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (da sigla em inglês, ECHR) não protege, de forma direta e explícita, os direitos culturais.

Ainda assim, o TEDH não deixa de cumprir um relevante papel no campo em análise, ao desempenhar uma interpretação dinâmica dos preceitos contidos da ECHR, enquadrando diferentes direitos em uma noção mais ampla do que se chama de direitos culturais (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Por meio das suas decisões, o TEDH estabelece verdadeiros princípios-chaves, criando uma jurisprudência de relevo, fornecedora da base necessária para futuros litígios. Além disso, também constrói um alicerce para que haja o desenvolvimento dos direitos em questão, fortalecendo-os dentro das sociedades envolvidas.

Um dos casos mais emblemáticos, posto sob o julgamento da Corte Europeia, é, sem dúvidas, o "*M'Bala M'Bala v. France*", o qual teve como discussão central a liberdade de expressão artística, mola propulsora para o intercâmbio de informações e de ideias culturais, políticas e sociais de todos os tipos, sendo, portanto, imprescindível para a manutenção de uma sociedade democrática.

O caso girou em torno do dia 26 de dezembro de 2008, no qual Dieudonné M'Bala M'Bala, comediante francês e requerente do pleito em questão, convidou o acadêmico francês Robert Faurisson, considerado um dos principais defensores da negação do Holocausto, para se juntar a ele no palco e receber uma espécie de premiação por "falta de frequência e insolência"<sup>5</sup>, entregue pelas mãos de um ator que vestia uma espécie de pijama listrado, o qual carregava uma estrela de Davi costurada (EHCR FIFTH SECTION, 2015).

Em linhas gerais, M'Bala M'Bala havia sido condenado pelo *Tribunal de grande instance de Paris* a uma multa no valor de dez mil euros, sob a acusação de ter proferido insulto público dirigido a um grupo de pessoas em razão da sua origem ou pertença, ou não, a uma dada comunidade étnica, nação, raça ou religião.

Apesar de Dieudonné ter acionado o TEDH com argumentações calcadas sobretudo no Artigo 10 da EHCR (Direito à

---

<sup>5</sup> No original: "prize for unfrequency and insolence".

liberdade de expressão), a Corte Europeia se posicionou no sentido de que (EHCR FIFTH SECTION, 2015):

O requerente não pode alegar, nas circunstâncias particulares e no que diz respeito a todo o contexto, que agiu como artista com o direito de se exprimir através da sátira, do humor e da provocação. Sob o disfarce de um show de comédia, ele convidou um dos mais conhecidos negacionistas franceses, que havia sido condenado um ano antes por negar crimes contra a humanidade, para homenageá-lo e dar-lhe uma plataforma. Além disso, no contexto de uma *mise en scène* absurdamente grotesca, ele providenciou para que um ator, interpretando o papel de um prisioneiro judeu dos campos de concentração nazistas, concedesse um prêmio a Robert Faurisson. [...] Nesse sentido, já que os atos impugnados, tanto em seu conteúdo como em seu tom geral e, portanto, em seu objetivo, tinham um caráter negacionista e anti-semita marcante, a Corte conclui que o requerente tentou desviar o artigo 10 de seu propósito real, buscando usar seu direito à liberdade de expressão para fins contrários ao texto e ao espírito da Convenção e que, se admitidos, contribuiriam para a destruição de os direitos e liberdades garantidos pela Convenção<sup>6</sup> (tradução nossa).

---

<sup>6</sup> No original: “*The Court thus takes the view, like the Court of Appeal, that in the course of the offending sketch the show took on the nature of a rally and was no longer a form of entertainment. The applicant cannot claim, in the particular circumstances and having regard to the whole context, that he acted as an artist with an entitlement to express himself using satire, humour and provocation. Under cover of a comedy show, he invited one of the best known French negationists, who had been convicted a year earlier for denying crimes against humanity, in order to pay tribute to him and give him a platform. In addition, in the context of a preposterously grotesque mise en scène he arranged for an actor playing the role of a Jewish inmate of the Nazi concentration camps to award Robert Faurisson a prize. [...] Accordingly, since the impugned acts, both in their content and in their general tone, and thus in their aim, had a marked negationist and anti-semitic character, the Court finds that the applicant has attempted to deflect Article 10 from its real purpose by seeking to use his right to freedom of expression for ends which are contrary to the text and spirit of the Convention and which, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms guaranteed by the Convention.*”

A conclusão da Corte no caso em questão instituiu, portanto, um contraponto entre a proteção da liberdade de expressão por meio da sátira, do humor e da provocação, elemento contido na definição mais larga de direitos culturais, e as demais garantias e liberdades previstas também do documento europeu protetor dos Direitos Humanos. Decidiu-se, então, que o artigo 10 da Convenção Europeia não pode simplesmente servir como base para toda e qualquer manifestação da liberdade de expressão, mormente quando estão em jogo insultos raciais, étnicos e/ou religiosos.

De outra parte, o TEDH perpetrou decisões importantes para o Direito à identidade Cultural, ao examinar casos envolvendo as comunidades ciganas presentes na Europa. Em *Muñoz Díaz v. Spain*, ao analisar questões relacionadas aos efeitos de um casamento cigano para fins de pensão, a Corte se posicionou a favor da comunidade *Romani*, ao estabelecer, dentre outras coisas, que "o Tribunal considera que a força das crenças coletivas de uma comunidade bem definida culturalmente não pode ser ignorada"<sup>7</sup> (ECHR THIRD SECTION, 2009, tradução nossa).

Ainda, no caso "*Sidiropoulos and Others v. Greece*" a Corte Europeia decidiu a favor da liberdade de associação, prevista no artigo 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, para fins de promoção da cultura e da consciência de minorias, ao instituir que "os habitantes de uma região de um país têm o direito de formar associações a fim de promover as características especiais da região, tanto por razões históricas como econômicas"<sup>8</sup> (UNIÃO EUROPEIA, 2017, tradução nossa).

Para além dos casos citados, o TEDH julgou diversos outros de conexão direta com os direitos culturais, a exemplo daqueles referentes ao direito à educação em língua específica, ao direito à proteção do patrimônio cultural e natural, ao acesso ao patrimônio cultural, ao direito de buscar a verdade histórica, ao direito a uma

---

<sup>7</sup> No original: "The Court takes the view that the force of the collective beliefs of a community that is well-defined culturally cannot be ignored".

<sup>8</sup> No original: "The inhabitants of a region in a country are entitled to form associations in order to promote the region's special characteristics, for historical as well as economic reasons".

identidade religiosa, etc., consolidando uma forte base para a proteção e promoção dos direitos culturais.

### **3 A atuação histórica da Corte Interamericana de Direitos Humanos: jurisprudência acerca do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**

Deste lado do Atlântico, o Sistema Interamericano apresenta algumas similaridades ao Europeu em matéria de direitos culturais, mas com algumas particularidades que merecem ser destacadas.

Apesar de contar com um artigo dedicado aos DESCAs em sua Convenção, bem como um Protocolo Adicional sobre o tema, a Corte IDH apresentou, na maior parte de sua existência, certa resistência em reconhecer a justiciabilidade direta desse grupo de direitos. Desse modo, sempre que instada a se manifestar sobre questões relativas aos DESCAs, a orientação da Corte ia no sentido de observar se as violações em questão em verdade atingiam outros dos direitos da Convenção (PARRA-VERA, 2018).

A mudança na orientação jurisprudencial da Corte tem início apenas em 2009, com o Caso *Acevedo Buendía vs. Peru*. Nessa oportunidade, a Corte, conquanto não tenha reconhecido a aplicação direta do artigo 26, entendeu que “o Estado terá essencialmente, ainda que não exclusivamente, uma obrigação de fazer, ou seja, de adotar providências e disponibilizar os meios e elementos necessários para responder às exigências de efetividade”<sup>9</sup> dos DESCAs (tradução nossa).

Esse processo de mudança ganha força com a chegada do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot em 2013. Naquele mesmo ano, Mac-Gregor proferiu voto no julgamento do Caso *Suárez Peralta vs. Peru* em que defendeu a justiciabilidade direta dos DESCAs, ou seja, que o artigo 26 da Convenção não era mera norma programática, mas sim configura direito plenamente exigível diante da Corte IDH.

Em 2015, no julgamento do Caso *González Lluy vs. Equador*, as posições dissonantes de Mac-Gregor e do Juiz Humberto Antonio

---

<sup>9</sup> No original: “*El Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad [...]*.”

Sierra Porto acerca da justiciabilidade direta dos DESCAs ocuparam o centro do debate. Para Sierra Porto,

é verdade que os direitos estão intrinsecamente ligados e não devem ser vistos isoladamente, por isso apoio a justiciabilidade dos DESC via conectividade, mas a indivisibilidade dos direitos não é suficiente para modificar a jurisdição de um tribunal, como propõe aqueles que buscam diretamente justiciabilidade por meio da interpretação ampla do artigo 26 da Convenção (tradução nossa)<sup>10</sup>.

Por sua vez, ressaltando a importância dos DESCAs e a existência de subsídio legal para a sua aplicação no âmbito da Corte IDH, Mac-Gregor sustentou que

quase 46 anos após a assinatura da Convenção Americana e 27 anos desde a adoção do Protocolo de San Salvador, é necessário tomar medidas com maior clareza no sentido da justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, levando em consideração os avanços do direito internacional dos direitos humanos e levando em conta o claro progresso dos Estados Partes da Convenção Americana (tradução nossa)<sup>11</sup>.

Apesar disso, o reconhecimento da justiciabilidade direta dos DESCAs vem apenas em 2017, no julgamento do Caso Lagos del

---

<sup>10</sup> No original: “*Es cierto que los derechos están intrínsecamente conectados y no deben ser vistos de manera aislada, razón por la cual apoyo la justiciabilidad de los DESC vía conexidad, pero la indivisibilidad de los derechos no es suficiente para modificar la competencia de un tribunal, como lo proponen quienes pretenden una justiciabilidad directa por medio de la interpretación amplia del artículo 26 de la Convención.*”

<sup>11</sup> No original: “*Pasados casi 46 años desde la suscripción de la Convención Americana y 27 años desde la adopción del Protocolo de San Salvador, es necesario dar pasos con mayor claridad hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales teniendo en cuenta los avances del derecho internacional de los derechos humanos y atendiendo a los claros avances de los Estados Parte de la Convención Americana.*”

Campo vs. Peru. Nesse caso, em que se discutia questões relacionadas à estabilidade laboral, e reconhecendo que “da derivação do direito ao trabalho de uma interpretação do artigo 26 em relação à Carta da OEA, juntamente com a Declaração Americana, o direito ao trabalho é explicitamente reconhecido em várias legislações internas dos Estados da região, bem como em um vasto *corpus iuris* internacional”<sup>12</sup> a Corte concluiu que “o Estado peruano não protegeu o direito à estabilidade no emprego, em interpretação do artigo 26 da Convenção Americana” (tradução nossa)<sup>13</sup>.

O Caso Lagos del Campo vs. Peru representa um verdadeiro ponto de inflexão na jurisprudência da Corte IDH e a consolidação da exigibilidade plena de realização dos desígnios que emanam dos DESCAs. A Corte a partir de então assume para si a capacidade de condenar um Estado por uma violação a qualquer dos direitos que compõem os DESCAs a partir da constatação da violação do dever estatal específico de convertê-los em políticas públicas.

Nada obstante o avanço significativo consubstanciado nessa decisão, Parra-Vera destaca o considerável atraso de 37 anos para que a Corte IDH conferisse pleno poder normativo à Convenção Americana. Para o autor, essa demora é particularmente grave considerando a grande desigualdade social que impera sobre do continente americano e o importante papel dos DESCAs no sentido de proporcionar mecanismos para enfrenta-la (PARRA-VERA, 2018).

Especificamente no que diz respeito aos direitos culturais, a jurisprudência majoritária da Corte IDH os examina na sua interseccionalidade com os direitos de povos indígenas. Mesmo antes da alteração do entendimento jurisprudencial com relação à justiciabilidade direta dos DESCAs, as menções a direitos culturais costumavam vir associadas à noção de direito à identidade cultural das populações indígenas, como no Caso Comunidade Indígena Yakye

---

<sup>12</sup> No original: “*De la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto corpus iuris internacional.*”

<sup>13</sup> No original: “*el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana.*”

Axa vs. Paraguai (2005) e no Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010).

Um dos mais emblemáticos exemplos em que foi constatada violação aos direitos culturais com base no artigo 26 é o recente Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020). Nessa oportunidade, a Corte IDH, que condenou o Estado Argentino, entre outras coisas, pela violação ao direito à identidade cultural daquela comunidade, asseverou em sua sentença que

a alimentação é, em si, uma expressão cultural. Neste sentido, a alimentação pode ser considerada como um dos “traços distintivos” que caracterizam um grupo social, sendo assim incluída na tutela do direito à identidade cultural através da salvaguarda de tais características, sem que isso implique negar o caráter histórico, dinâmico e evolucionário da cultura (tradução nossa)<sup>14</sup>.

Essa foi a primeira oportunidade em que a Corte IDH analisou, em um caso contencioso, eventuais violações a direitos culturais (em específico o direito à identidade cultural) decorrentes diretamente do artigo 26. Trata-se de um avanço substantivo que dá sequência ao processo iniciado com a constatação por parte da Corte da exigibilidade dos DESCAs, no Caso Acevedo Buendia vs. Peru, em 2009.

Assim, a jurisprudência da Corte IDH parece indicar uma tendência positiva no reconhecimento da justiciabilidade direta dos DESCAs, inaugurando um novo capítulo para os direitos culturais no âmbito do Sistema Interamericano (FLÓREZ; JÚNIOR; SANTOS, 2019). Em todo caso, persiste a necessidade que novos casos sejam levados à jurisdição da Corte para a consolidação dos parâmetros de aplicação desses direitos, inclusive em dimensões outras que não a

---

<sup>14</sup> No original: “*La alimentación es, en sí, una expresión cultural. En ese sentido, puede considerarse a la alimentación como uno de los “rasgos distintivos” que caracterizan a un grupo social, quedando comprendido, por ende, en la protección del derecho a la identidad cultural a través de la salvaguarda de tales rasgos, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura.*”

identidade cultural ou mesmo que não estejam necessariamente relacionados a direitos de populações tradicionais.

O que é possível extrair dessa análise jurisprudencial é que, ao que parece, tanto a jurisprudência da Corte Interamericana como a do Tribunal Europeu de Direitos Humanos indicam uma expansão da capacidade decisória desses órgãos jurisdicionais para retificar anos de negligência com os direitos culturais, período em que foram relegados a um papel secundário no sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Essa tendência, no entanto, ainda deve ser analisada com mais atenção no futuro próximo para que seja confirmada.

Com efeito, os direitos culturais sempre se fizeram presentes em normativas internacionais desde o início do processo de universalização dos direitos humanos. Não obstante, essa presença se deu de forma marcadamente principiológica e abstrata dada a ausência de padrões claros e concretos para a aplicação desses direitos, inclusive pelo seu não enfrentamento em instâncias decisórias. Com o crescente papel da doutrina e de órgãos não judiciais na defesa de uma maior operabilidade desses direitos, tribunais e cortes internacionais parecem ter finalmente assumido a tarefa de proteger esses direitos de forma mais enfática.

Trata-se de um processo em andamento que busca construir bases sólidas sobre as quais operadores do direito possam demandar efetivamente pela efetivação dos direitos culturais, além de reparar violações e omissões oriundas dos órgãos responsáveis por sua concretização. Dessa forma, os direitos culturais, junto aos demais DESCAs, poderão assumir o papel de protagonismo que lhes foi negado por um longo período de hierarquização dos direitos humanos.

## **Conclusão**

Os direitos culturais, em que pese sua importância histórica na formação do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, não gozaram do mesmo nível de prestígio que outros direitos, ocupando um papel essencialmente principiológico e pouco prático em na sua implementação.

Diante desse cenário, a doutrina e a jurisprudência de cortes, tribunais e órgãos quase-judiciais em nível internacional se apresentam como essenciais para a construção de caminhos nos quais se possam estabelecer parâmetros eficazes de aplicação dos direitos culturais, garantindo a operabilidade desses direitos no sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Assim como ocorre com os demais DESCAs, a ausência desses parâmetros dificulta até mesmo a própria reivindicação desses direitos perante cortes e tribunais internacionais, uma vez que prejudica a identificação precisa de eventual violação, criando obstáculos para sua aplicação direta e adoção de remédios equivalentes.

É possível observar uma tendência por parte de organismos internacionais no sentido de conferir maior concretude aos direitos culturais, seja por uma modulação jurisprudencial, no caso do Sistema Europeu de Direitos Humanos, ou pela aplicação direta de dispositivos legais antes pouco explorados, como ocorre no Sistema Interamericano. De toda sorte, é bem provável que esses direitos ganhem novos contornos em um futuro próximo, assumindo um papel mais direto na consagração dos direitos humanos em nível internacional.

## **Referências**

ALTER, Karen. **The new terrain of international law: courts, politics, rights**. Princeton: Princeton University Press, 2014.

CIDH. **Cuadernillo de Jurisprudencia 22** (Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 10 ago. 2021.

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem. 04 de novembro de 1950. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: 10 ago. 2021.

FLÓREZ, Deicy Yurley Parra; JÚNIOR, Bianor Saraiva Nogueira; SANTOS, Ulisses Arjan Cruz dos. A diversidade cultural segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano transformador. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, ago. 2019, v. 9, nº 2, pp. 474-489.

KRONENFELD, David B. **Culture as a system**: how we know the meaning and significance of what we do and say. Nova York: Routledge, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system** (trad. Klaus A. Ziegert). Nova York: Oxford University Press, 2004.

ONU. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. **Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council**. A/HRC/14/36. 22 mar. 2010. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/HRC/14/36>. Acesso em: 10 ago. 2021.

PUTA-CHEKWE, Chisanga; FLOOD, Nora. From Division to Integration: Economic, Social, and Cultural Rights as Basic Human Rights. *In*: MERALI, Isfahan; OOSTERVELD, Valerie. **Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights**. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2001.

ROTH, Kenneth. Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization. **Human Rights Quarterly**, v. 26, n. 1, fev. 2004, pp. 63-73.

SHAVER, Lea. The right to science and culture. **Wisconsin Law Review**, v. 1, 2009, pp. 121-184.

SHAVER, Lea. The right to take part in the cultural life. **Wisconsin International Law Journal**, Madison, n. 27, 2010, pp. 637-662.

UNIÃO EUROPEIA. **Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights**. Janeiro de 2011 (atualizado em 17 de janeiro de 2017). Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/research\\_report\\_cultural\\_rights\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/research_report_cultural_rights_eng.pdf). Acesso em: 10 ago. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. **Application no. 25239/13**. Dieudonné M'BALA M'BALA against France. Fifth Section, 20 de outubro de 2015. Disponível em: [https://adatabase.ohchr.org/IssueLibrary/ECtHR\\_MBala%20MBala%20v.%20France.pdf](https://adatabase.ohchr.org/IssueLibrary/ECtHR_MBala%20MBala%20v.%20France.pdf). Acesso em: 10 ago. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. **Application no. 49151/07**. Case of Muñoz Díaz v. Spain. Third Section. Strasbourg, 8 de março de 2010. Disponível em: [https://adatabase.ohchr.org/IssueLibrary/ECtHR\\_Case%20of%20Munoz%20Diaz%20v%20Spain.pdf](https://adatabase.ohchr.org/IssueLibrary/ECtHR_Case%20of%20Munoz%20Diaz%20v%20Spain.pdf). Acesso em: 10 ago. 2021.

VERA, Óscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. *In*: MAC-GREGOR, Eduardo; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PANTOJA, Rogelio Flores (Eds.). **Inclusión, Ius Commune y Justiciabilidad de los DESCAs en la Jurisprudencia Interamericana - El Caso Lagos del Campo y los Nuevos Desafíos**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretaro, 2018, pp. 181-234.

## CAPÍTULO 4

# A CONTRIBUIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL PARA A SISTEMATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E A NOÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO SOCIAL

*Barbara Mourão Sachett*

**Resumo:** A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar a jurisprudência internacional sobre Direito Internacional Ambiental. Os objetivos específicos são: analisar as Declarações das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, notadamente os princípios de Direito Internacional Ambiental; a relação entre os princípios de Direito Ambiental e a conservação e preservação do meio ambiente como direito social; e, por fim, como esses princípios foram incorporados nas sentenças internacionais sobre o tema. A relevância do estudo justifica-se visto que a evolução do Direito Internacional Ambiental passa pela análise da jurisprudência internacional do tema. Nesse sentido, o método aplicado será o dedutivo, e como técnica de pesquisa será utilizada a exploração bibliográfica, com consulta doutrinária e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Meio ambiente; Direito social; Corte Internacional de Justiça; Tribunal Internacional do Direito do Mar; Princípios.

## **Introdução**

O estudo da proteção e conservação do meio ambiente, e o surgimento do Direito Ambiental Internacional se deram a partir dos

anos 70 do século XX, com as Conferências das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

A evolução do Direito Internacional Ambiental está relacionada ao desenvolvimento dos seus princípios, que foram mencionados nas Conferências das Nações Unidas sobre o tema, nesse sentido, princípios tais como: da prevenção; da precaução; poluidor-pagador; do desenvolvimento sustentável, entre outros, passaram a ser incorporados à jurisprudência internacional sobre questões ambientais.

Em termos de acesso aos tribunais internacionais, é sabido que várias instâncias possuem jurisdição para analisar casos de Direito Internacional, o que não contribui para a fragmentação do Direito Internacional, ou para um potencial conflito de competência.

A jurisprudência internacional é rica em casos que analisaram, direta ou indiretamente, a temática da conservação e preservação do meio ambiente, e na sua maioria, observa-se a aplicação dos princípios de Direito Internacional Ambiental.

## **1 O Direito Internacional Ambiental nas Conferências das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente**

A conscientização da sociedade internacional a respeito das questões ambientais no final dos anos 60 do século XX<sup>1</sup>, levou a Assembleia Geral da ONU a convocar uma conferência internacional para tratar do assunto, nesse sentido, a Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano<sup>2</sup>, ocorreu em junho de 1972, conhecida

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, Kiss e Shelton asseveram: “*The present ecological era can be said to have begun at the end of the 1960s, after post-World War II reconstruction led to unprecedented global economic development. This development was unequal, accentuating differences in wealth between countries of the Northern and Southern hemispheres as well as within countries. It required expanded use of exhaustible natural resources such as clean water, air, flora, fauna, and minerals. It also produced high levels of waste. Further problems arose from the “green revolution” in agriculture, which relied heavily on DDT and other pesticides whose dangers were not at first recognized.*” (KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **Guide to International Environmental Law**. Leiden: Brill, 2007, p. 33).

<sup>2</sup> Os resultados da Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano, foram muito além dos aspectos de Direito Internacional Ambiental: “Nesta Conferência também foram discutidos temas como os efeitos no comércio

como Conferência de Estocolmo, resultou na Declaração de Estocolmo, que, mesmo sem força vinculativa, influenciou a negociação de outros acordos sobre a temática nos anos subsequentes.

A oposição entre países desenvolvidos e em desenvolvimento ficou clara já durante as reuniões preparatórias da Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente, aqueles eram favoráveis à uma agenda que enfatizasse aspectos da poluição da água, do solo e da atmosfera, derivados da industrialização, enquanto os países em desenvolvimento se opuseram a essa agenda, pelo receio que fosse utilizada como instrumento de interferência em assuntos domésticos, também foi apontado o alto custo das medidas conservacionistas que seriam imputados não somente aos países desenvolvidos, bem como aos países em desenvolvimento<sup>3</sup>.

Em que pesem esses antagonismos, a Conferência das Nações sobre o Meio Ambiente, resultou na Declaração de Estocolmo (Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano, de 1972), contendo um preâmbulo e 26 Princípios<sup>4</sup>, que foram incorporados à Carta de Terra, de 1992<sup>5</sup>, e que foi decisiva para a convocação de uma segunda conferência sobre meio ambiente, a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, na cidade do Rio de Janeiro.

A conciliação do desenvolvimento socioeconômico com a utilização sustentável dos recursos naturais, foi a tônica da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento,

---

internacional da regulamentação ambiental da produção e os efeitos no comércio internacional do padrão de qualidade dos produtos relacionados com o meio ambiente, chegando-se à conclusão que os produtos que não fossem ecologicamente corretos poderiam se transformar em barreiras não tarifárias ao comércio internacional". (GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 99).

<sup>3</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, Obrigações e Responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 53

<sup>4</sup> ONU. **Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano**, 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em 13 de ago. de 2021.

<sup>5</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Carta de Terra. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/educacao-ambiental/documentos-referenciais/item/8071-carta-da-terra.html>. Acesso em: 13 ago. 2021.

ademais, houve consenso quanto à necessidade dos países em desenvolvimento receberem apoio financeiro e tecnológico a fim de atingirem o desenvolvimento sustentável, o que, até então, não tinha feito parte da agenda de negociações sobre a temática<sup>6</sup>.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, resultou na edição da Agenda 21<sup>7</sup>, um acordo ainda que não vinculativo, buscou conciliar o desenvolvimento econômico e a cooperação ambiental e social; no estabelecimento do Programa de Ação para o Desenvolvimento sustentável (PNUMA)<sup>8</sup>, e na ratificação da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), de 1994.

A partir de 1992, foram realizadas várias conferências sobre o tema, nas quais foram negociados acordos com e sem força vinculativa, e que contribuíram para o desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental, principalmente por meio dos seus princípios.

## **2 Princípios de Direito Internacional Ambiental e o Meio Ambiente como Direito Social**

O termo Direito Internacional Ambiental foi reconhecido pela Resolução de 22 de dezembro de 1989, que convocou a Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>9</sup>. O Direito Internacional

---

<sup>6</sup> Outro aspecto inovador da Conferência foi a participação de demais atores da sociedade internacional, nesse sentido, LAGO afirma: “Um fator que daria à Conferência caráter particular foi a atribuição, desde a sua convocação, de importante papel às organizações não-governamentais, em reconhecimento ao crescimento exponencial da influência das ONGs na área ambiental, desde Estocolmo, junto a governos, a organismos multilaterais, à mídia e, principalmente, junto à opinião pública.” (LAGO, André Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo**. O Brasil e as três Conferências Ambientais das Nações Unidas. Brasília: FUNAG, 2006, p. 67).

<sup>7</sup> ONU. United Nations Sustainable Development. **United Nations Conference on Environment & Development**. Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992. AGENDA 21. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2021.

<sup>8</sup> ONU/PNUMA. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.unep.org/pt-br/sobre-onu-meio-ambiente/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

<sup>9</sup> CASELLA, Paulo Borba; VASCONCELOS, Raphael de Carvalho; XAVIER, Ely Caetano Junior (Orgs). **Direito Ambiental**. O legado de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. Brasília: FUNAG, 2017, p. 29.

Ambiental é formado pelo conjunto de normas e princípios, cogentes ou não, que criam obrigações relativas à proteção do meio ambiente<sup>10</sup>.

As Conferências tiveram um grande impacto nos ordenamentos jurídicos internos, dessa forma, e em grande parte, foram incorporados por meio de direitos sociais inseridos nas Constituições. No Brasil, é o caso da Constituição Federal de 1988, na qual a proteção ao meio ambiente é prevista no artigo 225.

Nesse sentido, as normas constitucionais exprimem o pressuposto de que o direito à vida, fonte de todos os direitos fundamentais, deve orientar todas as formas de atuação na esfera da tutela do meio ambiente, considerando, inclusive, a primazia em relação às normas sobre direito de propriedade, sendo instrumental, na medida em que, por meio dessa tutela, o que se protege é um valor maior, qual seja, a qualidade da vida humana<sup>11</sup>.

Em sede de Direito Internacional Ambiental, a preservação e conservação do meio ambiente é correlacionado aos princípios de Direito Internacional Ambiental.

Os princípios desempenham papel essencial na sistematização e fundamentação do Direito Internacional Ambiental. Nesse sentido, é possível analisar a evolução dos princípios por meio de gerações, assim, a primeira geração é formada pelos princípios da prevenção e do poluidor-pagador, entre outros; já a segunda, foi marcada pelo desenvolvimento dos princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável. Os princípios são importantes porquanto não é possível dissociá-los da elaboração normativa, dessa forma, normas incompatíveis com os princípios poderiam não ser aplicadas<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> “Em verdade, a utilização do termo ‘meio ambiente’ caracteriza vício de linguagem, pois se trata de pleonasma, haja vista que ‘meio’ é aquilo que está no centro de algo e ‘ambiente’ é onde se encontra os seres vivos”. (GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 27).

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 719.

<sup>12</sup> HECK, Mariana. **A efetividade das Convenções da Organização Marítima Internacional (OMI) em face da poluição marítima por óleo causada por Navios**. São Paulo/Rio de Janeiro, 2015, p. 237.

## **2.1 Princípio da prevenção**

O princípio da prevenção é previsto no Princípio 21 da Declaração de Estocolmo<sup>13</sup>, e, posteriormente, incorporado no Princípio 2 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>14</sup>.

Nesse sentido, o princípio da prevenção relaciona-se à constatação que uma vez ocorrido o dano ambiental, sua reparação resta extremamente difícil, ou seja, está fundamentado no pressuposto que a melhor medida para contribuir para a preservação do meio ambiente é justamente evitar que ele ocorra<sup>15</sup>.

## **2.2 Princípio do poluidor-pagador**

O princípio do poluidor-pagador relaciona-se à obrigação do poluidor de indenizar, de responder pelo prejuízo que cause ao meio ambiente<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> “Princípio 21. Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional”.

<sup>14</sup> “Princípio 2: Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios da lei internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e a responsabilidade de velar para que as atividades realizadas sob sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional”.

<sup>15</sup> HECK, Mariana. **A efetividade das Convenções da Organização Marítima Internacional (OMI) em face da poluição marítima por óleo causada por navios**. São Paulo/Rio de Janeiro, 2015, p. 238.

<sup>16</sup> Na legislação brasileira, o princípio está previsto no artigo 4º, VII, da Lei 6.938/81, nos seguintes termos: “Artigo 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

O princípio em questão está previsto no Preâmbulo da Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano, nos seguintes termos:

Para se chegar a esta meta será necessário que cidadãos e comunidades, empresas e instituições, em todos os planos, aceitem as responsabilidades que possuem e que todos eles participem equitativamente, nesse esforço comum. Homens de toda condição e organizações de diferentes tipos plasmarão o meio ambiente do futuro, integrando seus próprios valores e a soma de suas atividades. As administrações locais e nacionais, e suas respectivas jurisdições, são as responsáveis pela maior parte do estabelecimento de normas e aplicações de medidas em grande escala sobre o meio ambiente. Também se requer a cooperação internacional com o fim de conseguir recursos que ajudem aos países em desenvolvimento a cumprir sua parte nesta esfera. Há um número cada vez maior de problemas relativos ao meio ambiente que, por ser de alcance regional ou mundial ou por repercutir no âmbito internacional comum, exigem uma ampla colaboração entre as nações e a adoção de medidas para as organizações internacionais, no interesse de todos. A Conferência encarece aos governos e aos povos que unam esforços para preservar e melhorar o meio ambiente humano em benefício do homem e de sua posteridade.

Dessa forma, a essência do princípio do poluidor pagador está ligada mais a aspectos econômicos, do que ambientais, não obstante, essa constatação não exclui ou diminui sua grande influência na normatização do Direito Internacional Ambiental.

### ***2.3 Princípio da precaução***

O princípio da precaução e o da prevenção estão relacionados na medida em que ambos estão vinculados à proteção e à prevenção do meio ambiente, entretanto, possuem algumas diferenças quanto a sua aplicação<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, aduz Guerra: “O princípio da precaução é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente, ao passo que o da prevenção aplica-

Assim, o princípio da precaução estabelece que o Estado deve aplicar medidas ambientais que, num primeiro momento, impeçam o início da ocorrência de atividades potencialmente lesivas e danosas ao meio ambiente.

O princípio é mencionado na Agenda 21, de 1992 (no Princípio 15); na Convenção sobre a Diversidade Biológica, no parágrafo 9 do seu Preâmbulo; no Acordo sobre a Implementação dos Dispositivos da Convenção do Mar de 1992 concernentes à Conservação e Exploração de População de Peixes Transzonais e Peixes Altamente Migradores, de 1995 (no artigo 6); e no Protocolo de Cartagena sobre Biosegurança, do ano de 2000 (nos artigos 1, 10 e 11).

## ***2.4 Princípio do desenvolvimento sustentável***

O princípio do desenvolvimento sustentável está previsto nos Princípios 2, 3 e 4 da Declaração de Estocolmo.

Já o Princípio 1 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, prevê o princípio do desenvolvimento sustentável, na medida em que coloca o ser humano no centro das preocupações relacionadas àquele, nesse sentido, o ser humano tem direito a uma vida produtiva em harmonia com a natureza<sup>18</sup>. À vista disso, o desenvolvimento econômico não deve ser considerado antagônico ao desenvolvimento sustentável.

No direito interno brasileiro, o princípio do desenvolvimento sustentável é considerado princípio jurídico e de natureza

---

se a impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informação sobre eles, isto é, enquanto o primeiro se aplica a impactos que são desconhecidos o segundo corresponde a aplicabilidade de impactos que já são conhecidos”. (GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 82).

<sup>18</sup> Nesse sentido, aduz Heck que o princípio do desenvolvimento sustentável está previsto no Relatório Brundtland, ou “Nosso Futuro Comum”, e significa que o desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades das gerações presentes sem colocar em risco as necessidades das gerações futuras. (HECK, Mariana. **A Efetividade das Convenções da Organização Marítima Internacional (OMI) em face da poluição marítima por óleo causada por navios**. São Paulo/Rio de Janeiro, 2015, p. 244).

constitucional, de acordo com o disposto nos artigos 170, VI e 225 da Constituição Federal de 1988.

### **3 A Multiplicação dos Tribunais Internacionais e a Evolução do Direito Ambiental Internacional**

Em relação à litigância em sede de Direito Internacional Ambiental, e o acesso aos tribunais internacionais de pessoas físicas e jurídicas, é fato que vários tribunais internacionais têm jurisdição sobre as questões ambientais, o que, em princípio, poderia contribuir para a fragmentação do Direito Internacional.

Todavia, a multiplicação dos tribunais internacionais é um fator positivo para o Direito Internacional, a possibilidade de ter acesso a várias instâncias judiciais, e ao mesmo tempo, sua especialização, aumentam as chances de decisões mais técnicas<sup>19</sup>.

Por outro lado, a criação de novos tribunais especializados não contribui para a fragmentação do Direito Internacional.

Por exemplo, no Direito do Mar, a Corte Internacional de Justiça e a Corte Permanente de Arbitragem, eram os foros nos quais os casos de Direito do Mar eram decididos até o advento de um novo tribunal, o Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS), em 1996, que comprovadamente, não contribuiu para a fragmentação do Direito Internacional, tampouco ocorreram conflitos de competência, pelo contrário, verificou-se uma maior sistematização das decisões, por exemplo, em sede de delimitação de fronteiras marítimas.

Não obstante, essa sistemática parece não se aplicar a casos envolvendo Direito Internacional Ambiental.

Ademais, normalmente, os Estados envolvidos nessas controvérsias não assumem que o caso se trata efetivamente de uma questão de Direito Ambiental, que muitas vezes passam ao largo, ou seja, tornam-se secundárias, tendo em vista questões de direitos humanos, de investimento etc., que são discutidas na Corte

---

<sup>19</sup> MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais**. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 153.

Internacional de Justiça, na Corte Permanente de Arbitragem, no órgão de solução de controvérsias da OMC<sup>20</sup>.

Dessa forma, por exemplo, a Câmara de assuntos ambientais da Corte Internacional de Justiça, criada em 1993, foi destituída em 2006, sem ter analisado um caso sequer, sendo que casos de Direito Ambiental foram discutidos pela Corte Internacional de Justiça no período em questão.

#### **4 A Jurisprudência dos Tribunais Internacionais em Matéria Ambiental: análise de casos**

Os casos que serão mencionados a seguir enfatizam que a jurisprudência dos tribunais internacionais desempenha um importante papel na proteção do meio ambiente, notadamente a partir da sistematização dos princípios de Direito Internacional Ambiental.

Os seguintes recortes jurisprudenciais foram utilizados para a delimitação do tema na análise dos julgados: institucional; temático; temporal e processual. No primeiro, institucional, há a definição da instituição que será objeto da pesquisa; já o temático, se refere à própria delimitação do tema; o recorte temporal corresponde ao período das decisões analisadas; e por fim, o processual, alude ao tipo de recurso por meio do qual à questão analisada foi levada ao tribunal respectivo<sup>21</sup>.

Quanto ao recorte institucional, decidiu-se pela análise de decisões da Corte Internacional de Justiça (CIJ), do Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS), e de alguns tribunais arbitrais constituídos especialmente para os casos mencionados.

O recorte temático adotado na pesquisa aqui apresentada, está relacionado à confirmação ou não da seguinte hipótese: que a

---

<sup>20</sup> SANDS, Phillipe. **Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law**, 2007. Law of the sea, environmental law and settlement of disputes: liber amicorum judge Thomas A. Mensah, p.1-4.

<sup>21</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi *et al.* Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia de Pesquisa em Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 109-110.

jurisprudência dos tribunais internacionais analisados contribuiu para a sistematização dos princípios de Direito Internacional Ambiental.

Quanto ao recorte temporal, optou-se por analisar decisões de 1880 a 2010. O início do período de análise foi ano de 1880, pois nesse ano foi publicada a decisão do caso da arbitragem do Mar de Bering, paradigmático por ter sido o primeiro a enfrentar a questão da preservação do meio ambiente marinho.

Já em relação ao recorte processual, decidiu-se pela análise das sentenças internacionais de mérito.

#### ***4.1 O caso da Arbitragem do Mar de Bering***

O caso em questão relaciona-se à uma disputa sobre pesca, entre Reino Unido e Irlanda contra os Estados Unidos. Em 1880, a guarda costeira norte-americana capturou barcos de pesca canadenses, não houve acordo, e a questão somente foi decidida por meio de uma arbitragem, que foi favorável ao Reino Unido.

O que estava em jogo, nesse caso, foi a reivindicação pelos EUA, da jurisdição e propriedade do Mar de Bering, com a finalidade de proteção e conservação dos lobos-marinhos na região. O laudo rechaçou o pedido dos Estados Unidos, na medida em que houve o entendimento no sentido de não atribuir a um Estado, isoladamente, o direito à exploração de recursos marinhos nos limites da sua jurisdição.

#### ***4.2 O caso da Fundação Trail***

O Caso da Fundação Trail, entre Estados Unidos e Canadá, em 1941, teve uma decisão favorável aos EUA. Nesse caso, discutiu-se, pela primeira vez, o dano transfronteiriço, e estabeleceu os valores a título compensatórios, que deveriam ser suportados pelo governo do Canadá.

Nos dois casos mencionados anteriormente, frise-se, houve a discussão de questões ambientais muito antes do termo ecologia ser criado e da conscientização da sociedade internacional a respeito das questões ambientais.

### ***4.3 Caso da Hidrelétrica no Rio Danúbio, entre Hungria e Eslováquia, pela Corte Internacional de Justiça***

Tratou-se de uma disputa entre os países sobre um tratado de 1977, entre Hungria e Eslováquia, para a construção de um hidrelétrica, em 1978. A Hungria decide abandonar o projeto em 1989, nesse sentido, o caso foi submetido à Corte Internacional de Justiça, que deveria decidir se o acordo entre os dois países estava em vigor.

A sentença da Corte estabeleceu que o tratado estava em vigor, não obstante, enfatizou alguns princípios de Direito Ambiental, na medida em que os países deveriam considerar os impactos ambientais do projeto, e contrabalancear o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente, dessa forma, mencionado, diretamente, o princípio do desenvolvimento sustentável.

### ***4.4 Casos do Atum da Barbatana Azul do Sul***

Nos Casos do Atum da Barbatana Azul do Sul, de 1999 (casos 3 e 4, Nova Zelândia c. Japão e Austrália c. Japão), julgados pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS), Austrália e Nova Zelândia solicitaram medidas provisórias, de acordo com o artigo 290 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (UNCLOS), para a contenção da pesca experimental do atum azul do Sul em quantidades incompatíveis com a manutenção e conservação das populações do peixe em questão, realizada pelo Japão, enquanto não fosse constituído o tribunal arbitral de acordo com o anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (UNCLOS).

O Japão alegou que Austrália e Nova Zelândia falharam em não cooperar com a Comissão da Convenção para a Conservação do atum da barbatana azul do Sul, que seria o foro correto, de acordo com o governo japonês, e que o tema não dizia respeito à interpretação ou aplicação da UNCLOS, mas sim à Convenção sobre a Conservação do atum da barbatana azul, de 1993.

O ITLOS decidiu que a Convenção de 1993 não exclui a aplicação da UNCLOS na proteção do atum da barbatana azul do Sul, pois sua preservação está prevista nos artigos 64, 116 e 119 daquela.

Já o Tribunal arbitral decidiu que não tinha competência para analisar o mérito da controvérsia e que as medidas provisórias emitidas pelo ITLOS estavam revogadas.

#### ***4.5 Caso sobre a conservação e exploração das populações de peixe-espada no Sudeste do Oceano Pacífico***

Esse caso também foi analisado pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS). O Chile solicitou a formação de uma Câmara especial para analisar a conservação e exploração sustentável de peixes-espada no Oceano Pacífico.

Apesar de ter sido descontinuado, esse caso é importante por ter discutido questões sobre a competência do tribunal, inclusive um potencial conflito de jurisdição com o sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC).

O caso foi efetivamente levado à OMC, em virtude da violação, pelo Chile, dos artigos V e XI do GATT 1994, que se referem à liberdade de trânsito de bens e eliminação geral de restrições quantitativas, face a adoção de medida proibitiva de descarregar a peixe pescado em águas adjacentes à Zona Econômica Exclusiva do Chile.

#### ***4.6 Caso da Pesca de Baleia na Antártica***

Em 31 de maio de 2010, a Austrália inicia um procedimento na Corte Internacional de Justiça contra o Japão, que foi acusado de descumprir suas obrigações na Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia (ICRW) na implementação do JARPA II (Programa Japonês de Pesquisa sobre Baleias).

O Japão argumenta que não descumpriu as obrigações do Regulamento. Alega, ainda, que a segunda fase do Programa Japonês de Pesquisa sobre Baleias (JARPA II) se trata caça científica às baleias, enquanto que a Austrália caracteriza as atividades a ele relacionadas como comerciais.

Em sua decisão, de 2014, A Corte ordenou, em relação ao Japão, a revogação de qualquer autorização existente, permissão ou licença para matar, capturar ou tratar baleias em relação à JARPA II e

abster-se de conceder quaisquer outras autorizações conforme o artigo VIII, parágrafo 1 do Convenção, em cumprimento desse programa.

### **Considerações finais**

A hipótese da presente pesquisa relaciona-se na verificação da jurisprudência internacional em matéria de Direito Internacional Ambiental, respondendo a seguinte questão: em que medida as decisões sobre questões ambientais impactam a evolução do Direito Internacional Ambiental e o conceito de meio ambiente como direito social?

Os casos analisados parecem confirmar a tese que a jurisprudência dos tribunais internacionais contribuiu para a sistematização dos princípios de Direito Internacional Ambiental elencados nas Conferências das Nações Unidas sobre o tema, na medida em que aplicam, e fazem referência a eles, além de impor às partes envolvidas, obrigações de conservação e preservação do meio ambiente, restando clara a sistematização dos princípios como direito sociais.

### **Referências**

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. São Paulo: Quartier Latin, v. 2, 2009.

BARROS, José Fernando Cedeño de. **Direito do Mar e do Meio Ambiente**. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

BOSCHIERO, Nerina. **International**. International courts and the development of international law: essays in honour of Tullio Treves. Berlin: Springer, 2013.

CASELLA, Paulo Borba; VASCONCELOS, Raphael de Carvalho; XAVIER, Ely Caetano Júnior. **Direito Ambiental**. O legado de Geraldo Eulalio do Nascimento e Silva. Brasília: FUNAG, 2017.

CRAWFORD, James. **Browlie's Principles of Public International Law**. 9<sup>th</sup> edition. Oxford: Oxford University Press, 2019.

DUPUY, Piere-Marie. **International environmental law**. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2018.

FITZMAURICE, **Malgosia**. **International Law and Governance**. Leiden: Brill, 2015.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

HECK, Mariana. **A efetividade das Convenções da Organização Marítima Internacional (OMI) em face da poluição marítima por óleo causada por navios**. São Paulo/Rio de Janeiro, 2015.

HERNÁNDEZ, Gleider. **The International Court of Justice and the judicial function**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KARAMAN, Igor. **Dispute Resolution in the Law of the Sea**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, v. 72, 2012.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **Droit International de l'Environment**. Paris: Perdone, 2000.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **Guide to International Environmental Law**. Leiden: Brill, 2007.

KLEIN, Natalie. **Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LAGO, André Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo**. O Brasil e as três Conferências Ambientais das Nações Unidas. Brasília: FUNAG, 2006.

MACKENZIE, R.; ROMANO, C.; SHANY, Y. **The Manual on International Courts and Tribunals**. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MARTIN, Paul; KENNEDY, Amanda. **Implementing environmental law**. Cheltenham: Elgar Publishing, 2015.

MENEZES, Wagner. **Direito do Mar: desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais**. Jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERRILS, J.G. **International Dispute Settlement**. 5<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Carta de Terra**. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/educacao-ambiental/documentos-referenciais/item/8071-carta-da-terra.html>. Acesso em: 13 ago. 2021.

ONU. **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano**, 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 13 ago. 2021.

ONU/PNUMA. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/pnuma/> Acesso em: 13 ago. 2021.

ONU. United Nations Sustainable Development. **United Nations Conference on Environment & Development**. Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992. Agenda 21. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de *et al.* Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei;

FEFERBAUM, Marina. **Metodologia de Pesquisa em Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 109-110.

ROSENNE, Shabtai. **The Law and Practice of The International Court**. Leiden: A.W.Sijhoff, v. 1, 1965.

SANDS, Phillipe. **Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law**, 2007. Law of the sea, environmental law and settlement of disputes: liber amicorum judge Thomas A. Mensah, pp. 313-325.

SANDS, Phillipe. **Principles of International Environmental Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SHAW, Malcolm. **International Law**. Cambridge: Cambridge, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 719.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. Emergência, Obrigações e Responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

TAMS, Christian; SLOAN, James. **The Development of International Law by the International Court of Justice**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2013.

THIRLWAY, H.W.A. **The International Court of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2016.



## CAPÍTULO 5

# O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E SUA APLICAÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

*Beatriz Ferruzzi Rebes  
Marcus Vinicius Feltrim Aquotti*

**Resumo:** O presente trabalho estuda os aspectos decorrentes do princípio da fraternidade como nova ordem constitucional brasileira. Tal princípio foi um dos pilares da Revolução Francesa, juntamente com a liberdade e igualdade, mas ganhou notoriedade política e jurídica apenas com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, sendo consagrado no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Não por coincidência, essa Constituição foi elaborada após o fim do Regime Militar no Brasil, e trouxe consigo notáveis progressos sociais, por meios de mecanismos de participação, solidariedade e fraternidade. Veremos que o mesmo raciocínio tem sido seguido por todo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que tem buscado efetivar tal princípio na garantia dos direitos humanos, principalmente por meio das sentenças e das opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Fraternidade; Revolução Francesa; Declaração Universal de Direitos Humanos; Constituição Federal; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **Introdução**

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, os Estados passaram a enxergar de maneira mais clara a necessidade de conferirem uma

maior proteção aos direitos humanos dos indivíduos, em decorrência das atrocidades cometidas durante o conflito. Nesse contexto, foi estabelecido o sistema global de proteção aos direitos humanos através da criação da Organização das Nações Unidas, bem como foi elaborada a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Apesar da grande atenção direcionada aos princípios da liberdade e da igualdade após a Revolução Francesa de 1789, o princípio da fraternidade foi, de certa forma. Tal princípio foi positivado apenas em meados do século XX, justamente pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pela Constituição Francesa de 1946.

Nessa linha, em 1988 a Constituição Brasileira citou o termo “sociedade fraterna” no seu preâmbulo. Nesse cenário, o papel do Poder Judiciário tornou-se de fundamental importância e sistemática para a aplicação desse princípio na resolução dos conflitos e casos concretos.

Os intérpretes do direito, tanto em nível nacional quanto nas cortes internacionais, devem prezar pela aplicação da fraternidade com a devida cautela de manter a autoridade oriunda da confiança que a sociedade deposita na moralidade de suas decisões, não cabendo a possibilidade de interferências políticas.

Por isso, o presente trabalho analisa os conceitos e origens do princípio a fraternidade, e seus desdobramentos na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal brasileiro, além de investigar a categoria jurídica desse princípio, as consequências práticas da sua localização topográfica no dispositivo constitucional brasileiro e sua identidade com os demais princípios basilares dos direitos humanos.

## **1 Disposições gerais sobre o Princípio da Fraternidade na história e no Ordenamento Jurídico mundial**

De todas as Revoluções ocorridas ao longo da história, a Revolução Francesa foi, sem qualquer dúvida, uma das mais importantes e marcantes para a humanidade. Ocorrida em 1789, representou um passo efetivo e marcante na defesa dos direitos

fundamentais e essenciais para o ser humano, em especial direitos ligados à liberdade do indivíduo.

Entretanto, três princípios constituem os conhecidos lemas desta Revolução, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade. Apesar disto, a partir desta data, verificamos não apenas na França, palco de tal revolução, mas nos demais países do mundo uma crescente busca e valorização dos direitos fundamentais do indivíduo.

Isso se deve ao longo período em que a humanidade sofreu sob o domínio de déspotas que centralizavam em suas mãos todo o exercício do poder, sendo necessário que, a partir de Montesquieu, a sociedade pensasse na tripartição do exercício desse poder, a ser feito por órgãos e pessoas diversas, a fim de evitar a centralização de tal exercício e as arbitrariedades e abusos que podem ser verificados ao longo da história da humanidade.

Sabemos também que a ideia de tripartição de poder pode ser verificada antes mesmo de Montesquieu, tendo em vista que Aristóteles já apresentava tal pensamento.

O certo é que a busca pela defesa da liberdade sempre esteve presente nos estudos de diversos pensadores e filósofos ao longo da história da humanidade, tendo a Revolução Francesa apresentado em seu lema a necessidade de defesa não somente deste direito mas, também, dos outros dois ligados a igualdade e a fraternidade.

Nesse sentido, além da liberdade, verifica-se que, vários países também normatizaram a igualdade, sendo tal princípio prestigiado em textos constitucionais, como a Constituição de Weimar (1919), na Alemanha, bem como a Constituição do México (1917), além de Constituições de outros países, tanto do velho como do novo mundo, impulsionados pela necessidade de proteção do indivíduo e do ser humano, em virtude da crescente Revolução Industrial que oprimia o trabalhador.

A proteção estatal passou a ser necessária para que os trabalhadores, por exemplo, não sucumbissem diante da ganância da sociedade burguesa, estamento este que ascendia ao poder econômico, abandonando a classe operária da qual tinha se unido para eclodir a Revolução Francesa e combater o absolutismo e os privilégios da nobreza e do clero.

O terceiro lema da Revolução Francesa, o princípio da fraternidade, por sua vez, não teve o mesmo prestígio dos dois anteriores, erguidos em defesa da sociedade e contra a monarquia absolutista francesa. Por este motivo, tal princípio ficou conhecido como o princípio esquecido, já que não recebeu o mesmo tratamento dos princípios da liberdade e igualdade, apesar de possuir a mesma importância.

Tal princípio, apesar de insculpido no lema da Revolução Francesa, não foi prestigiado nem mesmo nas constituições francesas, já que a de 1789, conhecida como Declaração de Direito do Homem e do Cidadão não tratava da fraternidade expressamente, amparando apenas a igualdade e a liberdade.

As constituições subsequentes também tiveram esta lacuna, sendo que somente em 1848 o texto constitucional do país mencionou a fraternidade no seu preâmbulo, como princípio republicano.

Na Constituição francesa de 1958 encontramos o princípio da fraternidade normatizado, mais especificamente no segundo artigo, o que prestigiou a previsão e a expansão deste princípio, que era, até então, esquecido.

Assim, verifica-se que apesar da França figurar como palco da importante e expressiva Revolução Francesa, não foi nos seus textos constitucionais que a fraternidade teve importância e consolidação.

Alguns defendem que a origem e fonte do princípio da fraternidade estão representadas nas ideias do filósofo Étienne de La Boétie, que no século XVI já fazia menção a tal princípio.

Há, para outros, no pensamento grego, mais especificamente em Aristóteles, menção a tal princípio, já que este filósofo abordava as virtudes, dentre elas a amizade. Para Aristóteles haviam três tipos de amizade: por interesse, por prazer, e a verdadeira, chamada por ele de virtuosa e considerada a mais rara e importante dentre as três.

Aristóteles afirma que, “quando os homens são amigos não necessitam de justiça, ao passo que mesmos os justos necessitam também da amizade; e considera-se que a mais autêntica forma de justiça é uma espécie de amizade.” (ARISTÓTELES, 2003, p. 175).

A ideia de fraternidade para os gregos é semelhante a ideia de outro povo da antiguidade, os judeus os ligam o princípio aos ideais de

família, nação e povo, não havendo uma ideia de sua aplicação a toda e qualquer pessoa, tratando a todos como iguais ou como irmãos.

Essa ideia de fraternidade ampla e irrestrita, que deveria ser aplicada a todas as pessoas, voltada para um humanismo integral e amplo, foi difundida com as ideias do cristianismo, o qual consolidou a fraternidade genuína, sincera, ampla e irrestrita, não apenas no âmbito da família ou da nação, mas, também, aos estrangeiros, gentios, excluídos e marginalizados pela sociedade, independentemente de raça, cor ou origem.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, traz dispositivos que defendem que todos devem ser livres e iguais em dignidade e direitos, bem como são dotados de consciência e vontade, devendo agir com relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Tal prestigia a fraternidade como um princípio importante e que deve ser observado em todas as sociedades (artigo primeiro).

Além disso, podemos citar outros artigos que, ainda que implicitamente, asseguram os ideais da fraternidade entre todos os povos, como o segundo:

Art. 2º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

O Pacto de São José da Costa Rica (CADH, de 1969) também traz em seu preâmbulo a ideia de fraternidade, ao assegurar a todos os seres humanos o direito a uma proteção internacional:

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,  
Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de

justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Feitas as devidas análises a respeito das origens históricas do postulado da fraternidade e de como ela foi introduzida nos mais importantes instrumentos em âmbito global e regional americano, passamos a analisar seu tratamento pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988.

### ***1.1 Princípio da Fraternidade na Constituição Federal Brasileira***

O preâmbulo da Constituição traz a previsão de uma sociedade livre, justa e solidária, afirmando expressamente tratar-se de valores de uma sociedade fraterna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Isso indica que a sociedade brasileira busca defender e implementar direitos e garantias que protejam a liberdade do indivíduo, mas também que implementem a igualdade e a fraternidade por meio de seus direitos sociais, sendo que a fraternidade se relaciona também com a proteção de direitos relacionados com o meio ambiente, pessoas vulneráveis, minorias, povos originários (índios), pessoas menos favorecidas, a fim de que todos tenham a mesma oportunidade de terem seus direitos fundamentais devidamente respeitados.

O fato da fraternidade estar prevista no preâmbulo da Constituição indica que ela serve de parâmetro para a elaboração de todo o texto constitucional, tratando-se de um princípio norteador das normas ali positivadas.

Quanto a isto surgem três entendimentos sobre a natureza jurídica do princípio da fraternidade na Constituição Federal de 1988. O primeiro defende que a fraternidade seria uma irrelevância jurídica, sem qualquer valor normativo, já que não é prevista expressamente pelo corpo constitucional. O segundo atribui à fraternidade a mesma eficácia das demais normas constitucionais, tendo em vista que está prevista no preâmbulo da Constituição, o qual constitui um conjunto de preceitos com valor normativo. A terceira corrente, por fim, fala que a fraternidade tem uma relevância específica ou indireta, isto porque o preâmbulo não estaria no domínio do jurídico, portanto, não possui força normativa. No entanto, entende-se que ele traz diretrizes que lhe dariam força de norteador para o constituinte, orientando e fixando diretrizes para embasar todas as demais normas constitucionais.

Apesar de ser uma corrente minoritária, alguns autores defendem a força normativa do preâmbulo. Nesse sentido, mencionamos o entendimento de Walber de Moura Agra (2009, p. 93):

O preâmbulo constitucional tem natureza jurídica definida, ou seja, faz parte da Constituição, com força normativa, tendo ainda a função de servir à interpretação das normas constitucionais restantes. A conclusão mencionada se deve à tese defendida por Pontes de Miranda de que na Constituição não existem palavras inúteis. O preâmbulo concebe as diretrizes filosóficas e ideológicas que serão confirmadas ao longo da Lei Maior.

José Afonso da Silva, por sua vez, entende que o preâmbulo tem a força de trazer uma função diretiva e pragmática de levar ou fazer com que o Estado observe a fraternidade nos seus textos, nas normas e nos programas de governo, ou seja, na própria República (SILVA, 2010, p. 25).

Para Paulo Bonavides, o preâmbulo é uma espécie de ideologia constitucional, ou seja, traz a ideia ou ideologia que deverá ser observada durante toda a elaboração da constituição. Nesse sentido, a fraternidade é de suma importância, pois está prevista no preâmbulo e deve impregnar todo o texto constitucional (BONAVIDES, 2012, p. 197)

Jorge Miranda, também entende que o preâmbulo seria uma parte integrante da constituição.

Dessa maneira também entende o doutrinador Paulo de Barros Carvalho (2010, pp. 93-94):

ao redigir o texto do Preâmbulo a Assembleia Constituinte seguiu o itinerário previsto na norma fundamental que lhe deu competência e, portanto, fundamento e validade. O Preâmbulo, uma vez anunciado, torna-se norma válida, tendo em vista que é produzido por órgão competente perante o sistema e consoante o procedimento nele admitido, realizando o próprio direito.

Independente da força normativa do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil, podemos concluir que, ao citar os ideais de uma sociedade livre, justa e fraterna, o constituinte buscou claramente apresentar que em nossa República todos indivíduo será protegido contra abusos e arbitrariedade relacionados a seus direitos básicos e fundamentais. Além disso, suas necessidades básicas também deverão ser atendidas por meio de políticas públicas estatais. E o Estado ainda, contribuirá com que tais direitos sejam respeitados internacionalmente por todos os Estados estrangeiros, baseando-se nos ideais da fraternidade.

## **2 Perspectiva do Direito Fraterno aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Conforme asseveramos anteriormente, o Constituinte conferiu não apenas ao poder público, mas à toda sociedade, a missão de trabalhar por uma Sociedade Fraterna, ou seja, uma sociedade que tenha o objetivo de assegurar uma existência digna à todos, de acordo com os parâmetros de justiça social.

Sobre a relação entre a evolução da humanidade e o Direito Fraterno, destacamos os ensinamentos de Eligio Restá (2020, p. 14):

A humanidade, então, despojada de seu conteúdo metafísico, faz encontrarmos descobertos diante das nossas responsabilidades na seara dos Direitos Humanos: é possível que o Direito Fraterno seja a forma na qual pode crescer um processo de autorresponsabilização, desde que o reconhecimento do compartilhamento se libere da rivalidade destrutiva típica do modelo dos ‘irmãos inimigos’. É Fato que a identificação do “inimigo” está sempre voltada à manutenção dos confins territoriais e identitários. Por isso, entende-se como fundamental o debate dos anos 1930, espantosamente atual, entre Freud e Einstein, em que os temas da guerra e da paz se cruzam com a “força do direito”, mas, sobretudo, com a questão acerca do significado do que pode ser o amigo da humanidade.

Diante disso, vemos que a aplicação de um Direito Fraterno está diretamente interligada com a mudança de relações entre um Estado e outro, tendo em vista que a fraternidade requer o desenvolvimento de uma relação de harmonia, ao contrário da ideia de Estados inimigos, tão presente no decorrer de toda a história.

O autor Eligio Restá assevera ainda que, esse processo de criação de uma sociedade mundial teve seu início com o surgimento de importantes documentos internacionais, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, Pactos Internacionais e a Carta que deu origem à Organização das Nações Unidas (ONU). Esse fenômeno de globalização da proteção de Direitos Humanos instituiu

comunidades reais, em que o binômio Estado-Constituição é refletido na relação Estado-comunidade:

Isto explica, então, a centralidade de um sistema de resolução dos conflitos que encontra nas Cortes de justiça europeias seu lugar público. Não se trata de pensar em uma nova versão da “república dos juízes”, mas em qualquer coisa que se relaciona com o problema da “custódia da Constituição”. Se a esfera pública está no reconhecimento dos Direitos Fundamentais do homem e esses só podem ser dirigidos contra os poderes, as Cortes são o lugar onde se articula a democracia.

[...]

Nisso, a linguagem usada no texto legislativo da Corte parece significativa: não se fala tanto de proibição ou de sanções quanto de espaços de liberdade e de reconhecimento; o direito que corresponde a esta ideia de política é *soft*, leve, menos invasivo de quanto pode ser o de um sistema constitucional interno a um Estado-nação. Deixa abertas as possibilidades, como deveria fazer um direito separado da moral que queria renunciar à colonização de todos os âmbitos da vida. O exemplo mais evidente é o da bioética, em que somente se veta a clonagem reprodutiva, mas não se chega a proibir alguma possibilidade de avanço terapêutico. Se, ao centro, coloca-se a dignidade da pessoa (art. 1), cada solução demasiadamente restritiva poderia significar uma forte contradição. A forma do Direito, se sabe, não é irrelevante para a vida da comunidade política (RODOTÁ, 1999). Agora, escolher um direito leve ou banir a violência (da tortura, da pena de morte, do trabalho forçado, da escravidão velha e nova) significa que se decide compartilhar uma forma de vida. Não se espera quicá qual *ethnos* particular, mas se compartilha uma ideia de *demos* que quer fazer regras comuns de vida, não violentas e mais solidárias.

Portanto, a Europa não seria exatamente um Estado nem uma sociedade, mas uma tendência de Estado em processo de institucionalização, graças à e em função da paz. O banimento da violência asseguraria a paz, mas esta seria condição necessária, porém ainda insuficiente para a estadualização. Estaríamos ainda, portanto, em uma fase de “sistematização de relações civis”, que

requerem ulteriores formalizações e progressivas construções de espaços públicos, ou melhor, de um verdadeiro e próprio ‘público europeu’. (RESTA, 2020, pp. 59-60)

Nesse sentido, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos tem demonstrado, com frequência, que a fraternidade deve ser observada no que diz respeito à busca por uma sociedade global:

O que é importante é que hoje se torna sempre mais concreta a tentativa de pensar o direito em relação à civitas máximas e não às pequenas pátrias dos Estados: tantos, demasiados, em aumento desde que as constelações pós-nacionais foram desmoronando, como mostrou Habermas. (RESTA, 2004, p. 13).

A ideia de Sociedade Fraterna é amplamente utilizada pela Corte Interamericana nos casos envolvendo direitos de migração. Como exemplo disso podemos citar a Opinião Consultiva nº 18/03, de 17/09/2003, referente à condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, solicitada pelo México.

Em suas considerações, o Estado mexicano afirmou que:

Os trabalhadores migrantes, bem como o restante das pessoas, devem ter garantido o desfrute e exercício dos direitos humanos nos Estados onde residem. Entretanto, sua vulnerabilidade os torna alvo fácil de violações a seus direitos humanos, em especial baseadas em critérios de discriminação e, em consequência, coloca-os em uma situação de desigualdade perante a lei quanto ao desfrute e exercício efetivos destes direitos. (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 492).

Por unanimidade, a Corte reconheceu que os direitos fundamentais devem ser garantidos pelos Estados, a todo e qualquer cidadão, tanto interna quanto internacionalmente, independentemente de se tratar de pessoa migrante ou não. Dessa forma, o fato de ser migrante não pode justificar a privação de direitos do indivíduo:

[...]

3. o princípio da igualdade e não discriminação possui caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno.

4. o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do Direito Internacional geral, à medida em que é aplicável a todos os Estados, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*.

[...]

8. a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos

[...]

9. o Estado tem obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros

[...]

11. os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio de igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório. (PAIVA; HEEMANN, 2020, pp. 494-495)

O autor André Pires Gontijo ressalta a importância do parecer da Corte, em matéria de direito fraterno:

No plano interamericano, a Corte Interamericana ampliou o conteúdo material do *jus cogens*, de modo a contemplar o princípio da igualdade e da não-discriminação, quando da abordagem do tema pela Opinião Consultiva n. 18, emitida em 17/09/2003, sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Sem Documentos. Na opinião da Corte, os Estados Partes têm o dever de respeitar e assegurar o conteúdo essencial dos direitos humanos à luz do princípio da igualdade e da não-discriminação, e que qualquer tratamento de cunho discriminatório, no que tange ao exercício de tais

direitos (inclusive os direitos sociais, de caráter trabalhista), incorrerá na responsabilidade dos Estados, porquanto referido princípio fundamental ingressou no espectro material de incidência do *jus cogens* (GONTIJO, 2015, p. 420).

Segundo Eligio Resta o parecer supramencionado se relaciona com a teoria do Direito Fraternal e seus pressupostos. Sendo que o primeiro pressuposto seria o compromisso fraternal conjunto, assumido como regra de convivência, e que deve ser parâmetro de convivência para os países que fazem parte do Sistema Interamericano. O segundo pressuposto, por sua vez, atribui ao direito fraternal um caráter livre, inserindo-o em um espaço político aberto, o qual não é limitado por questões políticas e geográficas (RESTA, 2004, pp. 133-134).

O pressuposto três questiona a aplicação da cidadania como fator de exclusão, afirmando que a humanidade deve ser considerada um ponto comum, onde os direitos humanos serão preservados. O quarto pressuposto destaca a diferença entre ser homem e possuir humanidade. Já, o quinto pressuposto define o direito fraternal como um direito não violento, isto é, um direito que destrói o binômio amigo/inimigo (RESTA, 2004, p. 134).

O sexto pressuposto coloca o direito fraternal em posição contrária às minorias que exercem o domínio. Dessa forma, a união dos Estados através do Sistema Interamericano tem como um dos objetivos primordiais assegurar direitos humanos e garantias fundamentais para todos (RESTA, 2004, p. 135).

A ideia do pressuposto anterior é complementada pelo pressuposto de número sete, o qual define a fraternidade como direito inclusivo. Por fim, o pressuposto oito conclui a teoria, apontando o direito fraternal como uma aposta, e que apostar na fraternidade consiste em reconhecer que todos são titulares de direito, independentemente de suas realidades (RESTA, 2004, p. 133).

### **3 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal**

Antes de analisar casos concretos, é importante destacar que para a Suprema Corte brasileira, o preâmbulo constitucional possui eficácia jurídica meramente indireta:

Como já referido, o preâmbulo ostenta a mesma origem das demais previsões constitucionais, não sendo consistente a posição de lhe negar, em caráter geral, qualquer valor jurídico, sobretudo em razão da unidade da Constituição. Esta conclusão, entretanto, não resulta em autonomia do preâmbulo, que deve ser entendido como vetor interpretativo – e em alguma medida de integração – das normas constitucionais, não detendo, portanto, a mesma eficácia das demais previsões contidas na Carta. (BARCELLOS; BARROSO, 2018, p. 107).

Nesse sentido, também afirmam Sarlet, Marioni e Mitidiero:

Assim, como já se teve oportunidade de constatar, a orientação majoritária na doutrina e atualmente em vigor no STF admite que o Preâmbulo tenha eficácia normativa indireta e não autônoma, como parâmetro auxiliar para a interpretação e aplicação do direito e argumento adicional para a fundamentação de decisões judiciais. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 81).

A Corte já aplicou as ideias de direito fraternal em alguns casos, como por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, com o objetivo de obter o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem como que essas uniões fossem amparadas pelos mesmos dispositivos que regulamentam a união estável.

A decisão foi favorável e unânime entre os ministros, e especificamente sobre o direito fraternal, merece destaque trecho do voto do Relator Ministro Carlos Ayres Britto:

“Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se preferir, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental,

consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude”.

Outro caso emblemático da Corte brasileira é o da Ação de Inconstitucionalidade nº 5357, em que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) discutia a obrigatoriedade de escolas privadas oferecerem serviços educacionais específicos e inclusivos para pessoas com deficiência. Nesse caso, o pedido foi indeferido pela maioria dos ministros, e o acórdão destacou a necessidade da concretização de uma sociedade justa e solidária. O Ministro Teori Zavascki, inclusive, citou expressamente o princípio da fraternidade em seu voto:

Relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por unanimidade, em converter o julgamento do referendo da cautelar em julgamento de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio, que a julgava parcialmente procedente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Nos termos do voto do Min. Relator Edson Fachin, assentou-se que a Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. À luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Constituição da República, somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CRFB).

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhor Presidente, também acompanharei o Relator em todas as suas proposições. Gostaria de cumprimentá-lo pelo voto. É um voto magnífico no exame dessa questão. A mim, particularmente, emociona-me o argumento relacionado à importância que tem, para as crianças sem deficiência, a convivência com crianças com deficiência. Uma escola que se preocupa em ir mais além da questão econômica, em preparar seus alunos para a vida, deve, na verdade, encarar a presença de crianças com deficiência como uma especial oportunidade de apresentar a todas as crianças, principalmente às que não têm deficiências, uma lição fundamental de humanidade, um modo de convivência sem exclusões, sem discriminações, num ambiente de solidariedade e fraternidade. Eu acompanho o Relator, Senhor Presidente.

Invocamos, também, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768, que assegurou o transporte público urbano gratuito para idosos. Em seu voto. A Ministra Cármen Lúcia destacou que os idosos possuem o direito de serem assumidos pela sociedade nessa fase da vida, como garantia do direito de vida digna. O constitucionalismo fraternal nesse caso, foi mencionado pelo Ministro Ayres Britto, ao afirmar que a aplicação da fraternidade exige da sociedade o desenvolvimento de “ações afirmativas, compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais como os dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiências e dos idosos.”

Fundamentação semelhante foi novamente destacada pela Ministra Carmen Lúcia no julgamento da ADI nº 2.649, que apreciou impugnação apresentada pela Associação Brasileira de Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal contra lei que instituiu passe livre para pessoas portadoras de deficiência:

A busca de igualdade de oportunidades e possibilidades de humanização das relações sociais, uma das inegáveis tendências da sociedade contemporânea, acolhida pelo sistema constitucional vigente, determina a adoção de políticas públicas que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das carências especiais de seus portadores e toda a sociedade atue para os incluir no que seja compatível com as suas condições.

[...]

Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988. Ali se esclarece que os trabalhos constituintes se desenvolveram “para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

[...]

O princípio constitucional da solidariedade tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a

sociedade. Já não se pensa ou age segundo o ditame de “a cada um o que é seu”, mas “a cada um segundo a sua necessidade”. E a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão que de toda a sociedade.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, pela qual o partido Democratas questionou a constitucionalidade do sistema de cotas nas instituições de ensino superior, o Ministro Gilmar Mendes resgatou a fraternidade como valor essencial para a soluções de conflitos contemporâneos da humanidade:

Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado Constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito. Isso é algo que a ninguém soa estranho – e, neste momento, deixo claro que não pretendo rememorar ou reexaminar o tema sob esse prisma.

Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Haberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental DA Revolução Francesa de 1789: a fraternidade. E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir. No liminar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

[...]

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humana em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa

sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

Analisando tais julgados, podemos concluir que a Constituição Federal de 1988 traz consigo importantes ideais de participação, solidariedade e fraternidade, os quais vêm sendo efetivados com o decorrer dos anos. Apesar de alguns contrários afirmarem que esse modelo acaba onerando excessivamente o Estado, é importante destacar que a aplicação do Princípio da Fraternidade assegura oportunidades e assistência social para todos, garantindo transporte, alimentação, educação, moradia, previdência social, dentro outros direitos fundamentais.

Dessa forma, a Constituição antecipou-se aos fatos e implementou princípios, seguindo fielmente os pressupostos do “dever ser”, para buscar edificar e concretizar uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos.

## **Conclusão**

Diante de todo o exposto, verifica-se que o direito fraterno surge como força para buscar garantir direitos independentemente de limites impostos por fronteiras, bem como fortalecer vínculos entre diferentes culturas e sociedades. Dessa forma, o princípio da fraternidade está inserido no centro da civilização, em razão da valorização dos direitos humanos pela cultura ocidental.

Esse fenômeno é demonstrado pela própria cronologia do princípio da fraternidade, o qual surge com a busca do bem comum de Aristóteles e a visão de irmandade pregada pelos cristãos. Além da valorização do exercício da caridade.

Esse conceito passou a possuir viés político apenas depois da Revolução Francesa, em que a coletividade, ao tentar acabar com o antigo regime, almejava o bem comum para todos e a obtenção de um status político coletivo, que caminhava na direção da liberdade,

igualdade e fraternidade. Tempos depois, a fraternidade ganhou também viés jurídico, sendo positivada por instrumentos internacionais de direitos e por constituições internas, como a do Brasil de 1988.

Desde então, passou a ser invocada por Cortes e Tribunais na resolução de seus conflitos, na busca por uma sociedade solidária, justa e social, por meio da concretização de direitos humanos e garantias fundamentais para os indivíduos.

Concluimos que a fraternidade funciona como um ponto de união entre os extremos da liberdade e da igualdade, colocando-se como meio termo entre os direitos individuais e coletivos. Através dos ideais da fraternidade os interesses dos direitos conseguem harmonizar os diferentes aspectos que se relacionam com cada indivíduo, bem como os direitos e deveres que cabem a cada um deles.

## **Referências**

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Fórum, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro, 2003.

BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Preâmbulo. *In*: CANOTILHO, José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 ago. 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

**Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.**

Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 13 ago. 2021.

GONTIJO, André Pires. O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015, pp. 409-423.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**, de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 13 ago. 2021.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: Cei, 2020.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 2004.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. 2. ed. Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 2020.

SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de**

**Inconstitucionalidade nº 2649**. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018332>. Acesso em: 10 set. 2021.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2396731>. Acesso em: 10 set. 2021.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 13 ago. 2021.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>. Acesso em: 13 ago. 2021.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 10 set. 2021.

## CAPÍTULO 6

### AN ANALYSIS OF NATO'S MILITARY INTERVENTION IN LIBYA IN 2011 AND THE RESOLUTION 1973

*Camila Venturim Ribeiro dos Santos  
Fabrícia Santos Rabelo*

**Abstract:** This paper presents an analysis of the intervention in Libya, recognizing the interests, articulations and influences for security and protection of rights in the global environment. Considering this, the objective of this paper is to understand how the 2011 Libyan intervention influenced the interpretation of peacekeeping and civil rights protection efforts in the conflict scenario. For this, the qualitative study is employed beginning with the conjunctural analysis of the War, subsequently the study of the intervention, its unfoldings and the responsibility and rights in the international environment before the United Nations Security Council Resolution 1973. And finally, the conclusion that the recognition of Humanitarian interventions is a justification to promote economic and cultural expansionism in the form of Western capitalism.

**Keywords:** Libya; Intervention; Humanitarian Right.

#### **Introduction**

In the face of the “hegemony” of the United States of America, globalization, it is observe that norms and negotiating are constructed by relations and recognized by discourses and visions of power and strongly influences by the dissemination of the Western social, political and economic model, under the justification that democracy and market economy will transform the planet into a peace international

society free of all the problems that are historically observed: hunger, misery, religious and ethnic wars. In view of this, it is relevant on the characteristics of the principles that govern to enable peace, act to safeguard human rights and the right to defend oneself, since the pillars are the principle of non intervention, the sovereignty of States and the unilateralism in the use of coercion or even war.

Since, these in power use Humanitarian Right as a moral imperative for the international community, pushing aside state sovereignty and ignoring the principle of non-intervention. The right of interference can also be considered a new phase of aggressive expansionism of the old neocolonial system. The right has become a duty (of humanitarian interference), and has come to require freedom of access and action, in areas of natural or social disaster, for non-governmental organizations.

Given this, this article aims to understand how to understand how the Libya intervention in 2011 influenced the interpretation of peacekeeping efforts and civil rights protection in the conflict scenario. Considering therefore the analysis of the conjunctural of Libya; interpret the conducts and interests of the actors involved in the intervention; evaluate the application of Resolution 1973 of the United Nations Security Council to make peace possible.

Therefore, the problem of this project involves the evaluation of international security, the study of the configuration of power in the international context and the understanding of the regional interactions that influence the international status quo. Therefore the situation-problem of the present research consists of investigating in a causal explanatory way: "How did the military intervention in Libya in altered the interpretation of security and the legal order in the war scenario?".

To this end, official documents presented by governments, the United Nations and its committees will be located and analyzed. In addition, it is intended to locate scientific articles produced about the topic of this project to present authors' views on the impact of the intervention in Libya in 2011 on the understanding of security and international justice.

## **1 Nato's Military Intervention in Libya in 2011**

In February 2011, amid the riots and riots that took over the Middle East and North Africa in what became known as the "Arab Spring", the regime of the then Libyan dictator Muammar Kadhafi began to utilize his military power against the population of own country, which was against the government. The Libyan government's action generated a reaction from the international community, which condemned repression and demanded the end of violence.

To put an end to the attacks on the civilian population, the United Nations Security Council, through its resolution 1973 (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2011), authorized the use of military forces against the Kadhafi regime. To fulfill it, an international coalition led by the United States initiated the initial phase of the intervention, which succeeded the unified protective operation, conducted by an international coalition under the leadership of the North Atlantic Treaty Organization. After more than 200 days from the start of the operation, Kadhafi's government fell, having the same been captured and executed by its opponents. After this outcome, the intervention was terminated and the NATO operation was completed (MARTIN, 2015).

From then on, the international intervention that took in Libya in 2011 became an example of military operation for human protection purposes. However, the course of action adopted by the States responsible for conducting the operation has aroused a series of legal, normative, and political questions among the various members of the international community. Basically, the controversy generated around the intervention was due to the way it was conducted, and the intervening states allegedly extrapolated the mandate of the resolution of the Security Council and undertook a regime change action in Libya.

To determine how and why such controversy arose, one must analyse the various aspects of the intervention in question, including the roots of the 2011 conflict in Libya, the international community's reaction to violence in the country and the conduct of the military operation Led by NATO. Only the observation and evaluation of these various factors allow us to formulate a reasonably grounded judgment on the controversy generated by the intervention.

### ***1.1 The background of the intervention: conflict and the responses of the international community***

The crisis in Libya is deeply inserted in the context of the Arab Spring revolts in the early months of 2011. This phenomenon originated with popular protests in Tunisia in January of the same year. Shortly after that, similar protests took place in Egypt. In both countries, the protests, although initially repressed by the forces of the state, soon led to the fall of their regimes and to so far innovative political changes.

In mid-January, similar protests erupted in Libya's main cities against the government of Colonel Muammar Kadhafi. In response to these protests, the Libyan regime used severe repression against the population (including the use of military aviation to bombard the insurers), causing dozens of deaths among the civilian population and generating concern from the community International. The violent repression of the government also caused the demonstrations against the regime to become violent and to raise more significant support for the insurers, who began to rely on deserters from the government and the Libyan army, who established a group of opposition Under the National Transitional Council. Initially, the rebels enjoyed rapid successes, establishing control over the towns of Benghazi and Tobruk.

At the end of February, the international community's responses to the crisis in Libya began to emerge in the form of convictions for violence by the League of Arab States, the African Union and the Organization of the Islamic Conference (OIC). The LEA reaction consisted of suspending Libya's participation in the league until the violence ceased. In a February 23 communiqué, the AU Peace and Security Council expressed “deep concern for the situation” and condemned “vehemently the indiscriminate and excessive use of force and lethal weapons against peaceful protesters”, calling on the Libyan authorities to ensure “the protection and security of citizens”, as well as “the delivery and provision of humanitarian assistance to the injured and other people in need” (MOHLIN, 2014). In addition to asking both parties to cease violence, this document has established the sending of a mission from the Peace and Security Council to the country to ascertain the progress of the situation.

On March 17, by ten votes in favour and five abstentions (Germany, Brazil, China, India and Russia), the Security Council approved resolution 1973 (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2011). This resolution reiterated the “responsibility of the Libyan authorities to protect the Libyan population” and reaffirmed that “parts of armed conflict have the primary responsibility to take all measures. Possible to ensure the protection of civilians”, in addition to expressing their classification of systematic and generalised attacks against the civilian population “as” crimes against humanity”.

In this sense, the document authorised the UN Member States to act "nationally or through regional organisations or arrangements" in order to “take all necessary measures to protect civilians and areas populated by civilians under threat of attack including Benghazi”. One of the main measures envisaged in the resolution was the establishment of an air exclusion zone, which consisted of “a ban on all flights in the airspace in order to help protect civilians” by authorising the intervening states “to take all measures necessary to enforce the prohibition of imposed flights”. Other measures envisaged by the resolution included the application of the arms embargo, the freezing of assets and the creation of a panel of experts by the UN Secretary-General (PACK, 2015).

Even with the adoption of the resolution, there were still differences in its interpretation. On the one hand, NATO member States and some of its key partners (including Qatar and Jordan) have interpreted the mandate as providing the basis for a wide range of military activities, such as the suppression of air defences and airborne forces (as well as other Libyan aerial capabilities, the use of military force against Libyan forces in the field, their ability to sustain such forces and their command and control capabilities. Such an interpretation, based on a simple reading of resolution 1973, stated that the Libyan government's armed forces represented a significant threat to civilians. On the other hand, some members of the Council (Russia, China and South Africa) positioned themselves against such an interpretation and were concerned about the course of action they were drawing.

Shortly after the adoption of resolution 1973, some countries prepared to adopt military action against the Kadhafi regime in order to comply with the Security Council's decision. On March 19th, after a meeting in Paris, the first military activities began with the launch of hundreds of cruise missiles from North American and British ships anchored in the Mediterranean Sea against air defences, Radar systems and other similar targets in the Libyan capital, Tripoli, and other locations along the coast. At the same time, French planes bombed armoured columns of Kadhafi's forces in the vicinity of Benghazi. These and other actions aimed at complying with resolution 1973 were conducted under the Operation Dawn of Odyssey, carried out by an international coalition led by the US and composed of the armed forces of the United Kingdom, France, Italy and Canada (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2011).

Initially, NATO concentrated on containing the direct threat of Libyan government troops, particularly their heavy armaments, but although it had a clear military superiority, it had to deal with the adaptability of the enemy, with the lack of effectiveness of Combat of the rebels and with their lack of resources. On the one hand, Kadhafi's forces scattered their heavy weapons in populous areas and made extensive use of vehicles similar to those used by the rebels, which largely complicated NATO's ability to identify and attack them. There was an increase of the military effectiveness of the rebels, resulting not only from the exhaustion of the regime's capacities by NATO attacks but also from the probable learning of rebel troops in combat and the optimisation of their leaders.

After the first phases of the intervention, in which NATO allies and partners concentrated on containing Kadhafi's troops threatening (or threatened) civilian populations, intervening forces began to increase the intensity of operations and the range of Military targets attacked. This transformation of the character of the operation (which became more evident from July) reflected a more "aggressive" interpretation of resolution 1973, from the vision presented by the British and French leaders that the military capacities and Security of the Kadhafi regime itself constituted a threat to Libyan civilians and should, therefore, be attacked directly. From then on, the aerial attacks

of the coalition began to be also directed against facilities of the regime, mainly in the capital, in a clear classic strategy of the military defeat of an enemy government through bombardment.

## **2 Resolution 1973**

Dated March 17, 2011, and approved by consensus by the Security Council, the resolution in comment constitutes the central legal norm of this study, to the extent that it authorised the use of force. Moreover, similar expressions were used to those of its predecessor in the preambulatory clauses, which can be divided into at least three categories: one concerning the internal situation of Libya; Another referring to international organisations of regional scope that Libya is part of and to the relationship with neighbours; and lastly to reiterate the UN's own documents, resolutions and competencies applicable to the specific case.

In the first category, the most numerous, referred to the deterioration of Libya's political conjuncture, systematic human rights violations – from arbitrary arrests to torture and murder (clause 5) – to the possibility of these acts to set up crimes against humanity, the responsibility of the Libyan authorities to protect the population, the delicate situation of Libyan refugees and foreign workers, the deplorable use of mercenaries by the Kadafi regime, the importance of Imposition of an air exclusion zone to protect the civilian population (clause 17) and respect for the territorial integrity and independence of Libya. In the second grouping, the Security Council stressed the condemnation of the Kadafi regime by the League of Arab States, the African Union and the Organisation of Islamic Cooperation and the announcements issued by the latter two, as well as paying particular attention to Decision of the first to support the establishment of an air exclusion zone as a more effective measure to ensure the protection of civilians. In the third category, the terms of resolution 1970 were reiterated, such as the jurisdiction of the International Criminal Tribunal and the access to humanitarian aid, recognising the violation of it by the Libyan government, as well as the manifestation of the UN Secretary-General, Dated March 16, in favour of an immediate cease-

fire, and finally the competence of article 24 and chapter VII of the UN charter were used.

Subsequently, concerning the operative clauses, seven specific measures were adopted, which should be analysed separately and specifically, in order to understand the specific terms of the intervention. The first measure listed in resolution 1973 is the mandate for the protection of the Libyan civilian population. Pursuant to clause 4, the Security Council authorises Member States, either individually or via other international organisations, to adopt all necessary measures to protect civilians and areas inhabited by civilians in the Territory of Libya, emphasising the city of Benghazi, epicentre of the revolt and, when the norm was approved, on the verge of attack by forces led by Kadafi. The reference made to operative clause number 9 of resolution 1970 relates to the comprehensive embargo of arms imposed on the country. Besides, the presence of foreign forces of occupation of the country is expressly excluded. According to clause 5, the importance of the League of Arab States in maintaining international peace and security in the Libyan regional environment is recognised and, therefore, in the effectiveness of the preceding clause, in the light of chapter VIII of the UN Charter, on the Cooperation with regional scope organisations.

The second measure, expressed in clauses 6 to 12, comprises the imposition of an air exclusion zone (no-fly zone) because it was believed that the Kadhafi regime would use its air force to bombard Benghazi and thus defeat the incipient revolt Popular. Succinctly, operative clause number 6 determines the prohibition of all flights over the Libyan territory in order to enforce the protection of the civilian population. In the seventh clause, exceptional hypotheses are delimited to the air exclusion zone. These are humanitarian flights to deliver aid to populations affected by armed conflict and evacuate foreign nationals, and military air operations directed against Libyan security forces.

The third measure, provided for in clauses 13 to 16, alluding to the arms embargo, had already been instituted, at the end of February 2011, by resolution 1970, so that these provisions acquired complementary and adaptive character to the new reality of the crisis

in Libya. According to operative Clause 13, operative Clause 11 of resolution 1970 was replaced by new text, whereby the Security Council calls on the UN Member States, especially those territorially close to Libya, to inspect, in their territories and offshore, vessels and aircraft that can carry armaments and equipment prohibited by clauses 9 and 10 of the aforementioned diploma. In clause 16, we condemn the continued flow of mercenaries contracted by the Kadhafi regime to combat rebellion and reinforce the terms of the embargo provided for by the previous resolution.

Concerning the arms embargo and above all to the maritime implementation modality, resolution 1973 was considered to be innovative when compared to the previous practice of the UN Security Council. The expression "all inward and outward maritime shipping" was abandoned, which allowed inspecting any vessel that was headed to the territory of the affected State or leaving it – which resulted in great discretion for those who implemented the measure – to the benefit of the "reasonable grounds" formulation, present in article 110 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, which refers to the right to visit vessels suspected of participating, for example, piracy or slave trade. Thus, it was authorised to inspect only the vessels whose characteristics were suspected of transporting armaments and prohibited military equipment, which represents an attenuator of the discretionary element. This requirement of reasonableness has removed the occurrence of a naval blockade, similar to that imposed by the U.S. against Cuba during the missile Crisis, in 1962.

Furthermore, as for the spatial location, the arms embargo had as its epicentre the territorial boundaries of all the UN Member States and the high seas. Thus, in principle, this sanction should be applied anywhere on the planet, contrary to only the territorial contours of Libya, if the expression "all inward and outward maritime shipping" was adopted. NATO's actions under the Operation Unified Protector, according to a public report on the enforcement of the arms embargo, were made by patrols close to the territorial sea of Libya, which presupposes not having acted within the 12-mile limit, Although the civilian protection parameter allowed it.

Another measure already foreseen by resolution 1970 but expanded by the standard in comment is that allusive to the freezing of assets and financial and economic assets. If operative clause 17 of resolution 1970 affected only the family nucleus of Muammar Kadhafi, clause 19 of resolution 1973 also extends it to resources of equal nature owned by the Libyan authorities or controlled directly or indirectly by them or by those representing them, following the decisions of the Sanctions Implementation Committee. Then, in operative clause 20, the Security Council undertakes that the subsequent return of such resources is made to the benefit of the Libyan population, since, in annexe II, the entities listed are of a public nature, such as the Central Bank of Libya, the National sovereign Fund, the Libyan Investment Authority<sup>231</sup>, and the state-owned petroleum company, Libyan National Oil Corporation, although they were all in practice under strict control of the Kadhafi family.

Operative Clause 22 extends the prohibitions of travel and freezing of assets and assets to other individuals, in addition to Muammar Kadhafi and children. In this sense, in annexe, I, concerning the travel ban, the then Libyan ambassador is listed in Chad and the governor of the Ghat region in southern Libya, both considered involved in the recruitment of mercenaries from the Sahel and sub-Saharan Africa. In addition to the aforementioned entities and the family nucleus of Kadhafi, the then Minister of Defence and the director of Military intelligence are listed in annexe II. Clause 23 stipulates that the same measures also concern other individuals or entities appointed by the Security Council itself or by the Committee established by resolution 1970. To conclude, the operative Clause 24 creates a panel of experts to work together with the Committee, gather and analyse information, among other operational order objectives (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2011).

### ***2.1 The application of Resolution 1973***

The main issue concerning the interventor mandate set up by resolution 1973 is to establish the limit of protection for civilians. How far could the coalition countries of the willing go to protect the civilian

population from the threat posed by Kadhafi, their security forces and contracted mercenaries? Would they be allowed, albeit implicitly, direct support to the rebels and the regime change operation? Still, the arms embargo established by resolution 1970 and the caveat to it made in operative clause number 4 of resolution 1973 would prevent NATO and its allies from providing armaments to the rebels? Would it be possible to arm them, even if they were to defend themselves? Was the prohibition of the presence of occupying troops in the territory of Libya preventing the constant use of ground forces or even peacekeepers after the intervention? These are questions that deserve to be analysed in detail since they are crucial to understanding the juridical of the intervention.

According to the text of the UN charter, in particular articles 43, 45 and 47, the use of force, once authorised by the Security Council, would be exercised by means of the provision by the States of military forces that would act under the coordination of a specific military committee (Military Staff Committee), directly submitted to that organ. However, since this institutional design has never become a reality – just as the UN does not have its military quotas, independent of those of the States – any authorisation to use force under Article 42 is in principle the Member States of the organisation, or to whom the Security Council determines explicitly. It is in article 48 (1) of the UN Charter (UNITED NATIONS, 2021).

The practice of the Security Council has been consolidated, however, in the sense that the use of force may be carried out by any Member State, whether individually or collectively, both through ad hoc coalitions and by means of organisations of regional scope previously constituted, unless there is an explicit reference in the opposite direction. It is in this context that it is possible to understand why Canada, the United States, France and the United Kingdom, after having acted unilaterally with the approval of resolution 1973, have been well unifying the command of their military operations under the institutional framework of NATO and, in parallel, coordinate with other states such as Qatar, United Arab Emirates and Jordan.

As resolution 1973 did not limit, in its operative clauses paragraphs 4 and 8, the protective mandate of the civilian population

to any specific state, thereby authorising the Member States to do so individually or collectively, any of them, if deemed Convenient, could participate in military operations. The establishment of the coalition of the willing was, therefore, the discretion of the UN Member States. Furthermore, the decision to use NATO's military and the institutional structure was exclusively in the discretionary scope of the organisation itself – because it has a legal personality of international Law – and its member States Individually considered, all of which are also belonging to the UN. In this way, although NATO was not directly addressed to resolution 1973, it eventually became indirect, because its members resolved to trigger it.

The NATO decision to notify the UN Secretary-General on the implementation of the arms embargo is thus understood. Also, during the intervention, the military alliance was to impose the arms embargo, mainly by sea, the zone of air exclusion and to bomb the positions of the regime, while the sending of armaments to rebel combatants and special forces to train them, competed in individual states. The point of confluence between these tasks was the presence of special forces with the rebel military contingencies in order to demarcate the targets to be bombarded by NATO-led aircraft more accurately.

According to NATO's constitutive agreement, its member States must act in accordance with the UN's purposes, especially the non-use of force in the international system and the exercise of collective self-defence. These characteristics make NATO collide, in principle, with the provisions of chapter VIII of the UN Charter (UNITED NATIONS, 2021), referring to the regional arrangements. In this sense, the relationship between the UN and NATO evolved from a state of distended during the Cold War – since the creation of the latter aimed essentially at retaining the Soviet threat in the North Atlantic – for another symbiosis with the end of the bipolarity, as the approximation with the UN has become fundamental to NATO's own legitimacy.

Also, the relationship between the UN and NATO is part of the broader context of informal cooperation between the first organization – of undeniable universal scope – and contact groups emerged from the years 1990, whose function is to overcome the limits of action of the

Council of Security, stemming from both the way it is constituted and the urgency and complexity of international crises, as well as promoting consensus among international actors.

In any case, the states of the coalition of the willing, which was entrusted with the implementation of the interventor mandate established by resolution 1973, were authorised to act by the use of force, individually or collectively. The option of United States, France and the United Kingdom to act unilaterally and, after the bombing was initiated, via NATO did not constitute legal innovation – due to references to the UN Charter (UNITED NATIONS, 2021) in the constitutive Treaty of the military alliance and the normative force of Chapter VIII – not even political – in the light of the growing cooperation between the Security Council and various international forums since the years 1990.

## ***2.2 What was really allowed?***

The Resolution 1973 (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2011), in spite of the dubieties and inaccuracies of all the resolutions approved under Chapter VII, had as its objectives and legal limits, in addition to the prohibition of the sending of occupation forces present in operative clause number 4: (i) to prevent the Imminent attack of the forces loyal to Kadhafi against Benghazi; (ii) Achieving this goal by the military – since the economic sanctions imposed by resolution 1970 had already failed in the attempt to dissuade it –, promote a diplomatic and political exit to the non-international armed conflict, as intended to African Union through its roadmap and the immediate cessation of all hostilities; (iii) Prevent, through the use of force, that the Kadhafi regime commits acts similar to those practiced since the beginning of the protests in February 2011 and brought against Benghazi when the adoption of resolution 1973; (iv) Avoiding the escalation of international armed conflicts – unless, in a strictly necessary and proportionate way, the coalition of the willing to use military force to repel attacks or threats from attacks against civilians – and not International (v) Not to promote regime change, which was expressed by direct assistance to the rebels, empowering them

militarily for confrontation against Kadhafi's troops, and by the bombardments of the coalition of the willing against military infrastructure, such as the centres of command and control, at the disposal of the regime.

It is concluded that the initial actions of the United States, France and the United Kingdom against the offensive of the troops loyal to Kadhafi towards Benghazi, even before NATO took command of the implementation of the air exclusion zone, were in fact under the mandate established by resolution 1973. However, as the protection of civilians in the geographic epicentre of the revolt was guaranteed, the States of the international coalition began to sabotage the African Union's peacekeeping efforts, to arm and train the rebels, to coordinate with them and to attack the Military infrastructure of Kadhafi, with a view to defeating it politically and militarily, violated not only the terms of resolution 1973 itself, but also the preponderance of the peaceful settlement of controversies, the prohibition of the use of force in the international system and the Principle of non-intervention in the internal affairs of States, in accordance with articles 2 (3), 2 (4) and 2 (7) of the UN Charter. Moreover, the worsening of the armed conflict initiated on 24 February 2011, according to the UN Human Rights Council, or on March 10, according to the report by the Chatam House, eventually reproduced a situation that authorized, firstly, the action of the Council Security (threat to international peace and security) (UNITED NATIONS, 2021).

In other words, all that has extrapolated the strict defence of the civilian population under attack or threat of attack and the neglected imperative of negotiating a cease-fire to favour a negotiated peace violated international law (NORTHERN; PACK, 2013).

### **3 Consequences of the Intervention**

Both the way the international intervention was given in 2011 – sending so only special forces to empower the rebels militarily and coordinate the air strikes with them, and armaments to promote regime change, and the strategy of leading from Behind the United States – as far as the decision not to establish a peace operation in the form of those

under the coordination of the Commission for Peace consolidation – leaving the main stabilisation tasks for the new Libyan authorities, even if they are not Have the means to do so – they prove Murray's thesis, 'Rationality to Protect'. It intervened in the name of the protection of the human rights of the civilian population of Libya, especially of the inhabitants of Benghazi, under the influence of the responsibility to protect, but, in doing so, the countries of the coalition of the willing opted for the least costly route of the point of Operational, political and financial view, imagining that this choice would ensure, by itself, the desired results. So they thought they were minimising costs and maximizing benefits. If they thought that the costs would be high, and the results, uncertain, there would have been no intervention to protect the civilians under-taken. Finally, it draws attention to the fact that States agree to spend more scarce resources with the use of military force, albeit under the pretext of protection of the civilian population, than with the reconstruction of a society affected by armed conflict.

The current conjuncture of Libya, with the existence of three parallel governments, with armed disputes about the control of oil wealth and the new institutional design of the country, with an increase in smuggling and trafficking of goods, armaments and people and with the Presence, until December 2016, of Daesh in portions of the Libyan territory, does not correspond to what was intended to avoid at the beginning of 2011.

As Libya did not achieve stability in a timely manner, as the various militias and armed groups began to engage in open confrontation, including with support from regional actors, that the territory of the country became a privileged route for Smuggling and trafficking of arms, drugs and people, and that radical Islamic groups, such as those linked to Al Qaeda and Daesh himself, were present, the same countries of the coalition of the willing of 2011 have returned to intervene militarily in Libya. United States, France, United Kingdom, Jordan and United Arab Emirates, not to mention Egypt, which at that time was immersed in internal matters relating to the succession of the Hosni Mubarak regime.

The fact that practically the same States participate in new military operations after five years only confirms the failure of operations which, after guaranteeing the preservation of Benghazi and its civilian population in March 2011, were aimed at changing the regime. Contrary to what was believed, the new Libyan authorities did not promote political and institutional stability, economic development, much less respect for human rights, even with the aid of the UN. Therefore, it was produced exactly what, in the ICISS report, the responsibility to protect seeks to avoid: production or reproduction of conditions that perpetuated international interventions.

#### **4 The Juridical Order According to the International Courts**

In light of what has been said in the previous sections about the international responsibility to provide security and protection of rights in conflict environments, it is relevant to interpret the human rights violations by the high level of the Libyan government that occurred in Libya's civil conflict on the basis of the Rome Statute. To do so, it is necessary to interpret the submission of crimes against humanity and war crimes committed by Muammar Mohammed Abu Minya Gaddafi, Abdullah Al-Senussi, Al-Tuhamy Mohamed Khaled and Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli in Libya to the International Criminal Court (ICC) by the UNSC.

According to the principles of international law it is understood that international society is responsible for combating impunity for those who violate the rights to life, dignity, and justice on a global basis of humanity. In view of this, the Rome Statute expresses the ICC's jurisdiction over the consideration, accountability and punishment of war crimes, crimes of aggression, crimes of genocide, and crimes against humanity committed by individuals acting as a head of state, or as a political member, or by order of a higher power. Therefore, the international legal order provides for the right to justice, political condemnation, protection of civilians, and criminal accountability based on the common interest and in observance of the principles of *aut dedere, aut judicare, ius cogens*, and political impunity (TRINDADE, 2003).

The State of Libya is not a party to the Rome Statute, therefore, the case was referred to the ICC Prosecutor's Office by the United Nations Security Council, through the unanimous decision of Resolution 1970 (2011), describing the condemnation of the violence, use of force and hostilities against civilians, repression of the opposition, gross and systematic violation of human rights by the Libyan government, under Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi. Noting that the widespread and systematic attacks against the civilian population are defined as crimes against humanity under Article 7 and war crimes under Article 8 of the Rome Statute and in observance of the principles of *aut dedere, aut judicare, ius cogens* and political impunity (ICC, 2011).

The situation was referred to the ICC in February 2011 and accepted by the Court in March 2011. The legal process of the ICC is governed by parts 5, 6, 7 and 8 of the Rome Statute, so in order for the investigation of crimes against humanity and war crimes committed in the context of the situation in Libya since February 15, 2011, to proceed, the cooperation of intergovernmental organizations and states is necessary to provide documents and information. Investigations into the Libyan situation have produced the cases of Muammar Mohammed Abu Minya Kadafi and Abdullah Al-Senussi; Saif Al-Islam Kadafi; Al-Tuhamy Mohamed Khaled; and Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli (ICC, 2011).

On May 16, 2011, arrest warrants were requested for Muammar Mohammed Abu Minya Gaddafi, Abdullah Al-Senussi, and Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Article 58 of the Rome Statute, which were issued on June 27, 2011. On October 20, 2011, after heavy fighting, Muammar Mohammed Abu Minya Gaddafi was overthrown and shot at close range in Sirte, and on November 22, 2011, the investigating judges closed the case against Muammar Gaddafi. On April 31, 2012, the Libyan government inquiries about the admissibility of the Saif Al-Islam Gaddafi case and on April 2, 2013, about the Abdullah Al-Senussi case. The Pre-Trial Chamber of the ICC ruled on May 31, 2013, that the Saif Al-Islam Kadafi case is admissible on the grounds that the Libyan state still faces substantial difficulties in fully exercising its judicial powers throughout the territory and that the

evidence presented by the government is not sufficient. The case of Abdullah Al-Senussi was declared inadmissible by the Prosecutor on October 11, 2013, according to Article 17 of the Rome Statute. (ICC, 2014).

Based on the information on the investigation of the situation of the Libya case at the ICC on April 18, 2013, the arrest warrant for Al-Tuhamy Mohamed Khaled was issued under secrecy and on April 24, 2017, another public arrest warrant was issued also for Khaled, while he is not arrested and transferred to the headquarters of the Court the case remains in the pre-trial stage. The Pre-Trial Chamber I considers that there are grounds based on article 8 and 25 of the Rome Statute that Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli is responsible for War Crimes in the context of the civil conflict in Libya, therefore, on August 15, 2018, issued an arrest warrant against him and declared the case admissible as there are no investigative activities in Libya, this case has also not advanced as it needs the arrest and transfer of Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli.

In March 2021, the situation in Libya completed 10 years of investigation and with a high production of documents, but with predictability of resolution and of justice for the victims, the non-compliance by the Libyan government regarding the non-execution of the cooperation requests transmitted by the ICC was sent to the UN Security Council. Requesting proactivity, inquiries, and protection of evidence to collaborate with accountability for the restoration and stabilization of Libya's situation for the crimes established by the Rome Statute.

## **Conclusion**

War is always a severe source of human rights violations and resorting to it in the name of the safeguarding of human rights seems a contradiction in terms. As Brownlie rightly pointed out, in his allegations as a Yugoslav advocate before the International Court of Justice, the recognition that there is a risk of humanitarian intervention, provoking civilian casualties is a contradiction inherent in his purpose. With this study it was observed that the humanitarian interventions,

which exist in the world today, are the result of a political-normative process based on two main factors: the first of them relates to the relativization of the principle of non-intervention of the mid-twentieth century, causing a paradigm shift in international law, in relation to the concept of exclusive domain of the state's internal jurisdiction in the face of the institution of an international subsidiary responsibility to Responsibility of States for the protection of human rights of individuals; The second factor arose with the pseudo relations between human rights, States of rights and liberal democracy, from the justifying doctrine of the universalism of human rights that settled in the international community after the end of the Cold War, establishing the discourse that human rights could only be fully achieved within the Western economic system.

From the analysis of the case of the Security Council's intervention in Libya, it was observed that humanitarian interventions are often the purpose of reasons beyond the provision of humanitarian assistance. Under the pretext of safeguarding human rights, States legitimize the adoption of coercive military interventions, until then condemned by the international community, with the main aim of promoting its economic and cultural expansionism in the form of Western capitalism.

For the United Nations, humanitarian interventions seem to have a function. The organization, which had been little active in relation to the human rights during the Cold War, became more significant from the political point of view and more efficiently from the bureaucratic-administrative point of view with the changes occurring in the order and the consequent strengthening of the international human rights regime. Humanitarian interventions, by establishing a link between humanitarian issues and the maintenance of international peace and security, have provided the political profile of the organization to the international community. The examples that occupied the world at the end of the twentieth century demonstrated that humanitarian interventions are, in fact, coercive military actions and, in the vast majority of cases, a failure to protect human rights, given that they result in more significant damage to the civilian population itself than those intended to avoid.

The use of force does not seem to be the proper way to protect the rights of the human person being, since, in practice, the use of weapons usually generates a worsening of the humanitarian situation experienced. It also has a tendency to aggravate the factors that instigate the groups in confrontation, which makes it more complex and time-consuming the process of stabilization and recovery in the territory, as occurred in the case of Libya.

It is not here, however, to take stock of this UN mission, much less to say that the US should have done more, but rather to reflect that the way the intervention was architected and implemented effectively impacted on the way Libya organized politics and so and after the international intervention. Furthermore, the way in which the intervention took place, based on discriminatory discourses, of a political law that is judged by the necessity or proportion, and of bombardments taken as accurate, to promote life in a general way also suggests the need to rethink the conduct in interventions whose purpose is the protection of civilians, but which, despite this, ends up killing, modifying the living conditions of several individuals and, mainly, exposing them to situations of violence, misery and abandonment.

In view of the above, it is also relevant to analyze from the perspective of social rights, since the intervention did not provide full access to high determination, free use of its natural resources, responsibility to administer politically, economically and culturally its territory provided in the International Covenant on Civil and Political Rights on December 16, 1966. However, it has fostered an escalation of conflict, political, social, and economic instabilities due to the emergence of new demands, highlighting the interest of the great powers in promoting financial and commercial gains and maximizing influence.

## References

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Gaddafi Case. *In*: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Situations and cases.** Haya, 2014. Available at: <https://www.icc-cpi.int/libya>. Acesso em: 8 set. 2021.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Situation in Libya. *In*: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Situations and cases**. Haya, 2011. Available at: <https://www.icc-cpi.int/libya>. Accessed: 8 set. 2021.

MARTIN, Ian. The United Nations' Role in 1st Year of the Transition, cap. 6. *In*: COLE, Peter; MCQUINN, Brian (Eds.). **The Libyan Revolution and its Aftermath**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

NORTHERN, Richard; PACK, Jason. The Role of Outside Actors, cap. 4. *In*: PACK, Jason (Ed.). **The 2011 Libyan Uprising and the Struggle for the Post-Qadhafi Future**. New York: Palgrave MacMillan, 2013.

PACK, Jason. Introduction: the center and the periphery. *In*: PACK, Jason (Ed.). **The 2011 Libyan Uprisings and the Struggle for the Post-Qadhafi Future**. New York: Palgrave MacMillan, 2015.

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. Considerações acerca da Tipificação dos Crimes Internacionais Previstos no Estatuto de Roma. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Ceará, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 4, ed. 4, 2003, pp. 167-178. Available at: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/61206>. Accessed: 3 set. 2021.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. Resolution 1973 (2011). Adopted by the Security Council at its 6498th meeting, on 17 March 2011. Index: **S/RES/1973, 17 march 2011**. Available at: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QFjp2nRpu dcJ:https://www.nato.int/nato\\_static/assets/pdf/pdf\\_2011\\_03/20110927\\_110311-UNSCR-1973.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QFjp2nRpu dcJ:https://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf_2011_03/20110927_110311-UNSCR-1973.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Accessed: 14 ago. 2021.

UNITED NATIONS. United Nations Charter [online]. Available at: <http://www.un.org/en/charter-united-nations/>. Accessed: 14 ago. 2021.



## CAPÍTULO 7

# BIOECONOMIA E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO: um comentário inicial

*Camilla Capucio  
Danielle Mendes Thame Denny*

**Resumo:** O artigo busca explorar as relações entre a Organização Mundial do Comércio e garantia de direitos sociais, ressaltando pontos de conexão entre ambas por meio do conceito de bioeconomia. A OMC tem um histórico de decisões e práticas sobre sustentabilidade que vem sendo desenvolvidas, sendo que diversas iniciativas da organização têm sido fundamentais para orientar a conduta dos agentes internacionais em direção à conduta sócio ambientalmente responsável. O artigo argumenta, ainda, que há necessidade de se aproveitar o poder do comércio internacional para conseguir ganhos socioambientais. Em um contexto crescente de ações voltadas a promover uma bioeconomia circular, e de busca por mais legitimidade na OMC, partindo de uma visão sistêmica do direito internacional, o artigo ressalta o diálogo entre essa organização e alguns dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

**Palavras-chave:** Organização Mundial do Comércio; Bioeconomia; Agenda 2030; Padrões; Sustentabilidade.

## Introdução

O presente artigo se desenvolve a partir de uma visão holística do conceito de bioeconomia, que se insere no contexto mais amplo de economia verde (UNEP, 2011)<sup>1</sup>, estando focada no uso de matérias-

---

<sup>1</sup> Economia verde é um conceito guarda-chuva que inclui Economia Circular e Bioeconomia.

primas renováveis e na aplicação de pesquisa, desenvolvimento e inovação e biotecnologia industrial em setores como alimentos, rações, papel, celulose e produção de biocombustíveis (D'AMATO *et al.*, 2017; KESWANI, 2020; KLEINSCHMIT *et al.*, [s.d.]; PIETZSCH, 2020). O foco da bioeconomia é criar novas oportunidades de crescimento econômico nos setores que tenham base biológica, considerando o atendimento aos objetivos de desenvolvimento sustentável, os desafios de insegurança no fornecimento de matérias-primas e as crescentes restrições ambientais em variados níveis de jurisdição.

Assim, uma bioeconomia envolve o uso da biotecnologia em grande escala, com a aplicação da ciência e tecnologia a organismos vivos, bem como a partes, produtos e modelos dos mesmos, para alterar materiais vivos ou não vivos para a produção de conhecimento, bens e serviços. Nesse ponto, a transição para uma bioeconomia dependerá do avanço da tecnologia, de políticas públicas coordenadas, custos competitivos, financiamento, facilitação de investimento, bem como disponibilidade de biomassa sustentável, padronizada e certificada. Em muitos desses aspectos as negociações multilaterais na Organização Mundial do Comércio podem contribuir.

Primeiro para garantir que não haja entraves ao comércio uma vez que a demanda por biomassa para a economia de base biológica deve aumentar rapidamente e isso é desejável inclusive para se cumprir as metas de mitigação das mudanças climáticas. Além disso, a biomassa sustentável será necessária para substituir as fontes fósseis de energia, e vários dos materiais usados na construção, na indústria química e na produção de bens. Discussões relativas a barreiras técnicas são fundamentais nesse cenário.

Adicionalmente, tem-se que o crescimento da população mundial e o aumento dos níveis de bem-estar significam uma necessidade cada vez maior de alimentos, rações, fibras e energia. Dado que a quantidade de terra é finita, acomodar essas demandas crescentes representa um grande desafio. Além disso, a conversão de terras com vegetação nativa para agricultura e silvicultura e a intensificação da produção têm sido os principais motores da degradação ambiental, das emissões de GEE, do consumo excessivo de

água doce e da perda de biodiversidade. É esperado, ainda, que as mudanças climáticas exacerbem esses problemas, o que já requer adaptação em muitas regiões. Para tanto, negociações sobre facilitação de comércio para transferência tecnológica que aumente a capacidade dos países de mitigação e adaptação são essenciais.

A agropecuária desempenha um papel importante no desenvolvimento econômico, na segurança alimentar e no bem-estar nas áreas rurais em todo o mundo. Contudo a criação de valor agregado nessa cadeia produtiva está muito ligada à capacidade dos produtores de se integrarem ao abastecimento global, sendo os ganhos de comércio internacional distribuídos de maneira desigual. Os atores locais muitas vezes não se beneficiam totalmente da produção de alimentos, rações, fibras e energia em sua região. Garantir uma produção sustentável, equitativa, com resiliência é, portanto, também uma grande preocupação de justiça global.

Estão envolvidos nesta discussão, principalmente, o alcance dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável 7 (energia limpa e acessível) e 13 (ação climática), e subsidiariamente os objetivos 2 (fome zero), 8 (trabalho decente e crescimento econômico), 12 (consumo e produção responsáveis) e 15 (vida na terra)<sup>2</sup>. (UN, 2015). A fim de contribuir para esses objetivos múltiplos, o uso da terra para a produção de biomassa para a economia de base biológica deve ser conciliado com outros interesses.

## **Sustentabilidade e suas narrativas**

Embora as discussões sobre o tema do desenvolvimento sustentável não sejam recentes, o momento atual é marcado pela necessária mudança cognitiva a respeito da sustentabilidade. Existem

---

<sup>2</sup> Segundo relatório da OMC sobre o tema, a Organização oferta contribuições para o alcance dos objetivos 1 (Erradicação da Pobreza), 2 (Fome Zero e Agricultura Sustentável), 8 (Emprego Decente e Crescimento Econômico), 10 (Redução das Desigualdades), 12 (Consumo e Produção Responsáveis), 13 (Ação Contra a Mudança Global do Clima), 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) e 17 (Parcerias e Meios de Implementação) (OMC, 2021). A análise do tema sob um ponto de vista mais amplo, contudo, oferta possibilidades de avanços nos ODS destacados supra, orquestrado pelo conceito de bioeconomia.

elementos que clamam por esta urgência: por um lado, a iminente catástrofe climática e, por outro, a necessidade de fomentar a economia. Naturalmente, essa dicotomia só pode ser superada com a identificação de pontos de convergência que façam com que haja desenvolvimento econômico ao mesmo tempo em que são gerados benefícios socioambientais. Para países ricos em recursos naturais e megadiversos (UNEP-WCMC, 1988)<sup>3</sup>, como o Brasil, a sustentabilidade deve ser percebida como oportunidade de negócios e não como empecilho. Porém, há um constante conflito nas narrativas relacionadas ao tema, tanto dentro do país, como internacionalmente. A interdependência nesse assunto é marcante, havendo grande influxo de regulamentação estrangeira, cada vez mais constritiva, a exemplo das iniciativas europeias (EUROPEAN COMMISSION, 2019). Tal normativa passa a ter aplicação indireta, exigindo que a produção brasileira comprove comprometimento com certos valores que deveriam ser, a princípio, em seu próprio interesse, mas que passam a ser disputados através do cumprimento de diversos padrões que aferem o grau de aderência da produção nacional ao que é requerido pela política pública europeia.

Nesse exemplo, a Comissão Europeia definiu, como meta de longo prazo, o desenvolvimento de uma economia competitiva, eficiente e de baixo carbono até 2050 e tem buscado meios para alcançar este compromisso (EU, 2021). A bioeconomia pode desempenhar um papel importante para se atingir essa meta. Só na Europa, o mercado é estimado em cerca de € 2,4 bilhões (SCARLAT *et al.*, 2015), incluindo agricultura, alimentos, bebidas, produtos agroindustriais, aquicultura, silvicultura, indústria baseada em madeira, bioquímicos, enzimas, biofarmacêuticos, biocombustíveis e bioenergia.

Por um lado, a utilização de recursos biológicos pode levar à inovação em muitos tipos de indústria, criando emprego e renda, porém, por outro, pode estimular a biopirataria e a competição desleal,

---

<sup>3</sup> São 17 os países megadiversos que possuem em seus territórios cerca de 70% da biodiversidade do planeta são eles: Brasil, Colômbia, México, Venezuela, Equador, Peru, Estados Unidos, África do Sul, Madagascar, República Democrática do Congo, Indonésia, China, Papua Nova Guiné, Índia, Malásia, Filipinas e Austrália.

dependendo da forma como são explorados. O Brasil recentemente aderiu ao Protocolo de Nagoya (UN, 2011), que visa a estabelecer uma estrutura multilateral para regular os recursos da biodiversidade e assegurar a conservação da diversidade biológica, uso sustentável de seus componentes e repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos.

A ideia central do protocolo é que o acesso e emprego de um recurso genético originário de um determinado país cria uma obrigação de repartição de benefícios de forma a contribuir para a conservação da biodiversidade no país de origem. Seu principal objetivo é promover o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, bem como a repartição dos benefícios dos produtos desenvolvidos, a partir dos recursos da biodiversidade.

Também recentemente o Brasil instituiu a política nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais para criar forma de remunerar iniciativas de sustentabilidade e cujo objetivo IX é justamente estimular a pesquisa científica relativa *“ao desenvolvimento de metodologias de execução, de monitoramento, de verificação e de certificação de projetos de pagamento por serviços ambientais”* (BRASIL, 2021).

Do ponto de vista corporativo, esses novos regimes trazem transparência a um sistema marcado por disputas políticas e se alinha bem à busca construtiva de opções viáveis para o longo prazo, refletindo em novas oportunidades de negócios com acompanhamento da gestão ambiental, social e econômica por meio de ferramentas de governança.

O desafio de gestão de cadeia produtiva, portfólio de clientes e rede de parceiros, precisa seguir a ética comercial, a proteção dos direitos humanos, o compromisso com o uso racional dos recursos naturais e isso reverbera em decisões de executivos, afetando resultados financeiros, critérios de bônus, possibilidade de recebimento de fundos, bem como influenciando como o mercado, investidores e consumidores percebem uma organização. Eventualmente, pode inclusive impactar no valor intangível do negócio.

As práticas atuais de uso da paisagem resultaram em muitos dos problemas de sustentabilidade. Uso mono-funcional de terras agrícolas

e plantações florestais e práticas de gestão intensiva associadas, por exemplo a monocultura e uso pesado de pesticidas têm impactado negativamente a biodiversidade e outros serviços ecossistêmicos. As práticas extensivas de manejo da paisagem também têm seus problemas, principalmente conversão e degradação de grandes áreas naturais. Nesse quesito, a Integração Lavoura-Pecuária-Floresta pode contribuir, juntamente com a agricultura de precisão e a tecnologia baseada em ciência, para elevar produtividade, diminuir impacto e, eventualmente, até reduzir o preço dos alimentos. Neste contexto de economia global, o desafio de usar a força do investimento e do comércio para o desenvolvimento sustentável é fundamental para estruturar uma economia mais verde (PNUMA, 2011).

### **Desenvolvimento socioambientalmente responsável na OMC: contexto geral**

As discussões sobre meio ambiente e sociedade na OMC não são recentes, e remontam as origens da organização, sendo o desenvolvimento sustentável um dos objetivos fundamentais do sistema multilateral de comércio, segundo consta do acordo que constituiu a Organização. Sob o ponto de vista orgânico, o Comitê de Comércio e Meio Ambiente da OMC foi criado há 25 anos em Marrakesh com uma ampla atuação, cobrindo todas as áreas do sistema multilateral de comércio-bens, serviços e propriedade intelectual.

Dois parâmetros importantes orientaram as análises nesta área. Inicialmente, a percepção de que a competência da OMC para coordenação de políticas é limitada ao comércio e aos aspectos relacionados ao comércio das políticas ambientais que podem resultar em efeitos comerciais significativos para seus Membros. Em outras palavras, não há intenção de que a OMC se torne uma agência ambiental, nem que se envolva na revisão das prioridades ambientais nacionais, no estabelecimento de padrões ambientais ou no desenvolvimento de políticas globais sobre o meio ambiente; essas continuarão sendo tarefas dos governos nacionais e de outras organizações intergovernamentais mais adequadas para o desafio. Adicionalmente, tem-se que se forem identificados problemas de

coordenação de políticas para proteger o meio ambiente e promover o desenvolvimento sustentável, as medidas tomadas para resolvê-los devem respeitar e salvaguardar os princípios do sistema multilateral de comércio.

Uma série de disposições da OMC pode acomodar o uso de medidas relacionadas ao comércio necessárias para fins ambientais, incluindo medidas tomadas em conformidade com acordos ambientais multilaterais (MEAs). As que são regularmente citadas como de importância fundamental são as disposições relativas à não discriminação (nação mais favorecida e tratamento nacional) e à transparência. Além disso, e sujeitas a certas condições importantes, as cláusulas de exceções contidas no Artigo XX do GATT permitem que um Membro da OMC legitimamente imponha suas metas nacionais de saúde pública, segurança e meio ambiente à frente de sua obrigação geral de não aumentar as restrições comerciais ou aplicar medidas comerciais discriminatórias (THORSTENSEN; MOTA, 2021).

Uma área de foco particular é a relação entre as disposições da OMC e as medidas comerciais aplicadas de acordo com os MEAs. Ficou claro ao longo das discussões sobre esta questão no GATT/OMC que a abordagem preferida dos governos para enfrentar os problemas ambientais transfronteiriços ou globais é a ação multilateral cooperativa por meio de um MEA. Os Membros da OMC declaram que a OMC apoia soluções multilaterais para problemas ambientais globais e transfronteiriços e que ações unilaterais neste contexto devem ser evitadas. As restrições comerciais não são o único instrumento político, nem necessariamente o mais eficaz a ser usado. A OMC já oferece um espaço amplo e valioso para que as medidas comerciais sejam aplicadas de maneira consistente com a normativa multilateral. Ademais, um problema é evitar a criação de uma "janela ambiental" para o uso de medidas comerciais discriminatórias.

### **OMC: fonte de orientações para condutas socioambientalmente responsáveis**

O sistema de soluções de controvérsias da OMC já por várias vezes analisou temáticas socioambientais, como a proibição do

comércio das telhas de asbestos que são cancerígenas, a regulação da prática de pesca de camarões e de atum para proteger a vida marinha em especial das tartarugas e golfinhos, a publicidade de cigarros aromatizados para prevenir problemas de saúde e dependência de jovens e a importação de combustíveis em virtude de qualidade do ar, entre outros.

Outro ponto importante é a adoção de programas de rotulagem ecológica, relevantes instrumentos de política ambiental. O principal requisito do ponto de vista da OMC é que as medidas ambientais que incorporam disposições comerciais ou que afetam o comércio de forma significativa não discriminem entre bens produzidos no país e os importados, nem entre importações ou exportações para diferentes parceiros comerciais. A não discriminação é a pedra angular para acesso a mercados de forma justa e previsível e sem distorções: garante a escolha do consumidor e dá aos produtores acesso a toda a gama de oportunidades de mercado.

Dado o cumprimento desse requisito, as regras da OMC essencialmente não impõem restrições às opções de política à disposição de um país para proteger seu próprio meio ambiente contra danos da produção nacional ou do consumo de produtos produzidos internamente ou importados. Programas de rotulagem ecológica bem elaborados podem ser instrumentos eficazes de política ambiental, mas é importante assegurar transparência adequada em sua preparação, adoção e aplicação, incluindo oportunidades de participação de partes interessadas de outros países, no âmbito das discussões de Barreiras Técnicas ao Comércio e Barreiras Fitosanitárias.

Tendo em vista os padrões voluntários de sustentabilidade (VSS) que não dependem da atuação dos Estados nacionais, o desafio presente consiste na articulação de uma metaregulação para que as entidades privadas, principalmente as transnacionais, não passem a adotar critérios aleatórios injustificados que gerem barreiras indevidas ao comércio. Esses padrões baseados no mercado apresentam métricas de sustentabilidade como, por exemplo, de respeito aos direitos humanos, segurança dos trabalhadores e impactos ambientais. Nos últimos anos, o número de VSS no comércio internacional cresceu rapidamente. Como os VSS são amplamente gerenciados por ONGs ou

empresas, há uma preocupação crescente com relação à responsabilidade pelo impacto dos VSS no meio ambiente e nas vidas dos atores da cadeia de valor. Além disso, os VSS são geralmente deixados de fora dos acordos comerciais.

Neste contexto tem-se o Fórum das Nações Unidas sobre Padrões de Sustentabilidade (UNFSS) – uma plataforma de compartilhamento de conhecimento estabelecida em conjunto por cinco agências da ONU: Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), Centro de Comércio Internacional (ITC), Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP) e Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO). O desafio é identificar o papel dos governos em garantir que VSS efetivamente contribuam para o desenvolvimento sustentável nas dimensões social, econômica e ambiental, fazendo com que governo e setor privado interajam para impulsionar o crescimento do comércio inclusivo e sustentável por meio dos VSS e, assim, apresentar caminhos concretos para que os tomadores de decisão governamentais e da indústria aumentem a eficácia dos VSS.

Subsídios também são temática relevante sob regramento da OMC. O Brasil apresentou na OMC uma proposta de decisão ministerial intitulada “*Apoiando a Conclusão das Negociações de Subsídios à Pesca para a Sustentabilidade do Oceano e das Comunidades Pesqueiras*”. Motivado pelo fracasso na conclusão das negociações sobre subsídios de pesca até o final de 2020, o esboço propõe que os membros se comprometam a entregar “*os mais altos padrões de sustentabilidade ambiental*” em um acordo multilateral sobre subsídios à pesca e assim garantir avanços de forma não diluída.

A discussão de subsídios à pesca tem sido objeto de trabalho desde 2001, com a elaboração do mandato de negociação acordado em 2005. A adoção pelos líderes mundiais, em setembro de 2015, dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU (ODS) e o mandato de negociação acordado na 11ª Conferência Ministerial da OMC (MC11) deram um renovado sentido de urgência às negociações.

Subsídios à pesca praticados pelos membros da OMC não podem fomentar práticas predatórias, que comprometam ainda mais os estoques de peixes que já estão em risco de colapso em muitas partes do mundo devido à exploração excessiva. Além da preocupação ambiental, a falta de peixes ameaça piorar a pobreza e colocar em perigo as comunidades costeiras que dependem da pesca. Em teoria, o mercado da pesca deveria se autorregular: baixos estoques de peixes significam que a pesca leva mais tempo e custa mais dinheiro. Porém, o financiamento estatal por meio de subsídios tem mantido frotas de pesca não lucrativas no mar, atuando internacionalmente e com técnicas predatórias.

O objetivo é que a OMC emita uma decisão ministerial proibindo: subsídios à pesca ilegal, não declarada e não regulamentada; subsídios para a pesca de estoques super explorados; subsídios que contribuam para a sobrecapacidade e a sobrepesca (com espaços reservados para um mecanismo de limitação e uma lista de subsídios não prejudiciais); e disposições para tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

### **Aproveitando o poder do comércio para avançar em temáticas sociais e ambientais**

A iniciativa da Organização Mundial do Comércio denominada *Trade and Environmental Sustainability Structured Discussions – TESSD* (IISD, 2020), paralelamente aos esforços internacionais de metaregulação de padrões privados de sustentabilidade (AMARAL, 2016), em especial a taxonomia da União Europeia para investimentos sustentáveis (EU TAXONOMY FOR SUSTAINABLE ACTIVITIES, 2021; EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL, 2020) são exemplos de esforços para se aproveitar o poder do comércio para o benefício ambiental e social, face às mudanças climáticas e ao potencial de criação de empregos em setores como energia renovável por exemplo.

Especificamente sobre a TESSD, ela nasceu de iniciativa de alguns membros da OMC para avançar seus estudos em relação a comércio e meio ambiente, em complemento ao trabalho já

desenvolvido pelo Comitê de Comércio e meio Ambiente na própria OMC. O programa de trabalho proposto para o TESSD busca contribuir para a eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias em bens e serviços ambientais, reformar subsídios aos combustíveis fósseis ineficientes, promover a economia circular (FIGUEIREDO, 2019) global, facilitando o comércio ao longo das cadeias de abastecimento, fortalecendo os vínculos entre o comércio e a ação climática, inclusive colaborando em esquemas de crédito de carbono e financiamento verde. As discussões tem se desenvolvido de modo a alcançar alguns compromissos significativos dos membros da OMC na 12ª Reunião Ministerial, a ocorrer no final de 2021 (WTO, 2021).

Um dos resultados mais marcantes dessa iniciativa é o *Standard and Trade Development Facility – STDF* que corresponde a uma parceria global para facilitação do comércio internacional seguro e justo, em coordenação de esforços da OMC, Banco Mundial, Organização Mundial da Saúde, Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação e da Organização Mundial de Saúde Animal.

Em recém publicado relatório, o STDF constatou algumas tendências: crescimento das redes de abastecimento agropecuário globais, regionais e entre países do sul global; criação de inúmeros empregos em micro, pequenos e médios estabelecimentos, inclusive para mulheres e jovens; importância crescente de se encontrar meios para reduzir os custos do comércio internacional inclusive os relacionados ao Acordo de Facilitação de Comércio (WTO, 2017); e que a digitalização e o acesso à tecnologia têm um potencial imenso de transformar a produção, favorecer o comércio internacional e com isso gerar desenvolvimento socioambiental, redução da pobreza e segurança alimentar.

Nesse contexto de geração de benefícios socioambientais, o comércio deve ajudar a cumprir as metas de carbono e fome zero, dentre outros, e por isso as regras da OMC devem ser usadas para promover bioeconomia circular, acabando com subsídios ambientalmente prejudiciais como aqueles conferidos à agricultura e à pesca. Políticas comerciais e ambientais devem, portanto, apoiar-se mutuamente. O comércio internacional e a política comercial são uns

dos principais facilitadores da transição para uma economia global circular neutra em emissões, havendo espaço para apoio aos esforços globais rumo a realização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e dos compromissos ambientais internacionais.

Inclui-se, nesse contexto, os esforços para reduzir a poluição; promover a conservação, uso sustentável e restauração da biodiversidade; prevenir a superexploração de recursos naturais, como a pesca e a degradação da terra, incluindo desmatamento e desertificação; combater as mudanças climáticas e se adaptar aos seus efeitos; e promover a produção e o consumo mais sustentáveis, levando em consideração a importância de uma transição justa. Isso se intensifica ainda mais no contexto atual de pandemia da Covid-19:

A crise COVID-19 demonstrou a necessidade de diversificar e fortalecer a resiliência e a sustentabilidade das cadeias de abastecimento globais para garantir a estabilidade do comércio em face dos desafios globais, como pandemias, riscos e impactos climáticos e econômicos e riscos comerciais apresentados pela degradação ambiental, perda de biodiversidade e desastres naturais [...] a sustentabilidade ambiental deve ser um dos princípios orientadores da reforma mais ampla da OMC (CTE, 2020)<sup>4</sup>.

As políticas de comércio e meio ambiente se cruzam em muitos aspectos como: economia circular, desastres naturais, mudança climática, reforma dos subsídios à pesca e aos combustíveis fósseis, poluição por plástico, uso sustentável da biodiversidade, a economia azul e a agricultura intensiva sustentável, bem como o comércio de bens e serviços ambientais.

Não apenas os estados terão papel fundamental também parcerias público-privadas, iniciativas de responsabilidade sócio ambiental e corporativa, trabalho conjunto entre uma diversidade de partes interessadas relevantes, como empresas e organizações da sociedade civil, justificando a importância de criar e aprofundar diálogos entre os membros da OMC e esses atores.

---

<sup>4</sup> Tradução livre do original em inglês.

O Diretor Geral Adjunto Alan Wolff sintetiza da seguinte forma o que precisa ser feito na OMC:

Em primeiro lugar, elimine as barreiras tarifárias e não tarifárias em bens e serviços ambientais. Muito trabalho foi feito sobre essa questão na OMC, mais recentemente nas negociações sobre um Acordo de Bens Ambientais. É mais que tempo de os membros retomarem de onde os participantes da EGA pararam há alguns anos e chegarem a um acordo sobre uma ampla lista de bens e serviços ambientais para a liberalização do comércio. Em segundo lugar, reformar os subsídios aos combustíveis fósseis ineficientes que incentivam o consumo perdulário, em linha com as promessas de longa data do G20, da APEC e dos ODS. Terceiro, promova uma economia circular global, por exemplo, facilitando o comércio ao longo das cadeias de abastecimento necessárias para aumentar a reciclagem e outras atividades que economizam recursos e minimizam a geração de resíduos. Haveria tremendas sinergias entre esta parte do programa de trabalho e o diálogo sobre poluição por plásticos. Quarto, fortalecer o apoio mútuo entre o comércio e a agenda de ação sobre mudança climática. Isso poderia incluir mais e melhor colaboração entre os países na concepção, uso e promoção de esquemas de pegada de carbono, bem como na avaliação do conteúdo de carbono em produtos comercializados. Isso apoiaria as escolhas dos consumidores e fortaleceria os incentivos para a produção de baixo carbono, evitando ao mesmo tempo a criação de obstáculos comerciais desnecessários. E quinto, ajudar os esforços nos países menores e mais pobres para identificar fontes de financiamento verde para desenvolver habilidades, capacidade de fornecimento e infraestrutura comercial para participar de cadeias de valor verdes e dos setores de rápida expansão da economia verde (WOLF, 2020) tradução livre feita pela autora.

Outra iniciativa relevante no contexto da OMC é a facilitação de investimento para o desenvolvimento. Os membros da OMC consolidaram em abril, em um único documento, (WTO, 2021) as

disposições preliminares de um futuro acordo, com o objetivo de alcançar um resultado substantivo sobre padrões de sustentabilidade a serem adotados na criação de uma estrutura multilateral para facilitar investimento estrangeiro sustentável. O texto será objeto na 12ª Conferência Ministerial da OMC, que acontecerá de 30 de novembro a 3 de dezembro de 2021.

É premente que a OMC se insira de modo consistente nessas discussões, sob o risco de perda de sua relevância como foro de estabelecimento das regras do jogo do comércio internacional, uma vez que o influxo de normativas e diretrizes de players individuais - tanto por meio de normativas internas quanto por meio de acordos regionais (CELLI JR; FONSECA, 2021) - e outras organizações, tais como a OCDE, tem ocupado este espaço na regulamentação de questões relacionadas ao meio ambiente (THORSTENSEN; MOTA, 2021).

### **Considerações finais**

O poder do comércio internacional e dos investimentos pode e deve ser aproveitado para o meio ambiente. Os setores público e privado em todos os Estados, em particular nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, têm o potencial de se beneficiarem de um comércio internacional justo, mais eficaz para adoção e replicação de boas práticas, inclusive por meio de padrões de sustentabilidade socioambiental.

Mas, ainda assim, essas iniciativas precisam ser criticamente analisadas porque podem tanto ser positivas em termos de avanços na implementação dos objetivos do desenvolvimento sustentável, como serem usadas para disfarçar distorções ao comércio, como por exemplo se forem aplicadas de modo a impedir o fluxo de recursos e o livre comércio em prejuízo de países produtores de *commodities* agrícolas oferecendo benefício infundado a alguns produtores. O desvio do comércio e dos investimentos rumo à sustentabilidade é positivo, porém, sua aplicação pode resultar em práticas anticompetitivas que não servem aos propósitos da agenda global de desenvolvimento.

A OMC possui um fórum global único, o Comitê de Comércio e Meio Ambiente, dedicado a promover a compreensão mútua de como

o comércio e o meio ambiente interagem, e como as políticas comerciais e ambientais podem funcionar melhor em conjunto e reforçar-se mutuamente. Há também um conjunto de regras que permite que seus membros tenham metas ambientais legítimas, sem degradingolar para o protecionismo, promovam a facilitação do comércio seguro e justo, desburocratizem e automatizem suas certificações para transpor barreiras técnicas, sanitárias e fitossanitárias desnecessárias, e além disso exijam de suas parcerias público-privadas boas práticas e investimentos responsáveis.

É preciso, contudo, que alcance maior legitimidade, fortalecendo um diálogo ativo com uma diversidade maior de partes interessadas. Os problemas socioambientais globais não podem ser resolvidos apenas pelos governos, sendo certo que as empresas multinacionais, a sociedade civil e até os consumidores atuam globalmente e assumem papel relevante no comércio internacional. Portanto, a ampliação dos canais de comunicação com as partes interessadas pode levar a resultados concretos mais eficazes sobre comércio e sustentabilidade, rumo a construção de uma consistente bioeconomia global.

## **Referências**

AMARAL, Manuela Kirschner do. **Padrões privados ambientais e os regimes de mudança climática e da OMC**. Conflito ou Convergência? [S. l.]: Aduaneiras, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. **Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais PNPSA L 14119/2021**. Portal da Imprensa Nacional do Brasil. Diário Oficial da União. 13 jan. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou>. Acesso em: 6 fev. 2021.

CELLI JR, Umberto; FONSECA, Milena da. Sustainable development in investment and trade agreements of the european union. **Revista de Direito do Comercio Internacional**, nº 04, 2021, pp. 159-184.

CTE. Committee on Trade and Environment of the World Trade Organization. Communication on trade and environmental sustainability. **WT/CTE/W/249 (20-8239)**, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/CTE/W249.pdf&Open=True>. Acesso em: 14 ago. 2021.

D'AMATO, D. *et al.* Green, circular, bio economy: a comparative analysis of sustainability avenues. **Journal of Cleaner Production**, [s. l.], v. 168, 2017, pp. 716-734.

EU. **“Fit for 55” - delivering the EU’s 2030 climate target on the way to climate neutrality**. 2021. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_en). WTO, World Trade Organization. GATT 1994 - General Agreement on Tariffs and Trade. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf). Acesso em: 31 jul. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **A European Green Deal**. Europe aims to be the first climate-neutral continent by becoming a modern, resource-efficient economy. 11 dez. 2019. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en). Acesso em: 17 dez. 2020.

EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL. CONSIL, EP. EU Taxonomy: Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088 (Text with EEA relevance). **OJL**: 198, n. 32020R0852, 22 jun. 2020. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/852/oj/eng>. Acesso em: 10 mar. 2021.

EU TAXONOMY FOR SUSTAINABLE ACTIVITIES. [S. l.], 2021. Text. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/eu-taxonomy-sustainable-activities\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/eu-taxonomy-sustainable-activities_en). Acesso em: 10 mar. 2021.

FIGUEIREDO, Diogo. **FEP - Barreiras à implementação da Economia Circular**: uma revisão da literatura. 2019. Mestrado - Porto, [s. l.], 2019. Disponível em: [https://sigarra.up.pt/fep/pt/pub\\_geral.pub\\_view?pi\\_pub\\_base\\_id=362317](https://sigarra.up.pt/fep/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=362317). Acesso em: 10 mar. 2021.

IISD. International Institute for Sustainable Development. **Policy Brief**: TESSD WTO Members Preview Structured Discussions on Trade and Environmental Sustainability. *In*: 2020. Disponível em: <https://sdg.iisd.org:443/commentary/policy-briefs/wto-members-preview-structured-discussions-on-trade-and-environmental-sustainability/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

KESWANI, Chetan. **Bioeconomy for sustainable development**. [S. l.]: Springer, 2020.

KLEINSCHMIT, D. *et al.* **Environmental concerns in political bioeconomy discourses**. [s. l.].

PIETZSCH, Joachim. **Bioeconomy for beginners**. Berlin: Springer, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=6132421>. Acesso em: 6 jan. 2021.

PNUMA. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. **Economia Verde**. Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável e a Erradicação da Pobreza - Síntese para Tomadores de Decisão. [S. l.: s. n.], 2011. Disponível em: [https://www.unep.org/greeneconomy/sites/unep.org/greeneconomy/files/field/image/green\\_economy\\_full\\_report\\_pt.pdf](https://www.unep.org/greeneconomy/sites/unep.org/greeneconomy/files/field/image/green_economy_full_report_pt.pdf). Acesso em: 1 jun. 2017.

SCARLAT, Nicolae *et al.* The role of biomass and bioenergy in a future bioeconomy: Policies and facts. **Environmental Development**, [s. l.], v. 15, 2015, pp. 3-34.

THORSTENSEN, Vera; MOTA, Catherine Rebouças. OCDE x OMC: onde está a regulação sobre meio ambiente para o comércio? **Revista de Direito do Comercio Internacional**, nº 04, 2021, pp. 67-112.

UN. United Nations. **Agenda 2030**. [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E). Acesso em: 12 jun. 2017.

UN. United Nations. **Nagoya Protocol on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization to the convention on biological diversity**. [S. l.: s. n.], 2011. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2021.

UNEP. United Nations Environment Programme (Org.). **Towards a green economy: pathways to sustainable development and poverty eradication**. Nairobi, Kenya: UNEP, 2011.

UNEP-WCMC. United Nations Environment Programme World Conservation Monitoring Centre. **Megadiverse Countries definition| Biodiversity A-Z**. [S. l.], 1988. Disponível em: <https://www.biodiversitya-z.org/content/megadiverse-countries>. Acesso em: 1 fev. 2021.

WOLF, Alan. **Deputy Director-General Alan Wolff remarks on the Structured Discussions on Trade and Environmental Sustainability**. [S. l.: s. n.], 17 nov. 2020. Disponível em: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/ddgaw\\_17nov20\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/ddgaw_17nov20_e.htm). Acesso em: 1 fev. 2021.

WTO. World Trade Organization. **Agreement on Trade Facilitation**. 2017. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/tfa-nov14\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/tfa-nov14_e.htm). Acesso em: 14 ago. 2021.

WTO. World Trade Organization. **“Easter text” to facilitate negotiations for an investment facilitation agreement**. [S. l.], 2021. Disponível em: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news21\\_e/infac\\_27apr21\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/infac_27apr21_e.htm). Acesso em: 2 maio 2021.

WTO. World Trade Organization. **Members review draft MC12 declaration on trade and environmental sustainability**. [S. l.], 2021. Disponível em: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news21\\_e/tessd\\_21jul21\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/tessd_21jul21_e.htm). Acesso em: 31 jul. 2021.

WTO. World Trade Organization. **WTO Contribution to the 2021 HLPF**. [S. l.], 2021. Disponível em: [https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/27479WTO\\_2021\\_HLPF\\_Input.pdf](https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/27479WTO_2021_HLPF_Input.pdf). Acesso em: 31 jul. 2021.



## CAPÍTULO 8

# **O DIREITO À REFORMA AGRÁRIA, A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: uma análise inspirada na ADPF 769**

*Charlotth Back  
Nathalia Penha Cardoso de França*

**Resumo:** Em 2019, o Incra determinou a paralisação de todos os processos de aquisição, desapropriação ou outras formas de obtenção de terras para assentamento de famílias camponesas. Porém, mesmo os casos de formalização de terras já assentadas foram ignorados e beiram o zero nos últimos dois anos. A ADPF 769 questiona tal omissão estatal no STF, mas a estratégia dos proponentes também foi ingressar no SIDH, e, após audiência com o MST, analisa-se a possível continuidade desse trâmite perante o sistema, utilizando o método hipotético-dedutivo para examinar seu cotejamento com o direito brasileiro, as previsões do cenário jurisprudencial interamericano, e um estudo de estratégia da justiciabilidade de direitos econômicos, sociais e culturais, como direito à moradia e reforma agrária. Pretende-se responder à pergunta: “tendo em vista o recente desprezo ao tema, o tratamento da reforma agrária perante o SIDH é uma boa estratégia de implementação desse direito no Brasil?”.

**Palavras-chave:** Reforma Agrária; Moradia; Direitos Humanos; Sistema Interamericano; Estratégia.

### **Introdução**

No Ordenamento Jurídico interno brasileiro, a Constituição de 1988 inseriu expressamente a reforma agrária como uma de suas

prioridades em matéria de justiça social e função social da propriedade. O documento conquistado pós-período ditatorial plasma a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, no seu artigo 3º, que versa sobre os objetivos fundamentais da República, inciso I, e, mais à frente, no inciso III, também prevê que é necessária a luta pela redução das desigualdades sociais e regionais, assim como a implementação de políticas públicas no sentido de promover a efetividade dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Nos debates da Assembleia Constituinte, registros históricos demonstram que não houve total consenso quanto ao texto e seu alcance (PILATTI, 2016, pp. 238-246), mas isso não impediu que o conteúdo final previsse uma diretriz cristalina quanto à necessidade de uma distribuição mais igualitária das propriedades rurais por meio da desapropriação de terras que não cumpram com sua função social, de acordo com o artigo 184, além de um regime de destinação de terras públicas harmonizável com a política agrícola e com o Plano Nacional de Reforma Agrária, como é possível desprender do artigo 188 do texto constitucional.

É notório que o tema da reforma agrária no Brasil esteve sempre eivado de adversidades e circunstâncias de grande gravidade. Em 1995, por exemplo, na cidade de Corumbiara, Rondônia, dezenas de trabalhadores rurais sem-terra foram assassinados, mulheres foram usadas como escudos humanos por policiais e pessoas foram torturadas por horas, além da destruição do acampamento, no episódio que recebeu o nome de “Massacre de Corumbiara” (MESQUITA, 2002).

Pouco tempo depois, em 1996, ocorreu outro capítulo sombrio intitulado “Massacre de Eldorado dos Carajás”, no Pará, com, mais uma vez, a morte de dezenove trabalhadores rurais ligados ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST)\*. A evicção forçada e violenta de mais de 500 famílias do Rancho Santa Elina (Massacre de Corumbiara) e a abertura de fogo contra os trabalhadores

---

\* Para compreender o impacto deste acontecimento, recomenda-se o documentário “Reforma Agrária”, cujos produtores são James Mello e Victória Netto, sobre o Massacre de Eldorado dos Carajás, realizado em 2006, em homenagem aos 20 anos de seu acontecimento, e apresentado na 3ª Jornada Universitária em Defesa da Reforma Agrária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/149479>.

que ocupavam a estrada que liga o sul do Pará à capital Belém (Massacre de Eldorado dos Carajás) são claros casos de violação de direitos sociais, sobretudo moradia e reforma agrária.

Em seguida, o Brasil vivenciou certo período de avanço no tema entre os anos de 2003 de 2015, mas, em maio de 2017, na mesma região de Eldorado dos Carajás, dez pessoas foram brutalmente assassinadas na Fazenda Santa Lucia. Em julho de 2020, na cidade de São Pedro da Aldeia, Rio de Janeiro, outra pessoa foi morta no Acampamento Emiliano Zapata, e, ao fim do ano, em outubro, outra liderança sem-terra sofreu o mesmo destino.

A violência no campo resultado de disputas política e econômicas que se agravaram ao longo dos últimos anos e chegaram a um momento bastante crítico durante a pandemia da Covid-19, juntamente com o aumento do desemprego, a alta no preço dos alimentos e o caos na saúde pública. Como se sabe, os primeiros e mais afetados por esses problemas conjunturais são os trabalhadores rurais e urbanos, pertencentes aos grupos mais vulneráveis da população. A prática do despejo coletivo rural foi bastante utilizada ao longo da pandemia e demonstra que os impactos das medidas de restrição social foram imensos para trabalhadores e trabalhadoras do campo. Os relatos dão conta de atuações violentas das forças de segurança e destruição de moradias, escolas e espaços sagrados. Essas ações foram levadas a cabo pelo Poder Judiciário, a pedido de grandes empresas do agronegócio, fazendeiros, poder político local e outros atores.

Nesse contexto de desastre humanitário, não houve qualquer iniciativa por parte do governo brasileiro para evitar que despejos rurais coletivos ocorressem e deixassem milhares de famílias sem moradia, alimentação e fonte de renda. Muito pelo contrário, as instituições brasileiras acirraram os conflitos e se omitiram nos seus deveres constitucionais e na implementação de políticas públicas de moradia rural e reforma agrária.

Hoje, há cerca de 413 processos de regularização de terras aguardando orçamento para retomar seu andamento, segundo memorando do Inca (Memorando-Circular 01/2019). Esse memorando, o primeiro do Governo de Jair Bolsonaro, havia mandado paralisar todos os processos de aquisição, desapropriação ou outras

formas de obtenção de terras para assentamento de famílias camponesas. No entanto, nenhum desses casos trata de titulação, ou seja, de criação de novas áreas de assentamento que ainda necessitam incorporação ao programa de reforma agrária, mas constituem apenas a concretização de projetos de assentamento já criados. No entanto, o Governo Federal passou a injustificadamente retardar e desistir de processos de desapropriação, tanto no âmbito administrativo, quanto no âmbito judicial.

Assim, apesar do caráter obrigatório do ato declaratório do interesse social e da cognição limitada da ação de desapropriação, o INCRA passou a editar resoluções, sob aparelhagem governamental, que culminam na desistência de desapropriações ou até em cancelamentos de títulos de dívida agrária, mesmo após longa tramitação e documentação. A argumentação genérica e vazia, sem qualquer comprovação empírica, afetam situações de assentamentos já consolidados, gerando forte insegurança jurídica às famílias.

Foi assim que surgiu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 769, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura Familiar (Contraf-Brasil), a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), além de cinco partidos de oposição, também autores: PT, PSOL, PCdoB, Rede Sustentabilidade e PSB, com o objetivo de incitar o Supremo Tribunal Federal a determinar a retomada desses processos de consolidação e reconhecimento de assentamentos rurais.

Como forma de acelerar tal exigência e obter vigilância internacional para a atuação (no caso, omissão) estatal brasileira, também foi enviado relatório à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que determinou a realização de Audiência Pública com o MST sobre o tema, notificando o Estado brasileiro em 30 de novembro de 2020 para que apresente explicações sobre o despejo truculento do Acampamento Quilombo Campo Grande (GOBBI, PITO; MELEÁN, 2020), ocorrido em meio à pandemia, e a situação paralisada dos demais assentamentos.

No dia 09 de dezembro, a audiência aconteceu, e o MST foi ouvido quanto a estes desmontes jurídicos protetivos e falta de vontade

política para cumprimento dos preceitos constitucionais. Assim, a inspiração para o presente estudo é a possível continuidade desse trâmite perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, utilizando o método hipotético-dedutivo para analisar seu cotejamento com o ordenamento jurídico brasileiro, as previsões do cenário jurídico e jurisprudencial interamericano, além de um estudo de estratégia da justiciabilidade de direitos econômicos, sociais e culturais como são o direito à moradia e a reforma agrária. Pretende-se responder à pergunta: “tendo em vista o recente desprezo ao tema, o tratamento da reforma agrária perante o SIDH é uma boa estratégia de implementação desse direito no Brasil?”.

## **1 A previsão constitucional da Reforma Agrária e a realidade político-jurídica brasileira**

Qualquer implementação de políticas públicas que tenha por escopo a proteção e a promoção dos direitos humanos deve considerar a complexidade da própria conceituação e a dificuldade de delimitação da matéria. Para tanto, é preciso levar em conta que os direitos humanos devem contemplar a observação das chamadas garantias individuais que se traduzem no conjunto de liberdades básicas dos indivíduos - como a vida, liberdade em amplo aspecto, propriedade, voto, garantias processuais penais, entre muitos outros direitos -, mas especialmente deve observar categoriais estruturais de desenvolvimento social de um país e da região em análise, ressaltando obrigatoriamente os temas da pobreza e da exclusão.

Não há como compreender, portanto, o avanço dos direitos humanos sem considerar que, para além da efetividade dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais há igualmente a ideia de progresso multidimensional (FLORES, 2008), que inclui a possibilidade de crescimento e de bem-estar das pessoas, ou ainda, a capacidade de reagir frente a um contexto de opressão quando as vulnerabilidades sociais são acentuadas.

Além disso, há também que se levar em conta o contexto de violações cotidianas, retrocessos e avanços que estão diretamente vinculados aos modelos de desenvolvimento adotados pelo país e ao

nível de consolidação das instituições democráticas, especialmente quando se trata de um país que viveu uma redemocratização tardia e implementou políticas econômicas cambiantes, como é o caso brasileiro.

Assim sendo, sob a perspectiva crítica dos direitos humanos (HINKELAMMERT, 1999), não podemos apenas pensar que a simples existência de valores universais inerentes a todos os indivíduos está cumprindo com a função na conquista destes direitos, caso os mesmos não sejam acompanhados de políticas públicas que comprometam as ações estatais em atividades positivas (de inclusão social dos grupos vulneráveis) e acesso aos bens fundamentais para uma vida digna de ser vivida.

Usamos aqui o conceito de dignidade de Herrera Flores (2008), que defende que a dignidade humana se constitui pelo acesso igualitário e não hierarquizado *a priori* a bens essenciais para a vivência humana. Há que se ressaltar duas questões com relação a este conceito. Em primeiro lugar, ao usarmos a ideia de bens, estamos contemplando tanto bens materiais (comida, água etc.) como bens imateriais (liberdade, atenção etc.). Nesse sentido, a dignidade é construída por mais de uma faceta e se relaciona com todos os âmbitos da vida de um indivíduo e com o que faz possível a vida, sua manutenção e reprodução. Em segundo lugar, não falamos aqui de sobrevivência, mas sim de vivência – que contempla a noção ativa de viver, vivenciar e não a noção passiva de permanecer vivo. Esta percepção é importante para que, ao nos aproximarmos da realidade concreta, sejamos capazes de compreender que a dignidade humana deve estar na base do que compreendemos como justiça social.

Os direitos sociais, dentro desta perspectiva, capacitam e empoderam os indivíduos como partes integrantes e legitimadoras do poder político e constituem o resultado formal e quantitativo das lutas sociais empreendidas pelos diversos grupos políticos que disputam os recursos e meios de sobrevivência na sociedade.

Para além das previsões constitucionais iniciais que comandam, no artigo 3º, um objetivo fundamental da República como sendo a luta pela redução das desigualdades sociais e regionais, temos as definições gerais dos direitos sociais presentes a partir do art. 6º, e também, de

forma mais específica, o artigo 187, VIII, no qual há um comando explícito para que a política agrícola brasileira seja planejada e executiva com especial atenção à habitação para o trabalhador rural.

Diretamente sobre o tema da reforma agrária, os artigos 184 a 191 da CF/88 versam sobre a competência da União para tal feito, isenções tributárias, burocracias orçamentárias, e trâmites e requisitos administrativos para efetivação desse direito. Por fim, o art. 243, conquista do ano de 2014, prevê a destinação de terras expropriadas por cultura ilegal de plantas psicotrópicas ou com exploração de trabalho escravo para reforma agrária e programas de habitação popular.

Em clara resposta ao avanço do tema de reforma agrária a partir de 2003, como já afirmado, a chamada Bancada Ruralista – grupo parlamentar suprapartidário de defesa incessante dos interesses do agronegócio e do setor patronal rural, em detrimento de pequenos assentamentos, reforma agrária e pautas ambientalistas – iniciou uma forte luta contra aprovações em favor do cumprimento do mandamento constitucional no tema.

A partir de 2003, portanto, essa Bancada passou a assumir um discurso de criminalização de reivindicações sociais e bandeiras de luta por direito à moradia no geral, pressionando pela criação de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito (CPMIs), Propostas de Fiscalização e Controle (PFC) e decretos legislativos com conteúdo de proposta de cancelamento de decisões do Poder Executivo que tivessem por objetivo beneficiar quilombolas, povos indígenas, assentamentos e produtores rurais de grupos como o MST. Além disso, recorreram a requerimentos de fiscalização pelo Tribunal de Contas da União (TCU) e a outras ações parlamentares, ainda no propósito de criminalizar os movimentos sociais e travancar ações governamentais de políticas agrárias.

Foi assim que se iniciou a CPMI da Terra, que durou entre 2003 e 2005, a CPI das ONGs, de 2007 a 2010, e a CMPI do MST, entre 2009 e 2011. Na primeira, após derrota do primeiro relatório apresentado, foi inserido e aprovado outro relatório que tem por conteúdo uma sugestão clara de criminalização dos movimentos

sociais, já que classifica ocupações de terra como crime hediondo e até mesmo ato terrorista.

Em 2015, outra CPI foi instaurada para “investigar a atuação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) na demarcação de terras indígenas e de remanescentes de quilombos”. Após inúmeras prorrogações, essa CPI do INCRA e da FUNAI quebrou sigilos bancários e fiscais de várias entidades da sociedade civil, como a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), o Instituto Socioambiental (ISA) e o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), mas, no ano seguinte, ela foi extinta por decurso de prazo e sem um relatório aprovado. Entretanto, em manobra de insistência, menos de duas semanas depois, nova CPI foi proposta com os mesmos argumentos da anterior, reinstaurando a “investigação” intimidadora.

E tal atuação continua até o presente, mas, dessa vez, com apoio do Governo Federal, que tem a mesma linhagem política que a Bancada Ruralista nesse tema. Segundo dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT), em 2019 tivemos 1.833 conflitos no campo, a cifra mais alta dos últimos cinco anos, e o número pessoas envolvidas nesses embates subiu para 144.742 famílias (CPT NACIONAL, 2020). No mesmo sentido, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), no seu reconhecido Atlas da Violência no Campo no Brasil, demonstra que:

Consideramos que diferentes fatores contribuem para explicar os conflitos no meio rural, entre eles a existência de especificidades territoriais identificadas pela presença de territórios de ocupação tradicional, assim como pela criação de áreas de destinação específica e pela pressão exploratória sobre os recursos naturais. Argumentamos que o acirramento em torno das disputas fundiárias não está desvinculado dos inúmeros processos conflitivos e de subalternização de povos originários, comunidades tradicionais, pequenos agricultores e trabalhadores rurais enraizados em dinâmicas historicamente consolidadas de exploração econômica e social que caracterizam o país. De maneira complementar, consideramos que as condições socioeconômicas são vetores importantes para explicar a prevalência de crime e violência nos territórios. Trata-

se de explicações que, ao contrário de serem mutuamente exclusivas, são peças de um mesmo mosaico, uma vez que a desigualdade social, a falta de oportunidades e privação econômica de determinado contingente populacional, junto à concentração fundiária, e a persistência de práticas fundadas no racismo e no desrespeito aos direitos territoriais de povos originários são resultados do processos histórico-institucionais.

Para além de tal constatação, o Ipea também sugere hipóteses sobre os determinantes da violência no Campo no Brasil com base no conjunto de informações que retirou dos 3.362 municípios brasileiros. E são elas:

1) Os processos conflitivos e de subalternização de povos originários, comunidades tradicionais, pequenos agricultores e trabalhadores rurais enraizados em dinâmicas historicamente consolidadas de exploração econômica e social que permanecem produzindo efeitos como mostram a correlação positiva entre a taxa de homicídio e os territórios onde se observam determinadas especificidades, principalmente a presença de territórios indígenas e projetos de assentamento da reforma agrária, além daqueles localizados na Amazônia Legal.

2) A taxa de homicídio é maior nos municípios rurais onde há maior vulnerabilidade econômica e social infanto-juvenil. Ao longo das últimas décadas, mesmo com a ênfase do texto constitucional, o Brasil permaneceu na lista de países que mantiveram uma estrutura fundiária concentradora. De acordo com o relatório “Terrenos da desigualdade: terra, agricultura e desigualdades no Brasil rural”, da Oxfam Brasil, com base no censo agropecuário de 2006, as grandes propriedades somam apenas 0,91% do total dos estabelecimentos rurais brasileiros, porém concentram 45% de toda a área rural do país. Já os estabelecimentos com área inferior a 10 hectares respondem por mais de 47% do total de estabelecimentos do país, embora ocupem menos de 2,3% da área total. (Tradução livre. IACtHR, 2001).

Assim, vê-se que a discussão retrocedeu ao marco zero de reforma agrária. A paralisação de processos e procedimentos junto ao INCRA e a não destinação de terras públicas federais à distribuição democrática de acordo com a função social da propriedade denotam que está sendo implementado, por órgãos do próprio Estado brasileiro, um conjunto de atos de natureza não normativa tendentes a neutralizar, por completo, a política constitucional de reforma agrária, o que gera graves violações aos direitos fundamentais de milhares de agricultores, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a moradia digna e a alimentação adequada (art. 6º, *caput*), assim como do princípio estruturante da sociedade nacional, o combate à desigualdade e à injustiça social (art. 3º).

Atualmente, está em curso no Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 769, que denuncia as graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas por órgãos federais do Estado brasileiro, com a ausência de medidas apropriadas para facilitar o acesso equitativo à terra e aos recursos naturais, o que impede que camponeses, camponesas e outras pessoas que trabalham nas zonas rurais possam disfrutar de condições de vida adequadas.

Ademais, esta paralisação das políticas públicas de reforma agrária é flagrante descumprimento de preceitos fundamentais brasileiros, em violação de padrões nacionais e internacionais de direitos humanos cujo compromisso foi assumido pelo Estado brasileiro. Sua manutenção viola os objetivos constitucionais republicanos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária; de garantia do desenvolvimento nacional; de erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais; e de promoção do bem de todos sem discriminação. Também, viola os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1969, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, entre outros tratados ratificados pelo Estado brasileiro, violando direitos humanos de parcelas especialmente vulneráveis da população, como a camponesa,

a quilombola e as comunidades tradicionais. Nesse sentido, o SIDH foi mais um espaço cotado para influenciar no processo de retomada das reformas.

## **2 A reforma agrária perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

O direito à moradia, nesta nomenclatura mais abrangente, está previsto em vários instrumentos jurídicos internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), no art. 11 (1), cujo conteúdo diz que:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o **direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família**, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. **Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito**, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (Grifos acrescentados).

No mesmo artigo, o item (2) comanda que os Estados, ao reconhecer a proteção dos indivíduos contra a fome, devem adotar medidas e programas concretos para, dentre outras coisas, aperfeiçoar e reformar os regimes agrários, “de maneira que assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais”.

O elo entre moradia e direito à terra encontra espaço também no trabalho da Relatoria Especial da ONU sobre Moradia Adequada, cujo representante Miloon Kothari enfatizou a importância de se reconhecer a centralidade do direito à terra para o direito à moradia (UNITED NATIONS, 2007, para. 25).

Há ainda a previsão do art. 12 do Protocolo de San Salvador, que confirma o direito à alimentação como garantidor de uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de ter o maior nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual, e, como meio para este fim, o comprometimento de aperfeiçoar métodos de produção,

abastecimento e distribuição de alimentos, com vistas à cooperação internacional e apoio às políticas nacionais do tema.

No âmbito interamericano, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem prevê que toda pessoa tem direito à habitação em seu artigo XI, cujo conteúdo é:

Artigo XI. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade. (CADH, 1948).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, como já exaustivamente tratado pelos pesquisadores e especialistas no tema (PIOVESAN, 2014, 2019; RAMOS, 2016; MAZZUOLI, 2017), não trata diretamente da garantia de direitos econômicos, sociais e culturais, apenas trazendo o artigo 26 que prevê a progressividade da aplicação desses direitos, à medida da possibilidade fática dos Estados.

Ainda, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos aprovou normas para a elaboração dos informes previstos no artigo 19 do Protocolo de San Salvador, como instrumento de mediação do progresso dos Estado em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, e, nesse ínterim, estabeleceu que:

uma categoria a incorporar no processo de medição e avaliação é o contexto financeiro básico, que alude à disponibilidade efetiva de recursos do Estado para executar o Gasto Público Social, e de que maneira se distribui o mesmo, seja medida pela maneira usual (porcentagem do PIB para cada setor social) ou por algum outro mecanismo. (OEA, 2005)

Pode-se ter a visão de que se iniciou o enfrentamento jurisprudencial mais da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) no tema de terras no caso *Escher e outro vs. Brasil*, quando o MST estava em suas reuniões originárias, durante o período ditatorial, com o ressurgimento das ocupações de terra simbolizada pela *Encruzilhada Natalino*, Rio Grande do Sul, em 1981. Em repressões ao

movimento, já narradas neste texto, nos Massacres de Corumbiara e Eldorado dos Carajás, respectivamente em 1995 e 1996, a Polícia Militar do Estado do Paraná solicitou interceptação telefônica de integrantes do MST, sob o pretexto de cometimento de crimes.

Em seguida, o Poder Judiciário paranaense, além de autorizar a interceptação requisitada por autoridade não competente, permitiu também que parte desses áudios fossem transmitidos em rede nacional de televisão, no Jornal Nacional da TV Globo, o que certamente deu impulso midiático ao caso. Após esgotar as esferas domésticas, o caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que destacou o direito à livre associação:

Tanto la intervención, como el monitoreo y grabación de las comunicaciones telefónicas de las víctimas, se llevaron a cabo con el objeto de ejercer un control sobre sus actividades asociativas, [y] la publicación de dichas comunicaciones, resguardadas por secreto de justicia, fue efectuada expresamente para deslegitimar el trabajo de las asociaciones que integraban las víctimas. (CIDH, 2009, p. 49).

Após, na Corte, os juízes consideraram que as interceptações telefônicas não preenchiam os requisitos legais e que o Estado não cumpriu com sua obrigação de proteger informações e dados privados interceptados, divulgando sem autorização judicial para a mídia nacional.

Também no sentido de criminalização de movimentos por acesso à terra, a Corte julgou o caso *Norín Catrimán e outros (do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*, pois autoridades do Povo Mapuche e ativistas foram condenados como terroristas por terem, supostamente, incendiado de prédio florestal, queimado um caminho e ameaçado um incêndio. A Corte asseverou que “a aplicação da presunção de intenção terrorista contra vítimas violou o princípio da legalidade e a garantia da presunção de inocência” (PAIVA; HEEMAN, 2017, p. 546).

No caso da comunidade *Awas Tingni* contra a Nicarágua, decidido em 2001, a Corte declarou:

Grupos indígenas, pelo simples fato de sua própria existência, possuem o direito a viver livremente em seu próprio território; os laços estreitos entre os povos indígenas e a terra devem ser reconhecidos e compreendidos como um dos fundamentos de suas culturas, sua vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica. Para comunidades indígenas, as relações que mantêm com a terra não constituem apenas uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual elas devem desfrutar em sua plenitude, até mesmo para preservar seu legado cultural e transmiti-lo para gerações futuras. (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001).

Em 2015, o Caso Garibaldi contra Brasil levou à condenação do Estado brasileiro após Sétimo Garibaldi, trabalhador rural, ter sido assassinado em operação extrajudicial de despejo ocorrida na Fazenda São Francisco, município de Querência do Norte, Paraná, supostamente comandada por um fazendeiro e seu administrador em 1998. Um grupo com cerca de 20 homens encapuzados e armados chegaram ao acampamento do MST e efetuaram disparos para o alto, obrigando aos trabalhadores e familiares a saírem de seus barracos e a se deitarem no solo, e, quando Sétimo saía de sua barraca, sofreu um disparo de calibre 12 na coxa e morreu de hemorragia por esse ferimento (CORTE IDH, 2008).

Como esperado, o Inquérito Policial não resultou em informações precisas, pois todos os perpetradores das atrocidades estavam encapuzados, com exceção de duas pessoas que, por alguns momentos, tiraram seus capuzes, o que as tornou identificáveis pelos trabalhadores: o fazendeiro Morival Favoretto e o administrador Ailton Lobato. No entanto, o inquérito foi arquivado e não houve nenhuma medida de justiça perante o ocorrido por anos a fio. A Corte, portanto, condenou o Brasil ao concluir pela violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, o que deveria provocar cuidado dos Estados participantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no sentido de reformar os poderes judiciais para adequar a tramitação do procedimento no momento desejado pela norma e pelos cidadãos, superando a fase de descumprimento crônico dos prazos legais pela Justiça e pelo resto do sistema, como a polícia, nesse caso, em cuja

investigação a conclusão demorou sessenta vezes mais que o prazo legal de trinta dias (CORTE IDH, 2009).

Quanto à simbologia inerente ao movimento dos sem-terra e dos defensores da constante luta pela reforma agrária no Brasil, neste ano de 2021, a Corte determinou, em caráter excepcional, que o Estado brasileiro proteja o monumento em memória ao trabalhador rural Antônio Tavares Pereira, assassinado em 2000 pela Polícia Militar do Paraná, pois o monumento projetado pelo renomado Oscar Niemeyer e fixado na Rodovia BR-227 estava em risco iminente de ser retirada, pois a empresa concessionária não teria renovado o acordo. São palavras do comando interamericano:

Resuelve, por unanimidad, 1. Requerir al Estado de Brasil que adopte inmediatamente todas las medidas adecuadas para proteger efectivamente el Monumento Antônio Tavares Pereira en el lugar en que está edificado, hasta que este Tribunal decida el fondo de ese asunto, de conformidad con los Considerandos 12 a 19 de la presente Resolución. (CORTE IDH, 2021).

A Corte, portanto, entendeu que o pedido do MST, do Terra de Direitos e da Justiça Global tinha importância maior do que o conteúdo de um acordo comum, pois tratava da memória de um lutador da causa dos sem-terra, e não apenas uma obra (CORTE IDH, 2021).

A partir daí, é possível considerar que a CtIDH apresenta jurisprudência tímida, mas existente, sobre o direito à terra, realizando uma integração argumentativa com outros temas, como direitos à propriedade, à vida e à saúde, e tem, recentemente, reconhecido também a simbologia e a importância da memória daqueles que historicamente lutam pela terra e pela reforma agrária no Brasil. Há abordagem diagonal do tema, ainda, quando a Corte enfrenta o chamado direito à integridade cultural, que, embora não plasmado como tal em tratados internacionais de direitos humanos, aborda um conjunto de direitos importantes, como cultural subsistência, religião, herança, que endossam a proteção do direito à terra.

### **3 A estratégia de justiciabilidade do tema de Reforma Agrária no SIDH**

Conflitos acirrados, violência policial, crimes por parte do Estado e impunidade fazem parte do cotidiano da luta pela reforma agrária, e nomes como Chico Mendes e Dorothy Stang são alguns dentre tantos que provam essa realidade (NEPOMUCENO, 2007, p. 30). Assim, é natural que o pesquisador ou estudante do tema, num primeiro momento, acredite que levar o caso diretamente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) seja a melhor medida para forçar o Estado brasileiro a cumprir com seus comandos constitucionais.

A litigância supranacional, notadamente o recurso a este nosso sistema regional de direitos humanos, não deixa de ser uma estratégia historicamente eficaz para promover a justiça social através da litigância, mas que não necessariamente insiste na justicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), tema controverso no âmbito do SIDH por conta da progressividade prevista no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Enquanto ferramenta subsidiária que é, a chamada *advocacy* apoia esforços estratégicos liderados por movimentos sociais internos que pretendem unicamente implementar os direitos constitucional e convencionalmente previstos.

Entretanto, a estratégia utilizada em ambos os casos se concentrou em destacar e demonstrar as violações ao direito à vida, tendo em vista a brutalidade policial e o assassinato de trabalhadores, para mobilizar a opinião pública interna e internacional contra o uso desmedido e recorrente de violência policial para resolver conflitos relacionados à terra e à reforma agrária. Até o momento, não havia pronunciamento do SIDH sobre evicções forçadas, nem sobre justiciabilidade direta dos DESC, e, por isso, a escolha de valorizar em maior grau a violação a direitos civis e políticos (DCP) e, em segundo plano, os DESC, se tornou estratégia.

Ainda que na doutrina do direito internacional as opiniões da Comissão Interamericana sejam consideradas um instrumento “*soft law*”, ou seja, instrumentos normativos sem força vinculante e mecanismos institucionais de execução, é inegável que estes documentos se tornam um importante elemento interpretativo do

sistema ide direitos humanos e têm uma potencialidade simbólica para transformar práticas no continente americano (BACK, 2016). A força das declarações da Comissão situa-se no reconhecimento dos direitos aos camponeses e camponesas no cenário interamericano, lhes permitindo reivindicar mudanças legislativas nacionais que possam dar concretude e efetividade aos direitos declarados.

A atividade institucional promovida pelo Sistema Interamericano tem a capacidade de criar agendas, consolidar novas categorias de atores e definir interesses aos atores estatais e não estatais (BARNETT; FINNEMORE, 1999). Nesse sentido, é inegável a relevância das instituições internacionais que, com a jurisprudência e a publicação cada vez mais frequente de seus pareceres, “têm efetivamente dito o que é o Direito” (TRINDADE, 2015, p. 86).

Pode-se dizer que houve parcial sucesso neste caminho estratégico escolhido, pois, enquanto conflitos agrários ainda dominam o cenário rural no Brasil, sobretudo com a total parada de reformas durante o Governo de Jair Bolsonaro (2019 e 2020), incidentes de diversas mortes causadas por abrupto ataque armado da política a ocupantes de terras aparentemente diminuíram depois dos dois massacres supracitados (CAVALLARO; BREWER, 2009). De acordo com editorial da revista IstoÉ de 7 de agosto de 1996, pouco depois do segundo episódio trágico e no meio das negociações para levar o caso ao SIDH, o governo do Pará teria “determin[ado] ao Comando da Polícia Militar paraense que não se envolva em nenhuma situação que possa resultar em confronto” (CHIMANOVITCH, 1996).

Em movimento contrário aos acontecimentos de 1995 e 1996, houve aumento no número de terras destinadas à desapropriação e consequente reforma agrária. Em resposta ao escândalo doméstico e internacional, as autoridades federais decidiram implementar uma gama de outras medidas que não enfrentamento, como financiamento extra para assentamentos de famílias sem-terra. Entretanto, nos últimos anos, a importância do tema na agenda governamental sumiu, o que faz os pesquisadores e advogados do tema considerarem novamente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

## **Considerações finais**

Por mais que o tema da reforma agrária no Brasil encontrasse sempre adversidades e desafios para ser implementado, haja vista os históricos e trágicos casos de 1995 e 1996, nos Massacres de Corumbiara e Eldorado do Carajás, o país apresentou progresso nas primeiras décadas do milênio, mas vem sofrendo quedas bruscas, ano a ano, de forma a zerar o reconhecimento de terras com famílias assentadas.

Partidos políticos e associações em defesa desses direitos, por lógica, pensam no controle do sistema interamericano de direitos humanos para fazer valer a proteção, mas há entraves institucionais e estratégicos ainda em jogo, sobretudo quanto à eficácia da medida.

Do desafio analítico desse estudo, é possível retirar a consideração de que o recente desprezo governamental brasileiro para o tema da reforma agrária, direito social previsto na Constituição de 1988 e enfrentado mais de uma vez pela jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, gera instabilidade de insegurança jurídica para milhares de famílias em busca da efetivação justa de seu direito fundamental à moradia.

Sobre o questionamento inicial, isto é, “tendo em vista o recente desprezo ao tema, o tratamento da reforma agrária perante o SIDH é uma boa estratégia de implementação desse direito no Brasil?”, pode-se chegar à conclusão parcial de que a estratégia de recorrência do SIDH deve ter por base a inação de todas as esferas institucionais brasileiras, podendo haver pedido de investigação, esclarecimento e audiências no âmbito da Comissão, mas a ADPF proposta no STF ainda pende julgamento, e, apenas em comprovada postergação infundada e/ou impossibilidade de pautar o assunto por algum tipo de interferência externa, é que a probabilidade de seguimento do caso perante o sistema regional aumentará.

## **Referências**

BACK, C. Tribunais como novos atores no sistema internacional e o redimensionamento das fontes Direito Internacional Público. *In:*

MENEZES, W. (Org.). **Tribunais Internacionais e as fontes do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, pp. 32-37.

BARNETT, M.; FINNEMORE M. The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations. **International Organizations**, 1999, n. 53, pp. 699-732.

CANHEO, R. O. **Projeto de lei antiterrorismo e a criminalização dos movimentos sociais e manifestações populares**. Trabalho de conclusão de curso, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.

CANUTO, A.; GORSDORF, L. Direito humano à terra: a construção de um marco de resistência às violações. *In*: RECH, D. (Coord.). **Direitos humanos no Brasil 2: diagnósticos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Ceris; Mahuad, 2007.

CAVALLARO, J. L; BREWER, S. E. O papel da litigância para a justiça social no Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 5, n. 8, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/MSCyknvgj9Zw45vVRZ3rvjP/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 14 jul. 2021.

CHIMANOVITCH, M. Tensão permanente. Relatórios reservados informam que os sem-terra pretendem criar versão nacional de Chipas no Pará. **IstoÉ**. 7 de agosto de 1996. *In*: CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. O papel da litigância para a justiça social no Sistema Interamericano. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 5, n. 8, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/MSCyknvgj9Zw45vVRZ3rvjP/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 05 set. 2021.

CORTE IDH. **Caso Garibaldi vs. Brasil, Sentencia de 23 de septiembre de 2009**. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_203\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf). Acesso em: 05 set. 2021.

CORTE IDH. **Caso Tavares Pereira y otros vs. Brasil. Adopción de medidas provisionales de 24 de junio de 2021.** Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/tavares\\_se\\_01.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/tavares_se_01.pdf). Acesso em: 05 set. 2021.

CORTE IDH. **Contestação ao Caso nº 12.478 Sétimo Garibaldi, 2008.** Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/garibaldi/contest.pdf>. Acesso em: 05 set. 2021.

CPT NACIONAL. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino Canuto; Antonio Luz, Regina da Silva, Paulo César Moreira dos Santos. **Conflito no campo: Brasil 2019.** Goiânia: CPT Nacional, 2020.

GOBBI, M. A.; PITO, J. D.; MELEÁN, S. M. M. Crianças e mulheres e nós-nada: reflexões a partir das vidas em despejo no acampamento Campo Grande do MST. **Zero-a-seis**, n. Dossiê Especial: As crianças e suas infâncias em tempos de Pandemia, v. 22. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/zerosais/article/view/77480>. Acesso em: 10 ago. 2021.

HERRERA FLORES, J. **La reinención de los derechos humanos.** Valencia: Atrapasueños, 2008.

HINKELAMMERT, F. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. **Revista Pasos.** San José de Costa Rica: Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), n. 85, sept-oct. 1999, pp. 20-35.

INCRA. **Relatório de gestão – exercício 2019.** Disponível em: <https://www.gov.br/incra/pt-br/acesso-a-informacao/auditorias/incra2019.pdf/view>. Acesso em: 14 jul. 2021.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (IACtHR). **The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs Nicaragua,** Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) n. 79, Judgment of August 31, 2001.

Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/AwasTingni case.html>. Acesso em: 10 ago. 2021.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Método, 2017.

MESQUITA, H. A. Corumbiara: o massacre dos camponeses. Rondônia/Brasil 1995. **Scripta Nova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales**, v. 6, 2002. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/ScriptaNova/article/view/59082>. Acesso em: 14 jul. 2021.

NEPOMUCENO, E. **O massacre** – Eldorado do Carajás: uma história de impunidade. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

OEA. **Resolução AG/RES 2074**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/docs/ag02863s12.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

PAIVA, C. C.; HEEMAN, T. A. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. Belo Horizonte: CEI, 2017.

PILATTI, A. **A Constituinte de 1987-1988**: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

REFORMA AGRÁRIA. Direção técnica de Luiz Sperotto. Direção jornalística de Fernando Favaretto. Produção de James Mello e Victória Netto. **Rio Grande do Sul:** Multiponto, 2016. UFRGS TV: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/149479>. Acesso em: 05 set. 2021.

SILVA, J. G. Reforma Agrária. **Lua Nova.** São Paulo, v. 1, n. 4, 1985, pp. 34-37.

TRINDADE, A. A. C. O papel dos tribunais internacionais na evolução do Direito Internacional contemporâneo. *In:* OEA (Org.). **XLI Curso de Derecho Internacional.** Rio de Janeiro: Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 2015.

UNITED NATIONS. **Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living.** Miloon Kothari, UN Doc. A/HRC/4/18, 5 February. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/106/28/PDF/G0710628.pdf?OpenElement>. Acesso em: 10 ago. 2021.

## CAPÍTULO 9

# FEMINICÍDIO: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PERSPECTIVA DE GÊNERO PARA O ALCANCE DE JUSTIÇA SOCIAL

*Daniela Bucci  
Graziela Tavares de Souza Reis*

**Resumo:** Este artigo evidencia se o trabalho da Corte interamericana, tanto em suas decisões, quanto sobre a elaboração da Convenção de Belém do Pará, teve impacto positivo internamente no Brasil e se foi a responsável pela lei do feminicídio de 2015 e o quanto esses pactos sociais são necessários para maior democracia e igualdade. Esse trabalho pondera sobre a necessidade da perspectiva das epistemologias feministas e decoloniais para se buscar a Justiça Social e o quanto essa tarefa é também indissociável da atuação das cortes internacionais de justiça, uma vez que a adoção de uma perspectiva de gênero e suas interseccionalidades constitui-se em obrigação internacional, assumida pelo Brasil ao ratificar tratados internacionais e interamericanos de direitos humanos das mulheres.

**Palavras-chave:** Direito das Mulheres; Violência; Justiça Social; Feminicídio; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **Introdução**

Compreender os direitos das mulheres na América Latina e Caribe é saber que múltiplas são as circunstâncias e condições dessas mulheres, entendendo assim toda a estrutura social a partir do patriarcado colonial, que se perpetua, envolvendo dominações étnicas

ou de classe social. Há sujeitos (as) coletivos, afins em sua etnicidade, em gênero ou em classe social, que lutam por sua emancipação social.

Um olhar sobre essa cultura machista e patriarcal revela posturas de legitimação e banalização das diversas violências que vitimizam mulheres e meninas, que por meio de normas e políticas públicas (ou pela ausência delas), se pretende superar, porém ainda invencíveis a insensibilidade estatal, que revitimiza e julga as próprias mulheres alvo dessas violências.

Nesse contexto, o sistema interamericano de direitos humanos, por meio de suas convenções, em especial, a Convenção de Belém do Pará – Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - tenciona inovações jurídicas e processuais em normas internas, *e.g.* a Lei Maria da Penha no Brasil e a Lei do Femicídio em vários países da América Latina, que pretendem empreender mudanças legais, políticas e culturais na afirmação dos direitos humanos das mulheres. A compreensão de todo esse processo deve ter uma nova perspectiva, com epistemologias feministas, antirracistas, decoloniais, além da perspectiva ética e histórica dos direitos humanos, incorporando assim as dimensões ética e política ao olhar crítico e complexo sobre a violência de gênero contra a mulher.

A violência contra as mulheres tem sido um problema cada vez mais em pauta no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e apesar de não ser um fenômeno exclusivamente contemporâneo, o que se percebe é que a visibilidade política e social desta problemática tem um caráter recente, advinda pelas ondas do feminismo, que têm permitido a visibilização e denúncia da gravidade e seriedade das situações de violências sofridas pelas mulheres em suas relações domésticas, expondo a insegurança e discriminações a que são submetidas nos ambientes públicos.

A centralidade da igualdade social como princípio normativo e como meta dos processos de desenvolvimento evidenciou fenômenos como a feminização da pobreza, as altas estatísticas de violência contra mulheres e meninas na América Latina e Caribe e o feminicídio, sendo certo que essas mazelas precisam ser corrigidas, considerando que são uma grande fábrica de desigualdades sociais e sobretudo, de injustiças. A própria análise da história econômica da América Latina e Caribe

passou a considerar a necessária análise de gênero. Essa estrutura social em que as mulheres são sistematicamente dominadas, exploradas e oprimidas precisa ser reorganizada. A divisão e remuneração do trabalho doméstico, a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, a dignidade no trabalho, o acesso à educação e condições de estudo, a divisão nos cuidados com as crianças e a necessária paridade política em todas as esferas de poder são temas e preocupações urgentes, que uma vez atendidos, devem minimizar essa estrutura excludente dos direitos das mulheres e repercutir na minimização das lesões e mortes dessas mulheres. Para tanto, políticas públicas efetivas se fazem necessárias, sobretudo para a emancipação econômica das mulheres. Para além disso, mulheres legisladoras e mulheres compondo as comissões do sistema interamericano também são necessárias, uma vez que o ideal é que decisões e normas sejam pensadas por quem sofre a ausência de direitos.

Os feminicídios, portanto, são uma ponta no *iceberg*, a invisibilizar uma série de outras violências que o antecederam. Destacam-se nesse sentido, importantes movimentos na América Latina, o #niunaa menos na Argentina, com sua primeira marcha em 03.06.2015, movimento que nasce a partir da indignação com o feminicídio de Chiara Páez, adolescente morta pelo namorado enquanto estava grávida; o #Brasilocupações/favelas (Áurea Carolina) e o #elvioladorestu, no Chile, em 2019.

Trata-se de uma nova estética que conclama muitas pessoas a fazerem política, sobretudo as mulheres. São as mulheres que querem mudar a realidade da sua comunidade, de seus bairros, das suas comunidades e de seus países. No Chile, todo esse movimento, somado a outras pautas de inclusão e equidade, é chamado de “*estallido social*”, que pretende mudanças no modelo social existente.

Por essa razão, o estudo da evolução da proteção contra a violência em razão do gênero no âmbito da Corte Interamericana, notadamente sobre a análise do paradigmático caso Campo Algodonero e os parâmetros ali introduzidos são essenciais para compreender as teorias aqui expostas e corroborar com seus fundamentos em prol da justiça social.

A metodologia adotada foi a escolha de análise de um caso paradigmático da Corte Interamericana de Direitos Humanos e das Convenções Internacionais protetivas dos direitos das mulheres, tendo como objeto de estudo a perspectiva de gênero, em especial, a categoria do feminicídio. Assim, o estudo proposto situa-se de forma mais ampla dentro do campo teórico das Ciências Sociais e Jurídicas, e de forma mais específica, pelo recorte dos campos de investigação dos estudos decoloniais, interseccionais e da violência de gênero. Utiliza-se o método de análise *indutivo*, pois se pretende inferir da análise dos dados da própria decisão da CorteIDH as conclusões sobre as causas da invisibilização das violações em relação ao gênero, pertinente a violência contra a mulher ocorrida no México de forma recorrente e o seu paralelo com os inúmeros casos de feminicídio no Brasil. Ademais, verifica-se as normativas internacionais que buscam controlar e criminalizar a violência contra as mulheres. Os resultados foram atingidos por meio de uma análise de natureza *qualitativa* dos dados, tendo em vista que se objetiva realizar uma compreensão descritiva, analítica e crítica da realidade do trabalho realizado pela CorteIDH, sob a perspectiva teórica de gênero e da violência contra a mulher.

## **1 A Centralidade da Igualdade Social como Princípio Normativo**

Tem-se como necessária a perspectiva das epistemologias feministas para se buscar a Justiça Social e pondera-se o quanto essa tarefa é também indissociável da atuação das cortes internacionais de justiça, uma vez que a adoção de uma perspectiva de gênero constitui-se em obrigação internacional, assumida pelo Brasil ao ratificar tratados internacionais e interamericanos de direitos humanos das mulheres.

Os direitos humanos das mulheres baseiam-se no princípio da integridade e dignidade humana e no direito de ter garantido tratamento igualitário a homens e mulheres nos tribunais de justiça, bem como, direito a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres.

Embora o caráter universal dos direitos humanos, que deveriam ser aplicáveis a todas as pessoas, as condições históricas, econômicas

e sociais impedem que a previsão realizada em um plano teórico se concretize, vulnerabilizando as mulheres, sobretudo, mulheres não brancas, residentes de regiões periféricas, mulheres não binárias, ou aquelas portadoras de deficiências. Nesse sentido, o princípio da não-discriminação, tem formas múltiplas e interseccionais, com fundamento na Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW); no art. 9º da Convenção de Belém do Pará; nas normativas da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e na Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.

O marco formal de igualdade entre homens e mulheres no plano interno, surge com a Constituição Brasileira de 1988, como reflexo da transformação social que vem ocorrendo, desde a segunda metade do século XX.

Em tese, seria a superação de um paradigma jurídico que legitimava declaradamente a organização patriarcal e subalternizava as mulheres, reservando-lhes apenas o *locus* da família, o lugar apenas do cuidado, do trabalho não valorado economicamente e do exercício do papel coadjuvante.

Só lhe foi reservado um papel social relevante, no plano formal, quando se delineou uma ideologia de igualdade de direitos e deveres, que afastou a figura da chefia da sociedade conjugal e os privilégios que sustentavam juridicamente a dominação masculina.

Essa ruptura paradigmática, porém, é gradativa, provoca a análise do direito em uma perspectiva de gênero e na efetivação do direito das mulheres ao acesso à justiça, justamente por ainda encontrar enorme resistência na realidade social por influências conservadoras, até religiosas e traz consigo a necessária construção de um novo conjunto de valores e normativas que sustentem na realidade social a previsão de igualdade formal trazida pela Constituição Federal. Severi (2016) citando importantes teóricas - Pandjarian (2003); Pimentel; Schritzmeyer; Pandjarian (1998); Pimentel; Di Giorgi; Piovesan (1993); Ardaillon; Debert (1987) – traz que:

Nesse sentido, há estudos importantes feitos por teóricas feministas brasileiras, desde os anos 1980, que explicitam uma regular e sistemática reprodução de

desrespeito e de violência contra as mulheres, por parte de agentes dos tribunais de justiça, mediante o uso de estereótipos de gênero.

Em trabalhos mais recentes, focados na análise dos desafios para a implementação da Lei Maria da Penha (Lei Federal n. 11340/2006), a persistência de estereótipos de gênero prejudiciais às mulheres não só é apontada como um obstáculo para o acesso das mulheres à justiça, como também é uma espécie de violência praticada por agentes públicos no âmbito do sistema de justiça (violência institucional) (NASCIMENTO, 2012). Estereótipos culturais sobre família e maternidade, a pobreza, o racismo, o escasso acesso aos serviços de saúde e educação, entre outros, também são elementos que operam no âmbito das práticas do sistema de justiça, de modo a produzir formas múltiplas de violência institucional que afetam as mulheres, em diferentes medidas ou de distintas formas, em relação aos homens Severi. (2016, p. 576).

Apesar da mudança na norma constitucional e da existência das normativas internacionais, ainda há diferenças abissais entre a previsão da igualdade e a experiência das mulheres, o que se percebe na distinção dos ganhos entre homens e mulheres, a incompreensão das justificativas sobre a diferença do tempo de serviço para aposentadoria, a pouca ocupação de cargos de maior destaque nos espaços privados e públicos, sobretudo, a ocupação dos cargos mais elevados nos próprios poderes da República e o pior, os altíssimos índices de violências a que são mais vulneráveis as mulheres, sobretudo, as mulheres não brancas, pobres e moradoras de regiões periféricas.

Torna-se difícil pensar em gozo da cidadania se há um número tão elevado de mulheres vulneráveis à falta de segurança, mesmo no seu ambiente doméstico, que coloca em risco sua integridade física e mental e sua própria vida. Para além disso, se pretende um sistema de justiça sensível e imparcial, atento às violências de gênero.

Para Lagarde (2008), ao avaliar casos de lesões, estupros e mortes de mulheres não devidamente investigados e julgados, afirma que “homens violentos gozam de cumplicidade não necessariamente combinados entre si, mas ideologicamente e politicamente ativos, entre

autoridades e delinquentes.” (2008, p. 233)<sup>1</sup>. A autora traz essa análise, nominando de “pactos patriarcais”, que justificariam a impunidade e a invisibilidade, por exemplo, dos crimes de estupro, muitas vezes justificados pela conduta ou vestimentas das próprias mulheres.

## 2 Feminicídio: uma categoria jurídica

A Lei Maria da Penha não foi suficiente para conter os números de feminicídios que cresciam internamente no país. Muitas antropólogas já discutiam a necessidade de se nominar na lei a real categoria social: ou seja, os casos de feminicídio ficavam invisibilizados, mascarados, nas estatísticas de homicídio.

Em importante discurso no parlamento Mexicano, Marcela Lagarde (2006) conceituou o feminicídio:

O feminicídio é constituído pelo conjunto de atos violentos misóginos contra a mulher que impliquem a violação de seus direitos humanos, ameacem sua segurança e ponham em risco sua vida. Culmina com a morte violenta de algumas mulheres. É um crime de ódio, homicídio misógeno de mulher, em uma forma específica de violência que só ocorre contra mulheres por serem mulheres, e um culminar dessa violência que se expressa como violência de classe, étnica, idade, ideológica e política, que se concatenam e se fortalecem no tempo e no espaço determinado e resulta em mortes violentas. É um crime estadual, na medida em que requer cumplicidade, por ação ou omissão, para se realizar. (Lagarde em: H. Congreso de la Unión, Cámara dos Deputados, Legislatura LIX, 2006)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> “Los hombres violentos gozan de la complicidad no necesariamente concertada, pero ideológica y políticamente activa, entre autoridades y delinquentes” (LAGARDE, 2008, p. 233).

<sup>2</sup> “El feminicidio está conformado por el conjunto de hechos violentos misóginos contra las mujeres que implican la violación de sus derechos humanos, atentan contra su seguridad y ponen en riesgo su vida. Culmina en la muerte violenta de algunas mujeres. Se trata de un crimen de odio, del asesinato misógeno de mujeres, de una forma específica de violencia que solo tiene lugar contra las mujeres por ser mujeres, y una culminación de esta violencia que se expresa como violencia de clase, de etnia, etaria, ideológica y política, que se concatena y potencia en el tiempo y

Segato (2016, p. 4) traz importante reflexão sobre a eficácia simbólica da lei e das sentenças justas:

La eficacia simbólica de la ley, del debate jurídico y de una sentencia justa trasciende la esfera propiamente legal y tienen la capacidad de impactar y modificar la sensibilidad ética de todas las personas, orientándolas a mantener formas de solidaridad y honestidad en una perspectiva intercultural Segato.

Segato (2013) trazia como proposta de categorização e tipificação penal, não só o feminicídio, como também o femigenocídio, perpetrado em larga escala contra as mulheres indígenas na América Latina e Caribe, sobretudo nos conflitos armados internos e nas disputas de grupos armados.

No propósito de se minimizar os casos de feminicídio, portanto, foram sancionadas Leis de combate ao Feminicídio nos países da América Latina, sancionada por último no Brasil, a Lei nº 13.104 de março de 2015, tendo como fundamento político a violação das normas de direitos internacionais, as quais o Estado se comprometeu em reproduzir e assegurar as suas aplicabilidades. Prevê o homicídio motivado em razão do gênero feminino como qualificadora, incluindo-o no rol dos crimes hediondos. Traz uma junção ao tipo-base, que faz com que haja uma elevação nos patamares mínimo e máximo previstos para a pena, bem como traz como cenário para esse crime as situações que envolvam violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, Código Penal).

O crime poderá ter um aumento de pena, caso ocorra durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; contra menor de 14 anos, maior de 60 ou pessoa com deficiência e na presença de descendente ou ascendente da vítima.

---

*espacio determinados, y resulta en muertes violentas. Es un crimen de Estado, en cuanto requiere de su complicidad, por acción u omisión, para llevarse a cabo.*” (Lagarde en: H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, 2006).

### **3 A Proteção dos Direitos da Mulher e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

#### ***3.1 Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)***

No campo normativo internacional, sob os auspícios da ONU, a primeira Convenção específica sobre o tema foi a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), criada em 1979, entrou em vigor em 1981, constituindo em uma importante ferramenta para a promoção e proteção dos direitos das mulheres. O Brasil ratificou a CEDAW em 1983 e seu Protocolo Facultativo em 2002<sup>3</sup>, submetendo-se, portanto, aos mecanismos de monitoramento do cumprimento de obrigações previstos nesses documentos<sup>4</sup>.

A CEDAW está fundada no princípio da igualdade e da não discriminação e conforme Flávia Piovesan assevera “a Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A Convenção trata do princípio da igualdade, seja como obrigação vinculante, seja como um objetivo.” (PIOVESAN, 2013, p. 269).

A Convenção condena a discriminação contra a mulher em qualquer de suas formas (art. 2º), entendendo o termo como sendo “qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo” (art.1º). Com base na Convenção, os Estados precisam adotar medidas de qualquer natureza para coibir e eliminar a discriminação contra a mulher (art. 2.b; 2.e).

---

<sup>3</sup> Conforme Decreto Legislativo nº 93, retirando as reservas em 1994 por meio do Decreto Legislativo 26. Decreto Presidencial 4.377/2002. Protocolo Facultativo foi aprovado pelo Decreto 107/2002 e Decreto Presidencial 4.316/2002.

<sup>4</sup> A respeito desses mecanismos, ler Carvalho Ramos (2016, pp. 83-99).

A Convenção obriga os Estados a se valerem de medidas com o objetivo de “modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vista a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias, e de qualquer outra índole, que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres” (art. 5º). Esse comportamento é exigido aos Estados ao longo da Convenção em diversas áreas, como trabalho, educação, acesso à saúde, dentre outros, tão importante, como tratado acima, para garantir a emancipação, o respeito e o empoderamento da mulher na sociedade.

A Convenção e seu protocolo facultativo criam também importantes mecanismos de fiscalização e controle do seu cumprimento. O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) criado com a convenção fica responsável para receber os relatórios periódicos apresentados pelos Estados partes, bem como receber petições individuais e interestatais com denúncia de violação de direitos humanos.

### ***3.2 Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher (Convenção de Belém do Pará)***

No âmbito regional, a Convenção de Belém do Pará é a referência normativa internacional contra a violência contra a mulher, conceituando-a como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (art. 1º).

A Convenção prevê o direito de que a mulher esteja livre da discriminação e dos “padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação” (art. 6º). A Convenção estabelece ainda aos Estados que se valham de políticas preventivas e repressivas – por “todos os meios apropriados” e “sem demora” - para eliminar a violência contra a mulher (art. 7º). O Estado se compromete, então, a “agir com zelo para prevenir, investigar e punir” a violência cometida contra a mulher, criar normas de qualquer natureza neste sentido, dentre outros aspectos.

Vale dizer que ambas as convenções abarcam aspectos importantes com o objetivo de “quebrar” os paradigmas da discriminação estrutural e da violência sistêmica<sup>5</sup> contra a mulher, abarcando não apenas a promoção, proteção e a garantia dos direitos humanos, mas uma reconstrução baseada na igualdade, dignidade e não discriminação.

#### **4 O Caso de Ciudad de Juárez na Corte IDH: González e Outras (“Campo Algodonero”) vs. México: reconhecimento expresso do feminicídio**

O paradigmático caso sobre violência contra mulher no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>6</sup>, “campo algodoneiro”, como ficou conhecido, analisou a responsabilidade do estado mexicano no âmbito internacional, em razão do desaparecimento e morte das jovens González, Herrera e Ramos com idade entre 15 e 20 anos. Os corpos das jovens foram encontrados em um campo de algodão, na Cidade de Juárez, em 2001, cidade marcada por desigualdades sociais, atividades criminosas e, notadamente, pela violência contra mulher (§§ 113-115) .

Nota-se que a Corte IDH, neste caso, chama a atenção para a particular violência cometida contra meninas e mulheres na região, “influenciada por uma cultura de discriminação contra a mulher” (§ 164) e entende que as razões de gênero que permeiam os crimes estão em um “contexto de violência contra a mulher” (§ 231).

---

<sup>5</sup> Carvalho Ramos (2021, pp. 690-691) conceitua a discriminação estrutural e a violência sistêmica como a “sujeição de grupos historicamente vulneráveis a práticas constantes de negação de direitos ou tratamento discriminatório inferiorizante”, considerando os seguintes fatores: i) a vulnerabilidade do grupo e a motivação da discriminação (raça, nacionalidade, sexo, orientação sexual, etc.); ii) se as razões para a “marginalização” são históricas, sociais, econômicas e culturais; iii) “padrão e disseminação de condutas de exclusão” seja “em organizações públicas ou privadas, bem como em zonas geográficas”; iv) “padrão de conduta [que] gere situação ou desvantagem desproporcional ao grupo vulnerável.”

<sup>6</sup> Corte regional de proteção internacional dos Direitos Humanos. Recomenda-se a leitura sobre tribunais especializados regionais, notadamente da Corte IDH, e sua importância para o Direito Internacional (MENEZES, 2013, pp. 164-168;188-192).

A Corte analisa se o México cumpriu os deveres de respeito e garantia, asseverando que esta pressupõe que o Estado deve se valer de toda “estrutura” estatal para “assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos”, de “prevenir, razoavelmente”, “investigar seriamente” para punir os responsáveis e garantir “uma correta reparação” às vítimas” (§§ 256-257). Assim, além de respeitar os direitos, os Estados, no entendimento da Corte IDH, devem aplicar “medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre” (§ 243).

A Corte faz uma análise minuciosa a respeito do dever de prevenção e considera duas situações importantes: antes do desaparecimento das jovens e antes da localização de seus corpos.

Assim, com relação ao primeiro ponto, o sabido padrão de violência contra as meninas e mulheres na região, somado à vulnerabilidade destas foram anotadas pela Corte. Embora, não necessariamente ensejariam uma responsabilidade estatal pela falta de medidas preventivas, a Corte ressaltou que o estado mexicano havia sido alertado desde 1998 sobre a situação de violência e a “ausência de uma política geral” desenvolvida a partir de então, seria uma inobservância no “cumprimento geral de sua obrigação de prevenção” (§ 282).

Já com relação ao segundo ponto, a Corte entendeu que o Estado não agiu com a devida diligência e que não teria adotado “medidas razoáveis e necessárias” para investigar e localizar as vítimas com vida, conseqüentemente prevenindo agressões e a morte, após as denúncias. A demora injustificada, a peculiar vulnerabilidade das vítimas, o cenário de violência conhecido pelo Estado e a falta de normas, de medidas imediatas e eficazes, corroboraram para o descumprimento das obrigações contidas no artigo 7.b e 7.c da Convenção Belém do Pará (§§ 283-286).

Dessa maneira, essa peculiar interpretação da Corte a respeito do dever de prevenção no sentido de exigir do Estado uma “devida diligência estrita” e responsabilizá-lo em razão de seu descumprimento pela violação de direitos correlatos, cria, de fato, um novo parâmetro para avaliar se o Estado violou o dever de prevenção: a vulnerabilidade

e discriminação histórica que pode estar sujeito um “grupo determinado ou determinável” de pessoas e que poderia estar inserido nas questões de gênero, recebendo avaliação mais criteriosa por parte da Corte IDH se comparado a “casos de discriminação ou violação dos direitos humanos” (VASQUEZ CAMACHO, 2011, p. 538).

A Corte IDH também entendeu que a referida demora injustificada violou o dever de investigar efetivamente os fatos que decorrem da obrigação geral de garantia dos direitos à vida, integridade pessoal e liberdade pessoal. A Corte afirmou que obrigação processual para proteger tais direitos deve ser ainda mais rigorosa nos casos de investigação de crimes de violência de gênero (§§ 289-293). No presente caso, a Corte IDH identificou diversas falhas cometidas pelo estado mexicano, inclusive o fato de que o estado não levou em consideração o contexto de violência contra a mulher que há 16 anos atingia a região, de modo que além de o Estado não garantir uma “investigação séria” dos fatos, houve prejuízo ao acesso à justiça e à verdade dos fatos, o que contribuiu com a manutenção da impunidade e a repetição dos atos de violência especialmente contra as mulheres (§§ 388-389).

Assim, a Corte IDH analisou a violência contra a mulher na perspectiva da discriminação, entendendo que há uma “cultura de discriminação” na *Cidaud* de Juárez que influencia a morte das mulheres na cidade e o tratamento comumente praticado pelas autoridades banaliza a gravidade dos fatos, gera impunidade, aumenta a “sensação de insegurança nas mulheres” e de descrença no sistema de justiça (§ 400).

A Corte alerta para as “práticas baseadas nos estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes”, sendo consideradas por ela como umas das razões e consequências da violência de gênero contra a mulher (§ 401): a indiferença com a gravidade dos fatos pelas autoridade, justificando o desaparecimento e possíveis consequências dos fatos em circunstâncias tais como as jovens “eram avoadas”, “se foram com o namorado” (§ 400), sem conceder a importância devida e tampouco a investigação necessária, constituindo na visão da Corte como uma discriminação ao acesso à justiça.

Com relação ao artigo 19 da CADH sobre direito das crianças, mais uma vez a Corte IDH asseverou sobre a importância do tratamento especial das meninas em situação de vulnerabilidade e que o Estado deveria ter adotado “medidas positivas” para garantir rapidez nas buscas das meninas, especialmente em razão da conhecida situação de violência na região ou, após ter encontrado os corpos, investigado, processado e punido os responsáveis, de modo que para a Corte o Estado não detinha “mecanismos de reação ou políticas públicas que dotassem as instituições envolvidas dos mecanismos necessários para garantir os direitos das meninas” (§§ 408-411) .

Nota-se, portanto, que somente uma investigação “completa e efetiva” e em tempo razoável seria capaz de combater a impunidade (§§ 454, 460).

Por fim, a Corte então entendeu que houve violação dos artigos 4º, que trata sobre o direito à vida, 5º sobre integridade pessoal, 7º sobre liberdade pessoal, 8º sobre garantias judiciais, 19 sobre direito das crianças e 25 a respeito da proteção judicial, em relação à obrigação geral de respeito e de adotar disposições de direito interno, nos termos do artigo 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Com relação à Convenção Belém do Pará, a Corte concluiu também que houve a violação ao artigo 7, que condena a violência contra a mulher em todas as suas formas e determina que os Estados devem “adotar por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência”.

Nota-se que a decisão da Corte IDH foi um marco, portanto, na proteção contra a violência contra a mulher, não apenas por chamar a atenção para a violência sistemática e reiterada contra as mulheres na *Ciudad de Juárez*, como também porque reconheceu a violência baseada exclusivamente no gênero<sup>7</sup>. Além disso, a Corte alerta para a

---

<sup>7</sup> Embora a Corte IDH não tenha se valido expressamente do termo “feminicídio”, conforme Vasquez Camacho o uso dos termos “homicídio por discriminação de gênero”, teria uma “tendência à univocidade” e evitaria o uso de termos controversos. Nesse sentido, esclarece o autor: “*En mi opinión, un término jurídico debe tender a la univocidad. Si los términos ‘feminicidio’ y ‘femicidio’ son términos equívocos, el término ‘homicidio’ es unívoco dentro del derecho penal y el término ‘discriminación por razón de género’ es unívoco conforme al DIDH, me parece acertado que la Corte IDH no adopte términos innecesarios que podrían confundir a los intérpretes*”

violência estrutural e institucional baseada no gênero verificada notadamente pelo uso reiterado dos estereótipos de gênero, considerando a impunidade como causa e consequência da manutenção da violência cometida contra meninas e mulheres.

Considerando todas as medidas de reparação adotadas pela Corte, a necessidade de uma educação voltada à igualdade de gênero destinada à funcionários e à população em geral de Chihuahua (§ 543) é mais uma tentativa que a Corte entende necessária para a mudança dos padrões estereotipados praticados na região. É essencial, na visão da Corte, não apenas o conhecimento das normas, “mas o desenvolvimento de capacidades para reconhecer a discriminação que as mulheres sofrem em sua vida cotidiana” (§ 540), condutas que podem fazer a diferença entre a vida e a morte das meninas e mulheres da *Cidad de Juárez*.

## Conclusão

A Comissão Interamericana de Derechos Humanos (2019) reconhece que há um conjunto de “fatores estruturais” que mantém a situação de risco e violência contra a mulheres, tais como “o machismo, o patriarcalismo, a prevalência de estereótipos sexistas, assim como a discriminação histórica conectada ao tecido social, conjuntamente com a tolerância social em relação à violência contra as mulheres em todos suas dimensões, físicas, psicológicas, sexuais, econômicas etc” e aponta alguns desafios que prejudicam a eliminação dos referidos fatores. Assim, a “pobreza e a desigualdade”, a falta de “articulação” interna para o cumprimento de obrigações internacionais e a existência de leis discriminatórias contra as mulheres (pp. 49-50).

Além disso, a CIDH ressalta a importância da eliminação dos estereótipos e padrões socioculturais de discriminação para diminuir a violência contra a mulher. Os discursos misóginos, retrocessos na “educação com perspectiva de gênero e diversidade sexual e educação

---

*jurídicos, y haya distinguido los ‘homicidios de mujeres’ de aquéllos que se cometen por el simple hecho de que la víctima sea mujer, es decir, los ‘homicidios de mujeres por razones de género’. Sin embargo, este punto lo dejo abierto al debate.” (VAZQUEZ CAMACHO, 2011, p. 548).*

sobre igualdade e sexual” (2019, p. 59), costumes baseados na submissão e inferioridade das mulheres e meninas, discriminação relacionada ao desempenho de determinadas funções ainda vistas como tipicamente destinadas aos homens, obstáculos ao acesso à justiça por parte de mulheres vítimas de violência baseada no gênero, falta de dados estatísticos específicos sobre a violência contra a mulher, dentre outros aspectos apontados pela CIDH (2019), constituem desafios importantes para o desenvolvimento de políticas e normas voltadas à mulheres.

Além disso, como bem destaca o Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (2019, §§ 19-20), a violência de gênero está “enraizada em fatores relacionados ao gênero, como a ideologia do direito e privilégio dos homens sobre as mulheres, as normas sociais em relação à masculinidade, a necessidade de afirmar o controle ou poder masculino, o reforço dos papéis de gênero ou a prevenção, o desencorajamento ou a punição”. Aliados à impunidade apenas reforçam “aceitação social explícita ou implícita da violência de gênero contra as mulheres”.

A decisão do Campo Algodonero é paradigmática e tem surtido efeitos desde então. Apesar de a decisão não ter sido integralmente cumprida pelo estado mexicano mais de doze anos depois<sup>8</sup>, seria possível afirmar que houve um avanço com relação à proteção da violência de gênero entre os estados parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Embora também não seja o objeto aqui avaliar a efetividade das legislações internas nos diversos países, é possível identificar que muitos inseriram em sua legislação penal doméstica a

---

<sup>8</sup> Pontos importantes não foram cumpridos, como, por exemplo, investigar, processar e punir os responsáveis pelo desaparecimento e morte das jovens; investigar e aplicar medidas devidas aos funcionários públicos acusados de irregularidades; criar base de dados com informação genética das meninas e mulheres desaparecidas, dentre outros. Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2013. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gonzalez\\_21\\_05\\_13.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gonzalez_21_05_13.pdf). Acesso em: 12 ago. 2021.

figura do feminicídio<sup>9</sup>, como, por exemplo, o Brasil com a criação da Lei de 2015, como dito acima.

Ademais, é possível notar que muitos dos aspectos apontados ao longo do texto foram tratados pela Corte IDH na decisão para expor seu posicionamento quanto à necessidade de uma atuação em conjunto não apenas por parte dos Estados (notadamente o mexicano), mas também de atores não estatais, quando estabelece como necessária uma “educação voltada à igualdade de gênero” visando à agentes estatais e à população em geral para alcançar-se uma mudança dos padrões estereotipados e da cultura da discriminação contra a mulher.

A Corte IDH reforça ainda a necessidade de implementação de medidas preventivas, qualificando-as como o primeiro e o mais importante passo no caminho da garantia dos direitos, e de medidas efetivas e rápida de investigação e punição dos responsáveis para eliminar a impunidade e conseqüentemente a manutenção da violência de gênero.

A mudança de uma violência estrutural e institucional não ocorrerá de um dia para o outro, mas o engajamento dos estados e da sociedade civil é muito relevante neste processo. A adesão por parte dos estados de criminalizar as condutas de violência baseada no gênero é um avanço, mas não a solução para essa mudança. A criação de políticas públicas – também preventivas – efetivas e com exigência rígida pelo seu cumprimento é essencial para demonstrar que a discriminação, que a violência em todas as suas esferas contra a mulher não é “normal” e deve ser combatida pelas mulheres, por homens, pelos Estados e por toda a sociedade.

---

<sup>9</sup> A CIDH (2019, p. 78) afirma que “Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela disseram que o crime foi tipificado, diferenciando-o do conceito de homicídio - neutro em termos de gênero - com o intuito de tornar visível a expressão da violência, seguida da morte, decorrente da posição de subordinação e risco em que o mulheres.”

## **Referências**

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CIDH. Informe. **Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe**. OEA/Ser.L/V/II. Doc.233/2019.

CORTE IDH. **Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México**. Exceções preliminares, mérito e custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Serie C n. 205.

LAGARDE, Marcela. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. *In*: BULLEN, Margaret; MINTEGUI, Carmen Diez (Coords.). **Retos teóricos y nuevas prácticas**. Madrid: Donostia, Ankulegi Antropologia Elkarte, 2008.

LAGARDE, Marcela. **Por la vida y la libertad de las mujeres**. Fin al feminicidio” en Concha Aida, Leonor y Gabriela Laballe, Resistencia y alternativas de las mujeres frente al modelo globalizador. Ciudad de México, Red Nacional de Género y Economía. Versión editada del discurso pronunciado en Ciudad Juárez, Chihuahua, 2004.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ONU. Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW). **Recomendação Geral 35/2019**.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SEGATO, Rita Laura. Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación. **Revista Herramienta**, nº 49, 2013. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/pt/revista/herramienta-buenos-aires/articulo/femigenocidio-y-feminicidio-una-propuesta-de-tipificacion>. Acesso em: 14 ago. 2021.

SEGATO, Rita Laura. **Juicio Sepur Zarco**: peritaje antropológico de género. Causa del. Caso Sepur Zarco. 2016. Disponível em: <http://www.unsam.edu.ar/pensamientoincomodo/files/Peritaje%20Antropol%C3%B3gico%20de%20G%C3%A9nero.%20Causa%20del%20Caso%20Sepur%20Zarco.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2021.

SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, 2016, pp. 574-601. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Acesso em: 11 ago. 2021.

VAZQUEZ CAMACHO, Santiago José. *El caso “campo algodonoero” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. **Anu. Mex. Der. Inter**. Ciudad de México, v. 11, enero 2011, pp. 515-559. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542011000100018&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542011000100018&lng=es&nrm=iso). Accedido en: 13 ago. 2021.



## CAPÍTULO 10

# A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

*Enrique Pace Lima Flores  
Pedro Pulzatto Peruzzo*

**Resumo:** O presente artigo apresenta uma análise da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos visando uma tutela internacional ampla dos direitos das pessoas com deficiência, partindo de um estudo da jurisprudência da Corte em casos envolvendo graves violações a direitos humanos de pessoas com deficiência, com foco no caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*. Um dos principais mecanismos utilizados pela Corte no julgamento destes casos é a imposição de medidas de reparação, satisfação e não repetição, que visam um aprimoramento da proteção a direitos sociais no âmbito nacional, de modo que foi possível verificar também uma preocupação com a garantia do direito à saúde de grupos em situação de vulnerabilidade, como é o caso das pessoas com deficiência. Para tanto, realizamos uma pesquisa documental com base em documentos jurídicos, no caso as sentenças da Corte Interamericana, bem como utilizamos o método hipotético-dedutivo para aplicar as perspectivas de proteção internacional ao direito à saúde aos casos em questão.

**Palavras-chave:** Modelo social da deficiência; Direito à saúde; Proteção internacional de direitos humanos.

## **Introdução**

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos exerce papel fundamental na proteção de grupos em situação de exclusão social,

visando dar cumprimento aos tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelos Estados-membros. No caso das pessoas com deficiência, apesar de existirem mecanismos específicos visando a proteção dos direitos fundamentais e o exercício efetivo da cidadania por este grupo socialmente diferenciado, existem casos de graves violações que denotam a ocorrência de uma violência estrutural contra os membros desse grupo minoritário.

Uma importante característica do SIDH reside no sistema de peticionamento individual à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, possibilitando que possíveis violações aos direitos fundamentais de grupos minoritários sejam denunciadas e, eventualmente, julgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte vem afirmando o entendimento de que a proteção destas pessoas é baseada no modelo social da deficiência, que compreende a deficiência como o resultado da interação de impedimentos permanentes ou de longo prazo com as barreiras sociais e coloca nas barreiras sociais a responsabilidade pela obstrução do acesso à cidadania em igualdade de condições com outras pessoas. Em outros termos, a responsabilidade pela dificuldade de exercer a cidadania deixa de ser exclusiva da pessoa com deficiência, num viés exclusivamente médico, e passa a ser atribuída à sociedade como um todo, ou seja, aos indivíduos que têm atitudes discriminatórias, como por exemplo, ao agente público que não realiza obras de acessibilidade (DINIZ, 2007).

O presente artigo apresenta uma análise da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção dos direitos das pessoas com deficiência, com foco no mecanismo de imposição de obrigações aos Estados violadores, visando aprimorar os sistemas internos de proteção aos direitos humanos. Estas obrigações podem assumir a forma de medidas de reparação, satisfação e garantias de não repetição, como meios de garantir a efetividade de direitos sociais de grupos em situação de vulnerabilidade.

Estas medidas estão presentes em casos emblemáticos julgados pela Corte, como o caso *Damião Ximenes Lopes vs Brasil* (2006), no qual a vítima foi submetida a condições subumanas e morta por

espancamento em instituição psiquiátrica, o que demonstra direta relação com a discussão sobre direitos sociais. Considerando o caráter de discriminação grave da violação, além da imposição de reparações à família da vítima, a Corte determinou outras formas de reparação, como a obrigação de investigar os fatos que geraram a violação e o estabelecimento de programas de capacitação para profissionais vinculadas ao atendimento da saúde mental. Deste modo, apresentamos também uma breve análise deste caso e a sua importância na jurisprudência da Corte para uma ampla tutela internacional dos direitos das pessoas com deficiência.

Observa-se nas determinações de medidas de satisfação e garantias de não-repetição ferramentas importantes para proteger direitos positivos de pessoas em situação de exclusão e violência, através de uma dinâmica de cooperação do SIDH com organizações da sociedade civil brasileira. Para realizar a análise pretendida, nós utilizamos a pesquisa documental com base em documentos jurídicos, ou seja, sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que este percurso metodológico permite a interpretação do conteúdo jurídico da sentença e aplicá-lo ao problema estudado (SILVA, 2017, p. 276), bem como empregamos o método hipotético-dedutivo ao realizar um estudo pautado na legislação vigente e num levantamento bibliográfico teórico, visando analisar os resultados encontrados em conjunto com as determinações da Corte para a proteção dos direitos sociais das pessoas com deficiência.

Com este objetivo, apresentamos uma análise do Caso *Damião Ximenes Lopes* tendo em vista as medidas impostas na sentença contra o Estado brasileiro visando uma perspectiva de proteção ampla dos direitos sociais das pessoas com deficiência, principalmente visando a efetividade do direito à saúde no Brasil. Além disso, realizamos uma breve análise das formas como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos se posiciona em favor dos direitos sociais das pessoas com deficiência, inclusive com outros casos envolvendo pessoas com deficiência contra outros países pertencentes ao sistema interamericano.

## **1 Caso Damião Ximenes Lopes e a atuação da Corte IDH**

O caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil representa um caso simbólico sobre a proteção aos direitos das pessoas com deficiência vítimas de graves violações aos direitos humanos, tendo sido o primeiro caso envolvendo este grupo minoritário apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e o primeiro caso brasileiro julgado pela Corte. Este julgamento significa um marco sobre a proteção internacional aos direitos humanos das pessoas com deficiência, bem como sobre a responsabilidade internacional dos Estados, uma vez que a Corte reconheceu o modelo social da deficiência para pautar esta proteção e impôs diversas medidas de reparação ao Brasil.

Damião Ximenes Lopes foi internado em uma clínica psiquiátrica em Sobral, no Ceará, no ano de 1999, acometido por grave sofrimento psicológico. Durante a sua internação, Damião sofreu severas agressões físicas por parte dos funcionários da clínica, que foram caracterizadas posteriormente como sinais de tortura, levando a sua morte. A família da vítima ingressou com ação indenizatória e criminal, bem como peticionou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que posteriormente aprovou o Informe de Admissibilidade, recomendando ainda que o Brasil realizasse uma investigação completa dos fatos (ROSATO; CORREIA, 2011, p. 100).

O caso foi julgado em 2006, resultando na condenação do Brasil pelas graves violações cometidas contra o direito à vida e a integridade física de Damião Ximenes Lopes, tendo sido inclusive reconhecidas as práticas de tortura, com motivos nitidamente discriminatórios em função da deficiência de natureza psicológica da vítima. Esta sentença representa um marco na proteção dos direitos das pessoas com deficiência, pois reconhece a “necessidade de superar os padrões e as múltiplas facetas das violações de direitos humanos da pessoa com deficiência, com base no modelo social de deficiência e na interpretação evolutiva dos tratados” (PERUZZO; LOPES, 2019, p. 22). Considerando ser este o primeiro caso envolvendo uma pessoa com deficiência mental, vale ressaltar a seguinte disposição da Corte:

Os Estados têm o dever de assegurar atendimento médico eficaz às pessoas portadoras de deficiência mental.<sup>114</sup> Essa obrigação se traduz no dever estatal de assegurar seu acesso a serviços de saúde básicos; à promoção da saúde mental; à prestação de serviços dessa natureza que sejam o menos restritivos possível; e à prevenção das deficiências mentais. Em virtude de sua condição psíquica e emocional, as pessoas portadoras de deficiência mental são particularmente vulneráveis a qualquer tratamento de saúde e essa vulnerabilidade se vê aumentada quando essas pessoas ingressam em instituições de tratamento psiquiátrico. Essa vulnerabilidade aumentada se verifica em razão do desequilíbrio de poder existente entre os pacientes e o pessoal médico responsável por seu tratamento e pelo alto grau de intimidade que caracteriza os tratamentos das doenças psiquiátricas<sup>1</sup>.

Neste sentido, a Corte reconhece a responsabilidade do Estado brasileiro pelas violações, bem como reconhece o direito das pessoas com deficiência mental à dignidade, autonomia e a um tratamento médico adequado, de modo que foram impostas diversas medidas de reparação. Dentre as medidas de reparação impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, estão presentes o pagamento de uma indenização aos familiares da vítima, bem como outras medidas de reparação e não repetição, como a obrigação de investigar e identificar os responsáveis pelo assassinato de Damião, além da promoção de programas de capacitação para profissionais da saúde.

São estas medidas de reparação que visam uma proteção extensiva e a longo prazo para as pessoas com deficiência, de modo que exorbitam além da mera reparação pecuniária para os familiares da vítima que sofrem indiretamente com as violações. Com este julgamento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos impõe um verdadeiro exercício do dever de proteção ao Estado violador, uma vez que esta obrigação estatal é pressuposto para o exercício pleno dos direitos à vida, ao respeito e à integridade psíquica e moral de toda

---

<sup>1</sup> Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acesso em: 12 ago. 2021.

pessoa (KOHLS; LEAL, 2018, p. 162). É com este objetivo de proporcionar uma proteção ampla a grupos em situação de vulnerabilidade que são impostas estas medidas visando a não-repetição de violações.

Na referida sentença, são elencadas Medidas de Satisfação e Garantias de Não-Repetição (outras formas de reparação), dentre as quais as principais são: Obrigação de investigar os fatos que geraram as violações no presente caso; Estabelecimento de programas de capacitação. A obrigação de investigar e punir os responsáveis pela violação surge do direito inalienável das famílias das vítimas de ter conhecimento da verdade dos fatos ocorridos, constituindo uma forma de reparação que também visa evitar a impunidade dos autores dos crimes contra a vida de Damião Ximenes Lopes. Apesar de reconhecer e valorizar os avanços do Estado brasileiro em adotar diversas medidas que melhoraram o atendimento psiquiátrico de unidades do Sistema Único de Saúde (SUS), a Corte determinou que o Brasil continuasse a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e todos os profissionais ligados ao tratamento de saúde mental, em especial sobre os princípios norteados dos tratamentos para pessoas portadoras de deficiência mental.

Considerando inegável a importância dessas medidas para uma reparação ampla pelas violações, torna-se de suma importância analisar o processo de cumprimento de sentença da Corte, uma vez que ainda não foram cumpridas todas as obrigações pelo Estado brasileiro. Em resolução de maio de 2010, a Corte considerou que ainda não haviam sido cumpridas as medidas em relação a obrigação de investigar os fatos que geraram as violações e ao estabelecimento de programas de capacitação. Na resolução seguinte e mais recente, em 28 de janeiro de 2021, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considera que o Brasil cumpriu de forma adequada a obrigação de garantir a realização do devido processo para investigar e punir os responsáveis pelos fatos, declarando concluída a supervisão neste ponto. Entretanto, declarou que permanecia em aberto o procedimento de supervisão sobre cumprimento da medida de reparação relativa ao desenvolvimento de um programa de formação e capacitação para médicos, psiquiatras,

psicólogos, enfermeiros e para todos os profissionais vinculados a assistência de saúde mental, sobre os princípios que devem direcionar o atendimento de pessoas com deficiências mentais<sup>2</sup>.

Portanto, após longos anos de cumprimento de sentença quanto as medidas de satisfação e garantias de não-repetição, considera-se que o Brasil ainda não cumpriu adequadamente a obrigação de continuar desenvolvendo programas de capacitação profissional para tratamentos adequados de pacientes com deficiências mentais, o que evidencia a importância do processo de supervisão de cumprimento das obrigações por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste sentido, consideramos que o mecanismo de imposição de medidas amplas de satisfação e garantias de não-repetição pela Corte configura importante ferramenta de proteção aos direitos humanos de grupos em situação de vulnerabilidade, como é o caso das pessoas com deficiência.

## **2 Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção dos direitos sociais das pessoas com deficiência**

Os sistemas internacionais de direitos humanos frequentemente trazem importantes contribuições para a proteção de grupos minoritários e em situação de vulnerabilidade. Como exemplo, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, que foi incorporada no direito interno brasileiro com status de emenda constitucional, trouxe o conceito do modelo social da deficiência para a legislação ordinária brasileira, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como teve enorme influência na jurisprudência dos tribunais federais em casos envolvendo direitos das pessoas com deficiência, conforme constatado por Peruzzo e Flores (2020).

De acordo com Rosato e Correia (2011), existe um duplo impacto acionado pelos instrumentos internacionais de direitos humanos, uma vez que ocorre uma atuação no sentido de invocar uma tutela internacional, bem como estes instrumentos atuam no campo

---

<sup>2</sup> Acompanhamento recente da supervisão de sentença foi publicado na newsletter do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI-SUP) do mês de janeiro de 2021. Disponível em: <https://sites.usp.br/netiusp/pt/newsletter-cortes-regionais-de-direitos-humanos-janeiro-2021/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

nacional de modo a fortalecer os sistemas internos de proteção aos direitos humanos. Considerando esta necessidade de aprimorar a proteção dos direitos fundamentais no plano nacional, partindo de uma tutela internacional, compreendemos que é de suma importância a imposição de obrigações aos Estados por parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com foco na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Neste mesmo sentido, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui o objetivo de promover a proteção aos direitos e garantias individuais junto aos países membros, principalmente através da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A jurisprudência da Corte vêm demonstrando uma aplicação expressa do conceito do modelo social da deficiência em seus casos, uma vez que entende a deficiência como um produtos de fatores biológicos e sociais, ocorrendo inclusive uma harmonização entre os conceitos de abordagem de deficiência utilizados pela Corte Interamericana e pelos tribunais brasileiros (DA COSTA, 2020, p. 82).

No tocante aos direitos das pessoas com deficiência, considerando o desenvolvimento da proteção pautada no modelo social da deficiência, além da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, uma das mais importantes interpretações trazidas pela Corte Interamericana é a respeito do direito à integridade física, fundamental para a proteção da saúde de pessoas com deficiência, tendo sido entendida pela jurisprudência interamericana como norma de *jus cogens* (MUÑOZ, 2015, p. 117).

É com o objetivo de realizar uma interpretação ampla dos direitos humanos de grupos em situação de vulnerabilidade que a Corte vem desenvolvendo uma jurisprudência a fim de garantir uma proteção extensa para as pessoas com deficiência, através do cumprimento de obrigações impostas aos respectivos Estados membros.

A jurisprudência da Corte Interamericana apresenta importantes casos envolvendo pessoas com deficiência como vítimas de violações ao direito à saúde, em decorrência de afronta à vida e à integridade física e mental, valendo citar o caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil que foi o primeiro caso julgado pela corte envolvendo

uma pessoa com deficiência mental, bem como o caso Furlan e familiares Vs. Argentina, no qual foi reconhecida a responsabilidade do país pelos danos sofridos pela vítima, tendo sido impostas medidas de reparação referentes à garantia de tratamento médico e psicológico adequado para Furlan e seus familiares.

Neste mesmo sentido, cabe mencionar o caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, no qual a Corte equiparou a contração de HIV como uma deficiência, uma vez que o diagnóstico da doença, “pode ser considerado pauta de deficiência, por se enquadrar na necessidade de proteção diferenciada, tendo em vista a plena efetivação da igualdade material e do direito à não discriminação”, considerando a existência de barreiras socioeconômicas que obstruem a inclusão plena da pessoa na sociedade (MERLI; RIANELLI, 2015). No julgamento do referido caso, a Corte determinou como medidas de reabilitação o fornecimento do tratamento para a vítima e o atendimento psicológico para seus familiares, incluindo a família no círculo de proteção e reparação integral.

Além disso, as medidas de reparação e toda a construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos se direcionam para uma garantia direta dos direitos sociais das pessoas com deficiência, principalmente o direito à saúde, considerando as necessidades específicas deste grupo socialmente diferenciado. Os direitos sociais, econômicos e culturais estão previstos no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, nestes incluído o direito à saúde, considerado pela jurisprudência interamericana como um direito “protegido pela via indireta pelos direitos civis e políticos, até ser resguardado como direito autônomo, estabelecendo obrigações específicas aos Estados para esse fim.” (MAAS; DAROIT, 2019, p. 27).

Segundo Piovesan (2009), a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos adota uma tipologia de casos que abrange três estratégias: a) dimensão positiva do direito à vida; b) aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis; c) proteção indireta dos direitos sociais (mediante a proteção de direitos civis). *Apesar de não ser o objetivo do presente trabalho destrinchar em detalhes todas estas formas de proteção aos direitos*

*humanos trazidas pela Corte, entendemos que esta jurisprudência constitui uma construção importante para a proteção de grupos minoritários ao estabelecer estratégias de atuação junto aos Estados violadores, principalmente visando a garantia do direito à saúde das pessoas com deficiência.*

## **Conclusão**

Considerando a análise realizada quanto ao julgamento do caso *Damião Ximenes Lopes*, bem como quanto aos outros casos semelhantes, percebe-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem desenvolvendo uma jurisprudência internacional no sentido de não apenas condenar os países à reparação completa da dignidade das vítimas de violações, mas visa a proteção de direitos sociais de grupos em situação de vulnerabilidade, como é o caso das garantias à saúde de pessoas com deficiência.

A aplicação de conceitos protetivos como o modelo social da deficiência, em conjunto com medidas de reparação, satisfação e garantias de não-repetição, visam aprimorar os sistemas nacionais de proteção aos direitos sociais, visando melhorar mecanismos de proteção aos direitos humanos de atuação estatal, através de uma tutela internacional voltada para solucionar estas questões. Casos de graves violações a direitos humanos das pessoas com deficiência como *Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *Gonzales Lluy e outros Vs. Equador* e *Furlan e familiares Vs. Argentina* representam situação nas quais torna-se necessária uma tutela internacional de direitos humanos voltada para a consecução de direitos sociais específicos de grupos em situação de vulnerabilidade, o que pode trazer importantes avanços para o debate de direitos sociais no âmbito interamericano.

## **Referências**

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos** [S.L.], v. 6, n. 11, dez. 2009, pp. 6-39. FapUNIFESP (SciELO).

BENTES, Natalia Mascarenhas Simoes; NASCIMENTO, Gustavo Oliveira do; BRAGA, Luis Paulo Fernandes. A pessoa com deficiência mental no Brasil e o cumprimento das diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do objetivo do desenvolvimento sustentável da ONU / The person with mental disability in Brazil and compliance with the guidelines of the inter-american court of Human Rights and the objective of sustainable development 3 of the UN. **Brazilian Journal Of Development** [S.L.], v. 7, n. 6, 24 jun. 2021, pp. 62377-62398. South Florida Publishing LLC. <http://dx.doi.org/10.34117/bjdv7n6-559>.

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 8, n. 15, dez. 2011, pp. 135-156.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Furlan e familiares vs. Argentina**. Sentença de 31 de agosto de 2012, parágrafo 114. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf). Acesso em: 12 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador**. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença de 01 de setembro de 2015. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf). Acesso em: 12 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. São José da Costa Rica. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acesso em: 12 ago. 2021.

COSTA, Flávia Albaine Farias. O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise do seu significado na

Corte Interamericana de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 5, n. 1, 2020, pp. 61-86.

DINIZ, Debora. **O que é deficiência?** Brasília: Brasiliense, 2007.

KOHLIS, Cleize Carnelinda; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Direitos fundamentais e o dever de proteção: uma análise pautada no sistema constitucional e na decisão do Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Espaço Jurídico Journal Of Law** [Ejll], [S.L.], v. 19, n. 1, 26 abr. 2018, pp. 149-166. Universidade do Oeste de Santa Catarina.

MAAS, Rosana Helena; DAROIT, Ana Paula. A proteção interamericana do direito humano e social à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 20, n. 1, 2019, pp. 13-31.

MERLI, Isadora Marques; RIANELLI, Luiza Lima. **Caso Furlan e Familiares vs. Argentina**: o dano ao projeto de vida. Casoteca do NIDH – UFRJ, 2012.

MUÑOZ, Jesica Paola Gómez. La protección a los derechos humanos de las personas em situación de discapacidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Revista IIDH**, v. 62, 2015, pp. 113-146.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; LOPES, L. S. Afirmação e promoção do direito às diferenças da pessoa com deficiência e as contribuições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, 2019, pp. 1-33.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; FLORES, Enrique Pace Lima. **The repercussion of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Brazilian Federal Courts**. Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/47403>. Acesso em 12 de agosto de 2021. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/47403.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 8, n. 15, dez. 2011, pp. 93-113.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. *In*: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, pp. 275-320.



## CAPÍTULO 11

### **A STUDY ON DEFEASIBILITY AND DEFEATERS IN INTERNATIONAL LAW: process or procedure distinction against the non-discrimination rule**

*Henrique Marcos*

**Abstract:** This is a paper on legal logic and defeasibility in international law. It argues that exceptions to rules are defeaters to such rules. The paper does that by using the World Trade Organisation's (WTO) case law on the rule of non-discrimination and exceptions grounded on process or procedure method (PPM) distinctions. By arguing that rules have defeaters, this paper indirectly claims that legal reasoning is defeasible. Further, this investigation also serves as a criticism of accounts of legal reasoning as syllogistic-deductive reasoning.

**Keywords:** Legal Logic; Defeasibility; Defeasible Reasoning; Defeaters; Reason-Based Logic (RBL).

#### **Introduction**

This paper links defeasibility to international law. It does that by analysing the World Trade Organisation's (WTO) case law; emphasising distinctions based on process or procedure methods (PPM) in the context of social and collective rights tied to sustainable development, environmental protection, and free trade. Under the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), a State may not distinguish imports between like products (non-discrimination rule). For example, State A is prohibited from negatively discriminating a

product because it comes from State *B* instead of *C*. However, if the discriminating State shows that the distinction is based on PPMs, an exception can be made to the non-discrimination rule in some specific cases.

This paper's main argument is that such exceptions are *defeaters* to the non-discrimination rule. Defeaters pertain to the notion of defeasibility, which has recently come to occupy a central spot in logic, epistemology, and legal reasoning. Defeasible reasoning supplies an alternative to traditional deductive reasoning. In that connection, this paper argues that rules have defeaters and that legal reasoning is defeasible.

We will begin our investigation by contextualising international law's regulatory expansion (section 1), pointing out how the unsupervised enlargement of international law's ruleset is prone to cause concern among some interpreters. Nonetheless, the paper claims that such fears are grounded on a deductive outlook on international law. It may still be possible to perceive international law as a workable set of rules if we abandon such deductivist aspirations (section 2). To demarcate the scope of the investigation, we briefly review the rule of non-discrimination and PPM distinctions (section 3). We will then shift our focus to defeasible reasoning. The paper first provides an explanation of defeasible reasoning by contrasting it with deductive reasoning (section 4). After that, we consider reasons and defeaters (4.1). We follow to defeasibility in legal reasoning (4.2) employing legal constructivism, rule applicability, and application (4.2.1). Thereafter, we focus on exceptions (4.2.2) and, finally, examine a possible deductivist retort and how it can be counterargued (4.2.3). The last section (5) presents some final remarks.

## **1 International Law's Regulatory Expansion**

Scholars are keen on differentiating classic and contemporary international law. International law has remote historical origins that can be traced to documents before the Common Era (SAND, 2018; TRUYOL Y SERRA, 1996, p. 19). Nonetheless, we can say that it followed from the series of peace treaties signed in 1648 at the end of

the “Thirty Years’ War” (GROSS, 1948). Contemporary international law, in turn, gets pinpointed around the time of the United Nations’ (UN) formation in the nineteen-forties (MENEZES, 2007).

Contemporary international law has many distinctive features (MENEZES, 2005, p. 36-38). For our present goals, however, its regulatory expansion is where most of our attention will lie<sup>1</sup>. We can define international law’s expansion as the progressive increase of the volume of rules that belong to international law’s ruleset. In short, Let  $S_n$  be the set of rules of international law at the time before the UN’s formation. Across the years, the number of rules of  $S_n$  has increased in the form of  $S_{n+m}$ . Being  $n$  the number of rules at the time of the UN’s formation and  $m$  the number of rules introduced thereafter (considering both  $n$  and  $m$  natural numbers other than zero).

What is particularly interesting about expansion is how it can be tied to functional differentiation (ILC; KOSKENNIEMI, 2006, p. 11). According to Luhmann, whenever a “system” (such as the law) is subject to restructuring in the face of changing social contexts, it does not undergo such a change through an organized and planned reformation but through an “evolutionary restructuring of established installations” (KOSKENNIEMI, 2007, p. 22; LUHMANN, 2004, p. 93, 234). According to the ILC, alongside the expansion of international law, functional differentiation gives rise to an enormous scope of diverse themes under the umbrella of international law (ILC; KOSKENNIEMI, 2006, p. 11; KESSLER; KRATOCHWIL, 2013, p. 166).

All of this, together with international law’s classic horizontality, give rise to remarkable convolution. Given that there is no central legislator or authority in international law, States are responsible for creating new rules through the signage of treaties, the practice of customs, and the unmediated operation of other legal sources (MARCOS, 2018). In this scenario, States are prone to sign various treaties with distinct groups. However, due to the lack of

---

<sup>1</sup> In the past, some authors have talked about “multiplication,” “diversification,” or “proliferation” (ICJ; GUILLAUME, 2001). It is not clear if all of these are synonyms. Here, we will follow the International Law Commission’s (ILC) nomenclature and call it “regulatory expansion” or simply “expansion” (ILC; KOSKENNIEMI, 2006).

central supervision or coordination, it is not unusual for the themes of newly signed treaties to intersect with those of other international treaties, regional agreements, and even national law. For example, take the increasing number of free trade agreements (FTAs) signed between States, replacing the signature of centralised, multilateral WTO agreements — the “spaghetti bowl effect” (BHAGWATI, 1995).

The complexity of the picture that we have been sketching thus far is the cause of concern among some lawyers and scholars. Certain interpreters have looked at it and concluded that international law is fragmented beyond salvation. Its fragmentation turns it into an unworkable set of rules, riddled with inconsistency and prone to rule conflicts (KOSKENNIEMI; LEINO, 2002). Nonetheless, it is possible to question if this conclusion is too hasty<sup>2</sup>.

## 2 Deductivism

There is a long tradition in legal thought that law’s unity and cohesiveness depend on a foundational structure from which it is possible to construct valid legal conclusions. From Hobbes to Austin, and Hart to Kelsen, several scholars, share the assumption that the possibility of intelligible argument within law somehow depends on certain foundational elements that provide firm grounds from where the interpreter can infer what the law requires from its subjects as well as how one can further develop the legal enterprise (POSTEMA, 1987, pp. 317-318).

Let us try to be more concrete by referring to Kelsen’s theory of legal interpretation. In his view, legal interpretation finds the meaning of its object by considering the limited realm of possibilities that fit within the frame that the law composes (KELSEN, 1967, p. 351). We can look at Kelsen’s legal interpretation as something similar to a deductive syllogism where one concludes by applying general

---

<sup>2</sup> Many authors have advanced interpretations that strive to show that international law is “unified,” “systemic,” or somehow consistent, despite its regulatory expansion. See: Benvenisti (2008); Dupuy (2020); Marcos, Waltermann e Hage (2021); Menezes e Marcos (2020; Peters (2017); Prost (2012).

rules to a closed domain<sup>3</sup>. Valid law serves as the major premise. The minor premise consists of a description of a case's fact situation. Together, they allow the deduction of a conclusion — the resulting legal interpretation. For instance, following Kelsen's idea, the reasoning underlying the conclusion that a State's use of force against another State is unlawful would work something like this: (*major premise*) if an act is use of force, then that act is unlawful — (*minor premise*) act is use of force — (*conclusion*) therefore, the act is unlawful<sup>4</sup>.

Deductive reasoning has its attractiveness. If all premises are true and we follow the rules of deductive logic, then the conclusion is necessarily true, leaving no room for uncertainty. Overall, it would seem that the problem with international law is that due to its regulatory expansion, interpreters no longer have a firm footing from where they can look at the world and draw their legal conclusions. In short, it is international law's fault. Its bloated status leaves it unable to supply adequate grounds for legal reasoning. And that would be the end of the story.

That narrative might seem convincing. On a closer look, however, we notice that it ignores that deductivism is just *one* of many models of reasoning. Could we not turn the tables? When a model does not serve to represent a phenomenon, should we not replace the model instead of blaming the phenomenon? Deductivism might not serve as an adequate model for legal reasoning since it leaves no room for contradictory input and exceptions, which is particularly problematic given how (international) law behaves in practice.

---

<sup>3</sup> Kelsen does not ignore the logical complications pertaining to representing legal reasoning as a deductive syllogism (KELSEN, 1973). As such, it is not uncontroversial to claim that Kelsen would consent to such interpretation of his theory. See: (DUARTE D'ALMEIDA, 2019).

<sup>4</sup> The attentive reader will have noticed that this simplistic syllogism ignores the exceptions to the rule that the use of force is unlawful. For instance, if the use of force is preceded by Security Council authorization or is performed in self-defence, it is not-unlawful. As we will soon see, that is one of the many limitations of deductive reasoning applied to law. On the use of force, see: Dörr (2019); Guerra e Marcos (2016, 2017); Marcos e Guerra (2020).

The law demands a broad connection between a rule's conditions and its conclusions, but it allows a certain level of contradictory input. For it is not always possible to derive the conclusions of a rule when its conditions are satisfied. Deductive reasoning cannot easily explain such a peculiarity; it is impossible for the premises to be true and the conclusion to be false on valid deductive reasoning. Striving for concreteness, the next section will consider a particular case of international law that illustrates what we are on about.

### 3 Rule on Non-Discrimination and PPM Distinction

As mentioned in section 1, in the scenario of unsupervised regulatory expansion (and functional differentiation), it is not unusual for thematically different rules to intersect. That is not different when dealing with rules concerning sustainable development and environmental protection against rules accounting for free trade. The first group of rules are often responsible for restricting trade and affecting aspects dear to the WTO by their very nature.

For instance, specific rules developed to protect marine wildlife can harm basic trade rules such as the general rule on non-discrimination. As Calle Saldarriaga (2018) glaringly emphasises, the WTO's focus often lies on fishing and harvesting techniques in cases such as *US-Tuna (Mexico)*, *US-Tuna (EEC)*, *US-Shrimp*, *US-Tuna II (Mexico)*, and *EC-Seal Products*<sup>5</sup>.

To understand what is going on, we must first consider the general rule on non-discrimination (also called the "principle of non-discrimination"). This rule stipulates that members shall not

---

<sup>5</sup> Respectively: GATT Panel Report, *United States-Restrictions on imports of tuna*, DS21/R, DS21/R, 3 September 1991 (BISD 39S/155); GATT Panel Report, *United States-Restrictions on imports of tuna*, DS29/R, 16 June 1994; WTO Appellate Body Report, *United States-Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, WT/DS58/AB/R, 6 November 1998 (DSR 1998: VII, 2755). WTO Appellate Body Report, *United States-Measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*, WT/DS381/AB/R, 13 June 2012. WTO Appellate Body Reports, *European Communities-Measures prohibiting the importation and marketing of seal products*, WT/DS400, WT/DS401, 22 May 2014.

discriminate between like products from different trading partners. Discrimination is also not permitted between a member's products and alike foreign products<sup>6</sup>. In short, the rule posits that discriminating like products is *unlawful*.

Procedurally speaking, the non-discrimination rule can be engaged in two steps. First, are the products like? Second, if they are indeed alike, is there discrimination against foreign products? An example: State *A* produces the product *P1*, State *B* produces *P2*. Now suppose that *B* claims that *A* is discriminating against *P2*. The first question that we must raise is: are these two products *P1* and *P2* alike? Second question: is *A* discriminating against the foreign product *P2* compared to *A*'s treatment of its domestic product *P1*? If the first question is answered positively (the two products are alike), the second question still needs to be investigated. Namely, were the imported products treated in a less favourable fashion than domestic products? If so, that discrimination is unlawful.

Having understood the non-discrimination rule, let us consider what is particularly relevant for sustainable development and environmental measures. We now ask: may products be treated differently because of process or procedure methods (PPMs)? Considering the above rule that only like products may not be discriminated against, this question only makes sense if the products are still alike. So, the inquiry becomes: may products be discriminated against because of their PPMs even in cases where such PPMs have no effect on the finalised product?

At first, it is not so easy to see why this matter is tricky because the products are still alike — the PPMs that interest us have no difference on the finished product. It would seem that the non-discrimination rule is perfectly applicable in these cases. Despite PPM differences, if the product is alike, discrimination is unlawful. Or is it?

Certain PPMs deserve a closer look. An interesting example is that of distinction based on PPMs concerning the protection of wildlife. For instance, tuna or shrimp PPMs that are unnecessarily cruel or bring

---

<sup>6</sup> See GATT Articles I and III.

about the needless death of dolphins or turtles<sup>7</sup>. In some of these cases, the distinction between like products based on PPMs was deemed *not unlawful*. For instance, in the abovementioned *US-Shrimp case*, the WTO Appellate Body deemed that the United States' distinction based on PPMs was not unlawful because it was a measure to reduce the needless killing of turtles<sup>8</sup>.

The point is that the non-discrimination rule has an "exception"<sup>9</sup>. There are reasons for making an exception to this rule laid down in GATT Article XX. To allow an exception to be made, Article XX makes two demands.

First demand: the case falls under at least one of the exceptions laid down in Article XX's paragraphs. Concerning sustainable development and environmental protection, paragraphs "b" and "g" are what interests us the most here<sup>10</sup>. These paragraphs tell us that members may adopt policy measures (such as a measure of PPM distinction) inconsistent with GATT when these are necessary to protect the health or lives of humans, animals or plants, as well as in cases where such measures are taken for the conservation of exhaustible natural resources.

---

<sup>7</sup> Notice that the product — tuna and shrimp — is exactly the same regardless of whether the fishing methods kill or not kill other animals. Consumers end up with identical seafood on their plate.

<sup>8</sup> The Appellate Body considered the measure as provisionally justified under GATT Article XX, "g." See: WTO Appellate Body Report, *United States-Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, WT/DS58/AB/R, 6 November 1998 (DSR 1998: VII, 2755).

<sup>9</sup> As we will see in section 4.2.2, it is not adequate to talk of a rule as an exception. An exception is the outcome of an argument on whether the rule should be applied, not a reason against applying a rule.

<sup>10</sup> GATT, Article XX: "General Exceptions. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: [...] (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; [...] (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption; [...]."

Second demand: Article XX posits that an exception cannot constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between members where the same conditions prevail nor constitute a disguised restriction on international trade.

The WTO's case law introduces a third demand: there must be a connection between the measure and the goal at hand. For instance, a PPM distinction must be necessary to protect human, animal or plant life/health or the conservation of exhaustible resources. To determine the connection between measures and these goals, the WTO Appellate Body engages in balancing certain factors. For instance, it may consider the environmental contribution made by such distinctions against alternative measures and the adverse effects that restrictive measures would have on free trade.

Again, in the *US-Shrimp case*, the WTO Appellate Body deemed that the United States' measures of PPM distinction were adequate.<sup>11</sup> Such efforts were narrowly focused (instead of being broad discrimination on shrimp importation). It also evaluated that measure against alternatives and its impact on free trade. In the end, the WTO found the distinction not unlawful on the grounds of Article XX paragraph "g." It also found that the measures were consistent with the United States' restrictions on the domestic harvesting of shrimp.

The above concludes the doctrinal explanation of the non-discrimination rule and the PPM distinction as a reason for making an exception to this rule. Before we move on, it is important to emphasise two points. First, in the *US-Shrimp case*, the WTO found that the United States treated WTO members differently (it overlooked the same conditions in certain States, treating other States with more lenience than others). But in the compliance stage of the case, the WTO Appellate Body found that the United States changed its strategy so that its treatment of WTO members was no longer arbitrary.

Second, the matter at hand gives rise to an ongoing doctrinal debate. Many scholars and lawyers disagree with the WTO's decision and its interpretation of GATT's Article XX. However, this discussion is not entirely relevant for our purposes here. Our interest is the idea of

---

<sup>11</sup> WTO Appellate Body Report, *United States-Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, WT/DS58/AB/R, 6 November 1998 (DSR 1998: VII, 2755).

a rule and an exception to that rule. If WTO's legal interpretation is suboptimal, that is a different topic.<sup>12</sup>

#### 4 Defeasibility in Legal Reasoning

In section 2, we have said that deductivism is just one of many models of reasoning. That might have sounded surprising to those who carry the misconception that *reasoning is deducing* and that the conclusions “logically follow” from the premises in good reasoning. That is incorrect. Deductive reasoning is but one model of reasoning. Non-deductive reasoning — such as defeasible reasoning — is just as possible as deductive reasoning (POLLOCK, 1987).

In that regard, defeasible reasoning is an alternative to deductive reasoning. So, it is prudent to make sure we understand what deductive reasoning is. Deductivism can be thought of as a process of top-down reasoning where a conclusion is reached in a reductive manner (GOLDFARB, 2003, p. xiii f.). We apply a general rule that holds over a closed domain of discourse. Then, we narrow the range under consideration until only the conclusion remains. Because of that, we can say that there is no uncertainty in deductivism.

A simple example can help us understand what is going on. Consider the first statement: “*all humans are mortal.*” That is our general rule; it says that all individuals belonging to the human category are mortal. Now, consider the second statement: “*Socrates is a human.*” That is a narrower sentence. It says that a specific individual, Socrates, belongs to the category human. From these two statements, which we can call premises, a conclusion follows: “*Socrates is mortal.*” We can conclude that Socrates is mortal because premise two tells us that Socrates is an individual of the human category, and premise one tells us that all individuals of the human variety are mortal. If Socrates is a human and all humans are mortal, therefore, Socrates is mortal. The two premises, together with the conclusion is our argument. In this case, the argument is deductively *valid* — it is impossible for its premises to be true and its

---

<sup>12</sup> We direct the interested reader to Calle Saldarriaga (2018); Howse e Regan (2000); Kysar (2004) e Steinberg (2004).

conclusion false. The argument is also *sound*: not only it is valid, but all its premises are indeed true<sup>13</sup>.

In turn, defeasible reasoning and defeasibility are linked to processes that respond to normal inputs with certain kinds of results (default outcomes) but deliver different results when such inputs are supplemented with further elements (KOONS, 2017; POLLOCK, 1987).

A popular example used to explain defeasible reasoning is that of Tweedy the bird<sup>14</sup>. Suppose we are just told that Tweedy is a bird. We know that birds can typically fly. Because of that, we are justified to conclude that Tweedy can fly. After all, Tweedy is a bird. Assume, however, that we are now introduced to new information: Tweedy is a penguin. We will link this new input to our knowledge that penguins are birds that do not fly. Because of this new input, we will naturally reject the earlier conclusion that Tweedy flies. Our new conclusion will be that Tweedy is a bird, but she is a bird of a particular kind — a penguin — that the default rule — birds can fly — does not apply<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> It is easy to think of a valid but unsound argument. For example: all dogs are yellow. Fido is a dog. Fido is yellow. That is a valid but unsound argument. It is unsound because its premises are not true (not all dogs are yellow). Nevertheless, it is a valid argument because it would be impossible for its conclusion to be false if its premises were true. In a world where all dogs are indeed yellow, if Fido is a dog, then Fido is yellow.

<sup>14</sup> For instance, Sartor (2018, pp. 66–67) makes use of an identical example to explain defeasibility.

<sup>15</sup> The above is a relevant example because it emphasizes the fact that the input is *new*, indicating how defeasibility is connected to a procedural view of reasoning and the increase of inputs over time. That is one of the distinctions between non-monotonic systems of logic and defeasibility. “A system of logic is monotonic if and only if it is such that if a set of sentences  $S^*$  is a superset of  $S$ , the conclusions  $C^*$  that follow according to this logic from  $S^*$  is a superset of the set  $C$  of conclusions that follow from  $S$ ” (HAGE, 2005a, p. 8).

Classic deductive logic is monotonic. New input does not alter the set of previously justified conclusions drawn from earlier input. Meanwhile, defeasible reasoning is linked to a non-monotonic logic. As Sartor (1995) claims: “Defeasible reasoning schemata license non-monotonic reasoning: Their conclusions may need to be abandoned when new information is available.”

But the two are not identical. Defeasibility is connected to the increase of inputs over time. In a first moment, when an initial set of inputs is available, one is justified to

## 4.1 Reasons and Defeaters

### 4.1.1 Reasons

We can implement defeasibility by means of reasons and defeaters for those reasons (POLLOCK, 1975, p. 42 f., 1987, p. 483 f.; POLLOCK; CRUZ, 1999, p. 196 f.)<sup>16</sup>. Let us first talk about reasons<sup>17</sup>, and then we can look at defeaters<sup>18</sup>.

A reason is a fact that pleads *for* or *against* a particular conclusion (a *pro* and a *con* reason, respectively). For example: (i) the fact that it is raining is a con reason for going to the beach. (ii) The fact that it is raining is a pro reason to bring an umbrella when going outside. (iii) the fact a polygon has three edges and three vertices is the reason why it is a triangle. (iv) The fact that the water was heated above 100° C (212° F) is a reason it will evaporate. And (v) the fact that the dog barked is the reason the baby got scared, which led the baby to start crying.

Notice that as the five examples show, there are distinct kinds of reasons: “i” and “ii” are practical reasons that guide behaviour (not go to the beach or bring an umbrella). In contrast, “iii” is a reason that makes something the case (the polygon, a triangle). Other reasons, like “iv,” cause events (water evaporates at 100° C or 212° F). Finally,

---

draw certain conclusions. At a second moment in time, when more inputs become available (the set has gained more elements), not all of the previously conclusions are still justified now. In turn, non-monotonicity is not connected to time. Non-monotonicity is a characteristic of a logical system where valid conclusions of a theory are not necessarily a subset of the valid conclusions of every superset of this theory (HAGE, 2005b, p. 233–234).

<sup>16</sup> It is relevant to emphasise that there are many kinds of defeasibility. Hage (2005a), for instance, distinguishes between ontological, conceptual, epistemic, justification, and logical defeasibility. In this paper, we focus on the defeasibility of reasons.

<sup>17</sup> On reasons and the law, see: Hage (1997, 2005c, 2015) and Raz (2002).

<sup>18</sup> The connection between defeaters and the law has already been the object of past studied such as the classic work by Raz “Practical Reason and Norms” (2002) who talks of “exclusionary reasons.” In international law, the topic has been dealt by publications such as Hage and Waltermann (2017); Hage, Waltermann and Arosemena Solorzano (2018).

reasons like “v” explain past events and their connection (dog barks, baby gets scared, scared baby cries).

In any case, all reasons are facts that are relevant to other facts. When we notice that such a connection between facts is not a one-time occurrence but something prone to repetition, we realise that reasons can be universalised (HAGE, 2015). Universalising a reason allows us to obtain a general connection between kinds of facts.

Suppose that a *fact-X<sub>1</sub>* is a reason for a *fact-Y<sub>1</sub>*. It might as well be possible that in other cases of *fact-X*, such as *fact-X<sub>2</sub>*, *fact-X<sub>2</sub>* will be a reason for a *fact-Y<sub>2</sub>*. As such, we can universalise *fact-X<sub>n</sub>* as a reason for *fact-Y<sub>n</sub>*. An example: the fact that Mia studied for her tort law exam is a reason for the fact that Mia passed the tort law exam. We can universalise the connection between these two facts by saying that if Mia studies for her exam, she will pass her exam.

Universalising reasons is fascinating because a rule can make such a connection. An example of universalisation in international law is the connection between discrimination of like products and the unlawful nature of such acts. That connection is brought by the non-discrimination rule that posits that these kinds of acts are unlawful.

The problem is that *fact-X<sub>n</sub>* may be a reason for *fact-Y<sub>n</sub>* in general cases but not under all circumstances. There might be extraordinary circumstances that challenge the connection between these two facts. For instance, the fact that Mia studied for her exam will not necessarily be connected to her passing the exam if Mia’s memory is unreliable, causing her to forget everything she studied quickly.

The erratic connection between facts is commonly caused by there being multiple reasons, some pleading for and against a conclusion. In practice, it is often necessary to balance such reasons to uncover which kinds of reasons (pro or con) have more weight. In our example, it might be that having unreliable memory outweighs studying for the exam. As such, the conclusion Mia will pass her exam might no longer obtain.

We must too consider that there is a twofold division on the kinds of reasons in play. In most cases, we are dealing with *contributory reasons*<sup>19</sup>. These are reasons that plead into a particular

---

<sup>19</sup> Pollock calls them “*prima facie* reasons” (POLLOCK, 1987).

direction (pro or con) but may have to be balanced against other reasons pleading in the opposite direction. That is the case of Mia studying for her exam being balanced against her having unreliable memory.

But there are also *decisive reasons*. These reasons do not need balancing. For example, the fact that a polygon has three edges and three vertices is a decisive reason that it is a triangle; there is nothing to balance. Finally, it is important to mention that when a contributory reason leads to a conclusion, it does not turn into a decisive reason. It is still a contributory reason, but it has prevailed when balancing reasons pleading in the opposite direction (HAGE, 2015).

#### 4.1.2 Defeaters

We have already begun talking about defeaters, even if we had not mentioned them by name. Reasons that defeat contributory reasons are defeaters (POLLOCK, 1987, p. 484). Pollock provides an interesting definition of defeaters as follows: “If  $P$  is a logical reason for  $S$  to believe that  $Q$ , then  $R$  is a defeater for this reason [if and only if] the conjunction ( $P \ \& \ R$ ) is not a logical reason for  $S$  to believe that  $Q$ ” (1975, p. 42).

For example, the fact that my smartphone is connected to the charging cable ( $P$ ) is a *reason* for me ( $S$ ) to believe that my smartphone is charging ( $Q$ ), the fact that the charging cable is not connected to any power source ( $R$ ) is a *defeater* for that reason if the conjunction smartphone connected to charging cable and charging cable not connected to any power source ( $P \ \& \ R$ ) is not a reason for me ( $S$ ) to believe that my smartphone is charging ( $Q$ ).

Defeaters are not only relevant with reasons to believe, as Pollock leads us to think. Nor they are exclusive for reasons for action (RAZ, 2002). Defeaters are relevant for all reasons (HAGE; WALTERMANN; AROSEMENA SOLORZANO, 2018). For instance, Mary looking like Lucy is a pro reason for concluding that they are related. A DNA test pointing out that they have different genetic makeup is a defeater for that conclusion. In the same way that the fact that Jim stole something from the supermarket is a reason that

Jim is a thief that ought to be legally prosecuted. Jim being a three-year-old kid is a defeater for that conclusion.

Having understood what a defeater is and how it affects certain reasons, we can propose to (re)define contributory reasons as reasons for which there are defeaters. As such,  $P$  is a contributory reason for  $Q$  if and only if  $P$  is a reason for  $Q$  and there is a  $R$ , which is a defeater for  $P$  as a reason for  $Q$ , and  $R$  is consistent with  $P$ <sup>20</sup>.

An example to make this more concrete. The fact that Mia studied for her exam ( $P$ ) is a contributory reason for her passing her exam ( $Q$ ) if and only if studying for her exam ( $P$ ) is a reason for passing her exam ( $Q$ ) and there is a case, such as Mia having an unreliable memory ( $R$ ), which is a defeater for her having studied for her exam ( $P$ ) as a reason for her passing her exam ( $Q$ ), and her having unreliable memory ( $R$ ) is consistent with her having studied for her exam ( $P$ ) (i.e., she can both have studied for the exam and have unreliable memory).

There are two kinds of defeaters. The first kind is what we will call a *rebutting defeater*. If  $P$  is a contributory reason for  $Q$ , then any reason  $R$  for the falsity of  $Q$ , even though  $P$  is true, is a rebutting defeater — this first kind of defeater attacks  $Q$ . The example above serves us once more. Mia having unreliable memory ( $R$ ) is a rebutting defeater for having passed the exam ( $Q$  is false) even though she studied for it ( $P$  is true).

We call the second kind an *undercutting defeater*. Unlike rebutting defeaters (which attack  $Q$ ), undercutting defeaters attack the conditional connection *if  $P$  then  $Q$* . For example, an undercutting defeater attacks the link from the fact that Mia studied for the exam ( $P$ ) to her passing the exam ( $Q$ ) in a case in which she studied for tort law when the exam was for labour law. Notice that this defeater works *not* by claiming that  $Q$  is false (not passing the exam) but by claiming that the seeming connection between  $P$  and  $Q$  is not present. Mia studying for the wrong exam (tort law) has no relation to passing the proper exam (labour law). Again, that is not to say that Mia will fail her exam, but just that the fact (studying for the tort law exam

---

<sup>20</sup> Here we use consistency with its traditional meaning. A set of statements is consistent if and only if it is logically possible that all sentences in the set are true. If that is not possible, the set is inconsistent (HODGES, 1977, p. 13).

[P]) and the conclusion (passing the labour law exam [Q]) are not connected. In other words, the fact is no reason at all for the conclusion.

To finalise this explanation, notice that in a rebutting defeater, there is a balancing of reasons. The connection between facts is preserved, but the defeater brings us reasons against the initial conclusion (the defeater may outweigh the reason). In an undercutting defeater, something that usually counts as a reason for a particular conclusion exceptionally does not count as a reason at all for that conclusion (the defeater excludes the reason)<sup>21</sup>.

## **4.2 Reasoning With Rules and Exceptions**

### *4.2.1 Legal constructivism, applicability and rule application*

There are many differences between legal rules and statements. For one, statements aim to describe the world. If they are successful in doing so, they are true. If they fail, they are false. For example, the statement “*the Congo is larger than Belgium*” is true because it effectively describes a state of affairs that obtains in the world (i.e., a fact). Meanwhile, “*Argentina shares a border with Kazakhstan*” is false because that is not the case in the world (that state of affairs that does not obtain, i.e., a non-fact).

In turn, rules are not true nor false. They have no interest in describing the world. Rules try to affect change in the world. In a world where the rule *that the discrimination of like products is unlawful* exists (i.e., it is valid), that rule makes it the case that such discrimination is unlawful.

In short, statements have a word-to-world direction of fit. Statements are successful (in the sense of being true) if their content matches the content of the world. Rules have a world-to-word direction of fit. They are successful (exist/valid) if they affect states of affairs in effect in the world<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> That is one of the reasons why Raz calls undercutting defeaters “exclusionary reasons” (RAZ, 2002).

<sup>22</sup> The notion of direction of fit is inspired by Aquinas (1981 Part I, Question 21, Article 2), developed by Anscombe (2000, p. 56 f.) and popularised by Searle (1975, 1995, 2010).

Moreover, different from statements that seem to operate autonomously, rules demand *application*. This is an essential difference that deserves a moment of our time. Some share the feeling that legal interpretation is an activity that merely uncovers (or reconstructs) the effects of rules in the world. That seems intuitive when dealing with easy cases: a rule posits that thieves are punishable. John is a thief. John is punishable. No fuss.

Hard cases challenge such intuitions, however. A hard case is a legal case where genuine disagreements flourish, and there is no clear answer. In such cases, the conclusion is evidently not a mere process of discovery of a pre-made answer, but an industrious construction brought by reasoning and argumentation of legal scholars, lawyers and officials.

The difference between easy and hard cases brings us to a fork in the road. On one side, we could claim that the law can somehow tell the difference between easy and hard cases, operating autonomously on the former but awaiting construction for the latter cases. How the law has such sapience stays a mystery, though. The other path leads us to conclude that legal reasoning is constructive in both easy and hard cases. The difference is that the answers are more predictable in easy cases, leading to less disagreement between scholars and lawyers. Without much argument, we will here choose the second path, given that it seems more sensible<sup>23</sup>.

Legal reasoning is, therefore, a constructive activity. That is relevant for us because it reveals a rift between a rule's *applicability* and its *application*. The fact that a rule is applicable to a case (i.e., a fact-situation) is not always connected to that rule's application to a case<sup>24</sup>.

---

Notice, however, that the rule's ability to affect the world is not connected to a rule's efficacy but merely its fact constitution capabilities. See: Hage (2018, pp. 60-61).

<sup>23</sup> Given the limitations of space, that was an incomplete explanation of hard cases and legal disagreements. For a full account, see: Dworkin (1978, 1986); Levenbook (2015); Shapiro (2007); Smith (2015). On legal constructivism, see: Hage (2012a, 2012b).

<sup>24</sup> On the difference between application and applicability, see: Hage (1997, 2005c); Hage and Waltermann (2017); Hage, Waltermann and Arosemena Solorzano (2018).

A rule is *applicable* to a case if (i) the rule exists, i.e., is valid, (ii) the case falls within the rule's (temporal, territorial, and personal) scope, and (iii) the case satisfies the rule's conditions.

For example, the rule that the use of force is unlawful is applicable to a case where State *A* uses force against a military vessel flying the flag of State *B* because that rule is valid, the case falls within the scope of that rule, and the case satisfies the rule's conditions (the act was an act of the use of force). That same rule will not be applicable to a second case where *A* "uses force" in its territorial sea against a private vessel in the context of maritime law enforcement activities<sup>25</sup>. It is not applicable because this second case falls outside the rule's scope and its conditions are not satisfied.

A rule is *applied* when it attaches its legal consequences to a case. We can say that the rule that the use of force is unlawful is applied to the case of *A*'s act against *B* when that rule attaches the consequence is unlawful, thereby turning *A*'s act into an unlawful act. We could say something similar about the rule of non-discrimination. It is applied to a case when it attaches the consequence is unlawful to a case where one discriminates like products.

#### 4.2.2 *Exceptions*

Having understood applicability, what is now interesting is to explore the possibility of an *applicable* rule, which is, nevertheless, *not applied* to a case: an exception. We can say that an exception to a rule is made when an applicable rule is, for some reason, not applied. Given that the rule is not applied, it does not attach its legal consequences to the case.

Let us focus on the non-discrimination rule and PPM distinctions. We can notice that the WTO allows exceptions to the rule on non-discrimination in some instances where the products are alike but PPMs justify a distinction based on environmental protection or sustainable development, *inter alia*.

---

<sup>25</sup> Maritime law enforcement and its connection to the use of force in international law is explored by (MARCOS; MELLO FILHO, 2019).

What is happening in these cases? The non-discrimination rule is applicable: the rule is valid, the case falls within the rule's scope, and the case at hand matches the rule's conditions. But the applicable rule is not applied, i.e., an exception was made. The exception was made because of a meta-rule (a rule about rules) stemming from Article XX GATT that gives us reasons for not applying an applicable rule.

How can we rationally explain what is happening here? It is not evident how deductive logic can explain exceptions. As seen above (section 2), on valid deductive reasoning, it is impossible for the premises to obtain and the conclusion nevertheless to not obtain. (So, the applicable rule should always be applied.) But here we are dealing with an exact situation where the premises (a rule's applicability) obtains but the conclusion (a rule's application) does not follow. The opposite of what should happen according to deductive reasoning.

Fortunately, by adopting a defeasible logic, such situations can easily be explained. Herein we will use one iteration of defeasible logic called "reason-based logic" (RBL). We choose it because it provides an elegant way to balance reasons<sup>26</sup>. Instead of reasoning with syllogisms ("if conditions, then conclusion"), which leave no room for exceptions to a rule nor the balancing of reasons, RBL gives the centre stage to reasons. That makes it easy to account for balancing reasons and exceptions to rules.

We already know what reasons are, and if multiple reasons are pleading for or against a conclusion, we must balance such reasons. The outcome of this operation is a decision on which reasons (pro or con) outweigh the other set. It is important to remember that the *presence* of a (pro or con) contributory reason in itself does not determine the conclusion. Only the *balancing* of (pro and con) contributory reasons can lead to the conclusion.

Analogously, a rule's applicability to a case is a contributory reason for applying that rule to that case. We can even say that a rule's applicability is a strong reason for applying a rule to a case in normal circumstances. But remember that a rule's application is not an

---

<sup>26</sup> Reason-based logic was developed mainly by Hage (1997, 2005c). See also: Hage and Verheij (1994). Nevertheless, there many different logics for defeasible reasoning. For an overview, see: Brožek (2014).

autonomous operation — it is an act that depends on an underlying decision.

In a rational setting, a rule is applied to a case if there are reasons for applying a rule to that case. Nonetheless, there are instances where an applicable rule is not applied. That can be explained by the existence of reasons against applying an applicable rule. If the reasons against the application of an applicable rule prevail, we have got ourselves an exception. Notice that the exception is the outcome of an argument on whether the rule should be applied, not a reason against its application<sup>27</sup>.

There are many reasons for not applying an applicable rule. Two popular reasons are that, first, applying an applicable rule would lead to a rule conflict with another applicable rule, and, second, applying the applicable rule to that case would violate that rule's purpose. Let us see an example for each.

#### 4.2.2.1 Making an exception in case of conflicting rules

Consider that State *A* uses force against State *B*. That case allows us to draw the defeasible conclusion that State *A*'s act is unlawful given the rule that acts of use of force are unlawful. Without further input, we only have reasons to apply the rule that acts of use of force are unlawful to this case. Suppose, however, that we are now introduced to information that *A* used force against *B* in self-defence. We know that there is another rule positing that acts of use of force in self-defence are not unlawful<sup>28</sup>.

Now, we have two applicable rules, one positing that *A*'s act is unlawful and another that it is not unlawful. If applied, these two rules attach incompatible legal consequences to a case — the act will be both unlawful and not unlawful, which is incompatible according to the logical rule of non-contradiction (BARKER-PLUMMER *et al.*, 2011, p. 137). The fact that these two rules can attach incompatible

---

<sup>27</sup> This important distinction is explained in: Hage and Waltermann (2017); Hage, Waltermann and Arosemena Solorzano (2018).

<sup>28</sup> See footnote 4 above.

consequences is a reason to make an exception to one of them. But which rule?

We can make use of meta-rules that remove conflicts by giving reasons for making an exception to one of the conflicting rules (MARCOS; WALTERMANN; HAGE, 2021). For example, *lex superior, specialis, and posterior*. In this case, it makes sense to use *lex specialis* — the rule that the use of force in self-defence is not unlawful is more specific than the general rule that posits that such acts of use of force are unlawful.

By balancing reasons for and against applying each of the conflicting rules to the case, our outcome may be that we should make an exception to the rule that use of force is unlawful and decide not to apply that rule (even though it is still applicable the case). If we follow through, we have made an exception to that rule in favour of the rule that the use of force in self-defence is not unlawful.

#### 4.2.2.2 Making an exception because applying a rule to a case would violate that rule's purpose

Let us once more focus on the non-discrimination rule and PPM distinctions. Consider a case where State *A* discriminates against like products *P1* and *P2* where *P1* is a domestic product and *P2* is produced by State *B*. We can already tell that the non-discrimination rule is applicable to this case, which is a contributory reason for applying it to the case. Nevertheless, *A* contends that its discrimination against *P2* is grounded on PPM distinctions — the process/procedure used by *B* to produce *P2* is responsible for cruelty against wildlife and may lead to the exhaustion of natural resources.

Suppose that this case meets all demands made by Article XX. the case falls within one of the exceptions laid down in Article XX, *A*'s action is not a disguised arbitrary discrimination or restriction on international trade, and there is a connection between *A*'s measure (restricting *P2* imports) and the goal at hand (environmental protection). Thus, we have reasons for applying the non-discrimination rule (the rule is applicable to the case) but we also have reasons for not applying it.

Notice that, like the WTO Appellate Body, we will need to balance these reasons. It might be the case that *A*'s measure was too strict, having far-reaching adverse effects on free trade. Imagine that *B*'s PPMs are cruel against wildlife but restricting all *P2* imports would lead to an economic crisis in that sector. That would be a contributory reason *against* making an exception to the non-discrimination rule. Equally, we must also consider protecting wildlife and the conservation of exhaustible natural resources as reasons for making an exception to that rule.

Suppose we balance the reasons and conclude that the reasons for making an exception outweigh the reasons for applying the applicable rule. In this case, we will have made an exception to the rule and will have not applied the applicable rule. In such a situation, the reasons against applying the rule would have worked as a *rebutting defeater* to the rule's application. The connection between facts is preserved, but the defeater gives reasons against the initial conclusion (applying the applicable rule).

Alternatively, the exception can also work as an *undercutting defeater*. Suppose that in our reasoning, instead of deeming that environmental protection works as a reason against applying the applicable rule, we understand that the fact (the rule's applicability) which would typically count as a reason for a conclusion (the rule's application) does not count as a reason after all.

It does not count as a reason because, in this alternative case, the discrimination of like products is motivated by a case of environmental protection with far-reaching consequences — consequences that would lead to grave disadvantages to international free trade due to the potential exhaustion of essential natural resources. For instance, imagine that *B*'s PPM for producing *P2* will lead to the extinction of many species of marine wildlife in a matter of months, which will ultimately cause an economic crisis jeopardizing free trade.

In this last scenario, the defeater works by excluding the reasons for applying the rule. Something (the rule's applicability) which would generally count as a reason for a conclusion (applying the rule), does not count as a reason in an exceptional situation (applying the applicable rule would violate that same rule's purpose). The main

difference between the two scenarios is that in the rebutting defeater, the exception was made because we considered that environmental protection outweighed free trade. In the second scenario, we are dealing with an undercutting defeater because the consequences of applying the non-discrimination rule would violate that rule's purpose. Applying a rule developed to protect free trade would end up threatening free trade.

#### *4.2.3 Deductivist retort*

Deductivists might claim that the criticisms made above are unreasonable. They can try to salvage deductive reasoning by claiming that legal reasoning is not defeasible; there are no real exceptions. These "exceptions" are just hidden rule conditions. They could claim that we can rearrange a rule and its "exception" into a derived rule that has no exceptions. So, the non-discrimination rule and its possible "exceptions" in the case of a PPM distinction grounded on environmental or sustainable development reasons could be conjoined into an all-encompassing rule with no need for exceptions.

That can be easily counterargued (HAGE; VERHEIJ, 1994; HAGE; WALTERMANN; AROSEMENA SOLORZANO, 2018). First, the development of such derived rule ignores the shift in the burden of proof when exceptions are in play. In a legal procedure filed by *B* against *A*, the burden to prove that *A* is discriminating a product produced by *B* falls on *B*. In turn, the burden to invoke a defeating condition for the unlawful nature of such discrimination falls on *A*. In other words, while *B* is responsible for presenting reasons for applying the non-discrimination rule, *A* must give reasons for making an exception to that rule. If we try to join the rule with the "exception" into a derived rule, we will be ignoring the law's procedural dimension.

Second, it is not easy to imagine how this derived rule would look like when considering all possible cases for making an exception. Demanding such a formulation would make it extremely complicated to determine the conditions of a rule unless we know precisely to what cases a rule can and cannot be applied. Only by the complete enumeration of the cases to which we can apply a rule we would be

able to locate all the hidden rule conditions. Consequently, rules would become less instrumental for figuring out the consequences of a case, given that we would need first to know if a rule is to be applied before we can even know what the rule's conditions are.

## 5 Final Remarks

In this paper, we have seen how exceptions can be perceived as defeaters. To do that, we first analysed the WTO's case law concerning the non-discrimination rule and PPM distinctions. We then concluded that such exceptions could be both rebutting as well as undercutting defeaters. This was made possible by abandoning deductive logic and adopting a defeasible logic like RBL. This logic abandons a syllogistic-deductive style of reasoning where premises (conditions) and conclusions are absolutely linked. It gives the centre stage to reasons, allowing the logic to account for the balancing of reasons in favour (pro) and against (con) a conclusion and exceptions to rules.

Thinking of legal reasoning as defeasible reasoning might be the cause of some anxiety. As trained lawyers and scholars, we are habituated to look for firm grounds to deduce conclusions. The problem is that following such a framework proves to be problematic. Legal deductivism gives rise to mismatches between legal practice and our way of rationalising it. The law demands a broad connection between a rule's conditions and its conclusions, but it allows a certain level of contradiction. For that reason, it seems more profitable to look at international law not as a consistent set of deductive axioms but as a toolbox for legal argumentation. This outlook can help us understand international law's expansion and better manage its ever-growing ruleset.

## References

ANSCOMBE, G. E. M. **Intention**. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000.

AQUINAS, T. **Summa Theologica**. Complete English Edition ed. Westminster: Christian Classics, 1981.

BARKER-PLUMMER, D. *et al.* **Language, Proof and Logic**. 2. ed. Stanford: Center for the Study of Language and Information, 2011.

BENVENISTI, E. The Conception of International Law as a Legal System. **German Yearbook of International Law**, v. 50, 2008, pp. 393-405.

BHAGWATI, J. N. US Trade Policy: the Infatuation with FTAs. **Columbia University, Discussion Paper Series**, n. 726, 1995.

BROŽEK, B. Law and Defeasibility. **Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava**, n. 23, 10 nov. 2014, pp. 165-170.

CALLE SALDARRIAGA, M. A. Sustainable Production and Trade Discrimination: an Analysis of the WTO. **ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, v. 11, 26 fev. 2018.

DÖRR, O. **Use of Force, Prohibition of**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford: Oxford University Press, ago. 2019 (Nota técnica).

DUARTE D'ALMEIDA, L. On the Legal Syllogism. *In*: PLUNKETT, D.; SHAPIRO, S.; TOH, K. (Eds.). **Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 335-364.

DUPUY, P.-M. 2000-2020: twenty years later, where are we in terms of the unity of international law? **Cambridge International Law Journal**, v. 9, n. 1, 1 jun. 2020, pp. 6-23.

DWORKIN, R. Hard Cases. *In*: **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 81-130.

DWORKIN, R. **Law's Empire**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

GOLDFARB, W. D. **Deductive logic**. Indianapolis. In: Hackett Pub, 2003.

GROSS, L. The Peace of Westphalia, 1648-1948. **The American Journal of International Law**, v. 42, n. 1, 1948, pp. 20-41.

GUERRA, G. R.; MARCOS, H. J. B. Intervenção Humanitária à Brasileira: uma análise da responsabilidade ao proteger. In: CAMPELLO, L.; WINTER, L. (Eds.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Florianópolis: CONPEDI, v. I, 2016, pp. 132-152.

GUERRA, G. R.; MARCOS, H. J. B. A Santa Aliança Contra-Ataca: uma análise crítica do Globalismo Jurídico Contemporâneo a partir dos escritos de Danilo Zolo. **XII Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, v. 1, 2017, pp. 61-82.

HAGE, J. Construction or Reconstruction? On the Function of Argumentation in the Law. In: DAHLMAN, C.; FETERIS, E. (Eds.). **Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives**. Dordrecht: Springer, 2012b, pp. 125-144.

HAGE, J. Dialectical Models in Artificial Intelligence and Law. In: **Studies in Legal Logic**. Law and Philosophy Library. Dordrecht: Springer, 2005b, pp. 227-264.

HAGE, J. **Foundations and Building Blocks of Law**. The Hague: Eleven International Publishing, 2018.

HAGE, J. Law and Defeasibility. In: **Studies in Legal Logic**. Law and Philosophy Library. Dordrecht: Springer, 2005a, pp. 7-32.

HAGE, J. Legal Reasoning and the Construction of Law. **i-Lex - Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale**, n. 16, 2012a, pp. 81-105.

HAGE, J. Reason-Based Logic. *In: Studies in Legal Logic*. Law and Philosophy Library. Dordrecht: Springer, 2005c, pp. 69-100.

HAGE, J. **Reasoning with Rules: an Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic**. Dordrecht: Springer Science + Business, 1997.

HAGE, J. The Justification of Value Judgments: Theoretical foundations for arguments about the best level to regulate European private law. *In: AKKERMANS, B. et al. (Eds.). Who does what? on the allocation of regulatory competences in European private law*. *Ius Commune Europaeum*. Cambridge; Maastricht: Intersentia; Metro, 2015, pp. 15-56.

HAGE, J.; VERHEIJ, B. Reason-based logic: a logic for reasoning with rules and reasons. **Information & Communications Technology Law**, v. 3, n. 2-3, 1994, pp. 171-209.

HAGE, J.; WALTERMANN, A. Logical Techniques for International Law. *In: KRIMPHOVE, D.; LENTNER, G. (Eds.). Law and Logic: Contemporary Issues*. Berlin: Duncker und Humblot, 2017, pp. 125–142.

HAGE, J.; WALTERMANN, A.; AROSEMENA SOLORZANO, G. Exceptions in International Law. *In: BARTELS, L.; PADDEU, F. (Eds.). Exceptions and Defences in International Law*. United Kingdom: Oxford University Press, 2018, pp. 11–34.

HODGES, W. **Logic**. Harmondsworth ; New York: Penguin, 1977.

HOWSE, R.; REGAN, D. The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining “Unilateralism” in Trade Policy. **European Journal of International Law**, v. 11, n. 2, 1 fev. 2000, pp. 249-289.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION; GUILLAUME, G. **Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of**

**Justice, received by the United Nations Security Council** — No. 2001/30, 30 October 2001. International Court of Justice, 30 out. 2001. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20011030-PRE-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020

INTERNATIONAL LAW COMMISSION; KOSKENNIEMI, M. **Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law**. Report of the Study Group of the International Law Commission - Finalized by Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682), 58th Session, (Geneva, 1 May - 9 June and 3 July - 11 August 2006), 13 abr. 2006. Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_l682.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf). Acesso em: 3 abr. 2020.

KELSEN, H. **Pure Theory of Law**. Tradução: Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967.

KELSEN, H. On the Practical Syllogism. *In: Essays in Legal and Moral Philosophy*. Dordrecht: Springer Netherlands, 1973, pp. 257-260.

KESSLER, O.; KRATOCHWIL, F. Functional differentiation and the oughts and musts of international law. *In: ALBERT, M.; BUZAN, B.; ZURN, M. (Eds.). Bringing Sociology to International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 159-181.

KOONS, R. Defeasible Reasoning. *In: ZALTA, E. N. (Ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2017 ed. [s.l.] Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017.

KOSKENNIEMI, M. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. **Modern Law Review**, v. 70, n. 1, jan. 2007, pp. 1-30.

KOSKENNIEMI, M.; LEINO, P. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. **Leiden Journal of International Law**, v. 15, n. 3, set. 2002, pp. 553-580.

KYSAR, D. A. Preferences for Processes: the Process/Product Distinction and the Regulation of Consumer Choice. **Harvard Law Review**, v. 118, n. 2, dez. 2004, p. 525.

LEVENBOOK, B. B. Dworkin's Theoretical Disagreement Argument. **Philosophy Compass**, v. 10, n. 1, jan. 2015, pp. 1-9.

LUHMANN, N. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MARCOS, H. J. B. **A Apreciação Judicial dos Atos do Conselho de Segurança pela Corte Internacional de Justiça em uma Perspectiva Kelseniana**. Dissertação de Mestrado (Ciências Jurídicas) – João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), 2018.

MARCOS, H. J. B.; GUERRA, G. R. Foxes in the Henhouse: Legal Critique to the “Jus Bellum Justum” Doctrine for Humanitarian Intervention through the Responsibility to Protect. **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 2, n. 59, 12 abr. 2020, pp. 47-77.

MARCOS, H. J. B.; MELLO FILHO, E. C. Complexidades Jurídicas Relativas à Execução da Lei e ao Uso da Força no Mar. *In*: TOLEDO, A. P. *et al.* (Eds.). **Direito do Mar**: reflexões, tendências e perspectivas. Belo Horizonte: D'Plácido, v. 3, 2019, pp. 237-262.

MARCOS, H. J. B.; WALTERMANN, A.; HAGE, J. **From Sovereignty to International Cooperation**: Lessons from Legal Logic and Social Ontology. National Sovereignty and International Co-operation: The Challenges of Navigating Global Crises. 10<sup>th</sup> Annual Conference of the Cambridge International Law Journal. Cambridge: Cambridge Journal of International Law, 18 mar. 2021.

MENEZES, W. **Ordem Global e Transnormatividade**. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2005.

MENEZES, W. A ONU e o Direito Internacional Contemporâneo. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (Ed.). **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo** (Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, 7 a 9 de novembro de 2005). Brasília: Funag, 2007, p. 460.

MENEZES, W.; MARCOS, H. International Law Post-Pandemic. In: SALINAS, G. L. O. (Ed.). **Lo Multidisciplinario del Antes y Después del Covid-19**. Ciudad de México: Thomson Reuters, 2020.

PETERS, A. The Refinement of International Law: from Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 3, 30 out. 2017, pp. 671-704.

POLLOCK, J. L. Defeasible Reasoning. **Cognitive Science**, v. 11, n. 4, out. 1987, pp. 481-518.

POLLOCK, J. L. **Knowledge and Justification**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1975.

POLLOCK, J. L.; CRUZ, J. **Contemporary Theories of Knowledge**. 2. ed. Lanham: Roman & Littlefield, 1999.

POSTEMA, G. J. “Protestant” Interpretation and Social Practices. **Law and Philosophy**, v. 6, n. 3, dez. 1987, p. 283.

PROST, M. **The Concept of Unity in Public International Law**. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2012.

RAZ, J. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SAND, P. H. Mesopotamia 2550 B.C. The Earliest Boundary Water Treaty. **Global Journal of Archaeology & Anthropology**, v. 5, n. 4, 27 jul. 2018.

SARTOR, G. Defeasibility in Legal Reasoning. *In*: BANKOWSKI, Z.; WHITE, I.; HAHN, U. (Eds.). **Informatics and the Foundations of Legal Reasoning**. Law and Philosophy Library. Dordrecht: Springer Netherlands, v. 21, 1995, pp. 119-157.

SARTOR, G. Defeasibility in Law. *In*: BONGIOVANNI, G. *et al.* (Eds.). **Handbook of Legal Reasoning and Argumentation**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2018, pp. 315-364.

SEARLE, J. R. A Taxonomy of Illocutionary Acts. **Language, Mind, and Knowledge**. Minnesota Studies in the Philosophy of Science, v. 7, 1975, pp. 344-369.

SEARLE, J. R. **Making the Social World: the Structure of Human Civilization**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SEARLE, J. R. **The Construction of Social Reality**. New York: Free Press, 1995.

SHAPIRO, S. J. The “Hart-Dworkin” Debate: a Short Guide for the Perplexed. *In*: RIPSTEIN, A. (Ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 22-55.

SMITH, D. Agreement and Disagreement in Law. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, v. 28, n. 1, jan. 2015, pp. 183-208.

STEINBERG, R. H. Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints. **The American Journal of International Law**, v. 98, n. 2, 2004, pp. 247-275.

TRUYOL Y SERRA, A. **História do Direito Internacional Público**. Lisboa: Instituto Superior de Novas Profissões, 1996.



## CAPÍTULO 12

# THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION CONTRIBUTION TO ACHIEVE THE 2030 AGENDA: Case Hinkley Point C

*Jamile Gonçalves Calissi  
Mariana Passos Beraldo*

**Abstract:** The study analyzed the CJEU's judgment to verify whether the decision converges with the Sustainable Development Goals and helps achieve social rights. As for the methodology, it's applied nature research; the research problem was approached from a qualitative perspective and with an explanatory objective; bibliographical review, documental research, and analysis of the CJEU's case were the technical research instruments used. The investigation result shows that the CJEU has resorted to the idea of sustainable development; however, the Court's decision was materialized in a scenario marked by controversy. Therefore, the leading case regarding nuclear energy and sustainability can be considered controversial. It was observed that literature, rulings, and judicial decisions on sustainable development need to be better explored. Te work contributes to advancing the analysis of judgments and approaching divergent and often distant themes. Moreover, the systematization presented can serve as a reflection guide for jurists and policymakers.

**Keywords:** Sustainable development; 2030 Agenda; Nuclear energy; Sustainability; State aid.

## **Introduction**

Sustainable development policy aims to achieve the integrated management of appropriate institutional policies at all levels or scales

of development. States recognized the need for a global social and political adaptation process to the limits imposed by the natural resource base. Since 1972, when the first United Nations Conference on the Human Environment was held in Stockholm, threats to food, water, and energy security and the health and ability of societies to mitigate and adapt to climate change have been recognized challenges. Since then, the achievement of sustainable development has been on the agenda of international organizations and national governments (TOSUN; LEININGER, 2017). It is noticed that in many of these plans, the insufficient understanding and compensation of trade-offs and synergies resulted and promoted, in several countries, in the most diverse sectors, incoherent policies, adverse impacts, and divergent results and trends regarding development (LE BLANC, 2015). To change this picture, more recently, world leaders have endorsed the commitment to pursue a development plan, known as the 2030 Agenda, which includes Sustainable Development Goals (SDGs), proposals, and intervention targets.

It is observed that the SDGs are implemented at the national level. However, they represent a broad, integrated and complex agenda that requires support from supranational mechanisms, translated into integrated and long-term planning with strong public-private and private-private partnerships, in addition to a wide network of solidarity (ALLEN *et al.*, 2017; ALLEN; METTERNICHT, 2017; BIERMANN; KANIE; KIMA, 2017). Among the 17 items listed in the 2030 Agenda, it is worth highlighting for this study: item 7. clean and sustainable energy; item 11. sustainable cities and communities; item 12. responsible consumption and production and item 13. actions against global climate change.

The implementation of the Global Agenda is closely linked to the preservation of economic, social, and cultural rights (ESCs) provided for in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), adopted at the XXI Session of the United Nations General Assembly on December 19, 1966, and incorporated into Brazilian domestic law through Decree no. 591, of July 6, 1992.

Among the rights enshrined in the Treaty, the following stand out for this investigation: (i) right to self-determination: nations can

freely determine their economic, social, and cultural development (Article 1°); (ii) every person's right to enjoy an adequate standard of living, as well as to a continuous improvement of their living conditions (Article 11°, 1°); (iii) every person's right to enjoy the highest possible level of physical and mental health, and States Parties shall adopt, to guarantee the entire exercise of this right, necessary measures to ensure, among other things, the improvement of all aspects of hygiene at work and the environment (Article 12°, §2°, b); (iv) every person's right to education, aiming at the full development of the human personality and the sense of their dignity and the strengthening of human rights and fundamental freedoms (Article 13°, §1°) (BRASIL, 1992).

It is considered that the implementation of guidelines and strategies for sustainability often finds bare ground, with obstacles and contradictions both of an evaluative and operational origin. Such divergences, obstacles, and contradictions provide equalized conflicts and litigation in national, supranational, and international courts.

Although statutory legislation and administrative provisions have promoted a range of enforceable social rights, for most of the 20th century, an effort to identify judgments and decisions that contemplate such rights is necessary (KING, 2008). However, the last two decades have witnessed a radical change at this juncture. In many jurisdictions, it has been granted a more prominent place in advocacy, discourse, and jurisprudence involving ESCRs (LANGFORD, 2009). Thus, international and regional mechanisms have been used in this field, and the jurisprudence of these bodies has shaped the national interpretation of DESCs (BADERIN, 2007; LANGFORD, 2008). From a historical perspective, the progress of ESCRs in comparative legal jurisprudence and litigation strategy is remarkable (LANGFORD, 2009).

In this context, this study sought to analyze the judgment handed down by the Court of Justice of the European Union (CJUE) in the case C-594/18 P. The objective was to verify whether the Court's decision converges with the scope of the Global Sustainable Development Agenda and helps to achieve the SDGs. It starts with Austria's questioning of the European Commission (EC) decision that approved the set of state aids (SAs) granted by the United Kingdom to

the Hinkley Point nuclear power plant, intending to promote the creation of new nuclear energy production capacities<sup>1</sup>. Finally, it is questioned whether state aid can finance an activity that is so controverted in the context of sustainable development, especially in the dynamics of clean energy production.

As for the methodology, it's a research of an applied nature; the research problem was approached from a qualitative perspective and with an explanatory objective, made possible by the triangulation of the following technical research instruments: bibliographical review, documental research, and analysis of the CJEU's case.

The proposed work intends to contribute to the theoretical discussions involving the Global Agenda adoption to monitor and enforce the fulfillment of the rights and duties of States. In particular, the States recognition of DESCs to achieve sustainable development on a global scale, whose analysis by the academic literature is still premature.

Finally, it is also intended to contribute to the discussion of the preservation of DESCs and SDGs through the social construction of the scientific-technological realities of materials and social environments that tend to demonstrate that both scientific facts and technological artifacts generate significant impacts on the material and social and, therefore, help to build different environments (SISMONDO, 2010). In this sense, both science and politics and government actions can shape the world.

## **1 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Icescr) and The Research Problem**

The ICESCR is an instrument that binds more than 170 Nations and derives from the Universal Declaration of Human Rights and recognizes, in the preamble, that the ideal of the free human being cannot be realized unless conditions are created that allow each one to enjoy their economic rights, social and cultural, as well as their civil

---

<sup>1</sup> Judgment in case C-594/18 P, Austria/Commission, September 22, 2020. Available at: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=231405&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5286169>.

and political rights, provided for in the International Covenant on Civil and Political Rights (IPDCP).

As early as 1968, the United Nations realized that it was necessary to emphasize that ESCRs were human rights. The ICESCR, on more than one occasion, determines that the States, to achieve the ICESCR's goals, must cooperate, establishing that the achievement of the goals must take place without prejudice to the obligations arising from the international economic cooperation assumed (Article 1°, §2°).

The influence of the ICESCR on legal developments, including the construction of treaties and jurisprudence, is substantial. The instrument is considered responsible for the transformation of the "social rights" on which the International Labor Organization (ILO) had been working since the end of the First World War (PINTO, 2021).

The Treaty influenced the development of the jurisprudence of the African Commission on Human Rights and the Inter-American System, especially before the San Salvador Protocol entered into force in 1999. It also had a relevant impact on the jurisprudence of national courts in Latin America (PINTO, 2021).

Therefore, the agreement is considered the precursor of the propagation of social rights in domestic legislation, and the duty of international cooperation strongly marks jurisprudence. Furthermore, decisions by International and Regional Courts already have a strong influence on the domestic jurisprudence of States regarding the observance of these rights.

The decision of the European Committee of Social Rights on the exploitation of child labor in the case *International Commission of Jurists v. Portugal* is identified as having significantly impacted Portuguese legislation and practice (EUROPEAN COMMITTEE ON SOCIAL RIGHTS, CIJ/Portugal, 1999). In the same sense, the decision rendered by the CIJ (2004) arguing that the State of Israel violated the ICESCR and the Convention on the Rights of the Child (CDC) with the construction of the 'security' fence and its associated regime are pointed out as precedent (LANGFORD, 2009).

The ICESCR and the UN Agenda 2030 establish integrated management of institutional policies since the lack of integration between sectors in terms of strategies, policies, and implementation

was perceived as one of the main difficulties of these approaches to achieving the SDGs. However, the effectiveness of cooperation in States and alignment of the content of declared policies or policy instruments to be used are still identified as obstacles to the consolidation of sustainable development.

This investigation, aiming to verify whether the performance of International and Regional Courts reflects positively on the achievement of sustainable development of the 2030 Agenda, starts analyzing the observation of the Global Agenda in the CJEU's judgment in the case involving the Austria's questioning about EC approval of British AEs in favor of the Hinkley Point C nuclear power plant.

The choice of the judgment mentioned above, which took place on September 22, 2020, is justified because access to electricity is vital for human development, and consequently, for the guarantee of numerous social rights, such as the right to an adequate standard of living, to education, to work, among others already listed.

The selected judgment is considered a precedent since the CJUE was asked to answer the unprecedented question in the Court's jurisprudence, namely, to judge whether the construction of a nuclear power plant can be financed by a State Aids, under the terms of the Treaty on the Functioning of the European Union of (TFEU), Article 107°, n.º 3, (c), as highlighted in Press Release n° 112/20<sup>2</sup>.

## **2 Nuclear Energy and Sustainability**

According to Morin (2003), Earth is not the sum of a physical planet, a biosphere, and humanity. The Earth is the complex physical-biological-anthropological totality, where life is an emergence of the Earth's history, and man, an emergence of the history of terrestrial life.

A process of degradation and devastation of environmental assets (natural capital) unprecedented in the history of civilization followed from the Industrial Revolution. The replacement of manufacturing by machinofacture, the evolution of technological process, and, finally, the technical-scientific revolution undoubtedly

---

<sup>2</sup> PRESS RELEASE n. 112/20; Luxembourg, September 22, 2020. Available at: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-09/cp200112pt.pdf>.

contributed to the demographic explosion, the emergence of large urban centers, the formation of large-scale production and consumption chains, demands consumption, and competitiveness by markets. The lack of (i) research, (ii) development, and (iii) investment in conservative infrastructure brought humanity to new forms of environmental pollution that ultimately led to sensitive climate change (HOBSBAWM, 2014, p. 79).

Consequently, the global community, aware of the transnational nature of the ecological issue, initiated several programs and conferences to establish environmental protection goals and the creation of sustainable development policies to establish integrated management of adequate institutional policies in all levels or scales of development.

It should be noteworthy that the concept of sustainable development was formalized by the former Norwegian minister Gro Harlem Brundtland, then Head of the UN World Commission on Environment and Development, for the first time in 1987. The Our Common Future document<sup>3</sup>, also known as the Brundtland Report, adopted the term sustainable development as how current generations meet their needs without, however, compromising the ability of future generations to meet their own needs (VIEIRA, 2012).

Harte (1995) claims that sustainability is consumption that can be sustained indefinitely without degrading the capital stock. Therefore, sustainable development is the model that aims to bring together the environmental, economic, and social aspects, seeking a point of balance between the use of natural resources, economic growth, and social equity. In this way, economic growth is sought by observing environmental preservation, also looking to future generations who should enjoy environmental goods. In this context, (i) economic growth, (ii) environmental preservation, and (iii) social equity are identified as pillars of sustainable development.

Given the picture drawn, new demands mark the conceptual redefinition of sustainability through, for example, regenerative

---

<sup>3</sup> UNITED NATIONS. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, 1987.

development and design<sup>4</sup> and avant-garde schools of thought of the so-called circular economy of mitigation of the "take-make-waste" concept. These are concepts brought from economic permaculture (MOLLISON, 1991)<sup>5</sup> and that seek, by highlighting the origins and consequences of environmental degradation at the heart of modern society, the detachment from the linear economic model (extraction, use, and; disposal), with the objective that sustainable innovations reflect the efforts of institutional instruments aimed at the perception of "developmental eco" and expose the "risk society" or *risikogesellschaft* (BECK, 2011).

Therefore, these arguments evidence the so-called circular economy, whose schools of thought establish dissociation from the linear economic model (extraction-production-disposal) and attachment to the circular economic model (use, reuse, redo and recycle) adequate to the risk society in the Century XXI. According to Beck (2011), the circular economy is concerned with the future and the risks linked to modernity, seeking to deal with dangers and insecurities through scientific-technological promotion.

The circular economy theory fosters science and technology in favor of the risk society, as they foster socio-environmental resilience, boosting new "eco-efficient" economic paradigms. In this panorama, they give new meaning to science and technology through sustainable practices: Performance Economy (closed circuit and performance economy); Industrial Ecology; "Cradle to Cradle" (C2C); Biomimetics; Natural Capitalism, and; Regenerative Design carry eco-developmental constructivism.

---

<sup>4</sup> Sustainable design, or ecological design, converged on two paths: (i) technological sustainability based on technique and engineering, and; (ii) "eco efficient" design based on high performance construction processes with reduced or neutral environmental impact. Ecological design sought to contingency and minimize damage to the environment and human health using resources efficiently, reducing the degradation of the biosphere, faced by the impact of the technosphere.

<sup>5</sup> Permaculture portrays a sustainable human environment planning system that uses agricultural and social practices whose design planning is centered on simulating or directly using the patterns and characteristics observed in natural ecosystems and has been systematized to respond to the new and growing awareness of global environmental degradation.

Consequently, it is argued that instead of mitigating damage to the environment, it is imperative to interact with the biosphere since sustainability establishes a progression to a functional awareness where there is a symbiosis between society, production and consumption chain, trade systems, construction, among others.

Considering the whole panorama outlined, States, International Organizations, and even global conglomerates, often guided by economic and political-electoral interests' vectors, have constantly discussed strategies, policies, and drafts of agreements to be implemented in international environmental forums. Even the memorable decision to shut down all nuclear power plants in the country by 2022, announced in 2011 by German Chancellor Angela Merkel, received criticism from experts who argued that political motivation outweighed the economic interest or even environmental protection. It's important to say the announcement cheered by the global environmental movement and responsible for igniting the international debate sparked by the Fukushima episode.

There is a consensus that access to electricity is vital for human development, and consequently, for guaranteeing countless social rights. International Energy Agency Studies<sup>6</sup> (2020, 2009) project that world energy consumption will increase by almost 50% by 2050. Part of the increase in energy demand across the globe stems from the stage of development to be reached by countries in the Middle East and Latin America.

To supply the growing energy demand, Guimarães and Mattos (2010) highlight that over the last few decades, the combination of primary fuels used to generate electricity has changed a lot. The most used energy is still coal. However, nuclear electric power increased in the 1970s/1980s, and especially 1990s, there was a growth in the use of natural gas. On the other hand, oil has decreased from this same period (GUIMARÃES; MATTOS, 2010).

Guimarães and Mattos (2010) point out that the production of electricity from nuclear energy is projected to increase from about 2.7

---

<sup>6</sup> Energy Outlook 2020, 2020. Available at: <https://www.eia.gov/outlooks/ieo/pdf/ieo2020.pdf> and International Energy Outlook 2009, 2009. Available at: <https://iea.blob.core.windows.net/assets/ac80b701-bdfc-48cf-ac4c-00e60e1246a0/weo2009.pdf>.

trillion kWh, in 2006, to 3.8 trillion kWh, in 2030. This increase is justified by (i) the high prices of fossil fuels, which allows nuclear energy to become economically competitive, even taking into account the high costs of implementing nuclear power plants, (ii) energy security, and (iii) concern with the emission of greenhouse gases (GUIMARÃES; MATTOS, 2010).

For these reasons, nuclear energy is attracting many countries that want to diversify the electricity generation matrix, improve energy security, and an alternative to fossil fuels (GUIMARÃES; MATTOS, 2010).

At the same time, the construction and operation of nuclear power plants are constantly questioned when discussing sustainable development and raising issues such as (i) clean and sustainable energy; (ii) sustainable cities and communities; (iii) responsible consumption and production; (iv) actions against global climate change, all covered by the Global Agenda. Issues involving the safety of plant facilities, the management of radioactive substances, and the potential proliferation of nuclear weapons generate insecurity and underlie the lack of compatibility of nuclear energy generation with the Agenda 30 SDGs.

### **3 Case Analysis Involving a Group of British SAs in Favor of the Hinkley Point C Nuclear Power Plant**

After contextualizing the central issues of the investigation, which involve nuclear energy and sustainability, this section proceeds to study the judgment handed down by the CJUE on September 22, 2020, which confirmed the possibility of granting AE in favor of the HINKLEY POINT C nuclear power plant. The analysis carried out tried to identify the symbolic notes of the case to verify if the agreement rendered converges with the promotion of the development objectives foreseen in the Global Agenda.

The decision's summary already presents as keywords the expressions (i) environmental objectives of the European Union; (ii) principles of environmental protection, polluter pays, precaution, and sustainability; (iii) investment or operating aid.

Thus, the proposed analysis starts from the study of two key issues: (i) interpretation of the Court on the TFEU rules for granting SA in the internal market, expressly, provided for in Article 107.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3, (c), do TFEU; and (ii) The Court's understanding that the SAs granted for the construction of a nuclear power plant is compatible with EU policies, which include a high level of environmental protection and ensure compliance with the principle of development sustainable.

### ***3.1 Aid granted by EU's Member States in the internal market***

The TFEU regulates the granting of aid by the EU Member States in Article 107. In item (1), situations of incompatibility of the measure with the internal market are explored, while items (2) and (3) address the circumstances for granting an SA compatible with the TFEU.

In the case under study, the EC, the EU body responsible for supervising the granting and compatibility of aid granted by the EU Member States, approved in 2014 a set of three measures granted by the United Kingdom and characterized as AE, for Unit C of the Hinkley Point nuclear power plant. Said decision-based the compatibility of the measures in Article 107.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3, (c), TFEU<sup>7</sup>.

The Republic of Austria, supported by the Grand Duchy of Luxembourg, upheld the merits of its request, arguing that the EC and the General Court would have committed an error of law by rejecting the understanding that the construction of a new nuclear power plant is not an objective of common EU interest (paragraph 14 of the Judgm.). It also upheld the judgment under appeal due to the error made by the EC in considering that the United Kingdom, supported by the Euratom Treaty, had the right to determine the promotion of nuclear energy and, more specifically, to encourage the creation of new production capacities of nuclear power as a public interest objective under Article 107.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3, (c), do TFUE. (parágrafo 27 do Ac.). of the TFEU.

---

<sup>7</sup> AIDS GRANTED BY STATES. Article 107. 3. The following may be considered to be compatible with the internal market: c (c) aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest; [...].

(paragraph 27 of the Ac.). In this regard, the appellant submits that the objective of promoting nuclear energy through the SA to the construction of nuclear power plants does not result from the Euratom Treaty and is not shared by all States Members. Neither Article 2, (c) of the Euratom Treaty nor any other provision of that Treaty provides the possibility of granting SAs for investment in nuclear energy and the construction of nuclear power plants. Therefore, Austria asserted that the General Court, having lost sight of the fact that this provision is not aimed at creating new nuclear energy production capacities. Still, the creation of 'essential facilities' and the 'development of nuclear energy' would have been interpreted in Article 2(c) of the Euratom Treaty. Consequently, the promotion of nuclear energy, in the sense of aiding the creation of new production capacities, would represent neither a common interest nor a general interest of the EU (paragraph 14 of the Judgm.).

The CJEU, on the other hand, rejected the appellant's arguments and pointed out that, to be declared compatible with the internal market, according to article 107°, n° 3, (c), TFEU, a SA must meet two conditions: (i) it must be intended to facilitate the development of certain activities or economic regions, and (ii) it must not alter the conditions of trade in ways that are contrary to the common interest. Thus, unlike paragraph (b), such provision does not require that the granted SA pursue an objective of common interest. In these terms, the Court rejected Austria's different arguments that the SA in question would be incompatible because installing the new nuclear power plant was not an objective of common interest (paragraph 18-26 of the Judgm.).

The CJEU highlighted that the Euratom Treaty and the TFEU have the same legal status, as illustrated by the Euratom Treaty Article 106°-A, n° 3, under which the provisions of the TEU and the TFEU do not derogate from the provisions of the Euratom Treaty. The Court's decision highlighted objectives pursued by the Euratom Treaty encompass the construction of nuclear power plants or the creation of new nuclear energy production capacities, so that the granting of AE in their favor is not contrary to the objectives pursued and, finally, it confirmed whereas, in the absence of specific rules in the Euratom

Treaty, the TFEU rules on EA are applicable in the nuclear energy sector (paragraph 32-33 of the Judgm.).

In the decision under consideration, the CJEU pointed out that neither the EC nor the General Court were required to classify the SAs as 'investment aid formally' or 'operating aid' to verify the compatibility of the measures in question with the internal market. Whereas, as a rule, only concerning 'investment aid' would apply Article 107°, n° 3, (c), TFEU. On this point, the Court noted that the General Court duly verified that all measures granted for the construction of Hinkley Point C were likely to facilitate the development of economic activity and did not alter the conditions of trade in a way that was contrary to the common interest, being, therefore, the set of TFEU-compatible AEs (paragraphs 119-121 of the Judgm.).

### ***3.2 Nuclear energy and the development of new and renewable energy sources, the protection of the environment and health: the polluter pays principle, the precautionary principle, and the principle of sustainability***

The Republic of Austria reiterated to the CJEU that the principles of environmental protection, precaution, the polluter pay and sustainability preclude the granting of SAs in favor of the construction or operation of a nuclear power plant, with the set of measures contrary to Article 106°-A, n° 3, of the Euratom Treaty (paragraph 37 of the Judgm.).

The appellant argued that the development of nuclear energy, an objective set out in Article 2 of the Euratom Treaty, must be implemented under the provisions of EU law, in particular those of the TFEU. Thus, the interpretation of this provision by the General Court would be in contradiction with the objectives of the TFEU that aim to promote energy efficiency and the development of new and renewable energy sources, the protection of the environment and health, the polluter pays principle, the precautionary principle and the principle of sustainability (paragraph 37 of the Judgm.).

Contrary to what the General Court had decided, the judgment noted that the Euratom Treaty also does not oppose the application, in

this sector, of the rules of EU law on environmental matters, explaining that a SA in favor of an economic activity belonging to the industry of nuclear energy, whose examination would reveal a violation of environmental rules, cannot be declared compatible with the internal market (paragraph 45 of the Judgment).

However, the CJEU concluded that the error of law committed by the General Court does not justify the acceptance of the claim, since the principles of environmental protection, precaution, the polluter pay and sustainability, invoked by Austria, do not oppose, in any, in this case, to grant SAs in favor of the construction or operation of a nuclear power plant. The Court declared, in substance, that such an approach is not compatible with Article 194°, n° 2, second paragraph, TFUE, which provides that a Member State is free to determine (i) the conditions for exploiting its energy resources; (ii) to choose between different energy sources and (iii) the general structure of its energy supply, without excluding that this choice may affect nuclear energy (paragraphs 48-50 of the Judgment.). Herein, it is necessary to remember that the CJEU had already highlighted in the decision-maker, when it recognized the possibility of granting a SA in favor of nuclear energy, that the objectives pursued by the Euratom Treaty include the installation of nuclear power plants or the creation of new production capacities of nuclear energy (paragraph 33 of the Judgment).

In these terms, the CJEU, in an unprecedented decision, dismissed Austria's appeal, confirming the EC decision that approved the set of SAs granted by the United Kingdom in favor of the production of nuclear energy.

### **Concluding Remarks**

Globalized thinking about sustainable development has brought new perspectives to the world economic-social web. According to the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), globalization can be thought of as a process in which economic, technological, and communication markets adopt cosmopolitan characteristics, refuting exclusively local postures. Aiming to change these patterns, globalization carried consequences

affecting both “man”, the economy, and the environment in the face of the challenge of reconciling progress with the conservation of the biosphere<sup>8</sup>.

In this context, great efforts were initiated aiming at the propagation of public policies, which make use of instruments such as institutional arrangements, command and control measures, and; economic tools to support proactive attitudes and behavior towards the environment.

Therefore, the environmental issue and, above all, sustainability, is today a set of ideas treated under new perspectives, including economic ones, where there is a mitigation of the old concept “take-make-waste” of the linear economic model (extraction, use and disposal) and transition to the so-called circular economy (use, reuse, redo and recycle) in a constructive effort towards the vanguard of "eco-developmentalism".

In this sense, Agenda 2030 is the protagonist. As a development document composed of the so-called Sustainable Development Goals (SDGs), this agenda is established in the current context as a broad, integrated and complex instrument that presupposes the support of supranational mechanisms, translated into an integrated and long-term planning with strong partnerships public-private and private-private, in addition to a broad network of solidarity. The Global Agenda still consists of a comprehensive network of solidarity, with implementation directly linked to preserving economic, social, and cultural rights (DESCs) provided for in the ICESCR. Thus, both Agenda 2030 and ICESCR provide integrated management of institutional policies to implement the SDGs.

As a result, Europe is already experiencing a jurisprudential construction involving the DESDs, which demonstrates the adhesion of these states to the ICESCR and the need for research more focused on such judgments.

As noted throughout this article, the object of analysis of this study was to verify the contribution of the decisions of the ECJ to the promotion of sustainability. In particular, it was observed the adherence to the decisions made to the guidelines of the 2030 Agenda.

---

<sup>8</sup> Economic Globalization and the Environment, Paris, 1997, pp. 19, 23, 24, 25.

Initially, it was questioned whether the concept of sustainable development is incorporated into the discourse of analyzing the origin of State aid. As noted, the CJEU has resorted to the idea of sustainable development; however, these decisions are materialized in a scenario marked by controversy, dissent, and contradictions.

This conclusion is supported by the judgment rendered in case C-594/18P. The CJEU uses the concept of sustainable development in its decision, having even employed the principle of sustainability in health and environmental protection dimensions when examining the set of EAs granted by the United Kingdom for financing nuclear energy. However, the Court's decision is opened to questioning since extensive literature connotes unsustainable valuation to nuclear energy production, indicating that nuclear energy does not correspond to a form of clean and sustainable energy generation. It was evident from the judgment in question that the CJUE does not share this view, as it has admitted State funding to expand this type of activity.

Despite the result of the leading case, it is observed that the literature, the judicial decisions, the rulings and directives about sustainable development need to be better explored. There is an urgent need for theoretical propositions that support legal practices and decisions. A consensus agenda needs to be articulated and propagated.

In this sense, this Article contributes as it advances in signaling methodologies for the analysis of judgments and approaching divergent and often distant themes. Another contribution provided concerns the compilation of literature and indication of development trajectories. It is noted that this type of literature is conducive to the field of sociology of development, rarely incorporated in law's literature.

In addition, there is an evident practical contribution. The systematization presented here can be a reflection guide for jurists and policymakers. The warnings demonstrated, precisely, the use of SA to promote sustainable economic development must be incorporated into government agendas.

Finally, it is essential to highlight the limitation of this study. It should be noted the results presented here as indicative and inferences. Given the limit of the research sample, it is not possible to extract

generalizing results since the research was restricted to a single case from a single court. It is necessary to continue the investigation, studying new cases to constitute a global analysis.

## **References**

BADERIN, M. **Economic Social and Cultural Rights in Action**. Oxford: OUP, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

CERNIC, J. Corporate Responsibility for Human Rights: a Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. **Hanse Law Review**, v. 4, n. 1, 2008, pp. 71-100.

DENNIS, Michael J.; STEWART, David P. Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health? **The American Journal of International Law**, v. 98, n. 3, 2004, pp. 462-515.

GUIMARÃES, Leonam dos Santos; MATTOS, João Roberto Loureiro de. **Energia Nuclear e Sustentabilidade**. São Paulo: Edgard Blucher, 2010. ISBN: 978-85-212-0571-5.

HARTE, Michael J. **Ecology, sustainability and environment as capital**. *Ecological economics*, v. 15, n. 2, 1995, pp. 157-164.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era das Revoluções 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

KING, Jeff. The Pervasiveness of Polycentricity. **Public Law**, 2008, pp. 101-124.

LANGFORD, Malcolm. Domestic Adjudication and Economic, Social and Cultural Rights: a Socio-Legal Review. **International Journal on Human Rights**, v. 6, n. 11, 2009, pp. 91-121.

LANGFORD, Malcolm. The Justiciability of Social Rights: from Practice to Theory. *In*: LANGFORD, M. (Ed.). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 3-45. DOI:10.1017/CBO9780511815485.003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 1, n. 3, 2014. ISSN 2359-5639.

MOLLISON, Bill *et al.* **Introduction to permaculture**. Tyalgum, Australia: Tagari Publications, 1991.

MORIN, Edgard. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Trad. Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

NOCERA, Renata Pereira; MOLINA, Filiberto Eduardo R. Manrique. Desafios Globais dos Direitos de Participação Ambiental na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. **Revista Jurídica Derecho**, v. 8, n. 10, 2019, pp. 92-106.

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. O caso das Papeleras na Corte Internacional de Justiça: o reconhecimento dos Princípios de Direito Ambiental Internacional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, n. 12, 2012. ISSN 7649-7663.

PETERSON, Luke E. Human Rights and Bilateral Investment Treaties: mapping the role of human rights law within investor-state arbitration. **Rights & Democracy**. Montreal, 2009. ISBN 978-2-923539-31-7.

PINTO, Mónica. International Covenant on Economic, Social and Cultural Right. **United Nations Audiovisual Library of International Law**, 2021. Available at: <https://legal.un.org/avl/hal/icescr/icescr.html>. Accessed on: April 2021.

SANTANO, Ana Claudia. Direitos Sociais e Desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, n. 77, jul./set, 2019, pp. 273-300.

SISMONDO, Sergio. **An introduction to science and technology studies**. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. ISBN 9781-444358-88-9.

VIEIRA, Agostinho. Da comunicação sustentável à sustentabilidade da comunicação. *In*: ALMEIDA, Fernando (Org.). **Desenvolvimento Sustentável 2012-2050: visão, rumos e contradições**. São Paulo: Elsevier, 2012. ISBN 978-85-352-5959-9.



## CAPÍTULO 13

# TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (TAOIT) E AS CONTROVÉRSIAS TRABALHISTAS DE FUNCIONÁRIOS INTERNACIONAIS

*Juliana Tomiko Ribeiro Aizawa  
Sibele Walkiria Lopes*

**Resumo:** a pesquisa propõe identificar na jurisdição internacional e qual o mecanismo ou tribunal competente para dirimir controvérsias trabalhistas de funcionários internacionais vinculados a organizações internacionais. Objetiva-se escrever como acessar à jurisdição internacional, percorrendo brevemente sobre a dissolução da Liga das Nações e quais as atribuições foram precedidas pela Organização das Nações Unidas. Bem como, no deslinde do estudo apresentar a funcionalidade do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho (TAOIT) e analisar uma decisão para compreender como as disposições técnicas são aplicadas em um caso prático. Por fim, sabe-se que a multiplicação de tribunais especializados é uma forma de prover a justiça internacional, seja ela geral ou individual, principalmente àqueles que estão a serviço de organismos internacionais.

**Palavras-chave:** Funcionário Internacional; Organização Internacional; Tribunal Administrativo; OIT.

## **Introdução**

O presente artigo propõe o estudo sobre o acesso à justiça através dos Tribunais Internacionais e a funcionalidade do Tribunal Administrativo de Organização Internacional do trabalho (TAOIT),

cuja função precípua está atrelada às questões atinentes ao direito ao trabalho, enquanto direito social fundamental dos funcionários internacionais. Isso porque o problema investigado concerne em responder: “qual a jurisdição que poderá resolver possíveis controvérsias trabalhistas de funcionários internacionais com contratos de trabalho vinculados a organizações internacionais?”.

O objetivo geral é verificar a jurisdição de tribunais internacionais quanto a demandas trabalhistas de funcionários internacionais que trabalham para organizações internacionais, como Organização Internacional do Trabalho (OIT); Organização Internacional das Migrações (OIM), Organização Mundial da Saúde (OMS); Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO); Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas para a Infância (UNICEF); Organização Europeia de Patentes (EPO), entre outras.

Os objetivos específicos permeiam em: apresentar a jurisdição dos tribunais internacionais quanto a situações que envolvem organizações internacionais e contratos de trabalhos de funcionários internacionais; descrever como funciona o tribunal administrativo internacional e um caso julgado pelo tribunal administrativo da organização internacional do trabalho (TAOIT) para resolver o conflito trabalhista de uma agente da EPO.

A hipótese da pesquisa busca certificar *se* o funcionário internacional está limitado ao contrato de trabalho vinculado a organização internacional ou *se* os tratados, normas administrativas internas, princípios do Direitos, direito dos Estados, jurisprudência de outros Tribunais Administrativos são aplicáveis como fontes para solução de tais controvérsias.

Os teóricos que norteiam a pesquisa são: Antonio Augusto Cançado Trindade, Hidelbrando Accioly; Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco; Philip C. Jessup; Suzanne Bastid; Wagner Menezes. A metodologia utilizada é bibliográfica, hipotética dedutiva, simples, de cunho exploratório; qualitativa, com recorte temporal de 1948 a meados de 2021 e o recorte geográfico é a jurisdição do TAOIT.

Ante estas breves considerações sobre a construção da pesquisa, passaremos à análise das fontes, a fim demonstrar a importância dos tribunais internacionais para a garantia dos direitos sociais, em especial do Tribunal Administrativo.

## 1 Organizações Internacionais e os Tribunais Administrativos

As organizações internacionais (OIGs) passam a ter impacto internacionalmente após a primeira guerra mundial com a criação da Sociedade ou Liga das Nações em 1920, através das relações internacionais e a necessidade de cooperação entre os Estados, consentindo que coletividades interestatais (Estados associados) estabeleçam por meio de tratados/acordos, regulamentação jurídica de direito internacional.

Em outras palavras, Abdullah El-Irian entende por organizações internacionais “associação de estados (ou de outras entidades possuindo personalidade internacional), estabelecida por meio de tratado, possuindo constituição e órgãos comuns e tendo personalidade legal distinta da dos Estados-membros” (EL-IRIAN; *apud* ACCIOLY; SILVA, CASELLA, 2012, p. 436).

As organizações internacionais têm um caráter permanente e fazem parte de um conjunto de instituições que buscam medidas de governança global, através de alguns mecanismos de estabilização do sistema internacional, como: arranjos *ad hoc*; multilateralismo; regimes internacionais; alianças militares; segurança coletiva; balanço de poder; zonas de influência; estabilidade hegemônica; concerto de Estados; direito internacional; práticas diplomáticas e cultura internacional (HERZ; HOFFMAN, 2004).

O surgimento das novas Organizações Internacionais Governamentais (OIGs) entre os séculos XIX e XX, houve a veemente necessidade em recrutar pessoas para trabalharem nas delegações de cada país. De início as OIGs se reafirmaram bilateralmente e com o passar do tempo multilateralmente, criando secretariados para atender as burocracias expressas nos pactos que vinculam social/economicamente os Estados (POTTER, 1938).

No pós-Segunda Guerra Mundial com o fim da Liga das Nações em 1946 e o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, uma rede de agências especializadas de cooperação funcional<sup>1</sup> passaram a ser geridas por este organismo de vocação universal, como: Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO) em 1945, Fundo Monetário Internacional (FMI) em 1945, Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1947, Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1948, entre outras.

Entre os órgãos da ONU – Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Corte Internacional de Justiça, Secretariado, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela e Funções, atribuições e ação coletiva; sob o prisma do escopo do presente trabalho, o mais importante deles é o secretariado “que atua em conjunto com o órgão de Recursos Humanos, sendo responsável pela redação dos regulamentos e das regras administrativas aplicáveis aos seus funcionários internacionais” (VERGNA, 2015, p. 23).

Neste sentido, a Carta da ONU nos artigos 97 a 101 prevê a composição, atuação, desempenho e função do secretariado; sendo o Secretário-Geral vinculado diretamente a ONU e o secretariado ligado ao governo do território em que o funcionário internacional atua-se em favor do organismo internacional.

No entanto, impreterivelmente “a relação entre os servidores públicos internacionais e os governos nacionais gera tensões inevitáveis, visto que os servidores continuam sendo cidadãos de seus países com obrigações e direitos” (HERZ; HOFFMAN, 2004, p. 21), podendo atuar nos organismos internacionais funcionários do respectivo país ou não. Quando são de país diverso gozam de imunidades diplomáticas<sup>2</sup> e eventuais controvérsias laborais devem ser

---

<sup>1</sup> A cooperação funcional se refere à cooperação em uma área temática específica e pode ter abrangência universal, ou apenas regional (HERZ; HOFFMAN, 2004, p. 124).

<sup>2</sup> Artigo 105: 1. A Organização gozará, no território de cada um de seus Membros, dos privilégios e imunidades necessários à realização de seus propósitos. 2. Os representantes dos Membros das Nações Unidas e os funcionários da Organização gozarão, igualmente, dos privilégios e imunidades necessários ao exercício independente de suas funções relacionadas com a Organização (ONU, 1945). “A imunidade diplomática não constitui privilégio atribuído ao agente, em caráter

dirimidas administrativamente na organização internacional a que se vincula.

Merece ser destacado que as Nações Unidas possui um Tribunal Administrativo<sup>3</sup>, cuja função geral “é decidir controvérsias entre pessoas empregadas no secretariado das Nações Unidas e na própria Organização das Nações Unidas, representadas pelo secretário-geral.” (JESSUP, 1956, pp. 70-71). Não obstante, as controvérsias defluem das relações laborativas consubstanciadas num contrato entre o empregado individual e o empregador, que é uma organização internacional.

Ademais, em 1954, a Corte Internacional de Justiça reconheceu a competência da Organização das Nações Unidas no que tange” ao direito próprio ou interno das Nações Unidas para a regulamentação de suas relações jurídicas com seus agentes”, na Opinião Consultiva sobre o Efeito das Sentenças de Compensação do Tribunal Administrativo da ONU.

Os servidores públicos internacionais - também denominados funcionários internacionais (GASCON Y MARIN, 1932) compõem o núcleo de atores no processo de governança global, bem como grupos de especialistas, redes globais envolvendo indivíduos, agências governamentais, corporações e associações profissionais (HERZ; HOFFMAN, 2004). Mas, quando há controvérsia no contrato ou vínculo laboral entre funcionário e organização internacional, a que órgão recorrer?

Na relação dos tribunais permanentes internacionais, uma referência especial deve ser feita aos tribunais

---

pessoal, mas decorre da função e da condição profissional, enquanto agente do serviço de um estado, exercida no território de outro estado. Essa premissa deve bastar para situar o conjunto dos direitos e os desdobramentos destes.” (ACCIOLY; SILVA, CASELLA, 2012, p. 421).

<sup>3</sup> Nas palavras de JESSUP: O tribunal Administrativo da ONU apoiou-se na fonte adequada, os princípios gerais do direito. Distinguiu-se os elementos contratuais dos estatutários na relação entre funcionários e a Organização; “sendo contratuais todas as matérias que afetam a situação pessoal de cada funcionário, v.g., a natureza do seu contrato, salário, posição”; “sendo estatutárias todas as matérias que afetam em geral a organização do serviço civil internacional e é necessário ao seu funcionamento adequado, v.g, as normas gerais sem referência pessoal”. (JESSUP, 1956, pp. 70-71).

administrativos internacionais que aplicam o direito internacional dos funcionários internacionais. A criação destes tribunais está vinculada à circunstância de os acordos de sede entre as principais organizações das Nações Unidas e os países onde se acham localizadas reconhecerem a imunidade jurisdicional das referidas organizações, donde a necessidade de serem criados tribunais aptos a julgar os casos supervenientes (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 856).

Os funcionários internacionais podem ser classificados como permanentes ou temporários, a depender do regime de contratação e regulamentação do estatuto dos funcionários de cada OIGs (HAMMARSKJÖLD, 1936). Acerca da designação como: trabalhador, funcionário ou agente; é importante salientar que tal definição foi analisada em um parecer da Corte Internacional de Justiça (CIJ) da ONU em 1949 sobre Ressarcimento dos danos sofridos a serviço da ONU.

O julgamento do Caso Conde Folke Bernadotte definiu trabalhador, por sinônimo a palavra “agente”, designando “qualquer pessoa que, seja ela oficial ou não remunerada, seja em regime de trabalho permanente ou não, tenha sido encarregada por um órgão da Organização de proceder, ou ajudando a realizar, uma de suas funções – em suma, qualquer pessoa por meio de quem atua.” (CIJ, 1949, p. 7).

Assim como no direito interno, em âmbito internacional há controvérsias entre funcionários/agentes e organismos internacionais a que estão vinculados. Neste sentido, resta o questionamento: como resolver as controvérsias de funcionários internacionais? Para responder à pergunta há de se observar alguns quesitos vinculados ao acesso à justiça no plano internacional, tais quais:

a) ao conjunto de direitos tutelados no plano internacional, seja voluntariamente ou no corpo de uma organização internacional; b) à definição dos sujeitos titulares das normas internacionais; c) aos mecanismos jurídicos disponíveis e acessíveis para invocação dos direitos lesados ou pretensamente tutelados; d) à efetividade com base no princípio da boa-fé, das decisões oriundas dos tribunais internacionais (MENEZES, 2013 p. 37).

A jurisdição internacional de forma mais lenta que a jurisdição interna dos Estados está em processo de “especialização” de Tribunais Internacionais, um fenômeno alentador em expansão, a fim de prover a justiça em nível internacional. Visto que, a multiplicação de tribunais internacionais especializados viabiliza, inclusive, dirimir conflitos de direito internacional geral e casos internacionais particulares (TRINDADE, 2004; MENEZES, 2013).

No tocante aos conflitos dos funcionários internacionais vinculados a uma OIGs, não será condicionado à análise por exemplo de um Tribunal Internacional do Trabalho, mas o processo/reclamação tramitará no Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho (TAOIT), cuja formação, jurisdição e procedimentos serão explicados na sessão seguinte.

## **2 Procedimento no Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho (TAOIT)**

É importante, inicialmente, compreendermos o organismo internacional para que de forma subsequente possamos explicar a funcionalidade do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho (TAOIT). A OIT foi criada em 1919 em razão dos excessos cometidos no processo de industrialização no século XIX (MAHAIM, 1924, pp. 65-223).

O formato institucional particular da OIT se dá pela sua composição, contando com a adesão de Estados, trabalhadores e empresários. A Organização Internacional foi incorporada a Liga das Nações em 1920 e ao Tribunal Administrativo. Com a recém-criada ONU e a dissolução da Liga das Nações em 1946, o Tribunal passou a ser gerido no mesmo ano pela OIT, que por uma razão lógica, o mandado visava assegurar garantias jurídicas aos funcionários e eventuais controvérsias seriam dirimidas na jurisdição do Tribunal Administrativo incorporado a OIT (MAUPAIN, 1999).

Com a Conferência Internacional do Trabalho de 1949, o Estatuto do TAOIT foi alterado, permitindo que outras organizações internacionais, desde que aprovadas pelo Conselho Administrativo da OIT, reconheçam a jurisdição do Tribunal Administrativo para

apresentar queixa/reclamação quanto a inobservância do disposto nos Estatutos das Organizações Internacionais a que estão vinculadas (BASTID,1957), conforme dispõe artigo II, inciso 5:

Artigo II

[...]

5. O Tribunal também é competente para conhecer de reclamações baseadas na inobservância, na substância ou na forma, das disposições dos contratos de trabalho e do Estatuto dos Funcionários relativos a funcionários de qualquer organização internacional intergovernamental reconhecida pelo Conselho de Administração, que havia enviado ao Diretor-Geral declaração em que admitia para esses fins, de acordo com sua Constituição ou com suas normas administrativas internas, a competência da Corte e seu regulamento interno. (OIT/ILO, 1949).

O anexo da referida convenção interpela que para ter direito a jurisdição do TAOIT é necessário que a organização internacional tenha caráter internacional; permanente; intergovernamental; não é obrigado aplicar a lei nacional na relação de trabalho com os funcionários internacionais, que gozam de imunidade de processo legal, a qual deve ser estabelecida e evidenciada por acordo/tratado com o país anfitrião (OIT, 1949).

Além disso, a organização internacional deverá oferecer garantias suficientes, na opinião do Conselho Administrativo, quanto a capacidade institucional para desempenhar suas funções bem como garantir o cumprimento das sentenças proferidas pelo Tribunal (OIT, 1949).

Quanto à composição, o TAOIT possuiu 7 (sete) juízes de nacionalidades distintas, com mandato de 5 (cinco) anos renovado uma vez pela Conferência Internacional do Trabalho. Os(As) julgadores(as) são nomeados observando os quesitos como integridade e elevado caráter moral, ter sido nomeado(a) ou possuir qualificação para ser nomeado(a) ao mais alto cargo judicial de seu país.

Os(As) juízes(as) serão considerados funcionários da OIT e a composição do Tribunal deve observar a distribuição geográfica continental e paridade de gênero. Além disso, os(as) juízes(as) devem

assegurar o devido processo legal com imparcialidade e independência, compreenderem bem outro idioma, tanto escrita quanto a oralidade básica.

As reuniões serão compostas por turmas de 3 (três) juízes(as) e em situações excepcionais designadas pelo Presidente do Tribunal, as sessões serão com cinco ou sete magistrados. Os julgamentos ocorrem duas vezes ao ano, uma no outono e outra na primavera, na sede da OIT em Genebra, Suíça; de três a quatro semanas e o procedimento adotado são os previstos no artigo 7º do Regulamento.

O Tribunal conta com o Registro que é composto por um grupo de oficiais jurídicos que trabalham conjuntamente com a Secretaria, emitindo respostas aos pedidos de informação sobre os processos. Uma reclamação (queixa) somente será recebida se esgotado todos os procedimentos internos de recurso, ou outros meios de reparação, da respectiva organização internacional em que o reclamante esteja vinculado (OIT, 1949).

A reclamação deverá ser proposta no prazo de 90 (noventa) dias após a notificação da decisão impugnada ou se a Administração deixar de tomar alguma decisão sobre qualquer reclamação no prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da notificação do reclamante. Nesta situação o reclamante/queixoso pode recorrer ao Tribunal e a reclamação deverá ser recebida da mesma forma que uma decisão final.

Visto que o artigo 5º do Regulamento também dispõe do prazo de 90 dias, começará a correr a partir da expiração dos 60 dias para a tomada de decisões por parte da Administração. Além do procedimento formal as partes (reclamante/autor e Administração da Organização Internacional/réu) podem dispor de mecanismos que busquem a autocomposição<sup>4</sup> (solução amigável do conflito), como mediação, conciliação, negociação e arbitragem.

O reclamante pode propor reclamação em nome próprio ou nomear procurador que seja qualificado para lidar com entraves jurídicos relacionais a serviço civil internacional, devendo o representante apresentar procuração em inglês ou francês. A

---

<sup>4</sup> “A autocomposição, que não constitui ultraje ao monopólio estatal da jurisdição, é considerado legítimo meio alternativo de solução dos conflitos.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 35).

reclamação escrita será dirigida ao Presidente do Tribunal por intermédio do Escrivão.

Já o representante da Organização demandada poderá ser seus próprios funcionários, ex-funcionários ou ex-funcionários de outra organização que reconheceu a jurisdição do Tribunal ou das Nações Unidas, também, qualificado para atuar em situações que demandem serviço civil internacional. No entanto, se o demandado se fizer representar por um funcionário ou ex-funcionário de outra organização internacional, deverá apresentar procuração em inglês ou francês.

O reclamante ou seu representante deverá preencher um formulário constante no anexo 1 do Regulamento do Tribunal Administrativo que pode ser obtido no Registrador e informar: 1) reclamante; 2) a organização demandada; 3) a decisão impugnada; 4) as peças processuais – petição com os fatos e fundamentos, tutela reclamada, caso o texto não seja em inglês ou francês deverá juntar uma cópia com tradução juramentada na língua escolhida, bem como as provas (documentos de apoio); 5) aplicações especiais e fornecer cinco cópias, de igual teor e devidamente assinadas como verdadeira (OIT, 1949).

O artigo 7 *bis* do Regulamento dispõe que é possível, também, o reclamante solicite o anonimato no momento da apresentação da reclamação ou pedido de intervenção<sup>5</sup>, com razões específicas sobre tal solicitação. Visto que, o Tribunal pode conceder o pedido de anonimato quando a divulgação da identidade do reclamante possa, em um provável julgamento, prejudicar os interesses do trabalhador.

O anexo 2 do Regulamento, também, traz disposições ao artigo 7 *bis*, no tocante aos pedidos especiais sob a designação sob titulação “procedimento acelerado”, que é uma tentativa de solução consensual do conflito. O secretário enviará cópia da petição do reclamante a organização demandada que notificará o Registrador, por escrito, no

---

<sup>5</sup> O artigo 13 do Regulamento dispõe sobre a possibilidade do Tribunal da intervenção de terceiros, para as organizações internacionais que reconhecem a jurisdição do Tribunal e em uma reclamação com fundamento poderá ser afetada pela respectiva decisão. Visto que, o pedido de intervenção deverá ser entregue no Registro até 60 dias antes da sessão de abertura para qual a reclamação é listada (ILO, 1949).

prazo de 30 (trinta) dias após o recebimento, se aceita ou recusa a proposta do funcionário internacional.

Caso a ré recuse, o Registrador notificará o reclamante que o procedimento regular deve ser seguido e conseqüentemente deverá ajustar a reclamação, conforme o artigo 6 do Regulamento, no prazo de 60 dias a contar da notificação da rejeição. Outrora, se a ré aceitar a proposta, o Secretário deverá orientar o reclamante a apresentar um resumo conciso com a descrição dos fatos pertinentes, a relação de documentos justificados e provas anexas; sob o “procedimento acelerado” no prazo de 30 dias, a partir da notificação da aceitação.

A organização terá o prazo de 30 dias para encaminhar a resposta ao escrivão, contados após a data do recebimento da submissão. Poderá, também, neste procedimento haver tréplica as submissões.

Quanto ao procedimento regular, está disposto no artigo 8 do Regulamento que a organização demandada apresentará sua resposta, com os respectivos documentos dentro de 30 dias a partir da data do recebimento da reclamação. Se, não houver resposta no prazo, as peças escritas serão encerradas.

Outrora, caso a Resposta atenda aos quesitos do Regulamento o Secretário remeterá para o reclamante, no prazo de 30 dias, a contar da data do recebimento da resposta, para que apresente a tréplica. A resposta a tréplica se chama sobredita, em que é oportunizado a organização demandada, no prazo de 30 dias contados a partir do recebimento, que faça as impugnações necessárias. Caso, não sejam apresentadas dentro do prazo, as peças escritas serão encerradas.

Além disso, o Presidente poderá de ofício ou a pedido das partes, ordenar declarações ou documentos escritos, medidas investigativas que julgar adequada, o comparecimento das partes, oitiva de testemunhas e audição de peritos, consultar qualquer autoridade internacional competente, medidas de investigação por cartas rogatórias e instauração de inquérito especializado.

Quando o Presidente considerar as alegações escritas suficientes remeterá ao Secretário, para que inclua a relação em uma sessão de julgamento, informando as partes quanto a lista e data da sessão, bem como, com a licença do Tribunal, ter a designação de

audiência para que sejam produzidas apresentações orais das partes, testemunhas e peritos (estes juramentados, conforme disposto nos artigos 12, incisos 4 e 5 do Regulamento).

Os prazos e sessões de julgamentos poderão ser encurtados ou dilatados pelo Presidente, a depender do teor da reclamação. Bem como poderá haver despachos provisórios sem prejuízo da decisão final do Tribunal.

Sobre as decisões, o artigo 6º do Estatuto dispõe que o Tribunal deliberará por maioria dos votos e contra as decisões não cabe apelação. Porém, o Tribunal poderá considerar os pedidos de revisão, interpretação e execução da sentença. A publicação das sentenças será escrita ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e ao Reclamante, bem como seus arquivos ficarão dispostos na Repartição Internacional do Trabalho, estando à disposição de qualquer pessoa para consulta.

Por fim, o artigo 16 do Regulamento dispõe sobre a retirada da reclamação - é possível, desde que oportunizada a parte contrária o contraditório quanto ao pedido de retirada (OIT, 1949). Feita estas considerações, passaremos a análise de um caso prático para melhor compreendermos o procedimento no TAOIT.

### **3 Julgamento nº 4.321/2020 do TAOIT contra a Organização Europeia de Patentes (OEP)**

A última atualização no portal eletrônico da OIT/ILO foi em julho de 2021, constando que são 57 as organizações internacionais que reconhecem a jurisdição do Tribunal Administrativo, registradas 132 seções e 4.443 casos julgados.

Sendo as OIG que possuem maior contingente de demandas são: Organização Europeia de Patentes (EPO) contando com 950 julgamentos; em segundo lugar a Organização Mundial da Saúde (OMS) com 531 julgamentos; em terceiro lugar a Organização Internacional do Trabalho (OIT/ILO) com 385 julgamentos (OIT, 2021).

As organizações internacionais que não reconhecem mais a jurisdição do Tribunal Administrativo são 10, sendo que a primeira

renúncia em 1992 feita pelo Conselho Intergovernamental de Países Exportadores de Cobre (CIPEC) com 9 casos julgados e a última renúncia ocorreu em 21 de maio de 2021 pela a União Postal Universal (UPU), que contava com 76 julgamentos até a respectiva saída (OIT, 2021).

Para compreendermos o procedimento das reclamações pelo TAOIT foi escolhido um caso da Organização Internacional com número mais expressivo de julgamentos – a Organização Europeia de Patentes (OEP/EPO).

O caso analisado da OEP foi o julgamento nº 4.321/2020 em que a reclamante teve seu anonimato mantido, propôs a reclamação junto ao TAOIT em 21 de janeiro de 2015, em razão da não renovação de seu contrato a termo. A síntese dos fatos da reclamante consiste na a admissão em setembro de 2008 em um contrato de 10 meses “devido à falta de pessoal temporário”, que foi prorrogado cinco vezes. E em 28 de junho foi informada que o contrato não renovaria após 31 de dezembro de 2012, conforme artigo 15, inciso 1 do Regime Aplicável ao Agente Contratual da OEP.

Neste interregno de tempo, mais precisamente em junho de 2012 foi publicado um aviso de vaga em um posto de trabalho permanente na Direção em que a reclamante trabalhava, com funções semelhantes à dela. Houve a candidatura ao posto permanente, mas a candidatura foi rejeitada, com fundamento que titular de contrato por termo certo não seria elegível para se candidatar.

A reclamante por carta dirigida ao Presidente do Instituto em 25 de setembro de 2012, impugnou a decisão de não prorrogação de seu contrato, alegando que os motivos eram inválidos, em especial com a publicação da vaga permanente, requereu a anulação do processo de seleção para o lugar a anunciado e a conversão de seu contrato em permanente, com fundamento no art. 15º -A do Regime Aplicável ao Agente Contratual da OEP. Outrora, caso os pedidos da Carta não fossem atendidos, seria considerada como recurso interno reivindicando, inclusive, danos morais, custas e indenização por perda de salários e direitos previdenciários.

Em 31 de dezembro de 2012 a reclamante foi desligada do serviço e os pedidos iniciais da carta foram indeferidos, convertendo

em recurso e sendo encaminhados para o Comitê Interno de Recursos (CIR/IAC) para emissão de parecer.

O IAC da OEP realizou uma audiência em 27 de março de 2014 e emitiu um parecer em 27 de agosto de 2014 entendendo que o pedido de cancelamento do procedimento da seleção era inadmissível, porque a mesma havia proposto recurso para que o contrato temporário fosse convertido em definitivo.

O IAC recomendou por unanimidade que o recurso fosse negado e Presidente do Gabinete em nome do Vice-Presidente Geral 4 (DG4) da OEP. Por carta em 20 de outubro de 2014 informou a reclamante que o recurso foi rejeitado, o contrato não foi prorrogado e houve o arbitramento de danos morais e custas.

Deste modo, ante o esgotamento de todos os recursos internos da OEP e demonstrando a decisão impugnada, apresentou reclamação no TAOIT requerendo a nulidade da decisão em rescindir seu contrato por tempo determinado e a conversão por tempo indeterminado a partir de 2013, o pagamento de salários a partir de 01 de janeiro de 2013 até a readmissão na OEP, sem dedução de rendimentos e contribuições patronais para o regime de pensões neste mesmo período, bem como o arbitramento de danos morais de pelo menos 10.000 euros e as custas.

A resposta da EPO ocorreu em 11 de maio de 2015, foi oportunizada a tréplica a qual foi apresentada pela reclamante em 27 de junho de 2015 e a sobredita da EPO em 21 de setembro de 2015. As alegações foram escritas, sem requisição de procedimento oral.

Para julgamento do presente caso o Tribunal levou em consideração o artigo 2º do Estatuto da OEP que dispõe sobre a “Vigência de Contrato” e estabelece o prazo máximo de cinco anos para o contrato a termo.

Quanto a alegação da reclamante afirmar que a decisão da OEP é discricionária, o Tribunal inclinou seu entendimento conforme decisão precedente no Julgamento 3.005 “se for tomada sem autoridade ou em violação de uma regra de forma ou do procedimento, ou se assenta num erro de fato ou de direito, ou se algum fato essencial foi esquecido, ou se dos fatos se tiraram conclusões claramente erradas, ou se houve abuso de autoridade” (OIT, 2020).

Bem como, a análise detida das Condições de Trabalho para Agentes Contratuais (CECS) da EPO, quanto ao contrato de trabalho da Reclamante.

7. Observa-se que, ao assinar o contrato, a reclamante também aceitou as condições estabelecidas na oferta de emprego do EPO de que "[o] Escritório retém [ed] o direito absoluto de não renovar o contrato" e que o contrato era regido pelo CECS. Relevantemente, o Artigo 15 (1) do CECS dispõe que "[o] contrato será rescindido na data contratualmente designada". Além disso, o artigo 15.º-A, n.º 1, do CECS estabelece que "[com] exceção do n.º 3, o contrato a termo não confere qualquer direito de prorrogação ou de conversão para outro tipo de emprego". Tendo em conta estas duas disposições, a queixosa não tinha qualquer direito contratual ou expectativa legítima de emprego permanente ou de prorrogação do seu contrato para além de 31 de dezembro de 2012 (OIT, 2020, pp. 5 e 6).

Por estas, razões o TAOIT não acolheu os pedidos quanto a anulação do processo de seleção para o lugar a anunciado, a conversão do contrato em permanente e verbas acessórias.

Ainda que, em matéria de direito internacional não se fale em duplo grau de jurisdição, percebe-se que a funcionalidade do TAOIT é oportunizar de forma externa, a reanálise de decisões internas das Organizações Internacionais que reconhece a jurisdição do Tribunal. Tal oportunidade demonstra o 1º quesito quanto ao acesso à justiça internacional, é "o conjunto de direitos tutelados no plano internacional, seja voluntariamente ou no corpo de uma organização internacional." (MENEZES, 2013, p. 37).

No caso analisado, depreende-se que os sujeitos envolvidos na controvérsia são: de um lado, uma funcionária internacional questionando o regime de contratação e, de outro, OEP, delineando o 2º quesito de acesso à justiça que é "à definição dos sujeitos titulares das normas internacionais." (MENEZES, 2013, p. 37).

O 3º quesito são os "mecanismos jurídicos disponíveis e acessíveis para invocação dos direitos lesados ou pretensamente tutelados" (MENEZES, 2013, p. 37), no caso em análise foi a carta

dirigida ao Presidente do Instituto, analisada, e com os pedidos indeferidos pelo Comitê Interno de Recursos (IAC) da OEP, com o consequente esgotamento do recurso administrativo na OEP ensejou a proposição da reclamação no TAOIT.

Deste modo a decisão do Tribunal apresenta o 4º quesito de acesso a jurisdição internacional, ao fundamentar o julgado conforme Estatuto, Regulamento e Julgamentos precedentes do TAOIT; demonstrando assim “à efetividade com base no princípio da boa-fé, das decisões oriundas dos tribunais internacionais.” (MENEZES, 2013, p. 37).

Constata-se, que mesmo de forma mais lenta o acesso à justiça internacional, a funcionalidade do TAOIT possibilita permear arbitrariedades e manter a ordem social internacional. Ainda que, alguns mecanismos do TAOIT careçam de alguns aperfeiçoamentos, como por exemplo-as revisões de sentenças.

Por fim, é necessário destacar que os mesmos princípios que as OIGs buscam implementar de forma cooperada entre os Estados, não de ser observados as exceções de suas funcionalidades internas. Eis, portanto, a importância das OIGs reconhecerem a jurisdição e manterem-se vinculados ao TAOIT, a fim de perpetrar a garantia de direitos sociais nos respectivos organismos internacionais.

### **Considerações finais**

No deslinde da pesquisa, pudemos compreender o que são as OIGs e os impactos internacionais juntos aos Estados-membros, que consentem com as especificidades de suas funções quanto as medidas de governança global e outras práticas vinculadas ao direito e relações internacionais.

Essa mobilidade se reafirmou com a criação da ONU e a necessidade em ampliar as agências especializadas para viabilizar o diálogo quanto as necessidades sociais e econômicas entre Estados. Consequentemente com a criação de novas OIGs, tornou-se necessário o recrutamento de pessoas para trabalharem nas delegações de cada país.

E de forma inevitável, controvérsias quanto as relações de trabalho entre funcionários internacionais e organizações internacionais que estão vinculados é uma realidade. No entanto, quando se fala em acesso à justiça internacional não incomum nos vir o reconhecimento dos Tribunais universais, porém, no tocante a conflitos individuais tal matéria ainda carece de propagação.

O Tribunal Administrativo foi implementado em 1920 de forma comunal a Liga das Nações para tratar dos litígios entre seus funcionários e com sua conseqüente dissolução e criação da ONU foi incorporado à OIT, aprimorando seu Estatuto em 1949, para que outras OIGs que reconhecessem sua jurisdição pudessem ter as controvérsias trabalhistas apreciadas pelo respectivo Tribunal.

Interessante destacar que o acesso ao Tribunal somente será possível se houver morosidade quanto à análise do pedido do reclamante no procedimento interno, excedendo o prazo de 60 dias previsto no artigo 7, inciso III do Regulamento do TAOIT e/ou demonstrar o esgotamento de todos os recursos internos, com a decisão administrativa impugnada.

O caso analisado da OEP e o questionamento da funcionária internacional quanto a conversão do contrato por tempo indeterminado, nos trouxe a possibilidade de compreender o procedimento interno e no tribunal, bem como as diretrizes seguidas - disposição expressa no contrato de trabalho – que é o documento internacional balizador por excelência da relação jurídica – e jurisprudência do TAOIT recorrentemente invocada – para proferir a decisão.

Concluimos e dispomos a pesquisa para novos debates acadêmicos e processuais, eis que vivemos em tempos de especialização, principalmente com a dinâmica internacional quanto a multiplicação dos tribunais internacionais, possibilitando o acesso à justiça especializada aos funcionários internacionais, que por meio dos Tribunais Administrativos têm aos seu dispor um órgão jurisdicional, que “interpreta contratos e sentencia sobre danos” nas palavras de JESSUP, desempenhando relevante papel no que tange ao direito ao trabalho, direito social fundamental, igualmente, na esfera internacional.

## Referências

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTID, Suzanne. Les tribunaux administratifs internationaux et leur. **Recueil des Cours de la Haye**, v. 92, 1957, pp. 343-517.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Reparação de Lesões Sofridas a Serviço das Nações Unidas**. Opinião Consultiva, 11 abr. 1949. Caso Conde Folke Bernadotte. Holanda. Disponível em: <https://bit.ly/3iTkAAL>. Acesso em: 27 jul. 2021.

GASCON Y MARIN J. Les fonctionnaires internationaux. **Recueil des cours de la Haye**, 1932, pp. 721-797.

HAMMARSKJÖLD, Å. 1936, Haye. Les immunités des personnes investies de fonctions internationales. **Recueil des cours de la Haye**. Publié 01 août, v. 56, 1981, pp. 107-2011.

HERZ, Mônica; HOFFMAN, Andrea Ribeiro. **Organizações Internacionais: história e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3yctvUb>. Acesso em: 27 jul. 2021.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1956.

MAHAIM, Ernest. L'organisation permanente du. **Recueil des Cours de la Haye**. Publié 01 déc. 1968, v. 4, pp. 65-223.

MAUPAIN, Francis. L'OIT, la justice sociale et la mondialisation. **Recueil des Cours de La Haye**, v. 278, 1999, pp. 201-396.

MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

OIT. **Estatuto do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho**, de 29 de junho de 1949. Genebra, Disponível em: <https://bit.ly/373h7dn>. Acesso em: 28 jul. 2021.

OIT. **Caso O.T. (nº 2) v. EPO - nº 4321**. Genebra, 24 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3sg4hII>. Acesso em: 26 jul. 2021.

OIT. **Estatuto e Regulamento do Tribunal Administrativo (Versão Consolidada)**, de 29 de junho de 1949. Genebra, 18 jun. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ADPkNi>. Acesso em: 07 ago. 2021.

ONU. **Carta da Organização das Nações Unidas**. San Francisco, 26 jun. 1945. Disponível em: <https://bit.ly/3yKur2r>. Acesso em: 08 ago. 2021.

POTTER, Pitman B. Développement de l'Organisation Internationale (1815-1914). **Recueil des Cours de la Haye**, v. 34, 1938, pp. 71-155.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Corte Internacional de Justiça de Direitos Humanos**. Caso de Las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. San José, Costa Rica, 23 nov. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3AAWrpE>. Acesso em: 02 ago. 2021.

VERGNA, José Daniel Gatti. **O novo sistema do Tribunal Administrativo da ONU**. 2015. 182 f. Dissertação (Mestrado) - Direito, USP, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2WwqDDT>. Acesso em: 27 jul. 2021.



## CAPÍTULO 14

# UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO SOBRE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS Y SUS EFECTOS SOBRE LA LIBERTAD DE CREENCIA

*Lucas Oliveira Vianna  
Matheus Thiago Carvalho Mendonça*

**Resumen:** La propuesta se ocupa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el uso y presencia de símbolos religiosos en el espacio público y tiene como objetivo verificar en qué dimensión el argumento de la neutralidad secularista, recogido en las decisiones, subvenciona la existencia de una “religión civil” y cuáles son sus impactos en las garantías fundamentales de las libertades religiosas. Para ello, se evalúan los fundamentos ofrecidos por el TEDH al considerar los casos Dahlab c. Suiza, Sahin c. Turquía, Lautsi c. Italia y S.A.S c. Francia. Dicho análisis se realiza a partir de una extensa revisión bibliográfica, con énfasis en el concepto de laicismo en Marramao y la religión como bien humano básico en Finnis. Se constató un compromiso político laicista manifestado en la consolidación de una “religión civil” en detrimento del derecho a la libre expresión religiosa en el espacio público.

**Palabras-Clave:** Símbolos religiosos; Libertad religiosa; Laicismo; Derecho Internacional.

## Introducción

Los defensores clásicos de la tesis de la secularización de las sociedades modernas sostenían que la religión de a poco se convertiría

en un retazo antropológico de las comunidades primitivas, usado como mecanismo de control social y representación de lo sagrado. En este contexto, el sociólogo Peter L. Berger (1985), en la primera fase de su trabajo, apuntó a la religión como un hecho museológico que ha sobrevivido en sociedades no afectadas por el capital internacional, lo que la mantendría como un fragmento del pasado. En efecto, el proyecto de modernidad preveía la discontinuidad del fenómeno religioso basado en el fundamento extra-religioso de la acción humana hacia una era “ajena a Dios y a los profetas” (WEBER, 2004, p. 28), en un contexto de creencia generalizada en la desaparición de la experiencia religiosa.

Sin embargo, a finales de la década de 1980, Berger reconsideró su posición y afirmó que la religión no solo era un hecho indiscutible de su tiempo, sino que también se convertiría en un tema importante en el siglo siguiente (BERGER, 1999). En esta línea, el sociólogo vienes sostiene que la comprensión de la religión como mera herramienta de control social y representación estética de lo sagrado es una clave hermenéutica inadecuada para la valoración del itinerario histórico de la humanidad. Entre estos dos polos se enfrenta el desafío del pluralismo.

Ahora bien, es cierto que no hay derecho absoluto, por lo que incluso la libertad religiosa tiene sus límites en tiempos de reubicación del religioso. Sin embargo, a pesar de la necesidad de tutela estatal, las restricciones impuestas a la libertad religiosa no pueden ser genéricas e indeterminadas, ya que dicho derecho está dotado de esencialidad. Incluso la religión misma puede ser considerada un "bien humano básico", vinculado a la propia idea de dignidad humana e identidad cultural (FINNIS, 2011). En este contexto, el presente estudio persigue el objetivo de presentar algunos intentos de respuesta a algunos interrogantes, como los siguientes: el uso del principio de la supuesta neutralidad religiosa del laicismo, a cualquier precio, ¿no constituiría una “religión civil”, con un potencial tan excluyente como cualquier otra? O ¿en qué medida los argumentos en defensa del secularismo violan las libertades religiosas?

Para llevar a cabo tales reflexiones, el trabajo se centra en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre

el uso y la presencia de símbolos religiosos en el espacio público. Los casos elegidos para el análisis fueron *Dahlab vs. Suiza* (2001), *Sahin vs. Turquía* (2005) y *S.A.S vs. Francia* (2014) – cuyo objeto era la impugnación de las prohibiciones del uso de símbolos (trajes) musulmanes en escuelas y universidades – y el caso *Lautsi vs. Italia* (2011), que analizó la presencia de crucifijos cristianos en las escuelas públicas de Italia.

La investigación utiliza el método hipotético-deductivo como metodología principal y utiliza la revisión bibliográfica como herramienta metodológica. En el primer momento del estudio se presentan algunos conceptos preliminares para la discusión que se emprenderá a lo largo de este trabajo, tales como laicidad, laicismo, secularismo y afines. Luego se revisa el contenido de las decisiones del Tribunal EDH. Ya en el tercer momento se presenta el concepto de secularización a partir del trabajo de Marramao (1998) y Taylor (2007) y, al final, se trabaja el concepto de manifestación externa de la religión como condición inherente a la arquitectura humana basado en el concepto de bienes humanos básicos en la teoría de FINNIS (2011).

## **1 Laicidad y Laicismo: una Distinción Clave**

Con el objetivo de acomodar la discusión en su sitio adecuado es fundamental pulir los términos y delinear los contornos del Estado laico. Norberto Bobbio toma la definición de Valerio Zanone, según el cual el Estado laico está:

[...] separado de las confesiones religiosas, pero debe garantizar la libertad de religión y de culto a todos los grupos religiosos, sin implementar privilegios o estructuras de control dirigidas a determinadas confesiones, salvaguardando así la autonomía del poder civil de cualquier intento de el control religioso y, simultáneamente, la defensa de las confesiones de cualquier intento de restringir el libre ejercicio del culto por parte del poder temporal. (ZANONE, 2004, p. 670).

Así, el Estado laico tiene una doble función: no solo la de evitar la imposición de poder por parte de instituciones religiosas sobre el

Estado, sino también proteger a las organizaciones religiosas de la interferencia estatal. De esta manera, la laicidad está lejos de obstaculizar la expresión religiosa, sino que la beneficia, a la medida en que la libertad del control estatal permite a las iglesias actuar libremente según su propia lógica, utilizando no capital político, sino religioso y social (BARBOSA; VIANNA, 2019).

La separación entre el Estado y la Iglesia, lejos de enfriar el espíritu religioso, muchas veces lo fortalece, en la medida en que fomenta el proselitismo, ya sea de las religiones minoritarias, abriendo un espacio que hasta entonces les estaba negado, o por la organización religiosa hegemónica que, huérfana de las ventajas del poder, comienza a agilizar sus esfuerzos en un intento de [...] minimizar la pérdida de influencia en el tejido social. (SANTOS JR., 2007, p. 64).

Por lo tanto, no se trata de violar la libertad de religión, sino de buscar una emancipación recíproca entre el Estado y las religiones, de modo que se permita el libre ejercicio religioso, realizando así los derechos individuales de la libertad de los ciudadanos en relación con sus creencias y cultos. El estado laico, bajo una hermenéutica teleológica, tiene como objetivo proteger y organizar la libertad de expresión religiosa, no restringirla.

De ahí también se desprende la conclusión de que la laicidad impone deberes tanto negativos como positivos al Poder Público, ya que la libertad religiosa “no consiste únicamente en que el Estado imponga la religión a alguien o impida que alguien profese una determinada creencia”, sino que “también consiste, por un lado, en que el Estado permite que quienes siguen una determinada religión cumplan los deberes que de ella se derivan (en materia de culto, familia o educación, por ejemplo) en términos razonables” (MIRANDA, 1998, p. 359). No es por ninguna otra razón que varias naciones prevén la prestación de asistencia religiosa en las instituciones de detención colectiva, por ejemplo. Existe, por lo tanto, una dimensión subjetiva del derecho a la libertad de creencias que señala “al Estado y a otras personas civiles un derecho objetivo para garantizar el ejercicio efectivo de la libertad religiosa” (FONSECA, 2014, p. 99). Así, si en

algunos asuntos la laicidad del Estado requiere una omisión por su parte, en otros la misma inercia del Estado puede ser una violación de este principio.

Sin embargo, hay que considerar que no existe solamente un paradigma de Estado laico, sino varios modelos que se encuentran dentro de una amplia gama de opciones cuyos polos serían los que Kuru (2007, p. 571) denomina “laicismo pasivo” y “laicismo asertivo”. En el primero, el Estado es inerte en el establecimiento de organizaciones religiosas, pero permite su visibilidad en los espacios públicos. En el segundo, desde otra banda, se tiende a que el Estado aleje las religiones de la esfera pública, empujándolas hacia al foro privado, considerándolas – aunque implícitamente – un fenómeno que preferentemente debería reservarse para el ámbito privado. La doctrina, en general, suele llamar a tales posiciones, respectivamente, “laica” y “laicista”.

Es importante enfatizar que tales puntos de vista se distinguen cualitativamente, no cuantitativamente. Un estado de secularismo asertivo no es “más laico” que otro de posición pasiva. La realidad es que son perspectivas fundamentalmente diferentes sobre el rol de la religión en la constitución del individuo y de la sociedad. Es importante preguntarse, por otro lado, en vista de las consideraciones teleológicas ya observadas sobre el sistema de laicidad estatal: ¿cuál de estos modelos ofrece la protección más adecuada a las libertades religiosas?

Como se ve, la distinción fundamental entre ambos paradigmas es que el laicismo restringe la expresión pública de la religiosidad. Sin embargo, existe un conflicto con aquellas religiones en las que la manifestación pública es intrínseca a la doctrina teológica. Es que, para algunos aspectos religiosos, negarles la posibilidad de manifestación pública implica atingir el núcleo del derecho a la libertad religiosa.

Además, es importante notar que una postura estatal que expresa desprecio por la manifestación religiosa pública puede ser considerada en sí misma una visión religiosa. El “Estado laico no significa un estado ateo, porque el ateísmo sigue siendo un concepto religioso” (SARMENTO, 2006, p. 308). Al pedir la neutralidad del Estado en asuntos religiosos, es necesario antes considerar que la neutralidad del Estado no significa irreligiosidad o 'ateísmo' público.

De hecho, el ateísmo público no es exactamente un caso de neutralidad religiosa, sino una creencia negativa de la religión (RHONHEIMER, 2009, pp. 288-289). Es decir, la posición de neutralidad que limita las religiones a la vida privada de los individuos es en sí misma una confesión religiosa específica: la tesis de que la religión no tiene lugar en el campo público y debe permanecer en el ámbito privado de los sujetos.

La consecuencia de ello es el dominio del espacio público por una creencia específica. Este laicismo combativo reemplaza las religiones tradicionales, con sus creencias y rituales, por una religión secular, también con sus grupos de pensamiento y sus rituales propios (BRÉCHON, 1995). El Estado laico no es neutral, pero “por el hecho de estar imbuido de supuestos filosóficos o ideológicos (positivismo, cientificismo, libre pensamiento u otros), acaba poniendo en prejuicio el propio principio de la laicidad” (MIRANDA, 2014, p. 7).

## **2 ¿Qué ha Dicho el Tribunal de Estrasburgo sobre los Símbolos Religiosos?**

En este punto se realiza un breve análisis comparativo de la solución dada por la Corte Europea a diferentes casos que involucran símbolos religiosos, en concreto: *Dahlab vs. Suiza* (2001), *Sahin vs. Turquía* (2005), *S.A.S vs. Francia* (2014) y *Lautsi vs. Italia* (2011).

En el primer caso – *Dahlab vs. Suiza* (2001) –, la demandante, en el momento de su admisión al trabajo de maestra en una escuela primaria pública en Ginebra, practicaba la fe cristiana. Luego, en el 1991 se convirtió al Islam, por lo que comenzó a llevar el velo en la cabeza, según los preceptos específicos de su religión. El hecho de que llevara un velo en la cabeza no había molestado a ningún estudiante ni a sus tutores. Sin embargo, en 1996, el Director General de Educación Primaria de Suiza solicitó que no usara el velo islámico durante el curso de sus actividades profesionales, basándose en la denuncia de violación del artículo 6 de la Ley de Educación Pública de 1940. A partir de esta decisión, la profesora apeló al Gobierno del Cantón de Ginebra, que desestimó el recurso por los siguientes motivos: laicismo suizo, neutralidad de la educación pública y reducción de cuestiones como la creencia en el foro privado e íntimo del individuo.

En 1997, Dahlab apeló al Tribunal Federal Suizo que, en su momento, confirmó la decisión del gobierno cantonal de Ginebra: la de que el velo conllevaba un mensaje religioso sustancial, que sería perjudicial para la formación de las convicciones personales de sus alumnos (niños entre 4 y 8 años de edad). Destacó que el derecho a la libertad religiosa y de conciencia no es absoluto, por lo que puede llegar a ser restringido porque el uso de un pañuelo no formaba parte del núcleo inviolable de la religión.

La Corte entendió que la decisión está conforme al principio de neutralidad y el interés público en la restricción se manifiesta en el hecho de que la prohibición del uso del velo islámico en el ejercicio de funciones tiene como objetivo garantizar la armonía y la imparcialidad del entorno escolar. También defendió que el velo es un símbolo religioso evidente capaz de comunicar un mensaje religioso suficiente para adoctrinar a sus estudiantes y de difícil reconciliación con el principio de no identificación con una determinada fe.

Ahora bien, en el caso *Sahin vs. Turquía* (2005), la autora, que era ciudadana turca y practicante de la fe islámica, afirmó que la legislación turca que prohíbe a las mujeres llevar el velo islámico mientras asisten a clases en una universidad turca constituye una violación del artículo 9 de la Convención, que protege la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el artículo 2 del Protocolo 1 que protege el derecho a la educación. Esto se debió a que, en febrero de 1998, el rector de la Universidad de Estambul – donde Sahin estudió medicina – informó a la comunidad universitaria a través de una circular que los estudiantes que llevaran el velo islámico no deberían ser admitidos en clases. En consecuencia, se prohibió a la demandante, que seguía llevando el velo, realizar exámenes, asistir a clases y a seminarios.

Al juzgar el caso, el Tribunal de Estrasburgo, al evaluar el papel del Estado en la promoción del pluralismo – que el mismo Tribunal caracteriza como el "sello distintivo de una sociedad democrática" –, afirmó que se puede pedir a las personas que hagan concesiones en relación con sus convicciones personales a fin de promover la posibilidad de convívio social. Además, subrayó su limitada experiencia en juzgar estas cuestiones, indicando que las autoridades

universitarias están, en principio, en mejores condiciones que una corte internacional para evaluar las necesidades locales y las condiciones o requisitos de un curso determinado.

Respecto a la necesidad de la restricción, el Tribunal EDH examinó la importancia y la dualidad del derecho a la libertad de religión y conciencia de conformidad con el artículo 9, que incluye no solo el derecho a mantener creencias religiosas dentro del ámbito privado, pero también el derecho a poder manifestarlas. Al final, todavía, la Corte reconoció la legitimidad del objetivo declarado por el Estado al restringir la libertad religiosa: la protección de las libertades y derechos ajenos y la protección del orden público.

A su vez, en el caso *S.A.S. vs. Francia* (2014), la demandante es una ciudadana francesa, musulmán, que practica el uso del velo islámico. Sostiene que el *burka* o el *nihab* son formas de vida necesarias de acuerdo con su religión y cultura. Sin embargo, la legislación francesa (Ley n° 1192, del 2010) prohíbe a las personas esconder el rostro en los espacios públicos. El Estado francés sustentó, en resumen, que el uso del velo estaría vinculado a movimientos extremistas y fundamentalistas de afirmación radical en busca de identidad en la sociedad y que el uso del velo contraría principios republicanos como igualdad de género y igual dignidad de los seres humanos, así como un principio de fraternidad (usar tal ropa anularía el acto de contactar a otras personas).

La Corte Europea, a su vez, entendió que la ley del 2010 puede considerarse proporcional al objetivo deseado, es decir, la preservación de las condiciones de vida como elemento de la "protección de los derechos y libertades de los demás". Concluyó que, si bien se reconoce que la prohibición de la ley de 2010 tiene efectos negativos sobre las mujeres musulmanas – que por motivos religiosos, quisieran poder usar el velo en público –, la medida tiene una justificación razonable y objetiva, atribuyéndole nuevamente al espacio de la discreción (*margin of appreciation*) de los Estados signatarios.

Ya en el caso *Lautsi vs. Italia*, la demandante, que es finlandesa y reside en Italia con sus dos hijos – que eran niños en aquel entonces –, que asistieron a la escuela "Vittorino da Feltre". En abril de 2002, Lautsi se puso molesta por la presencia de un crucifijo – un símbolo

del cristianismo – en la pared de cada aula. Lautsi llamó a la junta escolar y pidió por la remoción del símbolo. La solicitud había sido llevada al Consejo Escolar, que decidió, en mayo del mismo año, mantener los crucifijos.

En la reunión ante el Consejo Escolar, Lautsi afirmó que la presencia del crucifijo en un espacio público – en el caso que se examina, sería en las aulas – violaría el concepto de laicidad estatal, con base en una sentencia dictada por la Corte Suprema de Casación italiana que, en 2000, decidió que la presencia de crucifijos en los lugares públicos donde se realiza la votación durante el período de elecciones políticas se oponía a los fundamentos del Estado laico, con base en los artículos 3 y 19 de Constitución italiana que, respectivamente, disponen acerca del trato no discriminatorio y la libertad de creencia. Es más: el Consejo escolar decidió que los crucifijos permanecerían, razón por la cual, en julio de 2002, la apelante impugnó la decisión ante el Tribunal Administrativo del Véneto, bajo la alegación de que la decisión violaba la laicidad de la República Italiana, así como la imparcialidad de la administración pública – conforme a los artículos 3, 19 y 97 de la Constitución del país, así como el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ante esto, el Tribunal Administrativo de Véneto encaminó el planteo hacia el Tribunal Constitucional cuestionando acerca de la inconstitucionalidad de estas disposiciones frente al principio de laicidad imperante en Italia, así como atentando los artículos 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución italiana. Sin embargo, en diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional italiano se declaró incompetente para evaluar la demanda pues entendió que las disposiciones relativas a la presencia de crucifijos en las aulas no poseían el *status* de ley, sino únicamente reglamentos que no constituyen objeto de control de constitucionalidad. Al fin decidió por devolver el asunto al Tribunal Administrativo del Véneto que, en marzo de 2005, rechazó finalmente la demanda de Lautsi bajo el argumento de que el crucifijo, aunque es un símbolo religioso, se refería al cristianismo en general, por lo que no estaría limitado a la fe católica romana y que llegaría a albergar otras confesiones. Por tanto, el tribunal consideró que se trataba de un

símbolo histórico-cultural con una alta carga identitaria para el pueblo italiano.

La Corte Europea, por su vez, entendió que, ya que no existen normativas en la mayoría de las regiones de Europa, el tema goza de cierto grado de discreción en cada ubicación. En ausencia de este enfoque común entre los Estados-miembros – que sería verificado por un estudio comparativo – cada región podría apreciar libremente el asunto. Además, la Corte concluyó que, si bien se admite que el crucifijo es un símbolo eminentemente religioso, aún no existirían pruebas suficientes para demostrar la influencia activa que la exposición de crucifijos en las aulas puede generar en los estudiantes.

Además, a pesar del carácter secular del Estado, la importancia e influencia del cristianismo en la historia de Italia es innegable, por lo que no sería descabellado que los valores relacionados con la fe cristiana fueran predominantes en la sociedad civil italiana. Es más: este predominio, por sí solo, no tendría la capacidad de caracterizar un trato discriminatorio en relación con otras creencias o, aún, con el derecho a la no creencia.

### **3 El Mito de la Neutralidad Religiosa del Secularismo**

Marramao (1998), al trazar una genealogía de la secularización, señala que el concepto de “secularización” constituye un ejemplo típico de la metamorfosis de una palabra en una de las palabras más características de la época contemporánea. Según el autor, esta terminología tiene sus raíces en el derecho canónico (*saecularisatio*; de *saecularis*, *saeculum*) y no se refería a una posible separación entre Estado e Iglesia, sino a lo temporal, en contraposición a la eternidad. El término ha experimentado una gran extensión semántica en el campo político, jurídico y filosófico. Por tanto, el presente trabajo admite que su definición puede resultar indeterminada y controvertida. Sin embargo, en cierto sentido, se dice que puede significar una ruptura moderna con los valores del cristianismo o, por otro lado, una “profanación”, también vinculada a un debilitamiento de los valores cristianos (MARRAMAIO, 1998).

Sin embargo, el significado moderno de la terminología se refiere a una independencia del entorno eclesiástico de la política. Así, el nacimiento de un Estado liberal indica una separación entre Estado e Iglesia, con la posibilidad de que sea estructural (institucional) o ideológica (MARRAMAQ, 1998). Al describir el fenómeno de la secularización a partir de los conceptos de racionalidad y desencanto de Max Weber, el autor describe la secularización como “el proceso de desencanto histórico-religioso más amplio del mundo, que, basado en el profetismo judío y la vinculación para el pensamiento científico griego (factores constitutivos de la racionalidad occidental), resultó en el abandono de todos los medios mágico-sacramentales de salvación.” (MARRAMAQ, 1998, pp. 59-60).

Es posible afirmar que el proceso de secularización del Estado de derecho moderno estuvo influido por las ideas liberales de la época, como las de John Locke e Immanuel Kant. Para Marramao (1998), la burguesía liberal todavía quería una deidad, pero sin el poder de actuar, así como quería un monarca, pero que estaba privado del poder. Por tanto, el objetivo era establecer un poder “neutral” que “reina, pero no gobierna” (MARRAMAQ, 1998, p. 69).

Para dar sentido e incluso un propósito a sus vidas, el ser humano siempre tiende a buscar algo que dé sentido a su existencia. Por tanto, si “un símbolo, icono, mito, ritual o doctrina deja de tener un valor trascendente, tienden a sustituirlo por otra cosa” (ARMSTRONG, 2014, p. 300). Así, cualquier cosa puede convertirse en objeto de lo divino – y esto se ha hecho más que evidente en Francia, donde los valores civiles son tratados como valores sagrados.

El nacimiento de la “religión civil” predica valores como la tolerancia y la no discriminación, pero que no se extendieron a quienes no observaban los preceptos que esta “religión” proponía (ARMSTRONG, 2014). En esta “religión”, la construcción en lo sagrado se correlacionó con la República y los valores resultantes del contrato social, a la luz de la razón pública secular.

En consecuencia, parece que la Modernidad está impregnada de este intento de limitar la religión al ámbito de la conciencia individual, sacándola del espacio público e invariablemente privatizándola. Con ello, lo que aquí se llama de “religión política”

representa la pretensión de absolutizar la acción humana y la totalización de las instituciones político-sociales, “invadiendo el campo de competencia de la fe” (MARRAMAO, 1998, p. 119), en la que se produce una “resacralización”, basada en las figuras del Estado, que sigue a la pérdida de formas de vida tradicionales, estipulada por el ámbito religioso confesional.

El control que ejerce el Estado, en la figura del magistrado civil, sobre el derecho a la conciencia religiosa cuando supuestamente viola el “bien público” es compatible con los ideales liberales. Esto se debe al hecho de que el derecho a la libertad de conciencia (y el principio de tolerancia) no va unido a un derecho subjetivo natural que pertenece a la autonomía del individuo. En este sentido, la filosofía liberal entiende que, para lograr la tolerancia, el propio Estado podría reprimir, en la forma de la ley, las amenazas derivadas de la religión al orden público – característica marcada, en particular, por las guerras religiosas de los siglos XVI y XVII. en Europa (BUTHA, 2012).

Sin embargo, la secularización significa naturalmente la separación de Iglesia y Estado, pero no significa que la fe haya desaparecido o que haya un nuevo y enfático deseo por las cosas del mundo, sino el retorno a la separación expresada en el Evangelio, bajo la consigna de “dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios” (MARRAMAO, 1998).

El secularismo, sin embargo, no solo implica la exclusión de la religión del espacio público y la afirmación del Estado como neutral. Por el contrario, es imperativo entender este fenómeno como algo que conserva una ideología, una cosmovisión, un parámetro científico, filosófico o político, ya que no hay forma de sostener una posible “neutralidad axiológica” del término. Por tanto, la “neutralidad” no es un concepto autodefinido (AHDAR, 2013).

Cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al considerar cuestiones de Libertad Religiosa, especialmente con respecto al uso y a la presencia de símbolos religiosos en espacios públicos, a menudo utiliza el término “neutralidad” del Estado – como en los casos de *Dahlab vs. Suiza* y *Sahin vs. Turquía* – para respaldar un compromiso de “equidistancia” de los Estados, que evite que las manifestaciones de estos individuos

“invadan” el espacio público, como mecanismo de “saneamiento” y “privatización” de la conciencia, además de entender la religión como un sistema irracional, de poca o ninguna importancia en el debate público.

Sin embargo, parece que este deber de “neutralidad” no está incluido en el texto de la Convención, sino que obedece a la propia hermenéutica de la Corte al respecto. El significado adoptado por la Corte es contradictorio, ya que “neutralidad” puede referirse a la obligación de los Estados de igualdad de trato (*equality of treatment*) de las religiones manifestadas en su territorio, como forma de imparcialidad y respeto a la pluralidad religiosa.

“Neutralidad” podría eventualmente significar la prohibición de un Estado de imponer – o aceptar – una sola religión en su territorio o adoptar medidas de conversión forzada. El caso Lautsi es un ejemplo en que el Estado italiano afirmó que, incluso con la presencia de crucifijos fijados en las aulas de las escuelas públicas, a otros estudiantes se les permitió utilizar otros símbolos religiosos, así como afirmó que el mes de Ramadán se celebraba en las escuelas. Por tanto, se entiende que el hecho de que una Nación abrace una religión como parte de su historia no le impide reconocer y respetar a las demás.

Aún en el caso Lautsi, el mismo hecho de retirar los crucifijos de las escuelas no podría interpretarse como una medida “neutral”, sino que significaría una acción positiva por parte del Estado de adherirse a una postura secularista. Ahora bien, no se puede esperar que un Estado, al garantizar el derecho de “no creer” a los ciudadanos, imponga que nadie puede tener este derecho y manifestarlo (WEILER, 2012). Por lo tanto, la religión también tiene una dimensión pública (AHDAR, 2013).

Así, el hecho de que un Estado sea llamado laico no implica que sea ateo, sino que debe aceptar y respetar las más diversas formas de manifestación religiosa (AHDAR, 2013). También se ratifica que, para cumplir con este deber, no es necesario romper con su tradición y formación histórica – como es el caso de Lautsi. Un Estado “neutral” no significa necesariamente que sea más tolerante y abierto a las diferencias, pero puede significar, en el sentido contrario, la auto-legitimación del laicismo como una “religión civil”.

Además, se puede decir que el “secularismo” no es neutral, imparcial o indiferente; en cambio, se constituye como una filosofía política que establece pautas para el desempeño del Estado. Esto se debe a que ninguna filosofía o sistema de pensamiento coherente podría considerarse “neutral”, por su propia naturaleza (BLACK, 1962; HESSEL, 1966). Cualquier doctrina o compromiso político nunca podría considerarse “neutral”, por el simple hecho de que existen valores que se transmiten, defienden y que configuran cada tipo de sistema, incluido el secular (AHDAR, 2013).

Por lo tanto, surge un laicismo intolerante y hostil, que rechaza prácticas, fiestas, rituales y símbolos religiosos y pretende desarraigar el simbolismo y la práctica religiosa de la llamada *public square*, al tiempo que impone una cosmovisión única e interfiere abiertamente en un proyecto de “buena vida” (FINNIS, 2011). Esto se debe a que la religión integra el concepto de “buena vida” que el individuo puede concebir, lo que señala la imposibilidad de una disposición estatal, genérica y abstracta, limitándola, en principio, sin un fundamento sólido ya que la religión de un pueblo es parte constituyente de su esencia y el Estado no puede ignorarla (PINK, 2013).

La creencia es un elemento básico de la realidad cognitiva humana, un ingrediente de la vida, que permite aceptar o no, defender o no, reconocer o no, una infinidad de elementos y situaciones cotidianas. Los objetos de creencia son aquellos elementos y situaciones que están más allá del control y el control total, pero hacia los que se debe tomar una actitud. La creencia está presente desde situaciones rutinarias hasta decisiones importantes de la vida. [...] La capacidad de decidir también nace de la capacidad de creer. (SANCHES, 2010, p. 55).

En la misma dirección, Ahdar escribe: “Ningún Estado puede ser completamente secular en el sentido de que quienes ejercen el poder no tienen creencias sobre lo que es verdad y no hay compromisos con lo que creen que es correcto.” Por casualidad, el Estado podría ser “religiosamente neutral”, en el sentido de que “no confiesa ninguna de las religiones del mundo.” Sin embargo, “el Estado no es neutral en

relación a las cosmovisiones, metanarrativas o cualquier término que pueda usarse para describir el marco que da coherencia global a nuestra comprensión de lo que es ser humano.” (AHDAR, 2013, p. 14).

Por lo tanto, al considerar las culturas en función de su contenido y sus valores, habrá necesariamente una relación de fuerzas entre estas culturas. La pregunta imperativa es la siguiente: ¿y cuándo estos valores no convergen? ¿Deberían anularse el uno al otro? La hipótesis del presente estudio es que los valores no son negociables. En efecto, no es “suavizando su filo, reduciendo su alcance, es decir, degradándose unos a otros, entre culturas, que se llega a la paz; o es una paz deletérea o simulada.” (JULLIEN, 2009, pp. 177-178). Por tanto, se entiende que no le corresponde a los Estados occidentales borrar conceptos que les son tan caros – como Democracia, Libertad e Igualdad – sino, a la luz de estos valores, ampliar las posibilidades de diálogo e interacción con diferentes culturas y construcciones históricas.

Por ello, no se argumenta que el camino hacia un ejercicio pleno de la pluralidad religiosa sea a través del abandono de los valores cristianos, adoptando una especie de “homogeneización” de estos valores por parte de una cultura secularista. La tolerancia no proviene de la pretensión de reducir sus valores o moderar su adherencia o su respeto. La solución no debe estar en el compromiso, sino en la comprensión (JULLIEN, 2009). Esto significa que no basta con anular las diferencias para promover el diálogo entre contrarios, es precisamente a partir del reconocimiento<sup>1</sup> de estas diferencias podemos vernos como iguales (CARVALHO, 2018; TAYLOR, 1992, pp. 32-33).

De esta manera, el secularismo puede ser entendido como una cosmovisión con sus propios dogmas, creencias, premisas y supuestos particulares de carácter partidista (AHDAR, 2013). En su modalidad hostil, tiende a clasificar la religión como potencialmente peligrosa e

---

<sup>1</sup> Carvalho (2018, p. 149) explica que "el dilema central de la cultura moderna, para Taylor, está en la pérdida de horizontes de valores trascendentes, compartidos y experimentados objetivamente" – lo que está también de acuerdo con Honneth (1996, p. 41). Por eso, Taylor destaca la necesidad del derecho al reconocimiento y el derecho a la identidad convergiendo hacia una dignidad universal.

irracional, por lo que debe ser retirada de la arena pública. Este tipo de modelo laico se define a sí mismo como privilegiado y adopta medidas parciales para sacar la religión del debate público.

#### **4 La Religión como un Bien Humano Básico**

Al hablar de bienes (o valores) humanos, el presente estudio delimita su planteo desde la tradición tomista-aristotélica, utilizada aquí como un panorama filosófico útil para comprender el rol de la religión en la sociedad humana y las protecciones que a esta función deben corresponder. Más específicamente, se adopta la Teoría Neoclásica del Derecho Natural, cuyas raíces se encuentran en un artículo de Germain Grisez (1965), en el que el filósofo, al comentar una cuestión de la *Summa Teológica* de Tomás de Aquino, plantea que las interpretaciones tradicionales de la obra están equivocadas en su exégesis y presenta argumentos en favor de una hermenéutica distinta del concepto tomista de Ley Natural<sup>2</sup>.

El principal motor de estas investigaciones, en el ámbito jurídico, es la percepción de la insuficiencia de la tesis positivista con respecto a los derechos humanos y la necesidad de una fundamentación ética para estos (PINHEIRO; SOUZA, 2016), lo que ha llevado muchos filósofos del derecho a tener un interés renovado en las teorías iusnaturalistas (DOUZINAS, 2000). La amputación de conceptos como objetividad de la discusión sobre valores morales ha llevado a una fragmentación de la moral pública (MAC INTYRE, 2007), con una ininteligibilidad mutua que no fornece apoyo a un sistema de universalización en torno a valores, que es no solo una estructura formal presente en los documentos de derechos humanos, sino que una idea que se tornó estructurante de la propia noción de tales derechos, intrínsecamente vinculada a ideas como universalidad, inherencia e inviolabilidad (PINHEIRO; SOUZA, 2016).

---

<sup>2</sup> A partir de estas preguntas, varios autores trabajaron en la Teoría, con destaque para nombres como John Finnis, Joseph Boyle y Robert P. George. A nível brasileiro, hay investigadores como Barzotto (2007), Oliveira (2002), Pinheiro e Souza (2016), Pimentel (2020) e Mendonça (2018; 2021).

Respondiendo a la tesis de Hume (2000) – la de que no se puede derivar un deber-ser del ser –, John Finnis demuestra que el naturalismo de Aquino no se basa en las exteriorizaciones observables de la naturaleza humana, sino en lo que el neotomista llama de principios de la razón práctica, que no se infieren de los hechos, ni de proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana (FINNIS, 2011). En la filosofía tomista, estos primeros principios especifican las formas básicas del bien y del mal, pueden ser comprendidos adecuadamente por cualquiera que haya alcanzado la edad de la razón (y no solo por los metafísicos), son perceptibles *de per se* (evidentes por ellos mismos) e indemostrables (FINNIS, 1998). Lo que se infiere, por tanto, es que Aquino no “incurrió en falacias naturalistas, porque lo ‘bueno’ y ‘malo’ no se derivarían de factores empíricos, sino de estos ‘primeros principios’.” (SGARBI, 2007, p. 663). Quizá podría afirmarse que hay una circularidad del razonamiento, pero ciertamente no hay un salto de lo natural a lo ético.

Es importante tener en cuenta que estos no son principios morales en sí mismos, sino principios que se extienden a toda deliberación práctica, razones para la acción provistas por todos los que pueden identificar y perseguir racionalmente (AGUIRRE, 2014, p. 649-650). En este punto, la teoría de Finnis (2011) es simplemente una teoría descriptiva social, como la llama el propio autor. Se limita a describir lo que los seres humanos efectivamente persiguen y cómo lo persiguen, individual y socialmente, pero no evalúa lo que se *debe* buscar. A estos fines de las decisiones humanas, Aristóteles – y, después de él, Aquino – llama, a lo largo de su *Ética a Nicómaco*, bienes. Se trata de enunciados pre-morales que pueden ser universalmente reconocidos, porque son inherentes a la propia estructura del razonamiento humano en lo que se refiere a sus acciones (GRISEZ, 1965). El conjunto de estos principios conforma lo que Finnis llama “razonabilidad práctica”<sup>3</sup>, un concepto central en la teoría del autor.

---

<sup>3</sup> “Práctica” – es necesario aclarar – en su sentido aristotélico, de dirigida al ámbito de las acciones y decisiones humanas (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 71). Práctica porque describe el proceso de deliberación y toma de decisiones y elecciones humanas en su práctica, en el agir.

Los bienes humanos, a su vez, son cualquier objetivo o propósito que razonablemente pueda considerarse deseable y bueno para el ser humano, involucrando valores como la paz, la salud, la felicidad, la satisfacción personal, entre numerosos otros (OLIVEIRA, 2002). Así, cuando se habla de “bien humano” en la teoría aristotélica, se habla de “una forma general de bien en la que se puede participar o que se puede realizar de infinitas formas en un número indefinido de ocasiones” (FINNIS, 2011, p. 69), cualquier cosa que cualquiera pueda razonablemente querer.

Continuando con el análisis de las especificidades de los bienes humanos, cabe señalar que algunos bienes son motivos de acción que necesitan un motivo adicional para explicar el interés que las personas tienen por ellos. A estas razones les llaman “bienes instrumentales”, mientras que, por otro lado, “hay motivos para la acción que no necesitan ningún motivo adicional; son bienes que, solos o juntos, subyacen a todos y cada uno de los propósitos. A estos los llamamos bienes básicos.” (FINNIS; GRISEZ; BOYLE, 1987, p. 103).

Los bienes básicos, por tanto, son “bienes fundamentales a los que apunta la voluntad, es decir, los bienes que constituyen nuestras razones fundamentales para actuar y que dan cuenta de todo lo que podamos querer elegir inteligentemente” (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 47). En resumen, los valores últimos que “constituyen el sustrato valorativo del hombre en todos sus juicios morales” (SGARBI, 2007, p. 667), morales en sentido amplio, no solo de las acciones con implicaciones éticas inmediatas, sino de todo lo que concierne a las acciones humanas en general y que está situado, por lo tanto, en el orden del conocimiento práctico (para usar la terminología aristotélica).

Finnis (2007) enumera como bienes básicos los siguientes: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad (amistad), razonabilidad práctica y “religión”<sup>4</sup>. El teórico social “no niega que existen infinitas metas y formas de bien, sin embargo estas serán solo formas o combinaciones de formas de obtener y cumplir estas siete propuestas básicas de la acción humana, es decir, son estas las formas

---

<sup>4</sup> A pesar de que la lista fue actualizada posteriormente por el autor, se decidió adoptar la presente versión debido a su coherencia y claridad internas.

básicas del bien” (OLIVEIRA, 2002, p. 66). Por lo tanto, nada evitaría que se agreguen nuevos elementos al rol, aunque Finnis entiende que esta lista cubre todos los propósitos finales involucrados en la acción humana.

La religión es parte de la lista de bienes humanos básicos, en la medida en que es notable la presencia de creencias religiosas en las más diversas sociedades y culturas a nivel mundial, tal y como han percibido innumerables investigadores en los campos de la antropología, la sociología y la psicología social, algunos de los cuales han concluido por la universalidad, humanamente hablando, del fenómeno religioso, proponiendo la existencia de una raíz extracultural, quizá biológica, para ello (apud CZACHESZ, 2019; BARRET, 2000).

Hay que remarcar que cuando Finnis se refiere a la religión, no se refiere a una tradición específica ni a una organización religiosa. En efecto, al afirmar la religión como un bien humano de valor fundamental, el australiano no tiene la intención de defender ninguna creencia específica, sino defender el aspecto religioso como un aspecto necesario e históricamente verificado de las manifestaciones humanas, incluida la manifestación antiteísta. El vínculo que traza Finnis (2011) es el de la religión conectada con el sentido de buscar los orígenes de la existencia, el origen trascendente del orden universal de las cosas. La búsqueda del ser humano por conocer la existencia de algún orden que trascienda su individualidad y, luego, adaptarse y actuar de acuerdo a él. Así, si bien, en la búsqueda de responder a este "impulso metafísico", las diferentes culturas presentan respuestas absolutamente divergentes, “la especulación metafísica sobre un orden supraindividual e irreductible a la experiencia sensible es universal.” (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 80)

Es importante señalar que la universalidad es inherente a estas indagatorias sobre la condición humana, y no a las respuestas multiformes que se les presentan (SGARBI, 2007). Con respecto al bien de la religión, incluso un ateo como Sartré, a pesar de negar la existencia de una entidad divina personal, todavía piensa "estar obligado a actuar con libertad y autenticidad y desear la libertad de otras personas al igual que la tuya", expresando, "una preocupación por

un bien que consiste en una forma de orden irreductiblemente distinta" (FINNIS, 2011, p. 95). Así, el derecho a "no creer" es también una manifestación abarcada por el concepto de religión en Finnis. Por tanto, si se prohibiera la religión y su manifestación, no habría posibilidad de ejercer la *no* religión como derecho, ya que esto sería una imposición. Entonces, hay una dualidad: el derecho a *no* creer solo puede ser un derecho, si la manifestación religiosa es también un derecho; ambos son rostros de una realidad.

Finalmente, Finnis enfatiza que la plena realización de los bienes humanos sólo puede ocurrir en el contexto de la comunidad, lo que implica que el pleno florecimiento de los bienes humanos es el logro del bien común (SGARBI, 2007). Es importante señalar, en este punto, que el concepto de bien común en la tradición tomista-aristotélica no es simplemente el bien de la mayoría, como en la teoría ético-social utilitarista (PINHEIRO; SOUZA, 2016), ni un objetivo comunitario homogeneizador que reprime intereses individuales, sino la realización de los bienes particulares de cada vida humana en sí, "cada persona concreta, no solo en una clase privilegiada, sino en toda la comunidad" (MARITAIN, 1966, p. 54).

Es importante señalar, sin embargo, que el comunitarismo neo-aristotélico no es totalitario, y al reconocimiento de los bienes humanos debe corresponder la protección de la libertad de cada ser humano para que pueda buscarlos individualmente (FINNIS, 2009). Para el autor, una de las funciones primordiales del Estado de derecho es que, al tener el monopolio del uso de la fuerza y ejercerlo dentro de los límites que se le otorgan, evita que los seres estén sujetos a la discreción de otros, lo que es un requisito para el pleno florecimiento de las virtudes humanas, en la medida en que "los individuos solo pueden ser ellos mismos, es decir, tener la 'dignidad' de ser 'agentes responsables' – si no se les obliga a vivir sus vidas por la conveniencia de otros, pero que se les permita y se les ayude a crear una identidad duradera para 'toda la vida'." (FINNIS, 2011). Así, "la tesis ética de la razón práctica y de los bienes humanos básicos [...] se articula con la tesis política de la autoridad del Estado de derecho para promover el bien común" (PINHEIRO; PIMENTEL, 2020, p. 341). En este sentido, "el bien común se realiza por la autoridad de la ley, dándole a esta última

razonabilidad práctica. Es decir, la realización, acceso y promoción de los bienes humanos básicos, al configurar el bien común, legitiman la autoridad de la ley.” (PINHEIRO; NEIVA, 2019, p. 245).

En este sentido, la protección de las condiciones para el florecimiento del bien básico de la religión se manifiesta, en el plano político, en el establecimiento de un Estado de Derecho laico, no hostil al fenómeno religioso; y, en el campo jurídico, en la libertad amplia de creencia, la cual es un bien instrumental necesario a la consecución del bien común último de todos los miembros de la sociedad, no únicamente de los creyentes.

## **Conclusiones**

El trabajo identificó que: (i) Los casos que involucran la prohibición del uso de símbolos religiosos islámicos (vestimentas) comúnmente se presentan ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos bajo la supuesta violación del artículo 9 de la Convención; (ii) El Tribunal suele ratificar la prohibición al permitir que las democracias se autodeterminen según su conveniencia para evitar "movimientos fundamentalistas" a quienes no participan de la misma religión (MURDOCH, 2007), lo que refuerza el fundamento secularista; (iii) En el caso de *Dahlab vs. Suiza*, rechazado sumariamente bajo el argumento de la "neutralidad confesional y religiosa", el Tribunal de Estrasburgo decidió que la restricción era válida, considerando el peligro de "conflicto religioso" e influencia sobre los estudiantes; (iv) En la demanda *Sahin vs. Turquía*, la corte turca dijo que el uso del velo se refería a un símbolo político del Islam, que amenazaba los valores republicanos, secularistas y laicos y el orden civil de Turquía. También llegó a la conclusión de que esa práctica religiosa no absorbe la tolerancia, la igualdad y la no discriminación; (v) En los casos *Dahlab* y *Sahin*, no se discutió si dicha prohibición era proporcional y necesaria ante el legítimo objetivo del Estado de salvaguardar el derecho de terceros; (vi) En el caso *Lautsi*, el Tribunal EDH aceptó los argumentos de la Justicia italiana de que los símbolos formaban parte de la identidad nacional y los valores occidentales, que su pasividad no establece una obligación confesional

con el estudiantado y que el pluralismo y la tolerancia necesariamente abarcan diversas visiones del mundo.

Del análisis jurisprudencial realizado se constató que, a excepción de *Lautsi vs. Italia*, el Tribunal EDH ratificó las restricciones a la libertad religiosa al concluir que no hubo violación de las disposiciones de la Convención alegadas por los demandantes, en particular el artículo 9. Además, ante un manifiesto compromiso político laicista, el Tribunal de Estrasburgo hizo un amplio uso de la “Teoría del Margen de Apreciación” de los Estados miembros, otorgándoles una amplia subjetividad discrecional para abordar el asunto en cuestión, legitimando las restricciones, concluyendo que eran proporcionales y necesarias para el fin a lo que se prestaron. No se dió el tratamiento adecuado al hecho de que estas restricciones, en su mayor parte, se daban de manera genérica y sin ninguna disposición en la ley en sentido formal y, aún así, no dejaba lo suficientemente claro y convincente sobre qué fin / bien común sería este que permita frenar la manifestación de creencias, un derecho tan querido por la humanidad.

Así, lo que se señaló fue que, al ratificar las limitaciones a la libertad religiosa y sus manifestaciones públicas, la Corte apoya la consolidación de una “religión civil” en detrimento del derecho a la libre expresión religiosa en el espacio público. Así, el aparato teórico adoptado en esta comunicación sustenta la hipótesis de que el esfuerzo, por parte de los Estados Nacionales, de limitar la expresión de la fe al ámbito privado – por tratarse supuestamente de una cuestión únicamente de carácter privado – demuestra que se ha descuidado un bien humano básico, que está intrínsecamente relacionado con la dignidad humana y la constitución ontológica del individuo, en favor del derecho a la no creencia de terceros y el principio de supuesta neutralidad axiológica del Estado laico.

## Referencias

AGUIRRE, S. C. El primer principio de la ley natural, según Finnis-Grisez y Rhonheimer y las lecturas contemporáneas de ‘Summa Theologiae’ i.ii, q. 94, a. 2. **Revista de Derecho de la Pontificia**

**Universidad Católica de Valparaíso**, v. XLIII, n. 204, 2014, pp. 643-669.

AHDAR, R. Is Secularism Neutral? **Ratio Juris**, v. 26, n. 3, 2013, pp. 404-429.

ARMSTRONG, K. **Fields of Blood: Religion and the History of Violence**. New York: Knopf, 2014.

BARBOSA, J. R. S.; VIANNA, L. O. Reflexões sobre os limites da expressão religiosa pública no Estado laico brasileiro. **Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise**. Porto Alegre: Ed. Fi, v. 3, 2019.

BARRET, J. L. Exploring the natural foundations of religion. **Trends in Cognitive Sciences**, v. 4, n. 1, 2000, pp. 29-34.

BERGER, P. L. The Desecularization of the World. A Global Overview. In: BERGER, P. L. (Ed.). **The Desecularization of the World**. Resurgent Religion and World Politics. Grand Rapids. W. B. Eerdmans Publishing Co, 1999.

BLACK, M. **Models and Metaphors**. Ithaca: Cornell University Press, 1962.

BRÉCHON, P. Institution de la laïcité et déchristianisation de la société française. **Cemoti**, n. 19, 1995.

CARVALHO, M. Alternativas para el desafío ético de la hospitalidad: un diálogo entre el cosmopolitismo, Derrida y Taylor. **Critical Hermeneutics. Biannual International Journal of Philosophy**, v. 2, n. 1, 2018, pp. 129-157.

CATROGA, F. **Entre Deuses e Césares**. Secularização, laicidade e religião civil. Coimbra: Almedina, 2006.

CULLETON, A.; BRAGATO, F. F.; FAJARDO, S. P. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009.

CZACHESZ, I. Creencias, Rituales y Memoria. Una introducción a la Ciencia Cognitiva de la Religión. **Psicología, Conocimiento y Sociedad**, v. 9, n. 1, 2019, pp. 182-204.

DOUZINAS, C. **The end of human rights**. London: Hart Publishing, 2000.

FERRAJOLI, L. La cuestión del embrión entre derecho y moral. **Juezas y Jueces para la Democracia**, v. 44, 2002.

FINNIS, J. **Aquinas**. Moral, Political and Legal Theory. New York: Oxford University Press, 1998.

FINNIS, J. Does Free Exercise of Religion Deserve Constitutional Mention? **American Journal of Jurisprudence**, v. 54, 2009, pp. 41-66.

FINNIS, J. **Natural Law and Natural Rights**. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2011.

FINNIS, J.; GRISEZ, G.; BOYLE, J. Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends. **American Journal of Jurisprudence**, v. 32, n. 99, 1987, pp. 99-151.

FONSECA, F. T. **A liberdade religiosa como direito fundamental e a laicização do estado democrático de direito**. Pouso Alegre: FDSM, 2014.

GRISEZ, G. The First Principle of Practical Reason: a Commentary on the Summa theologiae, 1-2, Question 94, Article 2. **American Journal of Jurisprudence**, v. 10, n. 1, 1965, pp. 168-201.

HESSEL, M. **Models and Analogies in Science**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1966.

HONNETH, A. L'antropologia filosófica di Charles Taylor. **Fenomenologia e Società**, v. 1-2, 1996, pp. 25-41.

HUME, D. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: Unesp, 2000.

JULLIEN, F. **O diálogo entre as culturas: do universal ao multiculturalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

KURU, A. T. Passive and Assertive Secularism: Historical Conditions, Ideological Struggles, and State Policies toward Religion. **World Politics**, v. 59, n. 4, 2007, pp. 567-594.

MAC INTYRE, A. **After Virtue**. A Study in Moral Theory. 3<sup>rd</sup> ed. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2007.

MARITAIN, J. **Man and the State**. Chicago: University of Chicago Press, 1966.

MARRAMAO, G. **Cielo y Tierra**. Genealogía de la Secularización. Buenos Aires. Paidós, 1998.

MENDONÇA, M. T. C. Introdução ao pensamento de John Finnis e as insuficiências juspositivistas. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 14, 2018, pp. 93-107.

MENDONÇA, M. T. C. ¿El Positivismo Jurídico es capaz de fundamentar los Derechos Humanos? Un análisis desde la ética de la Ley Natural. **Revista República y Derecho**, v. 6, n. 6, 2021, pp. 1-25.

MIRANDA, J. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 7, n. 1, 2014.

OLIVEIRA, E. S. de. **Bem Comum, Razoabilidade Prática e Direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis**. Porto Alegre: FURG, 2002.

PINHEIRO, V. S.; NEIVA, H. L. M. Razão Prática, Direito e Bem Comum na Teoria da Lei Natural de John Finnis. **Quaestio Iuris**, v. 12, n. 2, 2019, pp. 240-265.

PINHEIRO, V. S.; PIMENTEL, M. S. Secularização, Estado laico e Direito à liberdade religiosa: aproximação da sociologia histórica de Charles Taylor e da Filosofia Jurídica de John Finnis. **Revista Juris Poiesis**, v. 23, n. 31, 2020, pp. 323-353.

PINHEIRO V. S.; SOUZA, E. B. A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 4, n. 7, 2016, pp. 65-83.

PINK, T. The Right to Religious Liberty and the Coercion of Belief. A note on Dignitatis humanae. *In*: KEOWN, J.; GEORGE, R. P. (Eds.). **Reason, Morality and Law**. The Philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 427-432.

RHONHEIMER, M. **Cristianismo y laicidad**. Historia y actualidad de una relación compleja. Madrid: Rialp, 2009.

SANCHES, M. A. Religião e ciência: o porquê do diálogo. *In*: ROSSI, L. A. S.; KUZMA, C. A. **Cultura, religião e sociedade**: um diálogo entre diferentes saberes. Curitiba: Champagnat, 2010, pp. 155-167.

SANTOS JÚNIOR, A. C. **Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007.

SARMENTO, D. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SGARBI, A. O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, 2007, pp. 661-689.

TAYLOR, C. A **Secular Age**. Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

WEBER, M. **The Vocation Lectures**. Cambridge: Hackett Publishing Co, 2004.

WEILER, J. H. H. El crucifijo en las aulas: libertad de religión y libertad frente a la religión. **Scripta Theologica**, v. 44, 2012, pp. 187-199.

ZANONE, V. Laicismo. *In*: BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Org.). **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.



## CAPÍTULO 15

# **O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NOS CASOS DE ECOCÍDIO: impactos de sua tipificação na garantia dos direitos sociais e a possível relação com as tragédias ambientais em Mariana e Brumadinho no Brasil**

*Mariane Morato Stival  
Thais Gabrielle da Silva Lemos*

**Resumo:** A comunidade internacional tem reforçado a importância do meio ambiente na segurança e sobrevivência da humanidade. Em setembro de 2016, o Tribunal Penal Internacional (TPI) publicou um relatório marcante realizado por sua Procuradoria, no qual foi ampliada a interpretação de crimes contra a humanidade, denominado de Ecocídio. No Brasil, o setor de mineração tem sido palco de uma série de graves violações de direitos humanos, gerando ecocídios. Assim, este estudo avalia a natureza inovadora do ICC e os possíveis obstáculos a tal aplicação. A metodologia baseia-se na abordagem hipotético-dedutiva que utiliza fontes secundárias fundamentais para a compreensão desta pesquisa, com a técnica de pesquisa bibliográfica e análise documental.

**Palavras-chave:** Brasil; Casos Mariana e Brumadinho; Direito Internacional Ambiental; Ecocídio; Tribunal Penal Internacional.

## **Introdução**

Há um cenário nacional e internacional de uma grave crise ambiental onde questões de mercado se sobrepõem às normas internacionais de proteção ambiental. Verifica-se, constantemente, tragédias socioambientais com perdas humanas, extinção de espécies,

poluição hídrica, rompimento de barragens e lançamento de rejeitos de alta periculosidade em rios e oceanos, deslizamentos, desmatamento massivo, deslocamentos forçados em razão dos desastres ambientais.

Além de impactos ambientais, também se faz presente neste artigo o estudo dos impactos sociais causados pelo Ecocídio e a repercussão do referido tema em uma análise interna dos países sem eficácia punitiva de crimes contra o meio ambiente.

De forma a validar estas afirmações, o presente artigo busca analisar a inovadora ampliação da competência do Tribunal Penal Internacional para abranger crimes ambientais que causem destruição da fauna, flora e perdas humanas em grande escala. Trata-se do Ecocídio. Serão apresentadas as normas do Tribunal Penal Internacional, a caracterização de Ecocídio, os casos Mariana e Brumadinho e a possível intervenção do TPI na responsabilização de pessoas nestes casos em um Tribunal Internacional.

Trata-se de um tema de grande relevância considerando que este reconhecimento é recente, inovador e há a necessidade de se investigar as reais possibilidades e obstáculos para ações internacionais neste tribunal envolvendo tragédias ambientais.

Em relação à metodologia será utilizado o método hipotético-dedutivo, bibliográfico, com a utilização da legislação e teoria internacionais e nacionais. Serão apresentados os casos Mariana e Brumadinho envolvendo o rompimento de barragens no Brasil e sua relação com o Ecocídio. Será feita análise documental, com a utilização de relatórios produzidos pela Procuradoria do Tribunal Penal Internacional e pela Organização das Nações Unidas-ONU sobre o tema, os quais são fundamentais para a compreensão sobre a forma de atuação deste tribunal internacional em tragédias ambientais nos países.

## **1 Legitimidade do Tribunal Penal Internacional**

Anteriormente à criação do Tribunal Penal Internacional, para que fossem julgados e solucionados os conflitos gerados pela 2ª Guerra Mundial, os Estados Unidos, Reino Unido, União Soviética e França firmaram a Carta do Tribunal de Nuremberg, sendo ela um instituto

internacional de responsabilização pelas atrocidades ocorridas na guerra.

Se fez presente na Carta de Nuremberg (1947) a tipificação dos delitos internacionais em categorias, quais sejam, crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Em análise ao texto da referida Carta se configura a divergência acerca da legitimidade para o julgamento de particulares na esfera internacional como foi bem pontuado por José Delgado e Liriam Tiujo:

Um dos principais problemas com o qual a justiça internacional penal teve que se debater foi em nível da justificação da punição de indivíduos na esfera internacional. [...] O entendimento, talvez predominante, era que indivíduos não podiam cometer crimes na esfera internacional, uma vez que os únicos sujeitos reconhecidos eram os Estados. (DELGADO; TIUJO: 2004, p. 58).

De forma esclarecedora, Nuremberg, além da tipificação individual supra, fez referência expressa à possibilidade de responsabilização e julgamento individual, o que reforçou “o entendimento no sentido de que o Direito Internacional teria prerrogativas de atribuir a titularidade de direitos e deveres também aos indivíduos e não única e exclusivamente aos Estados”. (NUREMBERG, 1947).

Após várias mudanças no cenário de julgamentos realizados além da esfera nacional sobre questões de direito penal a criação do TPI foi um marco na história do direito internacional. Ocorrida em momento posterior ao fim da Guerra Fria, por meio da Assembleia Geral da ONU, a reunião para instituição do TPI foi realizada, tendo em pauta debates sobre a criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente, que trazia consigo a consolidação de diversas mudanças no cenário internacional para uma unificação do julgamento no âmbito supranacional. Nesta ocasião foi aprovado o Estatuto de Roma que estabeleceu o TPI no ano de 1998.

A legitimidade do Tribunal Penal Internacional segue como um tema de grande divergência nos diversos estudos acerca do tema. Em razão da falta de tipicidade específica existem doutrinadores brasileiros

que entendem ser a atuação do TPI uma forma de violação ao princípio da reserva legal defendida pela legislação do Brasil.

Previsto no Estatuto de Roma, de forma expressa em seu artigo 5º, se encontram os crimes que serão julgados pelo TPI.

Art. 5º. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão. (ESTATUTO DE ROMA: 1998).

Portanto é possível concluir acerca da inexistência de previsões específicas expressas neste grandioso instituto, não se fazendo presente ainda a cominação de penas aos crimes descritos no texto legal, o que gera discussões em todo o mundo com divergências relevantes sobre a legitimidade do TPI no julgamento de Estados e particulares.

## **2 As Normas do Tribunal Penal Internacional sobre Questões Ambientais**

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado pelo Estatuto de Roma, sendo uma Corte Permanente e independente que julga acusados de crimes como genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. O Brasil depositou seu instrumento de ratificação ao Estatuto de Roma em 20 de julho de 2002. O tratado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional conforme estabelecido no artigo 5º, §3º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2002).

O Estatuto de Roma não regulamenta de forma específica a competência do Tribunal Penal Internacional para julgar crimes ambientais. Em termo de matéria ambiental criminal, é possível identificar no referido Estatuto apenas o disposto no artigo 8º, 2, b, IV, que prevê que constitui crime de guerra lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas

humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa.

Observa-se que, na realidade, há uma tipificação de uma espécie de crime de guerra. Entretanto, diante da previsão da conduta abranger atos que causem prejuízos ao meio ambiente, compreende-se a possibilidade de se interpretar o referido dispositivo como uma norma internacional de natureza penal ambiental, ou seja, o próprio Estatuto de Roma contempla a possível competência do TPI em determinados crimes ambientais. Há crimes ambientais que atentam contra a vida, o bem-estar, à saúde e a segurança de uma sociedade, sendo possível uma equiparação a crimes contra a humanidade e, por consequência, a ampliação da competência do TPI para julgar estes crimes (NETO; MONT'ALVERNE, 2018, p. 11).

### **3 Os casos Mariana e Brumadinho e sua Relação com o Ecocídio**

Há a necessidade de novas medidas no direito internacional e nacional em busca de um novo valor ambiental. A possível ampliação da competência do TPI para o julgamento do crime de Ecocídio representa um grande avanço, especialmente se houver uma alteração no Estatuto de Roma para incluir de forma expressa essa possibilidade. O crime de Ecocídio é definido como uma tragédia ambiental em grande escala (MARTINCHENUT, 2015, p. 15). Neste contexto a caracterização do crime de Ecocídio com a grave destruição da fauna, flora e perdas humanas se relaciona com as tragédias em Mariana e Brumadinho, ocorridas no Brasil.

No dia 05 de novembro de 2015 ocorreu o rompimento da barragem do Fundão de propriedade da Samarco Mineração S.A, no município de Mariana. O rompimento liberou entre 55 e 60 milhões de m<sup>3</sup> de lama e rejeitos de mineração. A lama atingiu a barragem de Santarém, causando o seu rompimento e todo o material acumulado atingiu o distrito de Bento Rodrigues. Houve uma torrente de lama e rejeitos de mineração e o impacto no distrito levou à destruição de 90% das residências (STIVAL; DUTRA E SILVA, 2018, p. 6).

Este crime ocorrido no município de Mariana, no Estado de Minas Gerais, com o rompimento da barragem do Fundão representa um desastre com uma pluralidade de situações de natureza coletiva e individual. Este caso levanta diversas questões jurídicas que se apresentam como direitos humanos violados e chama a atenção para a gravidade dos danos ambientais e humanos, para a omissão do Estado e das empresas responsáveis pela barragem, para as falhas no sistema de governança, para o complexo cenário jurídico, para a fragilidade das ações emergenciais, para a insuficiência de metodologias nas medidas adotadas, para a falta de participação das comunidades atingidas e para a possível responsabilização no cenário nacional e internacional (STIVAL; DUTRA E SILVA, 2018, p. 8).

Além do direito à vida, uma das primeiras questões jurídicas que foi levantada no cenário internacional foi a violação do direito à informação. Em seu primeiro pronunciamento sobre o caso, a ONU destacou a omissão do governo e da Samarco Mineradora em divulgar as informações sobre os riscos e os possíveis danos que os rejeitos minerais poderiam causar à vida e à saúde das pessoas. Além destes direitos, o direito à qualidade de vida das pessoas estaria comprometido.

Houve clara ocorrência do crime de Ecocídio a partir das tragédias socioambientais envolvendo o rompimento das barragens e todo o desencadeamento de danos que ocorreram a partir do evento.

O esgotamento das vias internas pode ser caracterizado em eventual demora do Judiciário em dar respostas ao problema. Se há a demora judicial, a questão pode se caracterizar como um problema negligenciado e o esgotamento dos recursos internos. Estes fatores autorizam a atuação do Tribunal Penal Internacional, diante da ocorrência do crime de Ecocídio.

Assim, em caso de omissão interna no sentido de se adotar medidas administrativas ou judiciais, seja pelas empresas responsáveis ou pelo governo, é possível a internacionalização do caso no TPI contra os responsáveis pela ocorrência do crime de Ecocídio. O Tribunal Penal Internacional poderia criar uma nova tipologia de julgamentos em crimes ambientais, especificamente o crime de Ecocídio.

#### **4 A Inovadora Possibilidade de Atuação do TPI nos Crimes de Ecocídio**

Primeiramente tem-se como Ecocídio a “ofensa massiva ao meio ambiente capaz de provocar a morte de animais ou vegetais, ou por tornar inapropriados o uso das águas, o solo, subsolo e/ou o ar, e ocasionando também graves danos à vida humana” (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 701). Sendo, portanto, possível caracterizá-lo ainda como um “ato de destruição de larga escala do meio ambiente” (MATA, 2019).

A responsabilização do crime de Ecocídio, mesmo que ainda não tipificado internacionalmente, cabe aos autores, quer sejam particulares, ou ainda o Estado que tenha concorrido para tal fato. Essa referida responsabilização se dá em face de países signatários do TPI, sendo necessário que a sentença seja votada por pelo menos um terço de seus membros.

Pela falta de tipificação formal do Ecocídio se torna cada vez mais árduo classificar esses fatos ilícitos como tal, não existindo atualmente um parâmetro definido para que seja demonstrada a ocorrência deste crime. Desta feita, resta salientada a importância da tipificação do crime de Ecocídio perante o TPI.

Para que possa ser evidenciada a tendência de um determinado fato à caracterização como crime de Ecocídio é preciso examinar todos os indícios como tamanho, duração ou impacto, trazendo assim as variáveis mais palpáveis para a definição do Ecocídio.

O impacto dos crimes pode ser avaliado à luz da maior vulnerabilidade das vítimas ou dos danos sociais, econômicos e ambientais infligidos às comunidades afetadas. Neste contexto, a Procuradoria ressaltou a necessidade de uma especial atenção à aplicação do Estatuto de Roma em crimes que resultem na destruição do meio ambiente, na exploração ilegal de recursos naturais ou na ocupação ilegal de terras.

Novas estruturas, sejam judiciais ou extrajudiciais, sejam no cenário internacional ou interno, são importantes, mas devem atuar de forma a garantir uma maior efetividade na solução dos litígios ambientais. Caso contrário, eventual criação de novas estruturas sem

efetividade, em nada inovarão na proteção ambiental e apenas integrarão o sistema internacional como mais um ator da complexidade do direito internacional ambiental.

Relevante ressaltar que existem visões divergentes dentro do Tribunal Penal Internacional no que diz respeito ao reconhecimento do crime de Ecocídio. Nas palavras de Sylvia Steiner, juíza do Tribunal Penal Internacional até o ano de 2016, o TPI não reconheceu o Ecocídio como sendo um crime contra a humanidade, por diversos motivos, dentre eles, como bem pontua Steiner:

(1) não existe qualquer previsão no Estatuto de Roma de crime de ecocídio; (2) um *Policy Paper* da Procuradoria do Tribunal não cria, nem poderia criar, figuras penais típicas; (3) o *Policy Paper* de 2016 apenas elenca como um dos fatores de aferição da gravidade de um delito os eventuais danos ao meio ambiente que este delito possa ter causado; (4) ao contrário do que diz o artigo publicado, entre outros, pelo **ConJur**, a Procuradoria do Tribunal, em nenhum momento, afirmou que iria “interpretar os crimes contra a humanidade de maneira mais ampla, para incluir também os crimes contra o meio ambiente que destruam as condições de existência de uma população. (STEINER, 2019)

Em conclusão é visível que a posição adotada por Steiner não segue sendo a posição majoritária adotada pelo TPI. Deve ser levado em consideração o fato de que as divergências existentes dentro do Tribunal ainda estão em constante discussão, com diversas convicções, sem autorização para a unificação do julgamento internacional dos crimes de Ecocídio pelo TPI, cabendo a nossa refutação acerca da necessidade da tipificação deste instituto e o auxílio pelas normas internacionais ao combate ao ecocídio de maneira a garantir a proteção ambiental e consequentemente social em escala mundial.

## **5 Relação entre a Efetiva Atuação do TPI nos Crimes Ambientais e seus Impactos na Garantia dos Direitos Sociais**

Com a tipificação do crime de Ecocídio perante o Tribunal Penal Internacional tem-se a expectativa de auxílio quanto aos

impactos sociais sofridos mundialmente pela violação ao meio ambiente, tais como a influência na vida diária de pessoas que sofrem com o desmatamento, represamento, riscos de deslizamentos ocasionados por ações humanas, sendo estes exemplos apenas parte pequena das consequências auferidas aos indivíduos da sociedade no geral.

A introdução da competência para responsabilização do crime de ecocídio no rol do TPI busca que a esfera internacional supra a ineficácia interna dos países no combate aos crimes ambientais. No caso bem relatado nesse estudo sobre Mariana e Brumadinho fica estampada a necessidade da intervenção internacional. O Brasil tem sido omisso na punição dos responsáveis por estes crimes ambientais. Possíveis novas formas de responsabilização no cenário internacional, especialmente, no âmbito do Tribunal Penal Internacional, podem ser alternativas ao cenário de baixa efetividade.

### **Considerações finais**

O reconhecimento da competência do Tribunal Penal Internacional para investigar crimes de Ecocídio, como ocorreu com a tragédia em Mariana e Brumadinho, Brasil, significa um maior entendimento de que danos ao meio ambiente atingem o interesse da comunidade internacional, especialmente no sistema de justiça criminal. Observa-se que a Procuradoria do Tribunal Penal Internacional objetiva uma interpretação dos casos de Ecocídio como crimes contra a humanidade.

Há um interesse do Tribunal Penal Internacional em intervir na responsabilização internacional na ocorrência de tragédias ambientais e que haja ineficácia dos meios jurídicos internos dos países na investigação e punição, sempre que constitua um crime grave no país. É uma excelente cooperação internacional com os países em questões ambientais. Sem dúvida, este reconhecimento do TPI é inovador e destaca a maior atenção aos crimes ambientais, especialmente aqueles que causam grandes danos às comunidades humanas.

A discussão acerca do reconhecimento do Ecocídio não é recente. Com a ampliação da competência do TPI para abranger crimes

ambientais em grande escala, o Direito Internacional Penal tem a oportunidade de propor diretrizes jurídicas adequadas, respeitados os princípios gerais de Direito Penal e as peculiaridades de cada país, com o fulcro de alcançar a proteção ao meio ambiente, hoje realizada através de mecanismos meramente preventivos e ineficazes (MARTINCHENUT, 2015, p. 17).

Observa-se que é importante que sejam realizados estudos que levem à compreensão da necessária ampliação dos bens jurídicos objetos de tutela do Direito Internacional Penal, acrescentando o meio ambiente aos bens já tutelados por este Direito. O objeto desta pesquisa tem alcance e interesse mundial, considerando o grande volume de documentos internacionais sobre o assunto e a escassez de produção científica específica sobre o tema.

## **Referências**

ALMEIDA, L. S. **Sobre a Inclusão do Ecocídio como Crime contra a Humanidade**. Disponível em: <http://www.trigueirofontes.com.br/artigo.php?idArtigo=2443>.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BROCHADO NETO, D.A.; MONT'ALVERNE, T.C.F.C. Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, nº 1, 2018, pp. 209-226.

CHENUT-MARTIN, K.; NEYRET, L.; PERRUSO, C. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, nº 02, 2015, pp. 541-570.

COMISSÃO IDH. **Informe sobre afetações aos Direitos Humanos devido à Mineração no Brasil**. 2018. Disponível em:

[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/informe\\_audie%CC%82nciaminerac%CC%A7a%CC%83o%20revisado.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/informe_audie%CC%82nciaminerac%CC%A7a%CC%83o%20revisado.pdf).

DURNEY, J. Crafting a Standard: Environmental Crimes as Crimes Against Humanity Under the International Criminal Court. **Hastings Environmental Law Journal**, 2018.

ESPINDOLA, H.; CAMPOS, R.; LAMOUNIER, K. C.; SILVA, R. Desastre da Samarco no Brasil: desafios para a conservação da biodiversidade. *Fronteiras: Journal of Social, Technological and Environmental Science*, v. 5, n. 3, 2016, pp. 72-100. DOI: <https://doi.org/10.21664/2238-8869.2016v5i3.p72-100>.

FREELAND, S. Human Security and the Environment – Prosecuting Environmental Crimes in the International Criminal Court. Documento apresentado na 12<sup>th</sup> Annual Conference of the Australian and New Zealand Society of International Law. **International Law and Security in the Post-Iraq Era: where to for International Law**. Canberra, Austrália, 2015.

GORDILHO, H. J. S.; RAVAZZAN, F. Ecocídio e o tribunal penal internacional. **Justiça do Direito**, v. 31, n. 3, set./dez. 2017, pp. 688-704. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/7841/4648/>.

HAYASHI, N.; BAILLIET, C. **The Legitimacy of International Criminal Tribunals**. Cambridge, 2017.

ICC. International Criminal Court. **Office of the Prosecutor: Policy paper on case selection and prioritization**. 2016. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915\\_OTP-Policy\\_Case-Selection\\_Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf).

JAPIASSÚ, C. E. A. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

LEUZINGER, M. **Natureza e Cultura:** direito ao meio ambiente equilibrado e direitos culturais diante da criação de unidades de conservação de proteção integral e domínio público habitadas por populações tradicionais. Tese de Doutorado apresentada ao Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília (UNB), 2007. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4803/1/2007\\_MarciaDieguezLeuzinger.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4803/1/2007_MarciaDieguezLeuzinger.pdf).

MARTINCHENUT, K. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, ano 15, v. 12, n. 2, 2015.

MENEZES, W. **Tribunais Internacionais e o Ativismo Social**. São Paulo: Arraes, 2019.

OHCHR. **Declaração ao final da visita ao Brasil do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos**. Brasília. 2015. Disponível em: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WG\\_Visits/20151215\\_EOM\\_statement\\_Brazil\\_portuguese.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WG_Visits/20151215_EOM_statement_Brazil_portuguese.pdf).

PIFFER, C.; BALDAN, G. R.; CRUZ, P. M. (Orgs.). **Transnacionalidade e sustentabilidade:** dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. Porto Velho: Emeron, 2018.

REZEK, J. F. **Direito internacional público:** curso elementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

STEINER, S. **Não existe crime de ecocídio no Tribunal Penal Internacional**, 2019.

STIVAL, M. M.; DUTRA E SILVA, S. O desastre da barragem de mineração em Mariana e os impactos no Direito Internacional Ambiental e no brasileiro. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 8, n. 2, 2018, pp. 205-228.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

## CAPÍTULO 16

### **A AGENDA INTERNACIONAL HUMANIZADA SOB JUDICE NO ÂMBITO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: uma questão de fragmentação ou de sistematização?**

*Murilo Borges*

*Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff*

**Resumo:** Após a Segunda Guerra Mundial houve a alteração dos fins da sociedade internacional, culminando na humanização da agenda internacional e, com ela, a especialização do Direito Internacional, como o surgimento do DIDH. A partir disso, a CIJ vislumbra a expansão da sua competência para reconhecer demandas que versam sobre direitos humanos, como a Opinião Consultiva de 2004 sobre a construção de um muro no território da Palestina por Israel. Nesse cenário, surgem críticas a suposta fragmentação do direito internacional, sob o argumento de que essa especialização pode enfraquecer a ordem internacional. Em sentido contrário, os argumentos relacionados a sua sistematização, cujo condão é fortalecer a ordem internacional, permitindo que ela alcance os seus fins, através de uma flexibilidade interpretativa. Conclui-se que a atuação da Corte é um exemplo da sistematização do direito internacional, a qual fortalece o axioma cosmopolita da ordem hodiernamente vigente.

**Palavras-chave:** Corte Internacional de Justiça; Opinião Consultiva de 2004; Humanização; Fragmentação; Visão Sistêmica.

### **Introdução**

Hodiernamente, os Tribunais Internacionais possuem um papel fundamental na proteção dos direitos humanos. Isso porque, a

jurisdição internacional é um dos pilares básicos da sua tutela internacional (CANÇADO TRINDADE, 2007, pp. 151-171). Em que pese não seja possível definir um único momento histórico de surgimento dos Tribunais Internacionais, tendo em vista que cada um nasce em uma concepção histórica, o denominador comum para a virada aos direitos humanos são os crimes praticados durante as grandes guerras (BORGES, 2020, p. 340).

A perquirição pela não ocorrência de novas atrocidades proporcionou a expansão da jurisdição internacional, em prol da contínua evolução do direito internacional na busca da realização da justiça internacional e dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003, pp. 447-497). Forte nisso, a Carta das Nações Unidas previu uma jurisdição permanente: a Corte Internacional de Justiça (CIJ), que é o principal órgão jurisdicional da Organização. Apesar de sua competência estar adstrita a dirimir controvérsias entre Estados e emitir pareceres consultivos a pedido dos órgãos dessa organização e de outras organizações internacionais vinculadas a si (UN, 1945, art. 92), é possível notar em suas recentes decisões um avanço jurisprudencial, que denotam a humanização do direito internacional.

Desta forma, se por um lado a jurisdição da CIJ é marcada pelo uso da proteção diplomática por parte dos Estados, com objetivo de discutir perante seus pares a ocorrência de violação de uma regra internacional frente a um nacional seu (SQUEFF; GORSKI, 2017, p. 396); de outro, o cenário contemporâneo igualmente intensifica a preocupação da CIJ no tocante à situação concreta dos direitos humanos.

Em atenção a isso, ao invés de meramente especializar-se e, logo, compartimentar-se, a ordem internacional, em um giro sistêmico, passou a fazer com que os seus diversos ramos passassem a buscar esse denominador comum de proteção à pessoa humana, fazendo o mesmo funcionar enquanto um verdadeiro axioma cosmopolita (SALDANHA, 2020). Nesse passo, tanto as Organizações quanto os Tribunais passaram a perquirir esse fim (DELMAS-MARTY, 2010), visto que, ao contrário do que sustenta a visão fragmentária, a mera coexistência de normas internacionais e tribunais com jurisdições concorrentes não

conduz ao desequilíbrio do direito internacional, posto que o sistema funcional global proporciona a liberdade de intensificação das suas próprias racionalidades (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004, p. 1006).

Com base nisso, o objetivo geral da presente investigação é compreender a relação direta entre os direitos humanos e a atuação hoje expandida da CIJ, perpassando pelos argumentos acerca da sistematização do direito internacional. Para o desenvolvimento desta pesquisa, de caráter exploratório, utiliza-se a metodologia qualitativa e constrói-se através do procedimento documental, pontualmente, desde a análise da opinião consultiva “*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*”, proferida pela CIJ em 2004, buscando traçar a interconexão dos direitos humanos com a situação narrada, a qual, acredita-se, pode induzir ao fortalecimento da visão sistêmica e proporcionar o cosmopolitismo internacional.

Afinal, a observância dos problemas submetidos ao conhecimento da CIJ na última década requerem, sobretudo, um raciocínio que transcenda a dimensão estatal (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 13), confirmando que a internacionalização do Direito está intrinsecamente atrelada à humanização das relações internacionais, a qual, desde uma visão sistêmica, gera uma pauta cosmopolita que enseja a reflexão de temas antes impensados em Organismos e Tribunais Internacionais, tal como é o caso da Corte, quando esta se debruça sobre questões de direitos humanos.

## **1 A CIJ sob uma Perspectiva Humanista através da Opinião Consultiva sobre “*Legal Consequences Of The Construction Of A Wall In The Occupied Palestinian Territory*”**

Historicamente, o termo “jurisdição” foi objeto de inúmeras distinções epistemológicas, razão pela qual, no presente estudo, partir-se-á da definição de que a “jurisdição internacional” é o mecanismo contencioso e consultivo que, por exemplo, decide sobre uma controvérsia apresentada a um Tribunal Internacional (SCELLE, 1933-IV, p. 574). Todavia, justamente pela pluralidade de cortes hoje

existentes, concentrar-se-á na atuação da CIJ, que surge com o enfraquecimento da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), criada, originalmente, no âmbito da Liga das Nações, nos termos do seu Estatuto (ECPJI).

Em sede preliminar, faz-se necessário destacar que o ECPJI foi promulgado em 1920, no qual se fez uma opção por uma dimensão estritamente interestatal para o exercício da função judicial internacional em matéria contenciosa. Fez-se tal opção não por uma necessidade intrínseca, nem por ser a única maneira de proceder, mas tão só para atender ao ponto de vista prevalecente entre os membros do Comitê de Juristas encarregado de redigir o Estatuto, bem como pela continuidade do modelo arbitral criado ainda em 1899 (LIMA, 2013, p. 03).

Isso não significa dizer que o direito internacional se reduzia a um paradigma puramente interestatal, pois já conhecia experiências concretas de acesso a instâncias internacionais, em busca de justiça por parte não somente de Estados, mas também de indivíduos (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 11). Afinal, a Corte Centroamericana de Justiça, edificada em 1907, já antecipava a atenção internacional ao indivíduo ao ter consagrado o *jus standi* destes perante a justiça internacional (CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 49).

De toda sorte, com a sua extinção em 1917, outros exemplos viriam apenas no contexto da Segunda Guerra Mundial. Com a sua eclosão, em setembro de 1939, criou-se a chamada “Comissão Inter-Aliada”, com o objetivo de estudar a possibilidade de criar uma nova Corte Internacional, a ser responsável pela manutenção da paz e segurança internacional. Como resultado, na Conferência de São Francisco de 1945, estabeleceu-se que o novo Tribunal seria o principal órgão da ONU, porém, não seria dotado de jurisdição compulsória, seguindo, assim, os passos da CPJI, inclusive, quanto ao teor do seu estatuto (BROWN, 1921, pp. 556-558).

Em 1945, a CPJI se reuniu pela última vez a fim de decidir todas as providências cabíveis com a sua dissolução e transferência de arquivos para a nova Corte Internacional: a CIJ. Concomitantemente, solidifica-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, estando este ramo relacionado à nova organização da sociedade internacional

no pós-Guerra, almejando a proteção humana. Igualmente, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), promulgada em 1948 no âmbito da Assembleia Geral, previu que toda pessoa tem deveres para com a comunidade e estará sujeita às limitações de direitos, para assegurar os direitos dos outros e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática (UN, 1948, Art. 29).

Forte nisso, a soberania estatal clássica passa a ser questionada, visto que ela não se sustentaria mais frente a impossibilidade de permitir violações de direitos humanos no âmbito interno dos Estados. Por essas razões, o direito internacional contemporâneo passa ser considerado um instrumento da política internacional, e um conjunto de regras, de discursos e de técnicas que os sujeitos e os atores internacionais utilizam para regular suas relações e atingir determinadas finalidades sociais (TOURME-JOUANNET, 2013, p. 07).

Nesse escopo, a CIJ através das suas funções consultivas e contenciosas, igualmente opera para tal fim, seja por meio da emissão de Pareceres e Relatórios sobre questões jurídicas, conforme estabelece o artigo 65 do seu Estatuto (ECJI, 1945, Art. 65); seja através de decisões atinentes a controvérsias internacionais submetidas ao seu conhecimento pelos Estados litigantes e que sob estes ela tenha jurisdição (ECJI, 1945, art. 36). Mais do que isso, com a passagem à humanização no cenário internacional, a *atuação* da própria CIJ alterou-se. Se antes adversativa, atrelada a uma relação *interestatal* (horizontal), hoje ela não se limita apenas a temas interestatais, mas também *intraestatais* (vertical) através da solução de controvérsias entre Estados e os seus jurisdicionados (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 45; MIRANDA, 2000, p. 24).

Isso porque, contemporaneamente, a atuação da CIJ transcende os interesses particulares dos Estados na medida em que estes inferem consequências diretas no cenário globalizado aos indivíduos. É o que se percebe na Opinião Consultiva emitida em 2004, sobre as “*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*”. Trata-se de uma solicitação de parecer feita pelo Secretário Geral da ONU, por meio da Resolução nº ES/10/14,

sobre as consequências jurídicas no plano internacional acerca da construção do muro que estava sendo erguido por Israel no território palestino ocupado (UN, 2003).

A referida resolução solicitou à CIJ que emitisse sua opinião com “urgência”. Para tanto, a CIJ requereu a presença da Palestina, da ONU, da Liga dos Estados Árabes e da Organização da Conferência Islâmica, com o fim de obter informações sobre a questão, à luz do artigo 66(2)(3) do seu Estatuto (CIJ, 2004, p. 10). Além disso, foram apresentadas declarações escritas por 45 Estados e quatro organizações internacionais, incluindo a União Europeia. Posteriormente, nos dias 23 e 25 de fevereiro de 2004, houve o procedimento oral, no qual 12 Estados, a Palestina e duas organizações internacionais fizeram apresentações orais (CIJ, 2004, p. 10).

Em 09 de julho de 2004, a CIJ declarou que dispunha competência e informações suficientes para que pudesse emitir sua Opinião Consultiva (CIJ, 2004, p. 25). Inicialmente, a CIJ determinou que a questão da legalidade sob o direito internacional da construção do muro por Israel no Território Palestino Ocupado, deveria ser analisada sob o véu das regras e os princípios do direito internacional relevantes para a questão. Por isso, enfatizou os seguintes pontos: (i) os princípios consuetudinários estabelecidos no Artigo 2(4) da Carta da ONU e na Resolução da Assembleia Geral 2625 (XXV), que proíbem a ameaça ou o uso da força e enfatizam a ilegalidade de qualquer aquisição territorial por tais meios (CIJ, 2004, p. 39); (ii) o princípio da autodeterminação dos povos, consagrado na Carta e reafirmado pela resolução 2625 (XXV) (CIJ, 2004, p. 40); (iii) o Direito Internacional Humanitário, enquanto parte do direito consuetudinário, bem como a IV Convenção de Genebra de 1949, enquanto aplicáveis àqueles Territórios palestinos que, antes do conflito armado de 1967, ficavam a leste da linha de demarcação do armistício de 1949 (ou “Linha Verde”) e que foram ocupados por Israel durante tal conflito (CIJ, 2004, p. 40); e, por último (iv) a aplicabilidade de certos instrumentos de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

(PIDESC), a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CDC) ao Território Palestino Ocupado (CIJ, 2004, p. 45).

Ante a análise da questão e dos instrumentos internacionais mencionados, a CIJ considerou que a rota do muro prejudicaria a futura fronteira entre Israel e Palestina, visto que observou que a construção do muro e seu regime associado criaram um "fato consumado" no terreno que poderia muito bem se tornar permanente e, portanto, equivalente a uma anexação de fato. No ponto, ainda que a rota escolhida para o muro avultasse as medidas ilegais tomadas por Israel em relação à Jerusalém e aos assentamentos, implicando em novas alterações na composição demográfica do Território Palestino Ocupado, a CIJ concluiu que a construção do muro, junto às medidas tomadas anteriormente, impediu severamente o exercício, pelo povo palestino, do direito à autodeterminação e, portanto, seria uma violação israelense a sua obrigação internacional de respeitar tal direito (CIJ, 2004, p. 52).

Essa violação foi considerada pela CIJ como um impacto diário dos habitantes do Território Palestino Ocupado, concluindo que a construção do muro e seu regime associado eram contrários às disposições relevantes dos Regulamentos de Haia de 1907 e da IV Convenção de Genebra, vez que impediam a liberdade de circulação dos habitantes do território garantida pelo PIDCP, bem como o exercício do direito ao trabalho, à saúde, à educação e a um padrão de vida adequado, conforme proclamado no PIDESC e na CDC (CIJ, 2004, pp. 53-34).

Por consequência, a CIJ determinou a obrigação de Israel de respeitar o direito do povo palestino à autodeterminação e suas obrigações de acordo com as leis humanitárias e de direitos humanos. Concluiu, assim, pela observação da obrigação de Israel e da Palestina no que tange o cumprimento do Direito Internacional Humanitário e dos direitos humanos, pois, indissociáveis haja vista o seu fim; pela implementação, de boa-fé, de todas as resoluções relevantes do Conselho de Segurança; bem como pela necessidade da Assembleia Geral encorajar esforços com vistas a alcançar uma solução negociada para os problemas pendentes na região, com base no direito

internacional, especialmente em prol do estabelecimento de um Estado Palestino (CIJ, 2004, pp. 69-70).

Desta feita, é possível dizer que a Opinião Consultivo cria uma obrigação para todos os Estados do plano internacional em relação à construção ilegal de muros que separem regiões. Isso porque, ela é clara ao apontar a conduta de Israel enquanto uma violação de uma norma *erga omnes* (LIMA, 2013, pp. 142-143). Afinal, a construção do muro impediu que os palestinos nos territórios ocupados exercessem o direito à autodeterminação, agasalhado quer pelo PIDCP (ONU, 1966, art. 1), quer pelo PIDESC (ONU, 1966, art. 1), ou ainda pela Resolução no. 2625 (XXV) (ONU, 1970) (CIJ, 2004, p. 173, para. 88), considerado um princípio fundamental da ordem internacional<sup>1</sup>.

Desse modo, as decisões da CIJ moldam o comportamento dos Estados, sendo evidente a relevância da sua jurisprudência e de seus pareceres consultivos, sobretudo, por estabelecerem as ações que podem ou não ser desempenhadas pelos Estados<sup>2</sup>. Ademais, as suas decisões devem ser tomadas levando em conta o seu reflexo resultante, especialmente ao se tratar de questões humanitárias, como no caso

---

<sup>1</sup> Em outra oportunidade, anterior à Opinião em apreço, a CIJ já teceu que: "[...] *the principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court (see Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, pp. 31-32, paras. 54-59); it is one of the essential principles of contemporary international law [...]*" (CIJ, 1995, p. 16 - para. 29, grifos nossos). Por oportuno, salienta-se que a Corte nunca chegou a dizer, abertamente, que o citado princípio tratar-se-ia de uma regra cogente. Inclusive, essa é uma crítica feita pelo Juiz Sebutinde, na Opinião Dissidente do Parecer Consultivo sobre a Ilha de Chagos, recentemente exarado pela CIJ: "*The Court has also missed the opportunity to recognize that the right to self-determination within the context of decolonization, has attained peremptory status (jus cogens), whereby no derogation therefrom is permitted*" (CIJ, 2019, p. 179).

<sup>2</sup> Vale lembrar, como avulta, Thirlway (2017, p. 04) que a Corte não pratica o *stare decisis*, o que, todavia, não pode ser confundido com a análise da conduta das partes no plano internacional, especialmente quando ela detém jurisdição para apreciar a legalidade de determinada ação, logo, dirigindo a sociedade aos seus fins, dentre os quais, na contemporaneidade, está a preservação dos direitos humanos, tal como consta no preâmbulo da Carta da ONU (UN, 1945).

exemplificado, que versa sobre o direito de autodeterminação da população Palestina.

## **2 Da Fragmentação à Sistematização: enfraquecimento ou fortalecimento do Direito Internacional?**

Frente às ponderações alicerçadas sobre a crescente preocupação da CIJ com o reconhecimento de elementos concretos, atinentes aos seres humanos, e não meramente questões abstratas, de interesse exclusivo dos Estados litigantes (BORGES, 2020, pp. 344-345), é que brotam as discussões acerca da fragmentação ou sistematização da jurisdição internacional. Esse debate é intensificado, sobretudo, pela pluralidade (ou multiplicidade) dos Tribunais Internacionais, oriundo de um processo de jurisdicionalização capaz de converter em “internacional” as experiências judiciárias antes adstritas a cortes domésticas (MENEZES, 2013, p. 152).

Epistemologicamente, o termo “fragmentação” refere-se a um processo e seu resultado, que é um estado (relativamente) compartimentado da lei. Através da diversidade ou especialização de determinadas áreas, o termo possui uma conotação negativa, sob o argumento de que a “pluralidade”, por si só, não é suficiente para ordenar a sociedade na medida em que não diz nada sobre seus próprios limites. Por esse motivo, princípios adicionais, como a democracia, a liberdade individual, a igualdade e o respeito mútuo, são necessários, caso contrário, o pluralismo jurídico global pode acabar consagrando um mundo implacável governado pelo mais forte (PETERS, 2017, pp. 13-14).

No mesmo sentido, com a expansão normativa da ordem jurídica internacional, que proporciona concomitantemente um aumento institucional, bem como pela falta de uma centralização visível do ordenamento jurídico internacional (MENEZES; MARCOS, 2020, p. 68), merece destaque o posicionamento de autores como Koskeniemi (2006), que sugerem que a múltipla existência de normas e tribunais internacionais aduzem à uma utopia do seu objetivo, que é a injustiça comum entre os povos, derivada, notadamente, do legado colonial n/do direito internacional (SQUEFF; DAMASCENO, 2021).

Isso porque a fragmentação fundamenta-se na estrutura descentralizada do direito internacional, o que resulta da ausência de um legislador mundial central. Também se origina na esfera doméstica, visto que diferentes áreas temáticas são tratadas por diferentes departamentos de governo que negociam diferentes tratados, e, portanto, distintas são as autoridades administrativas que aplicam as regras (PETERS, 2017, p. 674), conduzindo a um desencontro normativo, na prática.

No ponto, a fragmentação pode ser vista de um espectro “institucional” ao verificar a múltipla existência de Tratados, Instituições e Tribunais Internacionais, ou, de um espectro “idealista” ao existirem distintos objetivos e valores na órbita externa. Essas duas facetas influenciam-se mutuamente, supondo que cada instituição tende a favorecer os valores e objetivos de seu próprio regime, haja vista pressuporem os seus legisladores e aplicadores que eles detêm um melhor conhecimento de causa do que os conjuntos concorrentes (NASSER, 2015, p. 106; PETERS, 2017, p. 675).

Reconhecendo os conflitos e incompatibilidades de obrigações legais que podem surgir na existência de obrigações mutuamente incompatíveis, é necessário destacar que a fragmentação é uma reação adequada à modernidade e à (hiper) complexidade da vida. Não se trata da dissolução ou decomposição de uma política ou ordem mundial pré-existente, mas sim um indicador do surgimento de uma política ou ordem mundial diferenciada. A (hiper)complexidade requer normas diferenciadas e aplicadores de leis especializados, que dividem o trabalho (PETERS, 2017, pp. 678-680).

Entretanto, o discurso sobre a proliferação de “regimes” especializados e seus respectivos tribunais, não se sustenta em face de uma análise teórica mais detida e diante da prática da realidade internacional (CAPUCIO, 2016, p. 332). Afinal, a ampliação e a reafirmação da normatividade internacional e de sua institucionalização é verificada, sobretudo, pela expansão da especialização e jurisdicionalização do direito internacional. Acerca disso, Capucio (2016, pp. 332-333) afirma que a especialização garante um pluralismo dentro do direito internacional, que é composto de subsistemas que coexistem, e que não desabona a unidade e a coerência

desse Direito como sistema jurídico, reafirmando, assim, uma valorização do homem como sujeito e fim último do direito internacional.

Seguindo nessa linha, o cosmopolitismo induz o surgimento de uma visão sistêmica do direito internacional contemporâneo, o qual serve como um mecanismo suplementar ao aprofundamento da ciência jurídica; uma ferramenta à disposição da sociedade internacional (MENEZES; MARCOS, 2020, p. 69), que permite não só compreender, mas também a atender a complexidade das relações internacionais pós-modernas. Mais do que isso, permite reconhecer a própria pluralidade intrínseca da ordem internacional, isto é, as múltiplas experiências dos diversos sujeitos, do Norte e do Sul Global, as quais podem culminar em um projeto realmente dialógico, em um cosmopolitismo decolonial, comprometido com o local e com o global (MALDONADO-TORRES, 2008).

Trata-se da contraposição que a visão sistêmica do direito internacional propõe à (suposta) fragmentação. A abordagem sistêmica propõe outras questões, que devem ser resolvidas, sob pena de se incorrer no conformismo e de, a pretexto de descrever, negar validade a proposições jurídicas universais, como a igualdade, as quais ainda se quer materialmente alcançar. Admite-se a autonomização dos ramos das relações sociais, como o direito internacional dos direitos humanos, desde que estes produzam resultados legítimos, cujas respostas sejam produzidas sob a perspectiva comunicativa e do amplo diálogo (ROSSI, 2013, p. 418), considerando igualmente o todo, o passado e o presente, em direção a um futuro diferente.

Por isso, através do parâmetro decisório de qual das interpretações melhor serviria ao propósito do Direito em sua concretização enquanto um sistema normativo (DWORKIN, 2013, p. 22), a presente investigação sustenta a segunda hipótese – a sistêmica. Isso, pois, o marco contemporâneo da humanização do direito internacional não poderia ser sustentado globalmente senão em diálogo com todas as esferas jurisdicionais, o que, ao cabo, avulta o trabalho da CIJ para além do plano horizontal, quando esta atua em questões de nível vertical, entre Estados e os seus jurisdicionados (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 45) tal como no caso da Palestina antes

destacado, ao lado de outras instituições, como os tribunais regionais de direitos humanos.

A perfectibilização da visão sistêmica do Direito internacional, assim, está arraigada na própria evolução da sociedade internacional, que demanda uma dinâmica normativa expansiva e plural. Até mesmo porque, essa visão permite que a ordem internacional veja proteção à pessoa humana enquanto um verdadeiro axioma cosmopolita (SALDANHA, 2020) e fomenta que os Tribunais Internacionais, em conjunto com as Organizações Internacionais, perquiram esse fim (DELMAS-MARTY, 2010), seja na esfera horizontal, seja na esfera vertical.

A mera coexistência de normas internacionais e tribunais com jurisdições concorrentes não importa desequilíbrio, visto que o sistema funcional global proporciona a liberdade de intensificação das suas próprias racionalidades, desde que sem prejuízo dos demais sistemas (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004, p. 1006). Inclusive, Peters (2017, p. 671) afirma que se os Tribunais e as Organizações Internacionais forem acompanhados por uma politização adequada do direito internacional, podem fortalecer a eficácia e a legitimidade da ordem internacional, encaminhando-a para os seus fins.

É exatamente o que se vislumbra com a hodierna atuação da CIJ em sede de direitos humanos, para além da sua tradicional ação em questões puramente interestatais, forte na sua competência *ratione personae*, em especial, pelo que trouxe a Opinião Consultiva de 2004 sobre a construção do muro no território palestino por Israel. Como demonstrado, a CIJ ao debruçar-se sobre a violação de direitos humanos que a construção de um muro perpetuaria na vida dos palestinos, povo subjugado e oprimido pelas elites globais há pelo menos um século, notadamente em relação ao seu direito de autodeterminação, compreendeu-a enquanto uma violação *erga omnes*.

Sua argumentação reforçou, sobretudo, a visão sistêmica, ressaltando a coerência do direito internacional a partir de sua argumentação à luz da sua jurisprudência e dos tratados de direitos humanos (CIJ, 2004, p. 199). Portanto, levou em consideração as regras relevantes do direito internacional aplicável na citada situação, nos termos do artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos

Tratados (UN, 1969), permitindo raciocínio jurídico sistêmico, em que determinados elementos de certo tratado, independente do objeto, terão mais ou menos relevância a depender do contexto da interpretação (UN, 2006, p. 188).

Rechaça, assim, os riscos apresentados por Oellers-Frahm (2001) sobre a possibilidade de o direito material aplicável aos casos extrapolarem os conjuntos de regras que constituem os subsistemas dos múltiplos Tribunais Internacionais, as quais poderiam induzir interpretações contraditórias do direito internacional. Ademias, tal atividade de interpretação infere que as relações da sociedade internacional contemporânea buscam a completude do sistema jurídico internacional, integrando diferentes preceitos normativos apreendidos pelo direito internacional, de modo que não evidenciam um enfraquecimento de suas bases; pelo contrário, avultam as suas características sistêmicas (CAPUCIO, 2016, p. 336; CASELLA, 2006, p. 441).

Aliado a isso, nota-se o próprio impacto da visão sistêmica de direito internacional no tocante a possível transcendência pragmática dos artigos 38 (d) e 59 do Estatuto da CIJ, na medida em que, através de uma atuação horizontal e vertical, plural e cosmopolita, pode-se extrair uma interpretação extensiva das decisões internacionais, as quais passam a também determinar obrigações internacionais, por conseguinte, conduzindo a sua leitura enquanto meio normativo originário – e não apenas de aplicação subsidiária. A visão sistêmica internacional, levada a cabo pela CIJ e por outras Instituições Internacionais, assim, corrobora para a própria evolução do direito internacional, possibilitando, quiçá, um ambiente mais inclusivo no tocante a quem “faz” o Direito, fugindo das amarras da colonialidade (SQUEFF, 2021).

E, por isso, merece destaque a relevância que os Tribunais Internacionais vêm assumindo na contemporaneidade, desde um viés sistêmico, na efetivação dos direitos humanos, lidos desde as mais variadas epistemes, em especial, ao julgar demandas que exigem uma atuação para além do caráter estatal.

## Conclusão

Ao longo da investigação demonstrou-se que a humanização da agenda internacional, levada a todos os rincões do globo através do cosmopolitismo, além de induzir a aproximação entre os povos e avultar outras epistemes, vêm proporcionando, no âmbito da CIJ, a abertura de sua atuação, agora, também operando nas relações verticalizadas entre Estados e seus jurisdicionados – e não mais (apenas) em questões abstratas de interesse exclusivo dos Estados litigantes.

A par disso, examinou-se a Opinião Consultiva de 2004, em que a CIJ teve a oportunidade de se pronunciar sobre as consequências jurídicas da construção do muro no território palestino ocupado por Israel. Nesse parecer, restou evidente a preocupação da Corte com questões de direitos humanos e, em especial, a de povos subjugados, como os palestinos. Ademais, notou-se o exercício argumentativo da CIJ em promover as regras de direitos humanos e de direito humanitário, avultando a obrigação dos Estados, em geral, em assegurar-las. Além disso, o exame da fundamentação do citado parecer, permitiu verificar a prevalência da visão sistêmica do direito internacional, visto que, ao determinar que a construção ilegal do muro no território palestino violaria normas de direitos humanos e direito humanitário, a CIJ ressaltou a necessidade de se interpretar as regras que estão ao seu dispor, indiferentemente do seu objeto, concluindo pela violação cometida pelos israelenses.

Nessa senda, em que pese a hipercomplexidade da vida moderna ressalte a fragmentação do sistema jurídico internacional, pela suposta existência de conflitos e incompatibilidades de obrigações legais, bem como decisões conflitantes assumidas pelos diversos órgãos e normas internacionais, o paradigma pós-moderno do sistema jurídico internacional deveria proporcionar fundamentos não apenas para compreender tais problemas, mas também a verificar as suas origens e buscar um caminho futuro que atenda às necessidades daqueles que estão no seu fim, como, hoje, está a pessoa humana *lato sensu*, conduzindo a um redirecionamento do sistema internacional

(quicá decolonial) – e não o seu fim, pela fragmentação, como argumentam os seus defensores.

Desta forma, é possível concluir que apesar da CIJ ser um Tribunal Internacional, com caráter restritivo no tocante a sua competência *ratione personae*, ao julgar casos que demandam um raciocínio interpretativo flexível para além da visão estatal, ela contribui diretamente para uma a solidificação da visão sistêmica do direito internacional contemporâneo. Serve, portanto, como um mecanismo à disposição da sociedade internacional, que almeja a concretização dos valores jurídicos internacionais comuns/cosmopolitas, que hoje são representados pela proteção dos direitos humanos oriunda da humanização da agenda internacional, pois considerados o axioma da ordem global hodiernamente vigente.

## Referências

BORGES, Murilo. Direito Constitucional brasileiro e o fortalecimento das Cortes Internacionais: a importância de utilizar os precedentes internacionais na proteção dos direitos humanos.

**Polifonia: Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, v. 5, 2020.

BROWN, James. The Election of Judges for the Permanent Court of International Justice. **The American Journal of International Law**, v. 15, 1921, pp. 556-558.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os Tribunais Internacionais Contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 57, jul./dez. 2010, pp. 37-68.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Emancipation of the Individual from His Own State – The Historical Recovery of the

Human Person as Subject of the Law of Nations. *In*: BREITENMOSER, S. et al. (Edts.). **Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Liber Amicorum L. Wildhaber**. Zürich: Baden-Baden, Dike: Nomos, 2007, pp. 151-171.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris Ed., v. 1, 2003.

CAPUCIO, Camilla. A fragmentação do Direito Internacional: entre o discurso e a realidade do sistema jurídico internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 111, 2016, pp. 311-338.

CASELLA, Paulo Borba. Fundamentos e perspectivas do direito internacional pós-moderno. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, 2006, pp. 433-466.

CASTANHEIRA, Fernando Henrique. Fragmentação do Direito Internacional e Law Making no Campo Jurídico Internacional Contemporâneo. **Revista da SJRJ**. Rio de Janeiro, n. 25, 2009, pp. 63-78.

CIJ – COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Avis Consultatif du 9 Juillet 2004. Conséquences Juridiques De L'Édification D'un mur dans le Territoire Palestinien Occupé**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CIJ – COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **East Timor (Portugal v. Australia)**. Judgment of 30 June 1995. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CIJ – COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from**

**Mauritius in 1965.** Advisory Opinion of 25 February 2019. Separate Opinion Judge Sebutinde. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Vers uma communauté de valeurs?** Paris: Pedone, 2010.

DWORKIN, Ronald. A New Philosophy for International Law. **Philosophy & Public Affairs**, v. 41, n. 1, 2013, pp. 02-30.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**. Ann Harbour, v. 25, n. 4, 2004, pp. 999-1046.

KOSKENNIEMI, Martti. The fate of public international law: constitutional utopia or fragmentation? **Chorley Lecture**: London School of Economics, 2006.

LIMA, Lucas Carlos. O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: Formação Europeia e Fundamento Voluntarista. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**, v. 8, n. 1, 2013, pp. 01-26.

LIMA, Lucas Carlos. O uso autoritativo das decisões judiciais internacionais pela Corte Internacional de Justiça: Precedente e Judicial Lawmaking no Direito Internacional. Florianópolis: **Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina**, 2013.

MALDONADO-TORRES, N. A Topologia do ser e a geopolítica do conhecimento: modernidade, império e colonialidade. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 80, 2008, pp. 71-117.

MENEZES, Wagner; MARCOS, Henrique. O Direito Internacional e a pandemia: reflexões sistêmico-deontológicas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, MG**, v. 48, n. 2, 2020, pp. 43-78.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista CEJ**. Brasília, v. 4, n. 11, 2000, pp. 23-26.

NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedacos: fragmentação, regimes e pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, 2015, pp. 98-138.

OELLERS-FRAHM, Karin. Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction: Problems and Possible Solutions. *In*: FROWEIN, J. A.; WOLFRUM, R. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. Leiden: Kluwer Law International, v. 5, 2001, pp. 67-107.

PETERS, Anne. Constitutionalisation. **Max Planck Institute: MPIL Research Paper Series**, n. 8, 2017.

PETERS, Anne. The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and pollicization. **Oxford University Press and New York University School of Law**, v. 15, n. 3, 2017, pp. 671-704.

ROSSI, Juliano Scherner. O papel da Corte Internacional de Justiça na Fragmentação do Direito Internacional. *In*: MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valeska Raizer Borges (Orgs.). **Direito Internacional**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, pp. 399-421.

SALDANHA, Jânia. Do colonialismo da superexploração ao cosmopolitismo do dever de respeito aos direitos humanos por empresas mineradoras na América Latina. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 25, n. 3, 2020, pp. 822-852.

SCELLE, Georges. Règles générales du droit de la paix. **RCADI**, t. 46, 1933, pp. 327-703.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; DAMASCENO, Gabriel Pedro. **Pressupostos para um Direito Internacional descolonial**: um manifesto, 2021. No prelo.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; GORSKI, Laís. A Garantia do Direito Humano ao acesso à Justiça pelo Direito Internacional. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 5, n. 10, 2017, pp. 377-421.

SQUEFF, Tatiana Cardoso. Overcoming the “coloniality of doing” in international law: soft law as a decolonial tool. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 38 [forthcoming], 2021, pp. 1-33.

THIRLWAY, Hugh. Territorial Disputes and Their Resolution in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice. **Leiden Journal of International Law**, 2017, pp. 1-30.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. **O Direito Internacional**. Tradução de Paulo Borba Casella, 2013.

UN – UNITED NATIONS. Internacional Law Commission. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law**: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Adopted by the International Law Commission at its fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as part of its report on the work of that session (A / 61/10, para. 251). Yearbook of the International Law Commission, vol. II (2), 2006. Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft\\_articles/1\\_9\\_2006.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/1_9_2006.pdf). Acesso em: 10 ago. 2021.

UN – UNITED NATIONS. **Resolution adopted by the General Assembly. ES-10/14:** Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory. A/RES/ES-10/14. 12 December 2003. Disponível em: <https://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/F953B744269B9B7485256E1500776DCA>. Acesso em: 10 ago. 2021.

UN – UNITED NATIONS. **Statute of the International Court of Justice.** San Francisco on June 26, 1945. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.-php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>. Acesso em: 10 ago. 2021.

UN – UNITED NATIONS. **United Nations Charter.** San Francisco on June 26, 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2021-08/A-Carta-das-Nacoes-Unidas.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

UN – UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights.** Adopted and proclaimed by the General Assembly of the United Nations (resolution 217 A III) on December 10, 1948. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf). Acesso em: 10 ago. 2021.

## AUTORES

- ADRIANO ALBERTO SMOLAREK
- ALANNA ALÉSSIA RODRIGUES PEREIRA
- ANNA CLARA FORNELLOS ALMEIDA
- BARBARA MOURÃO SACHETT
- BEATRIZ FERRUZZI REBES
- CAMILA VENTURIM RIBEIRO DOS SANTOS
- CAMILLA CAPUCIO
- CHARLOTTH BACK
- DANIELA BUCCI
- DANIELLE MENDES THAME DENNY
- ENRIQUE PACE LIMA FLORES
- FABRÍCIA SANTOS RABELO
- GRAZIELA TAVARES DE S. REIS
- HENRIQUE MARCOS HUGO DE OLIVEIRA MARTINS
- JAMILE GONÇALVES CALISSI
- JÚLIA RAQUEL DO L. P. DOS SANTOS
- JULIANA TOMIKO R. AIZAWA
- LUCAS OLIVEIRA VIANNA
- MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI
- MARIANA PASSOS BERALDO
- MARIANE MORATO STIVAL
- MATHEUS THIAGO CARVALHO MENDONÇA
- MURILO BORGES
- NATHALIA PENHA CARDOSO DE FRANÇA
- PEDRO PULZATTO PERUZZO
- SIBELE WALKIRIA LOPES
- TATIANA DE A. F. R. CARDOSO SQUEFF
- THAIS GABRIELLE DA S. LEMOS