

COORDENAÇÃO
WAGNER MENEZES

ORGANIZADORES
ALDO NUNES FILHO
LUIZA GIANNINI
MÔNICA NOGUEIRA RODRIGUES

TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E DECOLONIZAÇÃO

ABDI 
ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL
EDITORA

**TRIBUNAIS
INTERNACIONAIS
E DECOLONIZAÇÃO**

WAGNER MENEZES

(Coordenador)

ALDO NUNES FILHO

LUISA GIANNINI

MÔNICA NOGUEIRA RODRIGUES

(Organizadores)

**TRIBUNAIS
INTERNACIONAIS E
DECOLONIZAÇÃO**

Curitiba

2022

CONSELHO EDITORIAL

Boni Soares
Camilla Capucio
Daniela Bucci
Giselle Amorim
Marina Borges Soares
Rafael Santos Morais
Sibele Walkiria Lopes
Tatiana Cardoso Squeff

T822 Tribunais internacionais e decolonização / Alberto Barreto Goerch ... [et al.]; coordenação Wagner Menezes ; organizadores Aldo Nunes Filho , Luisa Giannini , Mônica Nogueira Rodrigues. – Curitiba : Academia Brasileira de Direito Internacional, 2022.
180 p.

Inclui Bibliografia.

Vários autores.

ISBN: 978-65-996437-1-2

1. Direito internacional. 2. Tribunais internacionais. 3. Decolonização. 4. Direitos humanos. I. Título. II. Goerch, Alberto Barreto. III. Menezes, Wagner (coord.). IV. Nunes Filho, Aldo (org.). V. Giannini, Luisa (org.). VI. Rodrigues, Mônica Nogueira (org.).

CDD 341.4

Elaborada por: Mariana da Silva Caprioli
CRB 8/10198

EDITORAÇÃO:



“O Direito Internacional não pode ser um espaço contraditório de perpetuação de dogmas e discursos hegemônicos que legitimam poder e dominação, mas sim um sistema plural de valorização da autonomia científica do pensar, do reconhecimento das culturas suas expressões e identidades, de uma dialética e hermenêutica plural que levem ao reconhecimento do mais alto nível de efetivação de justiça”

(Wagner Menezes)

AUTORES

ALBERTO BARRETO GOERCH

Advogado. Doutor em Diversidade e Inclusão pela Universidade FEEVALE com Bolsa de Estudos pela CAPES, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Pós-graduado Lato Sensu em Direito com Especialização em Direito Constitucional pela UNIDERP e Pós-graduado Lato Sensu em Direito com Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduado em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES. Professor Universitário, em Cursos de Especializações e Preparatórios para Carreiras Jurídicas. Experiência Docente nas Modalidades Presencial e em EAD. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. Presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero da OAB/SM. Membro da Comissão da Diversidade Sexual e Gênero da Seccional da OAB do Rio Grande do Sul/OAB RS. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Membro do Grupo de Pesquisa Arthemis - Direito e Gênero da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPQ/Metropolização e Desenvolvimento Regional da Universidade Feevale.

AUGUSTO GUIMARÃES CARRIJO

Graduando em Direito (UFU), com período junto à Saint Mary's University (Canadá). Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (UFU) e do Grupo DICRÍ (UFU). Bolsista CNPq. Assistente Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFU.

BIANCA CARTÁGENES SARAIVA

Mestre em Direito e Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídico-Internacionais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Especialista em Direito Público e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CE-SUPA).

BONI DE MORAES SOARES

Doutorando em Direito Internacional pela USP. Coordenador do Subgrupo ICSID-CPA do NETI-USP. Diplomado em Direito Internacional dos Investimentos pela Université Catholique de Louvain, UCL, Bélgica. Advogado da União.

BRUNA LOPES PERES

Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2019). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da USP (NETI-USP).

BRUNA RABÊLO CARVALHO

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito pela UFPB - ênfase em Direito Internacional. Membro do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (USP), Subgrupo ICSID-CPA.

CAIO CÉZAR OVELHEIRO MENNA BARRETO

Professor Substituto de Direito Internacional Público da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestrando em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Internacional pela Faculdade CEDIN.

CAMILLA CAPUCIO

Doutora (USP) e Mestre (UFMG) em Direito Internacional. Pesquisadora, Professora Universitária e Consultora.

DANIELA BUCCI

Doutora e Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora do Observatório de Violação de Direitos Humanos da Região do Grande ABC da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (ODHUSCS). Pesquisadora e Coordenadora do Subgrupo de Cortes de Direitos Humanos do Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (NETI-USP).

DANIELLE MENDES THAME DENNY

Pesquisadora do Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada, pós-doutoranda na Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” da Universidade de São Paulo. Também já foi pesquisadora visitante no Asia-Pacific Centre for Environmental Law da National University of Singapore, no Departamento de Direito e de Ciências da Computação da University College London, Inglaterra e no Whitney and Betty MacMillan Center for International and Area Studies da Universidade de Yale, EUA. Foi duas vezes bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (doutorado e sanduíche). Interesses de pesquisa: energias renováveis, litigância climática internacional, uso de tecnologia para governança socioambiental, finanças verdes e bioeconomia.

DANILO GARNICA SIMINI

Doutorando em Direito Internacional (USP), Doutor em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC (UFABC). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da USP (NETI-USP).

GRAZIELA TAVARES DE SOUZA REIS

Graduada em direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Mestre em direito pela Universidade Católica de Brasília. Doutoranda na USP no programa de Integração da América Latina. Professora adjunta no curso de direito da Universidade Federal do Tocantins. Pesquisadora na Cátedra José Bonifácio, NUPEDELAS/PROLAM e NETI - USP. Coordenadora do Grupo de extensão “Direito e gênero” da UFT. Advogada.

HENRIQUE FURTADO TAVARES

Advogado, mestrando em Direito pelo Programa de Pós Graduação da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, membro do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JOÃO GABRIEL DIAS ARRUDA VIEIRA DANTAS

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Membro do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (NETI/USP), com pesquisa no subgrupo ICSID e CPA.

JOÃO MANOEL DE MORAES GONÇALVES

Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos (PUC/MINAS). Bacharel em Direito (UEPG/PR). Advogado. Pesquisador no NETI/USP.

JOSÉLI FIORIN GOMES

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) (2015). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). Especialista pelo Curso de Especialização O Novo Direito Internacional: Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) (2009). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (2004). Atualmente, é docente permanente do Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais (PPGRI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), co-líder do Grupo de Estudos em Instituições e Processos Decisórios nas Relações Internacionais (dgp.cnpq.br/dgp/espelho-grupo/2939554692788267), pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito e Consumo Sustentável (GEDCS) e do Grupo de Estudos Ásia-Pacífico (GEAP), estes todos na mesma instituição, bem como do Grupo de Estudos do Sul Global, junto à Universidade Federal do ABC (UFABC), e do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional, na linha de pesquisa Direito Internacional Crítico, junto à Universidade Federal de Uberlândia (UFU), entre outros grupos de pesquisa registrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPQ junto a outras instituições de ensino superior brasileiras.

LUCIANO MENEGUETTI PEREIRA

Doutorando em Direito Internacional pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Toledo de Ensino (ITE) - Bauru/SP (2011). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar (UNP) - Natal/RN (2007). Especialista em Docência no Ensino Técnico e Superior pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO) - Araçatuba/SP (em andamento). Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO) - Araçatuba/SP (2005).

MARCOS PASCOTTO PALERMO

Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Possui graduação em Ciências Sociais - Bacharelado (2005) e mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (2014); graduação em Direito (2007), pelo Centro Universitário Franciscano, atual Universidade Franciscana; especialização em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração, junto ao Curso de Pós - Graduação Lato Sensu "O Novo Direito Internacional" (2009) e mestrado em Direito (2013) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atualmente, é professor da Faculdade de Direito de Santa Maria e da Universidade Franciscana, sendo graduando no Curso de História desta última instituição, afastado de ambas para a conclusão de Doutorado. Realizou mo-

bilidade acadêmica internacional na Universidade de Lisboa (Portugal), durante o segundo semestre de 2018, sendo também investigador integrado do OBSERVARE- Observatório de Relações Exteriores da Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal).

MAYRA FAGUNDES

Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista -UNESP (2021). Professora de Direito Internacional, Direito Administrativo e Teoria Geral do Processo na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Igarassu (FACIG). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (NETI-USP). Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2016). Membro da Comissão de Relações Internacionais da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Pernambuco. Membro da Comissão Especial Brasil-ONU (CebraONU) da OAB Nacional. Advogada.

MURILO BORGES

Advogado. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e bacharelado em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional, com período junto à UPAEP (México). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo.

NATALIA IMBERNOM NASCIMENTO

Advogada, com pós-graduação de Direito Civil e Processo Civil.

NATHALIA PENHA CARDOSO DE FRANÇA

Doutoranda em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Mestre em Filosofia do Direito (PUC/SP). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção (PUC/SP). Pesquisadora do NETI - Subgrupo CIJ (USP) e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania (UPM). Alumnae member da The Hague Academy of International Law.

SIBELE WALKIRIA LOPES

PhD student and Master in International Law at the Faculty of Law of the University of São Paulo- Researcher at the Center for Studies in International Courts-NETI/USP and Coordinator of the Subgroup dedicated to the study of the International Court of Justice. Postgraduate in International Law at PUC/SP and in International Relations at San Tiago Dantas. University professor and lawyer.

TATIANA CARDOSO SQUEFF

Professora adjunta de Direito Internacional na UFU, onde também atua como professora permanente do PPGDI. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS/U. Ottawa; e Mestre em Direito Público pela UNISINOS/U. Toronto. Pesquisadora NETI/USP.

YAGO TEODORO AIUB CALIXTO

Bacharel em Direito. Tecnólogo em Comércio Exterior. Especialista (MBAs) em Gestão Estratégica. Especialização em Direito Tributário em Processos Didáticos pedagógicos para cursos à distância. Mestre em direito. Doutorando em direito pela UNESP.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	12
CAPÍTULO 1 A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA O PENSAMENTO PÓS-COLONIAL E O DIREITO DAS MULHERES Daniela Bucci, Danilo Garnica Simini e Bruna Lopes Peres	16
CAPÍTULO 2 A PROPRIEDADE COMUNAL E A DE(S)COLONIALIDADE: Uma evolução hermenêutica Graziela Tavares de Souza Reis e João Manoel de Moraes Gonçalves	36
CAPÍTULO 3 ANÁLISE DO CASO C650/18 NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU: interpretação de normas eleitorais Yago Teodoro Aiub Calixto	39
CAPÍTULO 4 A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA DIANTE DA DESCOLONIZAÇÃO: O CASO TIMOR LESTE (PORTUGAL VS. AUSTRÁLIA) E A PERDA DE UMA CHANCE Tatiana Cardoso Squeff, Murilo Borges e Augusto Guimarães Carrijo	50
CAPÍTULO 5 A ESCOLA IBÉRICA DA PAZ: AS VOZES CONTRA A COLONIZAÇÃO DAS AMÉRICAS E O VERDADEIRO NASCIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANISTA Nathalia Penha Cardoso de França	66
CAPÍTULO 6 A OMC, SEU SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E A DESCOLONIZAÇÃO: Reflexões e diálogos possíveis Camilla Capucio, Danielle Mendes Thame Denny e Mayra Fagundes	80
CAPÍTULO 7 A UTILIZAÇÃO DA MARGEM DE APRECIÇÃO EM DECISÕES DO TEDH COMO FERRAMENTA PARA A MANUTENÇÃO DE PADRÕES COLONIAIS NA EUROPA Bianca Cartágenes Saraiva	88

SUMÁRIO

CAPÍTULO 8 A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E O PROCESSO DE DESCOLONIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA OPINIÃO CONSULTIVA CHAGOS (2019) Natalia Imbernom Nascimento e Luciano Meneguetti Pereira	98
CAPÍTULO 9 A DECOLONIAL PERSPECTIVE FROM THE HAYA DE LA TORRE CASE Sibele Walkiria Lopes	107
CAPÍTULO 10 THE STANDING BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN CASES OF BREACHES OF OBLIGATIONS ERGA OMNES Caio César Ovelheiro Menna Barreto	117
CAPÍTULO 11 CLÁUSULAS DE GUERRA NOS TRATADOS DE INVESTIMENTO: DAS ORIGENS COLONIAIS À POSIÇÃO BRASILEIRA Bruna Rabêlo Carvalho, João Gabriel Dias Arruda Vieira Dantas e Henrique Furtado Tavares	127
CAPÍTULO 12 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO CONTRA CONFLITOS ARMADOS: DAS ORIGENS COLONIAIS AOS TRATADOS ATUAIS Boni de Moraes Soares e Bruna Rabêlo Carvalho	138
CAPÍTULO 13 A INFLUÊNCIA DAS MUDANÇAS DE GOVERNO NA ARGENTINA E NO BRASIL SOBRE A INTEGRAÇÃO REGIONAL: BREVE ANÁLISE DA POSIÇÃO DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL E A PRIMAZIA DO DIREITO EUROPEU NA INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA Alberto Barreto Goerch, Joséli Fiorin Gomes e Marcos Pascotto Palermo	149
CAPÍTULO 14 A CONTRIBUIÇÃO DAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PARA O PENSAMENTO (DES) DECOLONIAL: DESAFIOS E AVANÇOS PARA O BRASIL Subgrupo de Cortes de Direitos Humanos – NETI/USP	161

APRESENTAÇÃO

Quando analisamos os acontecimentos sociais no planeta, a partir de nossa marcha civilizatória, pode-se perceber claramente o desenvolvimento de uma nova agenda forjada pelas circunstâncias e fatores, que amoldam as preocupações e desafios que estão no centro da humanidade.

O aquecimento global, as pandemias, os conflitos globais, as armas de destruição em massa, a criminalidade, a migração crescente, os avanços científicos e suas consequências, o poder da manipulação genética e da vida, a cibernética e a tecnologia disruptiva da vida comandada por robôs e algoritmos, o capitalismo econômico internacional e transnacional, entre outros temas que a sociedade internacional precisa enfrentar com instrumentos e mecanismos que correspondam e possam dar respostas a novos paradigmas sociais.

Neste contexto é que emerge um novo Direito Internacional, uma nova lógica de interpretação normativa que rompe com os padrões tradicionais da disciplina, além da figura referencial do Estado e que vai crescentemente se aproximando da realidade dos indivíduos, das empresas, povos a partir de instrumentos que viabilizam a proteção de direitos e a realização material de um direito voltado para a humanidade como um todo.

O Direito Internacional como expressão da vida humana e sua compreensão reflexiva, adquire crescentemente caráter multinível, multidiverso, transdisciplinar, plural e complexo. Sobrevivem as bases tradicionais da disciplina, voltada para as relações entre os Estados e a estrutura normativa construída ao longo da história, mas agora incorporado por novas instituições, mecanismos, sujeitos, espaços de reivindicação de direitos, lógicas normativas que refletem as demandas de uma sociedade que constrói, crescentemente um discurso universal.

Paradoxalmente, em um cenário de preocupações globais, com discurso voltado para a construção do universalismo, se afirmam e se fortalecem as lógicas locais e suas identidades que reclamam serem ouvidas, dando ao Direito Internacional justamente seu caráter plural, enquanto sistema pautado em um discurso de estabelecimento de instituições globais que possuem pretensão de regular os problemas do mundo, mas que tem nas identidades sua referência e autoridade. O todo e a parte, a parte compreendida como o que integra o todo e este como decorrência daquela.

Neste sentido é que para buscar legitimação as instituições globais, precisam romper laços com todo tipo de hegemonia e lógica de poder, de tirania, compreendendo o desenvolvimento de uma democracia inclusive global que busca promover a liberdade dos laços históricos de imposição de conceitos, de dominação discursiva, de uma gramática hegemônica que impõe a submissão e que leva a deslegitimação de um discurso inclusivo de caráter universal.

O Direito Internacional, através de suas instituições, dos tribunais, o espaço produtivo de normas internacionais em organismos, deve tornar-se um espaço plural de reivindicação de direitos, de acesso à justiça, um espaço comunicativo entre as reivindicações locais e as pretensões universais.

A proposta do pensamento decolonial emerge como um processo instrumental legítimo de afirmação das identidades locais, compreendendo as estruturas postas, mas reivindicando nelas suas lógicas, sua voz, seus valores culturais e referenciais históricos, sua autonomia de pensamento.

Neste contexto, com a jurisdicionalização do Direito Internacional, os tribunais interna-

cionais passaram a servir como um espaço de reivindicação de direitos no contexto de um novo cenário social, mas ao mesmo tempo também, como espaço de reconhecimento de uma perspectiva decolonizante do Direito Internacional, em que as lógicas locais sejam utilizadas, interpretadas, consideradas no processo silógico interpretativo para compreensão do Direito e de sua efetivação.

O Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais-NETI da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como um grupo de pesquisa de vanguarda, assumiu a tarefa de discutir, ao longo de sua jornada anual de pesquisa, aspectos de decolonialidade nos processos e julgamentos implementados pelos Tribunais internacionais e tal debate resultou na presente obra.

Cabe ressaltar que tal estudo em sua amplitude, é inédito e nunca foi realizado por um grupo de pesquisa em Direito Internacional no mundo, marcando assim a liderança reflexiva acadêmica do grupo e do trabalho desenvolvido com seriedade na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que pauta sua interpretação com base em um pensamento axiomático sistêmico na sua lógica interpretativa do sistema normativo internacional.

Os trabalhos que compõem a presente obra foram produzidos no contexto dos debates e discussões que envolveram as atividades dos membros do grupo de pesquisa reforçados pela convocatória de outros pesquisadores convidados a refletir sobre o tema objeto do estudo, o pensamento decolonial que poderia ser encontrado nos Tribunais Internacionais, no exercício de sua jurisdição.

Assim é que se constituiu a obra que se oferece gratuitamente à comunidade acadêmica, a partir de um trabalho sério e dedicado de pesquisadores que se debruçaram sobre o tema e que oferecem suas reflexões para debates e discussão.

A presente obra “Tribunais Internacionais e decolonização”, é escrita coletivamente, editada eletronicamente, com selo de publicação da Academia Brasileira de Direito Internacional, e é composta por artigos relevantes sobre o tema central, que abordam os seguintes assuntos: A contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o pensamento pós-colonial e o direito das mulheres; A propriedade comunal e a de (s) colonialidade: Uma evolução hermenêutica; Análise Do Caso C650/18 No Tribunal de Justiça Europeu: Interpretação de normas eleitorais; A Corte Internacional de Justiça diante da descolonização: o caso Timor Leste (Portugal vs. Austrália) e a perda de uma chance; A Escola Ibérica da Paz: as vozes contra a colonização das américas e o verdadeiro nascimento do direito internacional humanista; A OMC, seu Sistema de Solução de Controvérsias e a decolonização: reflexões e diálogos possíveis; A utilização da margem de apreciação em decisões do TEDH como ferramenta para a manutenção de padrões coloniais na Europa; A Corte Internacional De Justiça e o processo de descolonização: uma análise da Opinião Consultiva Chagos (2019); A decolonial perspective from the Haya de La Torre Case; The standing before the International Court of Justice in cases of breaches of obligations erga omnes; Cláusulas de guerra nos tratados de investimento: das origens coloniais à posição brasileira; A proteção jurídica do investimento estrangeiro contra conflitos armados: das origens coloniais aos tratados atuais; A influência das mudanças de governo na Argentina e no Brasil sobre a integração regional: breve análise da posição do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e a primazia do direito europeu na integração sul-americana; A contribuição das cortes internacionais de direitos humanos para o pensamento (des) decolonial: desafios e avanços para o Brasil.

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 sua configuração e editoração: Professoras Luisa Giannini, Mônica Rodrigues e o Professor Aldo Nunes Filho.

A obra teve também contribuição decisiva do professor Paulo Henrique Reis de Oliveira que possibilitou sua viabilização. A todos os que escreveram e submeteram artigos e aos membros da equipe de administração e coordenadores de subgrupos de acompanhamento das atividades das Cortes e Tribunais Internacionais dentro do NETI, às Professoras Camilla Capucio, Daniela Bucci, Giselle Amorim, Marina Borges Soares, Sibebe Lopes, Tatiana Squeff e Professores Boni Soares e Rafael Morais, coordenadoras e coordenadores de subgrupos e membros do comitê científico desta obra.

A obra é expressão de uma rede de apoio fundamental para sua configuração como o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, a Academia Brasileira de Direito Internacional, e a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP, a todos, se deve expressar agradecimento.

O estudo é original, e distancia-se definitivamente da visão de uma abordagem de terceiro mundo (incongruente em sua própria autodenominação), pelo contrário, os estudos aqui desenvolvidos voltam-se para a consciência da autonomia de pensamento, na capacidade crítica de uma escola capaz de pensar o Direito Internacional inclusivo, dentro de suas próprias lógicas, libertas de amarras conceituais e dogmática discursiva hegemônica.

Espera-se assim que a obra em seu valor, represente para a comunidade acadêmica, um marco referencial decisivo de uma escola sistêmica de pensamento que compreende o Direito Internacional integrado a todo sistema jurídico e suas variadas ramificações, a partir de suas múltiplas vozes e expressões, residindo em um complexo normativo voltado para a realização de justiça e, no contexto do pensamento decolonial, na aproximação máxima de sua efetivação.

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 na Universidade de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e Coordenador do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da USP.

LUISA GIANNINI

Doutora em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da USP.

MÔNICA NOGUEIRA RODRIGUES

Mestra em Cooperação Internacional e Direitos Humanos na PUC Campinas. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da USP.

A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA O PENSAMENTO PÓS-COLONIAL E O DIREITO DAS MULHERES

Daniela Bucci ¹

Danilo Garnica Simini ²

Bruna Lopes Peres ³

Resumo: Este artigo analisa se a Corte interamericana ao interpretar os tratados internacionais de direitos humanos que protegem os direitos das mulheres, notadamente, a Convenção de Belém do Pará e a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) tem contribuído para a construção de um pensamento pós-colonial, a partir do conceito da interseccionalidade e a perspectiva de gênero, a fim de minimizar os efeitos discriminatórios, estereotipados e subalternizados visando à igualdade das mulheres no plano internacional e nacional.

Palavras-chave: Direito das Mulheres – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Decolonialidade

Abstract: *This article analyzes whether the Inter-American Court, when interpreting international human rights treaties that protect women's rights, notably the Convention of Belém do Pará and the Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) has contributed for the construction of a post-colonial thinking, from the concept of intersectionality and the gender perspective, in order to minimize the discriminatory, stereotyped and subordinate effects, aiming at the equality of women at the international and national level.*

Keywords: Women's Rights - Inter-American Court of Human Rights - Decoloniality

¹ Doutora e Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora do Observatório de Violação de Direitos Humanos da Região do Grande ABC da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (ODHUSCS). Pesquisadora e Coordenadora do Subgrupo de Cortes de Direitos Humanos do Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (NETI-USP).

² Doutorando em Direito Internacional (USP), Doutor em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC (UFABC). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da USP (NETI-USP).

³ Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2019). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da USP (NETI-USP).

INTRODUÇÃO

As mulheres correspondem à grande maioria da população em diversos países, mas ainda são consideradas grupos vulneráveis e que demandam a atenção dos órgãos internacionais e dos estados para criar normas e medidas protetivas e eficazes contra a discriminação e violência. No Brasil, a população feminina brasileira corresponde à maioria no país. No entanto, apesar dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e de diversas normas criadas internamente para minimizar a discriminação e violência contra as mulheres, estas ainda são grandes vítimas da chamada discriminação e violência institucional e estrutural no país.

Nesse sentido, utilizar novas epistemologias para pensar a universalidade do sujeito nos direitos humanos pode auxiliar na promoção e proteção desses direitos. Considerando os pensamentos pós-coloniais e o feminismo decolonial, o presente artigo tem como objeto a análise de decisões advindas da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que versam sobre direitos das mulheres.

A hipótese levantada foi que a Corte IDH, a partir de sua jurisprudência, pode contribuir para a construção de um pensamento decolonial, ainda que não mencione diretamente ou expressamente termos como “decolonial” ou “decolonialidade” e, desta forma, auxiliar na proteção e promoção dos direitos das mulheres em âmbito internacional. Para tanto, foi realizada pesquisa calcada na análise documental disponível no site da Corte IDH, a qual se propôs a identificar casos que tratavam sobre direitos das mulheres, como violência contra mulher e direitos sexuais e reprodutivos.

Devido a grande quantidade de decisões encontradas, delimitou-se a análise de 3 casos, quais sejam, caso dos empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio e seus familiares vs. Brasil, caso das Mulheres vítimas de tortura sexual em Atenco vs. México e caso Manuela e outros vs. El Salvador. Todos os casos tecem importantes considerações sobre as diversas opressões vivenciadas por mulheres, articulando o conceito de interseccionalidade, o qual é fundamental para a concepção do que a autora feminista decolonial María Lugones (2008) chama de colonialidade de gênero.

Assim, o trabalho foi dividido em duas partes: no capítulo um foram trazidos os conceitos sobre a decolonialidade, focando no feminismo decolonial e em outros conceitos relevantes para o debate do tema. Em seguida, foi analisado o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção de um discurso pós-colonial em favor dos direitos das mulheres, com a análise dos dispositivos normativos internacionais que norteiam o tema e como são interpretados por meio da jurisprudência da Corte IDH. A metodologia utilizada foi a dedutiva.

1 – DESCOLONIALIDADE OU DECOLONIALIDADE E AS MULHERES

Conforme BRAGATO E MANTELLI, o pensamento pós-colonial seria uma “alternativa aos discursos estabelecidos” com o objetivo de dar lugar para “novas possibilidades para o conhecimento, liberando-o da necessidade de se referir a um *locus* privilegiado de enunciação (ocidental), como condição de sua legitimidade”. Simplificando, nas palavras dos autores, trata-se do “descolonizar” o conhecimento, no sentido de permitir a inclusão de outras falas, variadas visões de mundo, histórias esquecidas, outros valores que não

somente os ocidentais” (BRAGATO, MANTELLI, 2019, p. 102).

O pensamento pós-colonial, cujo paradigma central era o eurocentrismo, defende que o discurso “colonial” tinha como parte também a estereotipação, de modo que “a dominação ocidental” permitiu um discurso em que o outro é visto como “sujeito degenerado por meio de estratégias de inferiorização, subalternização e desumanização que são internalizadas por aqueles representados como tal” (BRAGATO, MANTELLI, 2019, p. 103).

Nessa perspectiva, vale ressaltar a situação de violência e de discriminação contra as mulheres na sociedade, especialmente, na América Latina como resposta ou consequência de um discurso colonizador, cujos resquícios desse pensamento “modulante” ainda estão intrínsecos e latentes nas ações (e omissões!) do Estado e da sociedade no que diz respeito à igualdade e proteção dos direitos das mulheres.

Neste contexto de violência baseada no gênero juntamente com a necessidade de uma construção de saberes não hegemônicos, desenvolvida a partir do sul global, é que se destaca o feminismo decolonial. Em suma, nasce como uma crítica ao feminismo e evidencia como as diversas categorias de opressões, gênero, raça, classe e sexualidade se interseccionam, podendo ser entendido como um conjunto de feminismos anticoloniais ou feminismos subalternos (BALLESTRIN, 2017, p. 1040).

Torna-se central entender o conceito de interseccionalidade para compreender a colonialidade do poder (LUGONES, 2008, p. 58) e para assimilar a subalternização da mulher inerente ao colonialismo, principalmente quanto à subalternização da mulher negra. Kimberlé Crenshaw, autora pioneira do feminismo interseccional, explica a interseccionalidade a partir das experiências das mulheres negras, a fim de contrastar a multidimensionalidade de suas experiências com a análise de eixo único que as distorcem (CRENSHAW, 1989, p. 140).

A brasileira Luiza Bairros, nesta mesma linha, considera outras dimensões como parcelas que se somam a de gênero e que dão margem às conhecidas formulações em termos de dupla ou tripla opressão (BAIRROS, 1995, p. 460). Já Lélia Gonzalez, descreve um feminismo afro-latino-americano, centrado na questão racial, e se refere às mulheres negras e indígenas como, respectivamente, ameríndias e amefricanas, que são subordinadas a uma latinidade que legitima sua inferioridade (GONZALEZ, 2020, p. 139-140).

O grupo modernidade/colonialidade, composto por diversos pensadores, desenvolveu conceitos chaves para os estudos pós-coloniais, como a concepção desenvolvida por Aníbal Quijano, sobre a colonialidade do poder a qual demonstra que esta não se finda com a colonização; há uma continuidade de formas coloniais de dominação (MURADAS, PEREIRA, 2018, apud, QUIJANO, 2005), bem como o conceito de colonialidade do saber de Mignolo, entendido como um projeto de desprendimento epistêmico na esfera social do eurocentrismo (MIGNOLO, 2010, p. 15).

Apesar de correlato, o feminismo decolonial não advém das contribuições deste grupo, pois já existiam práticas de críticas aos saberes construídos no Norte e as relações de poder mediadas pela diferença colonial pelas feministas Chicanas (ANZALDÚA, 2000, p. 229). No entanto, o feminismo decolonial também pauta uma análise crítica do legado colonial, cujo compromisso político e filosófico é pensar a partir do Sul, propondo perspectivas para um futuro democrático e libertador (JARDIM, CAVAS, 2017, p. 83). Ao analisar as implicações de gênero nesta ótica, também perfaz uma crítica aos próprios conceitos decoloniais.

A autora Maria Lúgones critica o conceito desenvolvido por Aníbal Quijano sobre a colonialidade do poder, uma vez que a construção moderna/colonial do gênero e seu alcance seriam limitados, pois “Quijano acepta el entendimiento capitalista, eurocentrado y global de género [...] marco de análisis [...] [que oculta] las maneras en que las mujeres colonizadas, no-blancas, fueron subordinadas y desprovistas de poder” (LÚGONES, 2008, p. 58).

Assim, utilizar a abordagem não hegemônica, como o feminismo decolonial, que aborda questões relacionadas às mulheres de forma crítica, pode auxiliar a entender como funcionam certas opressões e ser um caminho viável para a promoção e proteção de tais direitos em âmbito internacional.

2 – O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA NO DISCURSO PÓS-COLONIAL EM FAVOR DOS DIREITOS DAS MULHERES

Neste capítulo, serão analisados os principais dispositivos normativos internacionais que tratam do direito das mulheres no sentido de buscar traços da decolonialidade. Em seguida, será analisado como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem interpretado tais dispositivos e se efetivamente há uma contribuição na desconstrução dos resquícios do pensamento colonial aplicado às mulheres.

2.1 – Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e os Direitos das Mulheres: a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção de Belém do Pará

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, destacam-se dois documentos normativos: a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção de Belém do Pará. Ambas são consideradas importantes instrumentos contra a violência e discriminação contra a mulher, especialmente no que tange à mudança de estereótipos e às práticas inferiorizantes.

Sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), criada em 1979, entrou em vigor em 1981 e foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 93 de 1983, tendo retirado as reservas, em 1994, pelo Decreto no. 26. O Protocolo Facultativo foi ratificado em 2002, pelo Decreto 107/2002. Desse modo, os estados parte se submetem ao sistema de supervisão previsto no texto internacional, inclusive o Brasil.

Como se depreende da leitura da Convenção, nota-se a preocupação com a contínua discriminação das mulheres, inobstante os diversos instrumentos internacionais de proteção e a consequente violação dos princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, que dificulta a participação da mulher em diversas esferas da vida política, social, econômica e cultural prejudicada ainda mais em situações de pobreza. Além disso, é essencial para o pleno exercício dos direitos do homem e da mulher, a eliminação de todas as formas de racismo, discriminação racial, colonialismo, neo-colonialismo, dentre outros, sendo necessário repensar o papel do homem e da mulher na sociedade e na família.

Nesse sentido, conforme os artigos 1º e 2º, a CEDAW proíbe a discriminação em todas as suas formas e a compreende como toda e “qualquer distinção, exclusão ou restrição

baseada no sexo”, cabendo aos Estados criar medidas para evitá-la e eliminá-la.

No que se segue, a CEDAW visa a alterar os padrões socioculturais que reforçam a inferioridade e superioridade entre os sexos, os estereótipos baseados em preconceitos e práticas sistemáticas, nos mais diversos campos, cabendo aos Estados criarem políticas que assegurem a “emancipação, o respeito e o empoderamento da mulher na sociedade” (BUCCI; REIS, 2021, p. 174).

Mais uma vez, outro texto internacional busca eliminar a discriminação contra a mulher e os padrões sociais e culturais arraigados na sociedade e que decorrem das “relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens” e que se manifestam em forma de violência.

A Convenção de Belém do Pará é a referência normativa internacional contra a violência contra a mulher (BUCCI; REIS, 2021, p. 174), ou seja, toda ação “baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Nesse sentido, nos termos do seu artigo 6º, a Convenção de Belém do Pará estabelece que a mulher livre de violência significa “estar livre de todas as formas de discriminação”, de “ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação”, obrigando os Estados a adotarem “progressivamente”, medidas e programas que garantam a mulher uma vida livre de violência, o respeito e proteção de seus direitos e que alterem

*os **padrões sociais e culturais** de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de **combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade** de qualquer dos gêneros ou nos **papéis estereotipados** para o homem e a mulher, que **legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher**. (negrito nosso)*

Como é possível verificar, as convenções buscam “quebrar” os paradigmas da discriminação estrutural e da violência sistêmica contra a mulher, abrangendo não apenas a promoção, proteção e a garantia dos direitos humanos, mas uma reconstrução baseada na igualdade, dignidade e não discriminação” (BUCCI; REIS, 2021, p. 175).

2.2. Casos Paradigmáticos Para a Proteção dos Direitos das Mulheres

A seguir serão analisados alguns casos considerados paradigmáticos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com o objetivo de demonstrar o importante papel desempenhado pela Corte no sentido de promover e proteger os direitos das mulheres, reforçando-os no processo decolonial.

2.2.1 Violência contra a mulher

A Corte IDH possui ampla jurisprudência que aborda a violência contra a mulher. No entanto, cumpre destacar dois casos paradigmáticos que, além de abordarem a violência contra a mulher, trazem elementos que corroboram com uma perspectiva decolonial.

O caso dos empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio e seus familiares vs. Brasil traz importantes considerações acerca das múltiplas opressões vivenciadas pelas vítimas,

em sua maioria mulheres afrodescendentes com baixas condições sócio-econômicas. Trata-se da explosão de uma fábrica de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, em que 64 pessoas morreram e seis sobreviveram, entre elas 22 crianças (CORTE IDH, 2020, p. 4).

O caso foi submetido à Corte IDH em 19 de setembro de 2018 com sentença proferida em 15 de julho de 2020. A Corte constatou que, como consequência da explosão, foram violados os direitos à vida, à integridade pessoal, ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias, direitos da criança, à igualdade e não discriminação, à proteção judicial e às garantias judiciais (CORTE IDH, 2020, p. 33 -70).

Apesar da sentença tecer considerações sobre diversas temáticas, denota-se haver ao longo da sentença considerações importantes feitas pela Corte IDH, tais como aquelas feitas em relação à proibição da discriminação. Inicialmente, a Corte IDH relembra que o princípio da igualdade e não discriminação pode ser entendido como norma *jus cogens* a influenciar todo o ordenamento jurídico, sendo que os Estados têm o dever de: a) não introduzir em seus ordenamentos jurídicos regulamentos discriminatórios; b) eliminar eventuais normativas discriminatórias; c) combater práticas discriminatórias; d) estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade de todas as pessoas perante a lei. Sendo assim, a Corte IDH passou a analisar, no referido tópico da sentença, as violações alegadas à luz dos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que os argumentos apresentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e representantes estavam fundamentados na discriminação sofrida pelas “vítimas, por sua condição de mulheres e afrodescendentes, quanto por sua situação de pobreza, bem como pela falta de adoção de medidas de ação positiva para garantir seus direitos convencionais” (CORTE IDH, 2020, p. 53).

Em relação à discriminação em virtude da situação de pobreza em que estavam inseridas as trabalhadoras da fábrica, a Corte IDH observa que esta discriminação não é considerada uma categoria especial de proteção à luz da literalidade do artigo 1.1 da Convenção Americana, mas tal fato não configura um obstáculo para que se entenda ser a discriminação em razão da pobreza proibida pelas normas convencionais. O Tribunal relembra sua própria jurisprudência e enfatiza ter reconhecido em diversas decisões uma íntima relação entre violações de direitos humanos e exclusão, bem como asseverou ser a pobreza um fator de vulnerabilidade a aprofundar o impacto da vitimização.

A Corte IDH também asseverou que as vítimas, em razão da discriminação estrutural por sua condição de pobreza, acabavam não tendo acesso a outras fontes de renda e por isso acabavam se expondo ao trabalho em condições de vulnerabilidade. O Tribunal também afirmou que, além da discriminação estrutural em função da condição de pobreza das vítimas, existiam diferentes desvantagens estruturais que impactaram sua vitimização.

Isso posto, a interseção de fatores de discriminação neste caso aumentou as desvantagens comparativas das supostas vítimas, as quais compartilham fatores específicos de discriminação que atingem as pessoas em situação de pobreza, as mulheres e os afrodescendentes, mas, ademais, enfrentam uma forma específica de discriminação por conta da confluência de todos esses fatores e, em alguns casos, por estarem grávidas, por serem meninas, ou por serem meninas e estarem grávidas. Sobre esse assunto é importante destacar que a Corte estabeleceu que o estado de gravidez pode constituir uma condição de particular vulnerabilidade e que, em alguns casos de vitimização, pode existir um impacto

diferenciado por conta da gravidez (CORTE IDH, 2020, p. 55).

No que diz respeito à discriminação sofrida pelas mulheres, a Corte IDH apresentou diversos dados da realidade brasileira a demonstrar que as vítimas estavam imersas em padrões de discriminação estrutural e interseccional. Também asseverou estarem as vítimas em sua situação de pobreza estrutural, sendo em sua maioria mulheres e meninas afrodescendentes. A situação de vulnerabilidade das vítimas deve acentuar os deveres do Estado, enfatizou a Corte IDH, contudo não foi essa a postura do Estado brasileiro ao não ter adotado medidas destinadas a garantir o exercício do direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias sem discriminação.

Também nesse contexto a Corte IDH analisou o artigo 24 da Convenção Americana e afirmou decorrer do referido dispositivo um mandato destinado a garantir a igualdade material, ou seja, “adoção de medidas positivas de promoção em favor de grupos historicamente discriminados ou marginalizados em razão dos fatores a que faz referência o artigo 1.1 da Convenção Americana” (CORTE IDH, 2020, p. 57). Portanto, explicou a Corte IDH, o direito à igualdade traz como consequência a obrigação estatal de adotar medidas a fim de garantir uma igualdade real e efetiva, corrigindo as desigualdades existentes, promovendo a inclusão e a participação dos grupos historicamente marginalizados.

Como se vê, no caso da fábrica de fogos de Santo Antônio, a Corte IDH tratou da pobreza e sua relação com as violações de direitos humanos, bem como enfatizou em mais de uma oportunidade que as vítimas do caso, em sua maioria mulheres e meninas afrodescendentes, estavam inseridas em padrões de discriminação estrutural e interseccional. Assim, o precedente não tratou das vítimas de forma genérica, mas levando-se em consideração a sua situação de vulnerabilidade e a existência de padrões discriminatórios pelo fato de serem mulheres e afrodescendentes (CORTE IDH, 2020, p. 58).

Outro caso paradigmático é o caso das Mulheres vítimas de tortura sexual em Atenco vs. México. Trata-se de caso ocorrido em 2006 após operações policiais nas cidades de Texcoco e San Salvador de Atenco, na qual, a fim de reprimir manifestações ocorridas nos citados municípios, detiveram 11 mulheres que foram submetidas a diversas violências, inclusive estupro. As violências ocorreram tanto durante a detenção, quanto no centro de reabilitação Social “Santiagouito” em que foram internadas (CORTE IDH, 2018, p. 05).

O caso foi submetido à Corte IDH em 17 de setembro de 2016 com sentença proferida em 28 de novembro de 2018. A corte declarou internacionalmente responsável os Estados Unidos Mexicanos pela violação dos direitos à integridade pessoal, vida privada, e não ser submetido a tortura; em relação às obrigações de respeitar e garantir esses direitos sem discriminação; o direito à liberdade pessoal, e o direito à defesa; o direitos a garantias judiciais e proteção judicial (CORTE IDH, 2018, p. 58-117).

A Corte IDH alertou ao longo da sentença acerca dos efeitos revitimizadores do tratamento estereotipado e discriminatório recebidos pelas mulheres, sendo que a investigação sobre o comportamento social ou sexual anterior de vítimas em casos de violência de gênero nada mais é do que a manifestação de políticas ou atitudes baseadas em estereótipos de gênero sexual. O Tribunal lembrou que a violência de gênero, ou seja, a violência dirigida contra uma mulher por ser mulher, ou violência que atinge desproporcionalmente as mulheres, é uma forma de discriminação contra a mulher. A sentença também tratada do chamado estereótipo de gênero:

Un estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales (CORTE IDH, 2018, p. 81).

Verifica-se a preocupação da Corte IDH em ressaltar a violência de gênero como uma forma de discriminação contra a mulher, além de enfatizar a importância de se coibir práticas estatais que possam vitimizar ainda mais as mulheres. O gênero se mostra uma constante ao longo de toda a sentença da Corte IDH no âmbito do referido precedente. Portanto, pode-se afirmar haver uma contribuição da Corte IDH, a partir do precedente em questão, ao tema dos direitos das mulheres.

2.2.2 Direitos Sexuais e Reprodutivos

Em relação aos casos que tratam sobre direitos Sexuais e Reprodutivos, há algumas decisões a respeito. No entanto, destaca-se um recente e importante caso que pode auxiliar na análise sobre a colonialidade: o caso *Manuela e outros vs. El Salvador*. Trata-se de uma série de violações no âmbito do processo penal que culminou na condenação pelo crime de homicídio qualificado contra a vítima do caso, dentro do conhecido contexto de El Salvador sobre a criminalização do aborto, bem como sobre a violação do sigilo profissional, o péssimo tratamento médico e a morte da vítima sob custódia do Estado (CORTE IDH, 2021, p. 4).

O caso foi submetido à Corte IDH em 29 de julho de 2019 com sentença proferida em 02 de novembro de 2021. A Corte declarou internacionalmente responsável a República de El Salvador pela violação dos direitos à liberdade pessoal e à presunção de inocência em detrimento de Manoela; à defesa, a ser julgada por tribunal imparcial, à presunção de inocência, o dever de fundamentação, a obrigação de não aplicar a lei discriminação, igualdade perante a lei, o direito de não ser submetido a penas cruéis, desumanas ou degradantes e a obrigação de assegurar que a finalidade da pena privativa de liberdade; à vida, à integridade pessoal, à vida privada, à igualdade perante a lei, à saúde e igualdade perante a lei, em detrimento de Manuela e à integridade pessoal em detrimento da família da vítima (CORTE IDH, 2021, p. 91-92).

A sentença também define o estereótipo de gênero, bem como advertiu que a utilização de estereótipos de gênero no processo penal pode evidenciar uma violação do direito à presunção de inocência, do dever de motivar decisões e o direito de ser julgado por um tribunal imparcial. A Corte IDH ressaltou que a liberdade e autonomia das mulheres em matéria de saúde sexual e reprodutiva tem sido historicamente limitada, restringida ou anulada com base em estereótipos de gênero negativos e prejudiciais, em razão de ter sido atribuído aos homens um papel preponderante na tomada de decisões sobre o corpo da mulher. Contudo, assevera a Corte IDH que as mulheres têm o direito de serem tratadas com dignidade e respeito nos serviços de saúde reprodutiva e assistência obstétrica sem estar sujeita à discriminação ou à violência (CORTE IDH, 2021, p. 72)

A Corte IDH lembrou ter a Convenção de Belém do Pará conferido a todas as mulheres o direito de ter uma vida livre de violência e de discriminação e para tornar tal direito efetivo não basta ao Estado se abster, mas também adotar medidas positivas. Tal dever estatal alcança relevância ainda maior quando há violações aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, enfatizou a Corte IDH (CORTE IDH, 2021, p. 76).

Sendo assim, através do precedente indicado acima, verifica-se uma maior contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a questão dos direitos sexuais e reprodutivos à luz da decolonialidade. O tribunal enfatizou a liberdade e autonomia das mulheres em matéria de saúde sexual e reprodutiva, além de ter definido estereótipo de gênero. Ou seja, não se pode negar a importância da Corte Interamericana de Direitos Humanos no debate sobre a decolonialidade, especialmente, quando analisamos seus precedentes relacionados aos direitos das mulheres de forma ampla, e de forma específica os precedentes relacionados aos seus direitos sexuais e reprodutivos.

CONCLUSÃO

Como tratado acima, o objetivo deste trabalho foi o de analisar, por meio de alguns casos paradigmáticos, se a Corte Interamericana de Direitos Humanos contribui para a construção de um pensamento decolonial em favor da proteção dos direitos das mulheres.

Vale dizer que a partir dos casos analisados, destaca-se o caráter de *jus cogens* atribuído aos princípios da igualdade e não discriminação e lembrado pela Corte IDH.

Outro ponto importante é o da interseccionalidade em que a corte analisa, por exemplo, a pobreza como um “fator de vulnerabilidade” capaz de excluir e reforçar os reflexos da vitimização e da discriminação estrutural. As vítimas nessa situação: mulheres, pobres e afrodescendentes sofrem um tipo de discriminação específica e comum gerada pela ligação desses fatores.

A Corte IDH também menciona a necessidade de o Estado, no caso o brasileiro, de garantir a igualdade real e efetiva, corrigindo desigualdades e exclusões de “grupos historicamente marginalizados”.

Além disso, a Corte chama a atenção para o tratamento estereotipado e discriminatório socialmente dominante e persistente dado às mulheres que gera manifestações de violência de gênero, exemplificadas na violência física, na desigualdade de acesso ao trabalho, na violação dos direitos sexuais e reprodutivos.

REFERÊNCIAS

ANZALDÚA, Gloria. Falando em línguas: uma carta para as mulheres escritoras do terceiro mundo. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 229, jan. 2000. ISSN 1806-9584. [Online]. Acesso 22 de agosto de 2022.

BAIROS, Luíza. Nossos feminismos revisitados. **Revista Estudos Feministas**. N. 02, 1995, p. 458-463. <https://doi.org/10.1590/%25x>.

BALLESTRIN, Luciana.. Feminismos Subalternos. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 1035-1054, Dec. 2017. [Online]. Acesso em 26 de agosto de 2022.

BRAGATTO, Fernanda Frizzo; MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira. Comentário ao Capítulo 2: “A Pós-Colonialidade do Direito Internacional” – Abordagens Pós-coloniais e Descoloniais no Direito Internacional. In: BADIN, Michelle Ratton Sanchez; MOROSINI, Fábio e GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella (Org.). **Direito Internacional : Leituras Críticas**, São Paulo: Almedina, 2019.

BUCCI, Daniela; REIS, G. T. S. Feminicídio: A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Perspectiva de Gênero para o Alcance de Justiça Social. In: MENEZES, Wagner (COORD); Nunes Filho, ALDO; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis De (ORG). (Org.). **Tribunais internacionais e a garantia dos direitos sociais**. 1ed. CURITIBA: ABDI EDITORA, 2021, v., p. 165-184.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 8ª. ed., 2021.

_____. **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.

CORTE IDH. **Caso Empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio e seus familiares vs. Brasil**. Costa Rica, 2020. Disponível: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em: 28 de agosto de 2022.

CORTE IDH. **Caso Manuela e outros vs. El Salvador**. Costa Rica, 2021. Disponível: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf. Acesso em: 28 de agosto de 2022.

CORTE IDH. **Caso Mulheres vítimas de tortura sexual em Atenco vs. México**. Costa Rica, 2018. Disponível: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf. Acesso em: 28 de agosto de 2022.

CRENSHAW, Kimbérle. **Demarginalizing the Intersection of Race and Sex**: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics. University of Chicago Legal Forum, 14, 1989, p. 538–54.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2020.

JARDIM, Gabriel de Sena; CAVAS, Claudio São Thiago. Pós-colonialismo e feminismo decolonial: caminhos para uma compreensão anti-essencialista do mundo. Ponto-e-Vírgula : **Revista de Ciências Sociais**, [S.l.], n. 22, p. 73-91, fev. 2018. ISSN 1982-4807. [Online]. Acesso em 26 de agosto de 2022.

LUGONES, María. Colonialidad y Género. **Tabula Rasa**, Bogotá, n.9, p.73-102, Dec. 2008. [Online]. Acesso em 26 de agosto de 2022.

MIGNOLO, Walter. **Desobediência epistêmica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad**. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais**: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

MURADAS, Daniela; PEREIRA, Flávia Souza Máximo. Decolonialidade do saber e direito do trabalho brasileiro: sujeições interseccionais contemporâneas. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2117-2142, Oct. 2018. Acesso em 05 de setembro de 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A PROPRIEDADE COMUNAL E A DE(S)COLONIALIDADE: UMA EVOLUÇÃO HERMENÊUTICA

Graziela Tavares de Souza Reis ⁴
João Manoel de Moraes Gonçalves ⁵

Resumo: Este trabalho objetiva analisar o direito à propriedade comunal e sua apreciação nas Cortes de Direitos Humanos, tendo em vista uma perspectiva de(s)colonial. Dessa forma, com base no instrumento da coleta de dados a pesquisas bibliográficas pertinentes ao tema, foi analisada a evolução do direito de propriedade em relação aos povos indígenas levando em conta o progresso de demandas de(s)coloniais, sendo ainda realizada pesquisa documental sobre normas que pautam o direito à propriedade comunal e julgamentos das Cortes de Direitos Humanos. Utilizando o método dedutivo, a partir de noções sobre de(s)colonialidade, direito à propriedade coletiva e tratados de Direitos Humanos, depreende-se a existência de um certo avanço quanto ao reconhecimento do direito dessas populações através da progressiva evolução interpretativa das Cortes internacionais de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Cortes de Direitos Humanos. De(s)colonialidade. Propriedade Comunal. Tratados Internacionais. Povos Indígenas.

Introdução

Todo o peculiar processo de colonização da América Latina e Caribe é decisivo sobre as estruturas de poder que se mantém e os modos de ser e saber nos países da região. Realizando-se uma reflexão sobre as heranças do Império espanhol e português na América durante os séculos XVI ao XX, percebe-se a imposição violenta da ideia de raça como instrumento de dominação. São afastadas decisivamente as epistemologias e cosmologias próprias dos povos originais para se configurar outra produção de conhecimento. É construída a ideia de modernidade, em que a ideia de raça foi uma forma de legitimar a dominação entre “superiores” e “inferiores”, brancos e não brancos.

Ao se buscar a descolonização, há uma leitura desconstrutiva da visão tradicional da modernidade e uma análise da subalternização cultural e epistêmica das culturas não europeias.

⁴ Graduada em direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Mestre em direito pela Universidade Católica de Brasília . Doutoranda na USP no programa de Integração da América Latina. Professora adjunta no curso de direito da Universidade Federal do Tocantins. Pesquisadora na Cátedra José Bonifácio, NUPDELAS/PROLAM e NETI - USP. Coordenadora do Grupo de extensão “Direito e gênero” da UFT. Advogada.

⁵ Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos (PUC/MINAS). Bacharel em Direito (UEPG/PR). Advogado. Pesquisador no NETI/USP.

Pelas mais variadas razões, sobretudo por disputa de territórios, aspectos jurídicos, econômicos, sociológicos e históricos justificam a necessidade de se compreender as problemáticas decorrentes de violações de direitos dos povos indígenas das Américas. Tanto é que há exemplos de mudanças constitucionais, como a Constituição da Bolívia – *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (artigo 30.II.15)*; na Colômbia, *Constitución Política de Colombia* (artigo 330); no Equador, uma importante decisão da *Corte Constitucional de Ecuador – Caso de Los Pantanos Secos de Pastaza*, tentando buscar equidade e garantia de direitos aos povos indígenas no seu plano jurídico interno.

Não se pode olvidar que os primeiros instrumentos internacionais de proteção de Direitos Humanos também trouxeram uma visão eurocêntrica a respeito dos povos indígenas e tribais. Houve um gradual avanço jurisprudencial, porém, o que tem permitido maior conteúdo e alcance desses direitos. Esse avanço jurisprudencial tem dependido do impacto de pensadores e pensadoras que escancaram a colonialidade do poder e refletem as imagens de um espelho eurocêntrico, ainda no século XXI. Ao mesmo tempo, se reconhece o valor e importância ao desejo dos povos indígenas de manterem a sua relação com a terra, preservando-a para as próximas gerações.

A relação especial entre povos indígenas ou tribais e seus territórios ancestrais têm relevância jurídica adicional em aspectos específicos.

O reconhecimento do estreito vínculo material e cultural entre os povos indígenas e seus territórios tradicionais é fator fundamental para a determinação de direitos em casos de conflitos de propriedade com terceiros, nos quais os Estados devem considerar as implicações dos direitos territoriais dos povos indígenas nas pessoas sobre sua identidade cultural e sobrevivência material.

Observa-se que o trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) tem prestado especial atenção à propriedade comunal sobre suas terras, como um direito em si mesmo e como um direito necessário para o desdobramento e respeito de outros tantos direitos decorrentes.

A relação única entre os povos indígenas e tribais e seus territórios foi amplamente reconhecida no direito internacional dos Direitos Humanos. Dessa forma, o trabalho analisará a relação especial que os povos indígenas e tribais mantêm com seus territórios tradicionais tendo em consideração as decisões das Cortes de Direitos Humanos (com um olhar particular para a Corte Interamericana), a partir de uma leitura essencialmente de(s) colonial.

1 Corte de Direitos Humanos e de(s)colonialidade

O olhar dos tribunais de Direitos Humanos deve ser sensível à ideia de que um direito universal, de soluções generalizadas, não pode contemplar as especificidades latino-americanas e caribenhas, em especial, quando se tratam de povos indígenas e tribais. Citando Mignolo (2008a, p. 9-10), Damázio (2009) traz que:

O termo colonialidade é distinto de colonialismo, trata-se de diferentes momentos históricos. Colonialidade, conforme Mignolo, é um conceito maleável que opera em vários níveis. Refere-se, em um primeiro momento, a uma expressão abreviada de matriz colonial de poder que Quijano batizou com o nome de padrão colonial de poder. O conceito

de colonialidade também torna visível o outro lado da modernidade, a colonialidade. Em terceiro lugar, colonialidade designa histórias, subjetividades, formas de vida, saberes e subjetividades colonizadas, a partir dos quais surgem as respostas de(s) coloniais.

Mignolo (2008b, p. 287) defende que deve haver uma desobediência política e uma desobediência epistêmica para que a opção de(s)colonial se concretize. Com isso, se busca desmistificar a coexistência do termo modernidade/colonialidade e apontar para toda a lógica de exploração e opressão, que reflete nas frágeis democracias e no próprio mercado. Quijano (2005, p. 227-228) utiliza o termo colonialidade do poder para designar a classificação social da população mundial de acordo com a ideia de raça.

Os “conquistadores” das Américas, usando de sua força brutal, estabeleceram uma relação de dominação em que subalternizaram povos e menosprezaram culturas, determinando sua superioridade étnica e epistêmica de forma etnocêntrica e regionalista. Tanto que Damázio, citando Carolina Santamaría Delgado, sintetiza que:

O conhecimento produzido pelo homem branco é geralmente qualificado como científico, objetivo e racional, enquanto que aquele produzido por homens de cor (ou mulheres) é mágico, subjetivo e irracional. Esta dimensão, a colonialidade epistêmica ou do saber, não apenas estabelece o eurocentrismo como perspectiva única de conhecimento, mas também descarta as outras produções intelectuais. (DAMÁZIO, 2009, p. 106).

Castro-Gómez (2005), em sua importante obra chamada “*La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*”, trabalha com três categorias fundamentais: colonialidade do saber; limpeza de sangue e *hybris* do ponto zero, que demonstra ser a epistemologia do ponto zero, o ideal último do conhecimento científico. Explica:

Começar tudo de novo significa ter o poder de dar nome ao mundo pela primeira vez; traçar limites para estabelecer qual conhecimento é legítimo e qual é ilegítimo, definindo também quais comportamentos são normais e quais são patológicos. Por isso, o ponto zero é o do início epistemológico absoluto, mas também o do controle econômico e social do mundo. Estar no ponto zero equivale a ter o poder de instituir, de representar, de construir uma visão sobre o mundo social e natural reconhecido como legítimo e endossado pelo Estado. É uma representação em que “homens iluminados” se definem como observadores neutros e imparciais da realidade. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 25, tradução livre).

Daí surge uma visão universalista, aparentemente neutra e imparcial sobre os povos e culturas originários das Américas e Caribe, refletindo na depreciação das cosm visões indígenas, com impactos até hoje, sobretudo, tendo legitimado o genocídio e epistemicídio sofridos por esses povos, em nome do progresso e desenvolvimento.

A colonialidade do poder é a identidade fundada na distinção étnica do outro, o que caracteriza a primeira geocultura do sistema-mundo moderno/colonial. Uma distinção que não apenas elevou a superioridade de alguns homens sobre outros, mas também a superioridade de algumas formas de conhecimento sobre outras. Por isso, o discurso esclareci-

do da elite crioula, com sua ênfase na objetividade do conhecimento, não contradiz, mas reforça o imaginário étnico da branquitude. Imaginando-se situados em uma plataforma neutra de observação, os crioulos “apagam” o fato de que é justamente sua preeminência étnica no espaço social (a purificação do sangue) que lhes permite pensar-se como habitantes atemporais do ponto zero, já os demais atores sociais (índios, negros e mestiços) como habitantes do passado. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 59, tradução livre).

As afinidades sobre as mazelas fundantes e consequentes da exclusão de pessoas e de seus direitos e da continuada violação de Direitos Humanos parte da crítica sobre os equívocos sobre a concentração de terra, as desigualdades sociais, o racismo, o machismo, o patriarcalismo, o colonialismo interno, as interrupções antidemocráticas e a imposição de ideias neoliberais. Também refletem o lugar que essas nações ocuparam e ainda ocupam no sistema-mundo atual e a realidade econômica dependente, evidências de que permanecem fortes a materialidade e a subjetividade construídas pelo eurocentrismo no período colonial.

O que se busca, por exemplo, com a proposta do giro colonial é uma identidade social e jurídica, com vistas ao rompimento desse saber eurocêntrico. Nesse sentido, importante compreender que a diferença colonial epistêmica é cúmplice do universalismo, do sexismo e do racismo. (CASTRO-GÓMEZ, 2005).

Em toda a América Latina e Caribe o processo de colonização foi sustentado nas bases do patriarcado e do escravismo, em que os povos que aqui habitavam eram vistos como incultos, exóticos e até mesmo indignos de humanidade. Toda a população que foi submetida a esse processo violento de colonialismo, identificada como mestiços, afros e índios, e subalternizados por esses mesmos motivos, foram marginalizados indicando que o direito e o poder foram pautados em uma legalidade racista e discriminatória.

O reconhecimento desses direitos, porém, nos diferentes sistemas de Direitos Humanos e nas diversas constituições nacionais têm sido graduais – não sem tensões, tanto no âmbito internacional como no constitucional.

2 A proteção da propriedade comunal

Conforme ensinam Rosa e Maschio (2021, p. 100), a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando julgou os casos pertinentes à temática da propriedade comunal, asseverou em relação a tradição comunitária dos povos indígenas e aos seus territórios. Neves (2016, p. 28), contemplando a ideia de Calderón Gamboa (2012, p. 1), explica que existe por parte dessas populações uma relação de identidade com a terra e os recursos naturais provenientes dela, diferentemente do que é estabelecido quanto a propriedade clássica/civil, em que existe uma relação de posse com intuito majoritário de exploração econômica. (NEVES, 2016 p. 30). Nesse sentido, o caráter coletivo de propriedade para as populações indígenas:

[...] está ligada ao aspecto não individualista em relação ao pertencimento dessas terras, territórios e recursos, pois estes são de todos. Além disso, o relacionamento que esses povos mantêm com suas terras está conectado, de acordo com a perspectiva fundamental, à ótica de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e também sobrevivência econômica. (ROSA; MASCHIO, 2021, p. 100)

Os Estados, no decorrer da sua história, trataram com negligência esse aspecto desses povos, o que decorreu por parte de vários deles a recorrência a organismos internacionais como meio de proteção. (NEVES, 2016, p. 30).

Uma das organizações precursoras a reconhecer a propriedade em seu parâmetro coletivo foi a Organização Internacional do Trabalho (OIT), quando adotou em 1989 a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais. Nela se reconhece esses povos como “sujeitos de direito, protegendo, entre outros, alguns de seus territórios, políticos, econômicos e sociais”. (FIGUEROA, 2009, p. 14). O artigo 13 da Convenção, quando aborda sobre as terras, explicita sobre a necessidade de respeito aos valores que elas possuem para essas populações e seu aspecto coletivo

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. 2. A utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma. (OIT, 1989).

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 21 sobre o direito à propriedade privada. Entretanto, conforme explicam Rosa e Maschio (2021, p. 95), com a evolução interpretativa quanto a aplicabilidade do direito de propriedade em relação às populações indígenas, houve por parte da Corte o entendimento do respeito ao aspecto da ancestralidade que esses territórios possuem para essas populações.

Isso é observado a partir da leitura do art. 31.1 da Convenção de Viena quando aponta que um tratado deve ser interpretado de boa-fé e, ainda como demonstram Lins Júnior e Lacerda (2017, p. 261), por meio do art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos que indica que ela não pode ser interpretada para “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos”. (CIDH, 1969).

Em 13 de setembro de 2007 houve a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. (ONU, 2008). Essa declaração reconheceu a autonomia e “o direito de participação dos povos indígenas nas decisões dos Estados Nacionais, com isso garantindo o direito à terra sob um viés não econômico e capitalista”. (ROSA; MASCHIO, 2021, p. 97).

Houve em 2016 a aprovação por parte da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, sendo que em seu art. 15 está estabelecido o regime das “Formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural. Direito a terras, territórios e recursos”. (OEA, 2016). Nela, está estabelecido que

1. Os povos indígenas têm direito a manter e fortalecer sua própria relação espiritual, cultural e material com suas terras, territórios e recursos, e a assumir suas responsabilidades para conservá-los para eles mesmos e para as gerações vindouras. 2. Os povos indígenas têm direito às terras e territórios bem como aos recursos que tradicionalmen-

te tenham ocupado, utilizado ou adquirido, ou de que tenham sido proprietários. 3. Os povos indígenas têm direito à posse, utilização, desenvolvimento e controle das terras, territórios e recursos de que sejam proprietários, em razão da propriedade tradicional ou outro tipo tradicional de ocupação ou utilização, bem como àqueles que tenham adquirido de outra forma. 4. Os Estados assegurarão o reconhecimento e a proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. Esse reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de posse da terra dos povos indígenas de que se trate. 5. Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento legal das modalidades e formas diversas e particulares de propriedade, posse ou domínio de suas terras, territórios e recursos, de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado e os instrumentos internacionais pertinentes. Os Estados estabelecerão os regimes especiais apropriados para esse reconhecimento e sua efetiva demarcação ou titulação. (OEA, 2016, p. 29-30).

Com isso, nota-se que, ao longo do processo de evolução da proteção dos Direitos Humanos, houve a progressiva promoção do reconhecimento por parte dos organismos internacionais de normas jurídicas que observavam a necessidade de defender e prestigiar o direito à propriedade comunal. Apesar disso, os Estados ainda possuem dificuldades de respeitar essa característica coletiva do conceito de propriedade em relação aos povos indígenas.

3 Julgamentos paradigmáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à propriedade comunal e seus aspectos.

A partir dos documentos internacionais e da evolução interpretativa diante da proteção do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas, houve em 2001 a primeira decisão por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao tema. A demanda foi proposta pelo *Povo Mayagana Awas Tingni* contra a Nicarágua em 2001 e nela a Corte considerou “que o artigo 21 da CADH protege a propriedade em um sentido que compreende, dentre outros, o direito dos membros das comunidades indígenas no quadro da propriedade comunal”. (NEVES, 2016, p. 53).

A partir dessa decisão, houve a possibilidade de reconhecimento por parte dessas populações do direito à propriedade na sua forma coletiva (tanto no aspecto da sua subsistência econômica, como cultural) e não somente individual. (LINS JÚNIOR; LACERDA, 2017, p. 261-262).

A Corte reconheceu a tradição comunitária de propriedade coletiva sobre a terra, atestando a forma livre como os povos indígenas vivem em seu território, sua estreita e especial relação com a terra e a natureza e com a preocupação de transmissão desse legado às gerações futuras – base para suas culturas, suas vidas espirituais e suas sobrevivências.

A importância central neste caso foi a determinação da obrigação do Estado de delimitar e demarcar o território da Comunidade *Awas Tingni*, em especial porque o Estado da Nicarágua havia outorgado concessões de manejo florestal e autorizado desmatamentos a terceiros pessoas. (CorteIDH, 2001). Inclusive, em 2009 a CorteIDH deu por cumprida essa decisão, como um dos poucos casos de cumprimento total na jurisprudência do tribunal. (CorteIDH, 2009).

O instituto da propriedade comunal no Sistema Interamericano de Direitos Humanos não estava previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo que no caso

a Corte observou o instituto a partir da Constituição da Nicarágua. Disso é importante destacar também que no Caso do Povo *Mayagana* foi a primeira vez que a Corte teve a oportunidade de se posicionar sobre a Convenção 169 da OIT, mas realizou apenas em momentos esparsos. (NEVES, 2016, p. 54).

O caso *Yakye Axa vs. Paraguai* de 2005 (CorteIDH, 2005b), que julgou sobre vários não-índios que adquiriram propriedades indígenas vendidas pelo Paraguai na bolsa de valores de Londres (LINS JÚNIOR; LACERDA, 2017, p. 262), é o primeiro caso em que a Corte se utilizou da Convenção 169 da OIT para interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos envolvendo a proteção da propriedade comunal. (NEVES, 2016, p. 54).

Conforme aborda Neves (2016, p. 51), destaca-se também no relatório nº 75/02 (que discute a demanda proposta por Mary e Carrie Dann contra os Estados Unidos) (CIDH, 2002) e no relatório 40/04 (Comunidades Indígenas Maya do Distrito de Toledo contra Belize) (CIDH, 2004) que é possível observar uma interpretação progressiva em relação ao direito de territorialidade com viés a propriedade comunal por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Entretanto, os relatórios utilizam expressões em relação ao direito de propriedade de forma não precisa, abrindo-se a possibilidade de interpretação retrógrada, o que pode levar a uma maior restrição a esse direito. (NEVES, 2016, p. 52).

Em seu histórico mais recente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso em relação ao Povo Indígena Xucurú contra o Brasil, de 2018, sendo avaliado: a demora de 16 anos no processo administrativo de reconhecimento, a titulação, demarcação e a delimitação de suas terras e territórios ancestrais e, ainda, a demora na desintrusão total dessas terras e territórios. (ATTIÉ et al., 2019, p. 83).

Entre outras sanções, a CorteIDH decidiu que

[...] o Estado deve garantir o direito de propriedade coletiva do Povo Xucuru sobre seu território, protegendo esses povos de invasões, interferências ou danos por terceiros não indígenas ou por ele próprio. Para tanto, deve concluir o processo de desintrusão desse território indígena, efetuando o pagamento das indenizações de boa-fé pendentes, de forma que garanta o pleno e efetivo domínio sobre seu território, também no prazo de 18 meses. Ainda, estabeleceu a sentença que o Estado promovesse com a publicação, no prazo de seis meses, de um resumo oficial da Sentença, elaborado pela Corte, e também seu inteiro teor, devendo ficar disponível pelo período mínimo de um ano, os quais encontram-se presentes no Diário Oficial da União, tendo sido publicados na data de 13/09/2018. (ROSA; MASCHIO, 2021, p. 94).

Mesmo após essa condenação existe ainda uma omissão na concretização de direitos territoriais indígenas. O atual cenário é alarmante pela exploração de recursos hídricos e minerais, pela expansão do agronegócio nas terras indígenas, com violência a esses povos. (CAMBI; PADILHA, 2021, p. 660).

Em outras oportunidades, houve a análise por parte da Corte sobre decisões relativas ao reconhecimento ao direito das populações indígenas à propriedade comunal como os casos: Comunidade Indígenas *Kásek* vs Paraguai (CorteIDH, 2010), *Moiwana* vs Suriname (CorteIDH, 2005), Povos *Kalinã* e *Lokono* vs. Suriname (CorteIDH, 2015); Comunidade Indígena *Sawhoyamaxa* vs Paraguai (CorteIDH, 2006b).

No caso *Moiwana*, a Corte considerou que o deslocamento forçado da comunidade “prejudicou emocionalmente, espiritualmente, culturalmente e economicamente” (CorteIDH, 2005a) seus membros, considerando este fato relevante para o cálculo da indenização por dano imaterial que o Estado devia à comunidade. A CorteIDH também julgou casos importantes envolvendo o Estado do Paraguai em que essa relação singular com o território tradicional

[...] pode se expressar de diversas formas, dependendo do povo indígena em questão e das circunstâncias específicas em que se encontram, podendo incluir uso ou presença tradicional, seja por meio de vínculos espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta sazonal ou nômade; uso dos recursos naturais vinculados aos seus costumes; e qualquer outro elemento característico de sua cultura. (CorteIDH, 2006b, p. 73, tradução livre).

Esses julgados utilizaram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos com o objetivo de proteção do direito à propriedade comunal. Dessa forma, é possível observar certos avanços por parte da Corte quanto a interpretação evolutiva do direito de propriedade, apresentando características de(s) coloniais em suas decisões.

4 Diálogos entre Cortes e o direito à propriedade comunal

Hermeneuticamente, a jurisprudência sobre o direito à identidade cultural dos povos indígenas, sustentada pela CorteIDH e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) podem dialogar em algumas situações, considerando suas fontes em comum e os eventuais fundamentos compartilhados em suas respectivas decisões.

O Caso *Chapman vs. Reino Unido* (TEDH, 2001), por exemplo, e outros casos semelhantes (*Thomas e Jessica Coster contra Reino Unido*; *John e Catherine Beard contra Reino Unido*; *Jane Smith contra Reino Unido*; *Thomas Lee contra Reino Unido*) foram decididos reconhecendo segurança de posse para ciganos e viajantes em seus locais, como é usufruído por inquilinos das autoridades locais em casas ou apartamentos e residentes não viajantes de parques de trailers.

Tratam-se de famílias ciganas no Reino Unido que têm comprado suas próprias terras para colocar suas caravanas. O *Traveller Law Reform Project* (sucessor da *Gypsy and Traveler Law Reform Coalition*) peticionou junto ao TEDH para lhes garantir esse direito. A Corte reconhece um possível consenso futuro entre os Estados-membros do Conselho da Europa sobre as necessidades especiais das minorias e a obrigação de proteger sua segurança, identidade e estilo de vida, para evitar um resultado diferente em um caso semelhante.

A Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais pelo Conselho da Europa obriga os Estados signatários a apresentar um relatório ao Conselho da Europa contendo “informações completas sobre as medidas legislativas e outras tomadas para dar cumprimento aos princípios estabelecidos nesta Convenção-quadro” (Artigo 25). Todos esses desenvolvimentos apontam para um consenso entre os Estados europeus em relação às necessidades especiais dos grupos minoritários.

Sobre especificidades religiosas, o Caso *Leyla Sahin vs. Turquia* (TEDH, 2004), ilustra a realidade de uma mulher que vem de uma família tradicional de muçulmanos praticantes e considerava seu dever religioso usar o lenço islâmico. Em agosto de 1997, ela se matri-

culou na Universidade de Istambul e logo em seguida foi emitida uma circular afirmando que “estudantes cujas ‘cabeças estão cobertas’ (usando o lenço islâmico) e estudantes (incluindo estudantes estrangeiros) com barba não devem ser admitidos em palestras, cursos ou tutoriais”. A decisão do TEDH, porém, não atendeu a sua expectativa.

Essas discussões apontam para a defesa do direito humano à identidade cultural, como um direito comum americano-europeu que ampara os direitos dos povos indígenas e outras minorias culturais na América e na Europa.

Na Corte Africana, o Caso do povo *Ogiek* vs. o Quênia no Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos é um caso também paradigmático, em que uma Comunidade *Ogiek* da Floresta Mau decidiu buscar a reparação das violações sofridas através da tomada de seu território pelo Estado, que desenvolvia projetos econômicos sem o consentimento da comunidade. A comunidade também buscava o reconhecimento de suas ancestralidades e de seu status como indígenas e, conseqüentemente, seus direitos. O caso merece destaque por dialogar perfeitamente com as decisões da CorteIDH sobre a propriedade comunal. Foram ordenadas medidas provisórias, reconhecendo a situação de extrema gravidade e urgência contra os *Ogiek*, entendendo o risco de sofrerem danos irreparáveis.

O Tribunal condenou o Estado do Quênia por 7 das 8 violações de direitos arguidas pela Comunidade. O Tribunal sentenciou o requerido pelas violações dos Artigos 1º, 2º, 8º, 14, 17 (2 e 3), 21 e 22 da “Carta Africana de Direitos dos Homens e dos Povos” e determinou ao Estado a implementação imediata de ações de reparação e indenização à Comunidade, além de reconhecer os *Ogiek* como povos indígenas e sujeitos de direito e proteção especial.

Leão e Prata (2021) trazem que, de acordo com o relatório da OIT e da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, o conceito de povos indígenas pressupõe as seguintes características:

Povos indígenas são social, cultural e economicamente distintos; Suas culturas e maneiras de vida diferem consideravelmente da sociedade dominante e suas tradições geralmente estão sob ameaça, e, em alguns casos, quase extintas; Possuem um relacionamento intrínseco com suas terras e territórios. Uma característica chave para a maior parte dos indígenas é que suas particulares maneiras de vida dependem do acesso e do direito às suas terras tradicionais e aos seus recursos naturais; sofrem discriminação por serem considerados ‘menos desenvolvidos’ e ‘menos avançados’ quando comparados a outros grupos dominantes. Vivem muitas vezes em regiões inacessíveis, geograficamente isoladas e são sujeitos a várias formas de marginalização política e social. Estão sujeitos à dominação e exploração dentro das estruturas políticas e econômicas que são comumente estruturadas para refletir os interesses e atividades da maioria nacional. O critério da autoidentificação, através do qual esses povos reconhecem sua identidade cultural e modo de vida, buscando perpetuar e conservar sua identidade. Importante ainda destacar que, segundo a Comissão Africana, a Convenção nº 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos precisam ser levados em consideração para o reconhecimento e efetivação desses direitos.

No Caso do povo indígena *Xucuru* e seus membros vs. Brasil, considerou a CorteIDH (2018) para a situação em especial dos povos indígenas, o posicionamento da perita Vic-

toria Tauli-Corpuz, Relatora Especial das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas. Ela observou que para garantir o uso e o gozo do direito da propriedade coletiva, os Estados devem assegurar que não exista interferência externa sobre os territórios tradicionais, ou seja, devem eliminar qualquer tipo de interferência sobre o território em questão por meio da desintração, com o objetivo de que o exercício do direito à propriedade tenha um conteúdo tangível e real. (CorteIDH, 2018, § 124).

Considerações finais

O pensamento de(s)colonial é relevantíssimo para a desconstrução de muitas verdades que sustentam um direito discriminatório e excludente. Compreender o real papel da América no sistema-mundo, os impactos sociais e jurídicos que a perspectiva eurocentrista provoca, a ideia de raça associada a um projeto de dominação, a constituição do Estado-nação moderno, a crítica ao desenvolvimento e ao modelo civilizatório, a colonialidade do poder, colonialidade do ser, colonialidade do saber, a interculturalidade e a transculturalidade como ferramentas críticas e de transformação, são necessidades para que a proteção internacional de Direitos Humanos se consuma.

Um importante e simbólico aspecto de(s)colonial das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos diz respeito à proteção dos povos indígenas e tribais e um dos maiores desafios tem sido a proteção de seus territórios, inclusive a proteção dos territórios ancestrais. Isso se intensifica na medida em que a Corte determina medidas de reparação e de efetivação de seus julgados.

Em diálogo com outras Cortes e tribunais de proteção de Direitos Humanos, cada vez mais se assevera que deve haver proteção jurídica aos direitos de minorias e para a defesa do direito humano à identidade cultural. A Corte Africana enfrenta casos mais próximos aos dos povos ameríndios, no que toca a preservação das cosmovisões de povos tradicionais. O TEDH enfrenta os aspectos da interculturalidade e da transculturalidade, sobretudo no que tange aos povos imigrantes.

Esses necessários passos de proteção pelo Sistema Interamericano, que repercutem na proteção coletiva, social, cultural e espiritual desses povos, têm ocorrido com maior eficácia em tempos muito recentes.

Trata-se de um processo de de(s)colonização do próprio direito, vencendo óbices estruturais que rompem com a crença da proteção da propriedade privada para uma proteção que seja mais conciliadora e que reforce a função social da propriedade, compreendendo a importância das terras comunitárias para serem ali mantidas toda a cultura de costumes de povos originários e tradicionais que dão identidade a própria região.

Por esse mesmo motivo, na CorteIDH percebe-se um afastamento de um direito eurocentrado, voltando-se para um direito que contempla as especificidades americanas e caribenhas, considerando o próprio histórico de colonização sofrido nesta região.

REFERÊNCIAS

ATTIÉ JR., Alfredo et al. O Aporte da Interseccionalidade e da Decolonialidade ao caso Povo Xucuru Vs. Brazil julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Polifonia**, São Paulo, n. 3, p. 81-115, mar./set., 2019. Disponível em: <https://apd.org.br/wp-content/uploads/2019/08/revista-apd-3-pag-81-115.pdf> Acesso em: 02 fev. 2022.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge. Pueblos Indígenas y Medio Ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un desafío verde. **CorteIDH**, São José, CR, p. 1-22, [2012]. Disponível em: <https://www.Corteidh.or.cr/tablas/r33329.pdf> Acesso em: 10 ago. 2022.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; PADILHA, Elisângela; RORATO, Pedro Gustavo Mantoan. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre terras indígenas e a adoção da teoria do indigenato. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 11, n. 2, p. 647-663, ago. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7393> Acesso em: 17 set. 2022.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La hybris del punto cero**: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816). Bogotá: Editora Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Informe n° 40/04. Caso 12.053: Comunidades Indígenas Maya do Distrito de Toledo (Belize). San José, CR, 12 out. 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Informe n° 75/02. Caso 11.140: Mary e Carrie Dann vs. Estados Unidos. San José, CR, 27 dez. 2002.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. San José, CR: CIDH, [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 24 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). Caso dos Povos Kalina e Lokono vs. Suriname. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015. San José, CR: CorteIDH, [2015]. Disponível em: https://www.Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf Acesso em: 13 ago. de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. San José, CR: CorteIDH, [2018]. Disponível em: https://www.Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf Acesso em: 4 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). Caso da Comunidade Indígena Xák-mok Kásek vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. San José, CR: CorteIDH, [2010]. Disponível em: https://www.Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf Acesso em: 06 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 3 de abril de 2009. San José, CR: CorteIDH, [2009]. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/mayagna_03_04_09.pdf Acesso em: 17 set. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Interpretação da Sentença de Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2006. San José, CR: CorteIDH, [2006a]. Disponível em: https://www.Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf Acesso em: 07 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146, pars. 118, 121. San José, CR: CorteIDH, [2006b]. Disponível em: https://www.Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf Acesso em: 14 de ago. de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, nº 124, par. 145(c). San José, CR: CorteIDH, [2005a].

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, nº 125, par. 137. San José, CR: CorteIDH, [2005b].

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, nº 79, par. 148. San José, CR: CorteIDH, [2001].

DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. Descolonialidade e interculturalidade epistemológica dos saberes político-jurídicos: uma análise a partir do pensamento decolonial. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, RS, v. 4, n. 6, p. 109-122, jun. 2009. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/24/18> Acesso em: 17 set. 2022.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **A Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. p. 13-48.

LEÃO, Hannah de Gregório; PRATA, Lucimar. Direitos Indígenas no Sistema Africano: o caso do povo Ogiek no TADHP. **Cosmopolita**, [S. l.], 2 fev. 2021. Disponível em: <https://www.cosmopolita.org/post/direitos-ind%C3%ADgenas-no-sistema-africano-o-caso-do-povo-ogiek-no-tadhp> Acesso em: 17 set. 2022.

LINS JÚNIOR, George Sarmento; LACERDA, Daniel Moura. O direito de propriedade na convenção americana de Direitos Humanos e a superação da condição do Marco Temporal da posse Indígena criada pelo STF, no caso “Raposa Serra do Sol”. **Direito & Paz**, São Paulo, ano 9, n. 37, p. 253-272, jul./dez. 2017.

MIGNOLO, Walter. La opción de(s)colonial. **Revista Electrónica de Estudios Transatlánticos**, Granada, ESP, n. 1, p. 4-22, dez. 2008a.

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção de(s)colonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF**, Niterói, n. 34, p. 287-324, jan./jun. 2008b.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena. **Compliance na Corte interamericana de Direitos Humanos**: um estudo a partir da propriedade comunal indígena. 2016. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007. Rio de Janeiro: UNIC/RIO, 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf Acesso em: 17 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 15 de junho de 2016. Brasília, DF: OEA Brasil, [2016]. Acesso em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf Acesso em: 06 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 7 de junho de 1989. Genebra: OIT, [1989].

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.) **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 107-130.

ROSA, Vanessa de Castro; MASCHIO, Marina Dias. A propriedade comunal a partir do caso Xucuru da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 15, n. 3, p. 91-116, set./dez. 2021. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/view/117769>. Acesso em: 6 ago. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). Caso Leyla Sahín vs. Turquia. 29 de junho de 2004. N°44774/1998. Estrasburgo: TEDH, [2004].

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). Caso Chapman vs. Reino Unido. 18 de janeiro de 2001. [GS], n° 27238/95. Estrasburgo: TEDH, [2001].

ANÁLISE DO CASO C650/18 NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU: INTERPRETAÇÃO DE NORMAS ELEITORAIS

ANALYSIS OF CASE C650/18 IN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE: interpretation of electoral rules

Yago Teodoro Aiub Calixto ⁶

Resumo: O presente artigo tem como objetivo maior a análise do caso C650/18 que versou sobre o descumprimento de questões democráticas, pela Hungria em suas eleições nacionais. A Corte Europeia de Justiça teve que analisar tanto a questão processual quanto a questão material, visto que os argumentos da defesa foram permeados de acusações de dominações e até mesmo de uma tentativa de “colonização”, como a feita durante a Partilha da África. A pluralidade normativa causou insegurança jurídica, a despeito da questão primordial da supranacionalidade e da soberania de cada Estado-membro. A Húngria, sob a acusação de ter descumprido normas eleitorais durante o pleito presidencial, caso fosse suspensa perderia o direito de manifestação no Conselho, mas continuaria obrigada a fazer as contribuições para a agremiação.

Palavras-chave: democracia; soberania; supranacionalidade; Húngria.

Abstract: The main objective of this article is to analyze the case C650/18, which dealt with the non-compliance with democratic issues by Hungary in its national elections. The European Court of Justice had to analyze both the procedural issue and the substantive issue, since the defense arguments were permeated by accusations of domination and even an attempt at “colonization”, such as that made during the Scramble for Africa. The normative plurality caused legal uncertainty, despite the primordial question of the supranationality and sovereignty of each member state. Hungary, accused of having failed to comply with electoral rules during the presidential election, if suspended, would lose the right to demonstrate in the Council, but would continue to be obliged to make contributions to the association.

Keywords: democracy; sovereignty; supranationality; Hungary.

⁶ Bacharel em Direito. Tecnólogo em Comércio Exterior. Especialista (MBAs) em Gestão Estratégica. Especialização em Direito Tributário em Processos Didáticos pedagógicos para cursos à distância. Mestre em direito. Doutorando em direito pela UNESP.(UEPG/PR). Advogado. Pesquisador no NETI/USP.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o caso C650/18 submetido ao Tribunal de Justiça Europeu, para verificação de descumprimento de normas democráticas pela Hungria.

Simplificadamente, o Tratado da União Europeia permite que o Parlamento acione o Conselho da União Europeia para investigar descumprimento das normas fundamentais do bloco regional, no âmbito dos Estados-membros.

O quórum necessário seria de um terço, que foi alcançado pelo Parlamento, contudo de acordo com o Regimento do Parlamento, são contabilizados apenas os votos “a favor” e “contra” como válidos, desconsiderando as abstenções.

A Hungria provocou o tribunal alegando que a norma de contagem dos votos válidos permitia uma interpretação extensiva e deveria contabilizar as abstenções como votos válidos. Caso o argumento prosperasse o Parlamento não teria o quórum suficiente.

O Parlamento, por sua vez, manifestou que o Regimento é expresso em determinar que a contagem deve ser feita daquela forma, e que a Hungria estava utilizando de um recurso judicial para alterar a legislação, o que é um meio impróprio.

A Polônia se habilitou como interveniente, a favor da Hungria, contudo em nada contribuiu para a discussão, apenas reiterando com os argumentos húngaros.

Como pano de fundo, ainda foi alegado que a competência do Tribunal de Justiça Europeu não abrangeria a celeuma em voga, pois o Parlamento incitou o Conselho através de uma resolução e, de acordo com o Tratado de Funcionamento da União Europeia e o Tratado da União Europeia, resoluções não seriam atos impugnáveis pela corte europeia, uma vez que apenas atos finais teriam a tutela jurisdicional.

1. TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU

Inicialmente é importante destacar que o Tribunal de Justiça Europeu não se confunde com a Corte Europeia de Direitos Humanos. Trata-se do tribunal supremo do bloco regional, com sede em Luxemburgo, enquanto aquela tem sede em Estrasburgo, criado em 1952, sendo tão antigo quanto a própria União Europeia, se considerarmos seu início na constituição da CECA (Comunidade Europeia de Carvão e Aço), criada em 1951 após a aproximação de Schuman à Alemanha Ocidental.

“A genuine diplomatic revolution” (JUDT, 2005, p.156), a proposta era, de fato, impactante. O projeto de Schuman, a um só tempo, a) bradava em prol do advento de uma verdadeira aliança entre alemães e franceses (um verdadeiro desafio para nações que haviam combatido ferrenhamente há então apenas cinco anos); b) previa explicitamente uma futura e inédita integração pacífica de grande parte Europa (ao ponto de considerar a associação no setor do carvão e do aço como responsável pelo “estabelecimento de bases comuns de desenvolvimento econômico, primeira etapa da federação Europeia”) e c) lançava as bases para o surgimento de um órgão de alcance supranacional sem precedentes, de forte institucionalização autônoma e com impactos políticos e econômicos (mais robusto, assim, do que a embrionária previsão do “Pacto Internacional do Aço” de 1926). (CARVALHO, 2012, p. 85-86)

A função primordial do Tribunal de Justiça Europeu é interpretar a legislação europeia,

além de fiscalizar a legalidade dos atos praticados pelo bloco regional e Estados-membros.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) interpreta o direito europeu para garantir que este é aplicado da mesma forma em todos os países da UE e delibera sobre diferendos jurídicos entre governos nacionais e instituições europeias.

Em determinadas circunstâncias, os particulares, empresas ou organizações que considerem que os seus direitos foram violados por uma instituição europeia também podem recorrer ao TJUE. (UNIÃO EUROPEIA, 2022, s.p.)

Nesse liame, o Tribunal de Justiça Europeu julga acusações feitas pela Comissão Europeia de descumprimento de diretriz por algum Estado-membro, acusações feitas por Estados-Membros contra a Comissão Europeia, em casos de extrapolação de competência e consultivamente, a pedido dos Estados-Membros.

A composição desse tribunal é feita através da indicação de dois juízes por cada Estado, que são ratificados por um comitê específico sobre a adequação daquela pessoa à função. Os mandatos são de seis anos, sendo que o Presidente do Tribunal é trocado a cada três anos. É possível a renovação do mandato.

A análise que se faz sobre a legitimidade dos representantes do Tribunal de Justiça Europeu é de resposta lockeana, afinal a representação indireta é pregada pelo estudioso inglês, enquanto Rousseau brada por uma representação direta, pois a legitimidade não se delega a terceiros e quanto menor a distância entre eleitor e eleito menor será os ruídos entre a vox populi e a atividade legiferante, segundo o pensamento do suíço.

Fugindo de uma situação meramente utópica, que não é rara nas ciências sociais aplicadas, elege uma representação mista como a forma democrática mais adequada, afinal é o “meio termo” entre a atividade personalíssima do cidadão e a operabilidade estatal.

No caso em estudo, o fato de não haver eleições diretas para o Tribunal de Justiça Europeu, como ocorre para o Parlamento, é, de fato, déficit democrático para o bloco regional.

Nesse caso específico, no qual é analisada a forma de contagem dos votos válidos para aprovação de um resolução, temos um déficit democrático bipartido: primeiro, um órgão competente nomeado pelo executivo de cada Estado julgando a legislação emanada pelo Conselho da União Europeia, ao invés de ter sido feita pelo Parlamento; segundo o próprio desconhecimento do conceito de votos válidos, termo inerente a qualquer atividade política, seja nacional, intergovernamental ou supranacional.

2. LEGISLAÇÕES ENVOLVIDAS

O caso em voga é de análise sistemática visto que envolve, pelo menos, três diplomas jurídicos: 1- Tratado da União Europeia; 2- Tratado de Funcionamento da União Europeia; e 3- Regimento do Parlamento Europeu.

Dessa forma, o artigo sétimo do Tratado da União Europeia define que se um terço dos Estados-membros, do Parlamento ou da Comissão Europeia requerer, o Conselho irá diligenciar no sentido de investigar se houve desrespeito de direitos fundamentais da agrégiação. Assim, por essa norma, isoladamente, haveria competência do Parlamento em requer investigação das normas eleitorais da Hungria.

Artigo 7.o (ex-artigo 7.o TUE) 1. Sob proposta fundamentada de um terço dos Estados-Membros, do Parlamento Europeu ou da Comissão Europeia, o Conselho, deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no artigo 2.o por parte de um Estado-Membro. Antes de proceder a essa constatação, o Conselho deve ouvir o Estado-Membro em questão e pode dirigir-lhe recomendações, deliberando segundo o mesmo processo. O Conselho verificará regularmente se continuam válidos os motivos que conduziram a essa constatação. 2. O Conselho Europeu, deliberando por unanimidade, sob proposta de um terço dos Estados-Membros ou da Comissão Europeia, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos valores referidos no artigo 2.o, após ter convidado esse Estado-Membro a apresentar as suas observações sobre a questão. 3. Se tiver sido verificada a existência da violação a que se refere o n.o 2, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no Conselho. Ao fazê-lo, o Conselho terá em conta as eventuais consequências dessa suspensão nos direitos e obrigações das pessoas singulares e coletivas. O Estado-Membro em questão continuará, de qualquer modo, vinculado às obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados. 4. O Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode posteriormente decidir alterar ou revogar as medidas tomadas ao abrigo do n.o 3, se se alterar a situação que motivou a imposição dessas medidas. 5. As regras de votação aplicáveis, para efeitos do presente artigo, ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho são estabelecidas no artigo 354.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. (TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016, s.p.)

Já o Tratado de Funcionamento da União Europeia, nos auxiliará com os artigo 263 e 269, que definem que o Tribunal de Justiça Europeu é o órgão competente para verificar a legalidade estrita dos atos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, desde que a natureza desse ato não seja uma recomendações, pois se não for vinculativa não há o que se submeter ao referido Tribunal. Ainda, é competente para verificar atos adotados pelo Conselho Europeu, que é o caso em questão, afinal o Europarlamento requereu que o Conselho investigasse as normais eleitorais internas da Hungria.

Artigo 263°. O Tribunal de Justiça da União Europeia fiscaliza a legalidade dos atos legislativos, dos atos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos atos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. O Tribunal fiscaliza também a legalidade dos atos dos órgãos ou organismos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. Para o efeito, o Tribunal é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-Membro, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho ou pela Comissão. O Tribunal é competente, nas mesmas condições, para conhecer dos recursos interpostos pelo Tribunal de Contas, pelo Banco Central Europeu

e pelo Comitê das Regiões com o objetivo de salvaguardar as respectivas prerrogativas. Qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução. Os atos que criam os órgãos e organismos da União podem prever condições e regras específicas relativas aos recursos interpostos por pessoas singulares ou coletivas contra atos desses órgãos ou organismos destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a essas pessoas. Os recursos previstos no presente artigo devem ser interpostos no prazo de dois meses a contar, conforme o caso, da publicação do ato, da sua notificação ao recorrente ou, na falta desta, do dia em que o recorrente tenha tomado conhecimento do ato.

Artigo 269.o O Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar sobre a legalidade de um ato adotado pelo Conselho Europeu ou pelo Conselho nos termos do artigo 7.o do Tratado da União Europeia apenas a pedido do Estado-Membro relativamente ao qual tenha havido uma constatação do Conselho Europeu ou do Conselho e apenas no que se refere à observância das disposições processuais previstas no referido artigo. Esse pedido deve ser formulado no prazo de um mês a contar da data da referida constatação. O Tribunal pronuncia-se no prazo de um mês a contar da data do pedido. (TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016, s.p.)

Por fim, também foi utilizado os artigos 178, alínea 3 e 226, alínea 1, do Regimento do Parlamento Europeu. Essas normativas definem que só computam-se votos expressos, ou válidos, aqueles que sejam contra ou a favor. Importante destacar que os europarlamentares tem uma terceira opção de votação, que é a abstenção (o painel de votação conta com esses três botões).

Nos termos do artigo 178.o do Regimento, que era relativo às «Votações»:

«1. O Parlamento vota normalmente por braços erguidos.

Contudo, o Presidente pode decidir em qualquer momento que as votações se realizem pelo sistema eletrónico. [...]

3. Para a aprovação ou rejeição do texto, só serão considerados os votos “a favor” ou “contra” no cálculo dos votos expressos, salvo se for estabelecida uma maioria pelo Tratado.

[...]»

O artigo 226.o, n.o 1, relativo à aplicação do Regimento, dispunha:

«Em caso de dúvidas quanto à aplicação ou à interpretação do presente Regimento, o Presidente poderá decidir enviar a questão à comissão competente para apreciação.

Os presidentes das comissões poderão agir do mesmo modo se surgirem dúvidas semelhantes durante os trabalhos em comissão, relacionadas com esses trabalhos.» (INFO-CURIA, 2020, s.p.)

Em caso de dúvidas sobre a aplicação do Regimento do Parlamento Europeu, o Presidente do Parlamento deverá enviar a questão para apreciação da comissão de interpretação do órgão.

3. DO CASO PROPRIAMENTE DITO

Superados os tópicos propedêuticos, à análise do caso. O Parlamento Europeu, após denúncias, encarregou a Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos a verificar possíveis violações democráticas húngaras. Em maio de 2017, a Comissão referida concluiu que havia violações, tanto formais quanto materiais, criando uma resolução sobre a situação na Hungria, que foi submetida a votação do Parlamento.

Considerando que a legislação exige um quórum mínimo de um terço dos votos, o Parlamento atingiu a quantidade computando como votos válidos apenas os votos “a favor” ou “contra”, desprezando a opção “abstenção”, conforme prevê seu regimento, enviando ao Conselho um pedido de investigação, ou seja, o Conselho adotou uma providência.

A Hungria, em suma, buscou a tutela do Tribunal de Justiça Europeu para cassação da providência adotada pelo Conselho, de verificar o desrespeito as normas democráticas nas eleições nacionais húngaras, alegando que o quórum do Parlamento não teria atingido a votação mínima, uma vez que os votos de abstenção deveriam entrar no cálculo como votos válidos.

A nação húngara buscou respaldo no argumento de que a União Europeia estaria, de forma indireta, colonizando os países participantes, no sentido de imporem suas medidas. Tal argumento não há nenhuma ligação com a decolonização ocorrida, principalmente entre dominadores do norte e colonizados do sul.

A decolonização, ocorrida após a Partilha da África, pela Europa foi um reconhecimento das atrocidades e abusos perpetrados contra nações de menor expressão bélica e econômica, não guardando nenhuma semelhança com a imposição de normas em uma organização intergovernamental ou supranacional.

A assunção de compromissos internacionais pode ser discutida quanto a sua legitimidade, no tocante a apresentar um déficit democrático, mas não se compara a uma forma de colonização.

Anterior ao pedido feito ao Tribunal de Justiça Europeu, o Presidente do Parlamento Europeu respondeu a manifestação húngara de forma negativa, visto que o próprio regulamento interno é claro em evidenciar essa questão, na medida que o ato legiferante deu a opção de abstenção, mas explicitou que essa conduta não seria considerada como voto válido.

Processualmente, a Hungria figurou como recorrente, o Parlamento como recorrido e a Polónia requereu sua habilitação como interveniente, com o intuito de auxiliar as pretensões húngaras.

A intervenção da Polónia não trouxe nenhuma contribuição para a demanda, sendo que, de fato, foi uma tentativa frustrada de pressionar o Tribunal de Justiça Europeu para aceitar os argumentos da Hungria, mesmo sendo contra legem (Regimento do Parlamento Europeu).

A preocupação da Hungria é fundamentada na determinação de que se um país exercer qualquer violação às causas fundamentais da União Europeia, o mesmo será suspenso de seus direitos, mas continuará obrigado aos ônus, inclusive a contribuição financeira para manutenção dos órgãos do bloco regional.

Dessa monta, foi requerido que o julgamento fosse feito pela Grande Secção, que é o

equivalente ao pleno dos tribunais pátrios, para que todos os representantes da União Europeia pudessem votar.

A tentativa se baseava no fato de, que na época do julgamento, havia uma ascensão de regimes de direita, assim como aconteceu na América do Sul, sob a falácia de que um regime conservador necessariamente não iria aceitar intervenções e fiscalizações nos procedimentos democráticos internos.

Por sua vez, o Parlamento apresentou contrarrazões no sentido de que o recurso deveria ser inadmissível, pois o ato que originou a investigação pleiteada foi uma resolução, e resoluções não seriam atos impugnáveis pelos artigos 263 combinado com o 269 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

A recorrente aduz que a interpretação estrita dos artigos mencionados no parágrafo anterior não privam o Tribunal de Justiça Europeu da análise desse ou de qualquer outro caso que ocorra, pois a corte teria competência para julgar quaisquer casos, exceto os envolvendo direitos humanos, que a competência é transferida para a Corte Europeia de Direitos Humanos. Em outras palavras, o Tribunal Europeu teria uma competência residual, o que analogamente se pode comparar com a competência das justiças estaduais, no Brasil.

Apresentada as razões e contrarrazões, a celeuma foi submetida a Grande Secção do Tribunal de Justiça Europeu, que considerou, *a priori*, o argumento húngaro de que a interpretação estrita dos mencionados artigos não tolhem a competência desse órgão julgador, portanto a matéria deveria sim ser analisada pela corte europeia.

Em suma, seria contradizente com os princípios fundamentais do bloco regional excluir uma questão democrática de apreciação do supremo tribunal, por questões formais, como a interpretação da letra da lei de uma normativa. Tal decisão está intimamente ligada a uma interpretação teleológica dos princípios agremiadores europeus.

Este fenômeno trouxe consigo o fim do paradigma instaurado na Europa pós Segunda Guerra Mundial centrado na ideia de uma democracia de massas redistributiva, capaz de ser exportada pela globalização, assegurando a todos os cidadãos, em qualquer parte do mundo, direitos sociais e culturais mínimos. Este tipo de democracia, fundada no papel do Estado como provedor de bens sociais mínimos, tais como a saúde, a educação e proteção social no trabalho, habitação e incapacitação, encontra-se em fase de profunda reestruturação desde o início da crise. (CUNHA, 2015, p. 38)

Ainda, o sistema jurídico da União Europeia, mesmo respeitando o direito positivo nacional de cada Estado-membro, estabelece um sistema completo de vias de recurso e processos, destinados a submeter as controvérsias ao Tribunal de Justiça Europeu, sendo extremamente prudente a admissibilidade do recurso. A questão da razão fica a cargo do julgamento de mérito.

Em segundo lugar, independente da matéria a ser discutida, a jurisprudência europeia já é pacífica em determinar que qualquer medida tomada por uma instituição ou Estado-membro pode ser levada a apreciação do Tribunal, independentemente da sua forma ou natureza. O Parlamento Europeu também alegou que a resolução impugnada era uma ato de “meio” e não um ato “final”, o que seria incompatível com a análise julgadora, o que foi rechaçado pelo Tribunal de Justiça.

A análise nos parece acertada pelo seguinte raciocínio: não importa se é uma resolução, uma lei ou um decreto, o importante é o efeito prático que isso causará nos cidadãos do bloco regional, e a análise a ser feita, que é semelhante a uma análise constitucional no direito interno, é a instância competente para julgar a manutenção ou não da normativa. Simplificando, seria o mesmo que dizer: Não importa se é uma medida provisória ou uma lei ordinária ou complementar, o que importa é se a normativa respeitou os mandamentos constitucionais, por exemplo.

4. DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU

Superada a questão de admissibilidade do recurso, o Tribunal Europeu determinou o improvimento do mérito húngaro, afinal o Regimento do Parlamento Europeu é claro ao fornecer a regra de contagem dos votos válidos.

A insurgência húngara deveria ser através de uma proposta modificativa a normativa do Parlamento, não havendo competência do órgão julgador, que tem sua principal função em interpretar as normas, para alterar a legislação. Qualquer atitude nesse sentido poderia ser considerada como desrespeito as divisões montesquianas de poder.

Surgida, originalmente, para impor a liberdade e a segurança individuais, a redução do Estado pelo Direito conduziu a que a tripartição se convertesse numa teoria das funções estatais e que cada poder corresponderia a uma função estadual materialmente definida. A função legislativa traduzida pela forma como o Estado cria e modifica o ordenamento jurídico, mediante a edição de normas gerais, abstratas e inovadoras; a função jurisdicional se destina à conservação e à tutela do ordenamento jurídico proferindo decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais; e a função executiva concretiza-se quando o Estado realiza os seus objetivos (...) (PELICOLI, 2006, s.p.)

É plausível que o (a) leitor (a) critique a omissão do Tribunal uma vez que o Conselho usurpa as competências legislativas do Parlamento, contudo um desrespeito não pode legitimar outro, pois se assim fosse não haveria segurança jurídica mínima e uma “guerra” entre os poderes seria fomentada para que um sobrepujasse os demais, como de moderador fosse.

O raciocínio do Tribunal foi lógico e extremamente ligado aos conceitos positivistas e de Wittgenstein (sentido da linguagem), do século XX, ao interpretar que o Regimento do Parlamento Europeu define três condutas para o sufrágio dos representantes, e no caso da escolha da terceira opção, que é a abstenção, a conduta não será considerada como um voto válido.

Veja que não se discute se a definição europeia de voto válido é a correta ou não, mas apenas que é a positivada pelas normativas e dessa forma deve ser respeitada. Outro ponto fundamental é explicar que as normas são anteriores ao caso julgado, de forma que a Hungria já sabia da definição legal, tentando utilizar o recurso, impropriamente, como forma de modificar a normativa, conforme dito alhures.

A mais alta instância jurídica europeia emitiu esta quinta-feira a decisão num caso que envolve a Hungria e a ativação do Art. 7º.

O Tribunal Europeu de Justiça decidiu que o Parlamento Europeu estava no direito de

iniciar procedimentos contra a Hungria devido a violações do estado de direito.

O caso foi iniciado pela Hungria há quase três anos depois dos eurodeputados terem votado pela primeira vez o procedimento do Artigo 7º, que é utilizado para determinar se um estado-membro violou os princípios fundamentais do bloco.

Budapeste afirma que o voto no parlamento não devia ser contado devido às abstenções de alguns eurodeputados não terem sido levadas em conta na maioria de dois terços necessária para aprovar o voto.

O Tribunal Europeu de Justiça rejeita agora esta ideia.

O eurodeputado dos Verdes, Daniel Freund afirma que agora o procedimento do Artigo 7º deve ser levado a sério.

“O que isto mostra é que o Conselho tem que seguir este procedimento contra a Hungria porque durante três anos nada aconteceu. E do lado da Comissão também existem pressões. Desde um de janeiro que têm uma nova ferramenta para proteger o estado de direito, incluindo na Hungria, e que ainda não utilizaram. Chegou a altura de o fazer”, defende o eurodeputado alemão. (EURONEWS, 2021, s.p.)

Dessa forma o Tribunal de Justiça decretou que a interpretação feita pelo Parlamento está correta, e o Conselho da União Europeia deve proceder as investigações de violações democráticas pelo governo da Hungria.

As custas foram atribuídas à Hungria, pois sucumbente e à Polónia, na medida de suas atuações.

Segue a ementa do julgamento:

Ementa: «Recurso de anulação — Artigo 7.o , n.o 1, TUE — Resolução do Parlamento Europeu sobre uma proposta solicitando ao Conselho da União Europeia que verifique a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores em que a União se funda — Artigos 263.o e 269.o TFUE — Competência do Tribunal de Justiça — Admissibilidade do recurso — Ato impugnável — Artigo 354.o TFUE — Regras de cálculo dos votos no Parlamento — Regimento do Parlamento — Artigo 178.o , n.o 3 — Conceito de “votos expressos” — Abstenções — Princípios da segurança jurídica, da igualdade de tratamento, da democracia e da cooperação leal» (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, 2021, s.p.)

5. CONCLUSÕES

Pelo exposto, o centro da discussão levantou a questão da legitimidade da Resolução do Parlamento, que foi adotada pelo Conselho da União Europeia, a interpretação normativa do conceito de “votos válidos” e a própria competência do Tribunal de Justiça Europeu, o tribunal supremo da União Europeia.

A argumentação húngara baseou-se no fato de que o Regimento do Parlamento deveria ser interpretado de forma extensiva, o que impediria o quórum de um terço para elaborar a resolução adotada pelo Conselho, com o propósito de investigar violações democráticas nas eleições nacionais da Hungria.

O Parlamento foi incisivo ao defender a não contagem do votos de abstenção, afinal seu regimento prevê essa hipótese, de forma que a Hungria estaria tentando alcançar uma modificação legislativa por meio impróprio, além da alegação de que o Tribunal de

Justiça Europeu não teria competência para julgar resoluções, afinal não seriam atos finais, e então “não impugnáveis”.

A Polônia, que funcionou como interveniente, em nada contribuiu para a demanda, seja processual ou materialmente, afinal apenas concordou com as argumentações da Hungria, demonstrando que sua intervenção era apenas uma forma de estreitar as relações públicas entre os países, de forma direta, e proteger suas eleições nacionais, de forma indireta.

O Tribunal de Justiça Europeu foi decisivo ao aplicar o entendimento de que independentemente da natureza do ato, cabe sua análise, o que deve interferir em divesas situações futuras, com uma interpretação extensiva do conceito de “ato impugnável”.

Já no tocante ao mérito da legitimidade da resolução, a Hungria foi sucumbente, afinal o Regimento do Parlamento Europeu é expresso em definir que não seriam computados os votos de “abstenção” e a teleologia da norma é justamente que o europarlamentar poderá votar de forma afirmativa ou negativa, tendo seu voto computado, ou se abster, mas sua conduta não será computada para fins de “votos válidos”.

Assim, a Hungria e a Polônia foram condenadas as custas processuais, na medida de suas atuações, além de terem o pedido de interpretação extensiva de “votos válidos” improcedente. Tal decisão gerou a instauração, pelo Conselho da União Europeia, de investigação sobre as eleições nacionais da Hungria, particularmente no tocante a propagandas eleitorais e interferência na livre escolha, contudo ainda não há conclusão definitiva da investigação.

Ora, não foi discutido nesse julgamento se a determinação do Regimento é correta ou não, mas que a mesma é suficiente para determinar a contagem de votos, e qualquer mudança deveria ser feita através de proposta legislativa do próprio Parlamento, sendo que a atuação ativa, do Tribunal, nesse sentido, seria uma grave violação da separação montesquiana dos poderes.

Por fim, ao analisar os impactos de uma violação nas competência dos poderes, há uma verdadeira ameaça a democracia e a integração do bloco regional, afinal uma “competição” entre as instituições é fomentada e, inevitavelmente, um poder irá se tornar “moderador” dos demais, o que é na essência necessário, contudo os demais não o moderarão, criando um centro autoritário/ditatorial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCHIBUGI, Daniele; CELLINI, Marco. Las palancas para lograr la democracia global. **Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global: Hacia una nueva era?**, Madrid, v. 138, n. 1, p. 81-106, jun. 2017. Verano. 2017. Disponível em: <https://iris.luiss.it/retrieve/handle/11385/180631/66548/papeles-138.pdf>. Acesso em: 19 out.. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade**: Para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. ISBN 978-85-7753-017-5.

CARVALHO, Daniel Campos de. **Deficit democrático na União Européia**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi: 10.11606/T.2.2012.tde-18022013-163602. Acesso em: 2022-10-18.

CUNHA, Isabel Ferin. Da 'desdemocratização' da Europa: democracia, media e corrupção política. **Intercom**: Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, [S.L.], v. 38, n. 1, p. 37-63, jun. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1809-5844201512>.

EURONEWS. **Tribunal Europeu de Justiça abre a porta a ativação do Artº 7º contra a Hungria**. 2021. Notícias da Europa. Disponível em: <https://pt.euronews.com/my-europe/2021/06/03/tribunal-europeu-de-justica-abre-a-porta-a-ativacao-do-art-7-contr-a-hungria>. Acesso em: 3 maio 2022.

PELICIOLO, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. 2006. Senado Federal. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf. Acesso em: 18 out. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. «Recurso de anulação — Artigo 7.o , n.o 1, TUE — Resolução do Parlamento Europeu sobre uma proposta solicitando ao Conselho da União Europeia que verifique a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores em que a União se funda — Artigos 263.o e 269.o TFUE — Competência do Tribunal de Justiça — Admissibilidade do recurso — Ato impugnável — Artigo 354.o TFUE — Regras de cálculo dos votos no Parlamento — Regimento do Parlamento — Artigo 178.o , n.o 3 — Conceito de “votos expressos” — Abstenções — Princípios da segurança jurídica, da igualdade de tratamento, da democracia e da cooperação leal». **Acórdão do Tribunal de Justiça**. União Europeia, Julgado em Grande Secção. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0650&qid=1648057494489&from=PT>. Acesso em: 1 maio 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. **Tratado da União Europeia (Versão Consolidada)**. União Europeia, 7 jun. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 7 jun. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. **Tratado de Funcionamento da União Europeia (Versão Consolidada)**. União Europeia, 7 jun. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 7 jun. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. INFOCURIA. **CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL MICHAL BOBEK**. 2020. Processo C-650/18. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=863B2E41BEA8D692DD212018F16A7E12?text=&docid=234961&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=747603>. Acesso em: 1 maio 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)**: instituição da UE. INSTITUIÇÃO DA UE. 2022. Disponível em: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/court-justice-european-union-cjeu_pt#:~:text=Fun%C3%A7%C3%A3o%3A%20Velar%20por%20que%20a,de%20cada%20pa%C3%ADs%20da%20UE. Acesso em: 18 out. 2022.

A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA DIANTE DA DESCOLONIZAÇÃO: O CASO TIMOR LESTE (PORTUGAL VS. AUSTRÁLIA) E A PERDA DE UMA CHANCE

Tatiana Cardoso Squeff⁸

Murilo Borges⁹

Augusto Guimarães Carrijo¹⁰

Resumo: Em 1995, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) julgou o caso Timor Leste (Portugal vs. Austrália), entendendo que não poderia analisar os méritos do caso à luz do princípio do Ouro Monetário. O *ratione decidendi* empregado pela CIJ foi restritivo, pois rejeitou sua jurisdição sobre o caso, mesmo quando existiam bases razoáveis para não o fazê-lo. Em especial, destaca-se que o mérito tratava sobre um tópico valioso ao Sul Global e à descolonização, qual seja, o princípio da autodeterminação e seu gozo pelos “*non-self-governing territories*”, como o Timor, à época. Forte nisso, através da metodologia qualitativa exploratória, a presente investigação busca demonstrar como a CIJ perdeu uma valiosa chance nesta instância. Outrossim, inicialmente, será discutida a história colonial do Timor e, por último, os argumentos dissidentes da referida decisão serão analisados para se compreender de qual maneira a CIJ se utilizou de um formalismo para não decidir a demanda.

Palavras-Chave: Autodeterminação dos Povos. Corte Internacional de Justiça. Descolonização. Jurisdição Internacional. Timor Leste.

INTRODUÇÃO

O tema da descolonização ganhou força em 1945 ao final da Segunda Guerra Mundial quando da aprovação da Carta das Nações Unidas, vez que dentro dos seus propósitos estava o “desenvolvimento de relações amigáveis entre as nações, baseada no respeito ao princípio da autodeterminação dos povos” (UN, 1945)¹¹. Tratava-se da primeira vez que tal princípio era mencionado em um documento internacional¹², sendo, por isso, considerado um divisor de águas no plano externo, pois, com ele, passou-se a promover a necessidade de os Estados, especialmente aqueles que ainda mantinham colônias no século XX, ponderarem sobre a manutenção de outros povos sob administração externa (BIAZI, 2015, p. 183). Afinal, naquela época, cerca de 750 milhões de pessoas (quase um terço da

⁸ Professora adjunta de Direito Internacional na UFU, onde também atua como professora permanente do PPGDI. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS/U. Ottawa; e Mestre em Direito Público pela UNISINOS/U. Toronto. Pesquisadora NETI/USP.

⁹ Advogado. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e bacharelando em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional, com período junto à UPAP (México). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo.

¹⁰ Graduando em Direito (UFU), com período junto à Saint Mary's University (Canadá). Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (UFU) e do Grupo DICRÍ (UFU). Bolsista CNPq. Assistente Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFU.

população mundial) vivia em territórios colonizados.

Outrossim, pode-se dizer que tal princípio não vingou imediatamente. Isso, pois, ele ainda era bastante limitado no que tange a quem poderia efetivamente usufruir do mesmo. Veja-se o caso de povos originários, que não podiam reivindicar seus territórios para a construção de Estados próprios distintos dos (futuros) Estados soberanos¹³, ou mesmo da impossibilidade de duas ou mais nações juntarem-se para a formação de um único Estado, haja vista a necessidade de manter-se as fronteiras estabelecidas antes da própria independência¹⁴ – isso sem contar a impossibilidade de algumas nações a imediatamente escolherem seus representantes, pois consideradas ainda “incapazes” para tal¹⁵, para citar alguns exemplos (ANGHIE, 2005, p. 115; CASSESE, 1995, p. 42). E neste último ponto é que se insere o Timor Leste, haja vista que era considerado, de 1960 até 2002, um “*non-self governing territory*” (UN, 2022; UNGA, 1960).

Este país foi palco de uma série de colonizações e ocupações ao longo de sua história¹⁶, o que o torna um caso peculiar para fins de estudo à luz da pauta descolonização e da autodeterminação. Notadamente no que tange ao escopo deste texto, cujo objetivo é debater o papel da Corte Internacional de Justiça (CIJ) diante da descolonização, importa lembrar que o Timor Leste foi colonizado por Portugal ainda no século XVI e que o seu território fora ocupado por Japoneses durante a Segunda Guerra Mundial, em que pese a tentativa australiana de impedir que isso ocorresse (CIJ, 1995, p. 4). Com o término do conflito, os portugueses retornaram à ilha, muito embora estivessem submetidos à “Nova Ordem Global” instaurada pelo advento das Nações Unidas que pugnava pela autodeterminação dos povos, como citado supra, mas com a qual inicialmente discordavam (CIJ, 1995, p. 5).

Fruto das movimentações que ocorriam na Assembleia Geral¹⁷ para fins de implementar o princípio da autodeterminação no plano internacional¹⁸ a partir da década de 1960, assim como da política adotada por Portugal para os seus territórios na África após a *Carnation Revolution* de abril de 1974 (CIJ, 1995, p. 10-12), o Timor Leste começou a tentar trilhar o caminho para a sua independência. Ocorre que esta intenção, já marcada por uma série de violências entre os potenciais líderes (CIJ, 1995, p. 13-14), foi interrompida pela invasão da Indonésia em 7 de dezembro de 1975 (CIJ, 1995, p. 16) – país que deste o final da Segunda Guerra Mundial já havia incorporado ao seu território a fração oeste da ilha, que anteriormente era dos Países Baixos (CIJ, 1995, p. 4). Os portugueses deixaram o país no dia seguinte (CIJ, 1995, p. 16).

As Nações Unidas repugnaram a ocupação efetiva levada à cabo pela Indonésia em território timorense, tendo sido essa conduta alvo de rechaço por parte do Conselho de Segurança (UNSC, 1975; UNSC, 1976) e da Assembleia Geral (UNGA, 1975; UNGA, 1977; UNGA 1978). Contudo, essa ocupação só findou em outubro de 1999, quando, finalmente, após uma votação promovida com a ajuda das Nações Unidas, o povo timorense do Leste escolheu se tornar independente da Indonésia (ROURKE, 2019)¹⁹. Ocorre que, em meio a essa nova ocupação de seu território e mesmo diante de diversos documentos internacionais que sedimentavam ainda mais o princípio da autodeterminação dos povos, o Timor Leste ainda teve o acesso e uso soberano aos seus recursos naturais restringidos em virtude de um acordo firmado por Indonésia e Austrália em 1971 e 1972, chamado de *Timor Gap Treaty*, o qual delimitava a plataforma continental e o aproveitamento dos recursos marinhos entre ambos (CIJ, 1995, p. 29).

E justamente sobre esse tratado é que a CIJ foi acionada por Portugal em face da Aus-

trália. Sua intenção era proteger os interesses dos timorenses sobre uma região rica em hidrocarbonetos, fundado no fato de ser a ‘autoridade administradora’ do território. Todavia, a CIJ decidiu pela inadmissibilidade da ação, recusando-se de exercer jurisdição sobre o tema em virtude do princípio do ouro monetário, o qual preconiza que se a discussão sobre uma questão legal surtir efeito sobre terceiro que não tenha consentido em ser parte da contenda – no caso, a Indonésia – a Corte deveria rechaçar a causa (CIJ, 1954, p. 19). A partir disso é que se problematiza o tema no presente texto, questionando se a Corte agira tal como os pressupostos de descolonização existentes no plano internacional, sugerindo, como hipótese, que ela teria perdido uma grande oportunidade para debruçar-se sobre essa pauta, ainda em 1995.

Para tanto, explica-se, inicialmente, a ação promovida por Portugal, os pontos questionados pelo país e os argumentos da Corte para rechaçar a ação, para que, posteriormente, ressalte-se os votos dissidentes dos juízes Skubiszewski e Weremantry, os quais pugnavam pela necessidade de a CIJ ter debatido o caso, ao menos em alguns pontos, em prol do povo timorense do Leste. Para este fim, nesta pesquisa desenvolvida desde as técnicas bibliográfica e documental de procedimento, adotou-se o método dedutivo de abordagem e o modelo descritivo-analítico quanto à análise dos objetivos.

11 De igual modo, o artigo 55 da Carta, aponta para a necessidade de os Estados respeitarem o citado princípio em suas relações para fins de “criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas” (UN, 1945).

12 Segundo Biazi (2015, p. 183), o princípio já existia desde meados do século XX, tendo sido “proclamado inicialmente tanto pelo presidente Wilson quanto pelo líder da Revolução Russa, Lênin, [em que pese o mesmo não ter passado] [...] de um slogan, de um postulado político [naquele momento]. [Por isso], o princípio acabou não sendo incorporado na Carta da Liga das Nações.” Em sentido semelhante, explica Malcolm N. Shaw (1997, p. 479-480) “[...] founded upon the concepts of nationality and democracy current in nineteenth-century Europe, self-determination manifested itself after the First World War both in the context of the minority protection regime established by the peace treaties and with regard to the mandates system created at the same time. It was not at that time accepted as a free-standing legal principle”.

13 Da impossibilidade de secessão é que advém a crítica das Abordagens Quatro-Mundistas de Direito Internacional. Cf. FUKURAI, 2018.

14 Trata-se da afirmação do princípio ‘uti possidetis iuris’.

15 Refere-se, aqui, ainda àquelas nações que eram administradas por outros países, por meio de mandato (regime instituído no âmbito da Liga das Nações para – teoricamente – preparar uma nação à independência, substituído pelo sistema de mandato no plano das Nações Unidas). Para uma crítica a este modelo, considerando-o ainda colonialista. Cf. ANGHIE, 2005, p. 115-195.

16 Isso sem contar que o Timor Leste também foi “alvo” de uma porção de ações tomadas pelas próprias Nações Unidas – estas especificamente voltadas à permitir que o mesmo pudesse se autogerir (ou melhor, se autodeterminar). Frisa-se, em especial, a UNAMET – *United Nations Mission in East Timor* (1999) e a UNTAET – *United Nations Transitional Administration in East Timor, que geriu o território/nação* (1992-2002), quando finalmente se tornou um país independente e se juntou às Nações Unidas, como seu 191 membro, em que pese ainda tenha recebido missões posteriores, como a UNMISSET – *United Nations Mission of Support in East Timor* (2002-2005), e a UNDAF – *United Nations Development Assistance Framework* (2015-2019).

17 Cassese (1995, p. 68) lembra que a relutância e mesmo oposição de países ocidentais (como Portugal) em relação ao tema da autodeterminação de antigas colônias, é que se preferiu lançar os debates no âmbito da Assembleia Geral em detrimento de adotar-se um tratado. Nas suas palavras, “[t]he best way they saw of achieving their political aims was in the laying down of political standards couched in legal terminology and enriched in General Assembly Resolutions (...).”

18 Em geral, a Assembleia Geral das Nações Unidas começou a se debruçar sobre o tema na década de 1960, em especial a partir da adoção da Resolução 1514 de 1960 (“Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais”), proclamando a necessidade de os ‘países trazerem um fim rápido e incondicional ao colonialismo em todas as suas formas e manifestações’, a qual, inclusive, serviu de base para a inclusão, em 1966, do princípio da autodeterminação tanto no art. 1 do Pacto Internacional de direitos civis e políticos, como no art. 1 do Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais.

19 Foram 78,5% de votos a favor da independência, em detrimento de maior autonomia ainda enquanto um dos 27 estados da Indonésia.

1. DA INVERSÃO DA INDONÉSIA AO APELO JUDICIAL DE PORTUGAL: das discussões envolvendo o *Timor Gap Treaty* perante a CIJ à sua decisão formalista

De imediato, insta destacar que o território denominado como “Timor” é parte das ilhas orientais de Sunda Menor, que sempre foram as regiões mais pobres do arquipélago da Indonésia. Sua pobreza devia-se ao solo pobre e ao clima irregular. O seu único produto de valor era a madeira de sândalo, razão pela qual esse território foi alvo de diferentes disputas, sobretudo, pela busca de exploração comercial (SALGADO, 2006, p. 83). Logo, aproximadamente no ano de 1512, com a finalidade de explorar o comércio de madeira do sândalo, Portugal chegou ao Timor Leste. Contudo, Holanda também passou a buscar a exploração da madeira sândalo, o que ocasionou o primeiro conflito, entre Portugal e Holanda, posto que cada um buscava estender sua influência na ilha (JARDINE, 1999, p. 18).

No início do século XVIII, Portugal estabeleceu uma administração permanente no Timor e somente em 1913 é que foi feita a divisão formal de Timor: a parte oeste do Timor passou a ser da Holanda ao passo que a parte leste ficou sob o domínio de Portugal (WEATHERBEE, 1966, p. 684). Não obstante, em 1949, o Timor Ocidental ganhou independência da Holanda e tornou-se território da Indonésia. Isso significa dizer que, enquanto o Timor Ocidental era território da Indonésia, o Timor Leste permaneceu sendo colônia portuguesa até o ano de 1970 e após a Revolução dos Cravos de 1974, Portugal ofereceu às suas colônias a possibilidade de exercerem seus direitos de autodeterminação. Para isso, ofereceu as seguintes possibilidades: continuar sendo associado a Portugal, tornar-se independente ou parte da Indonésia (JARDINE, 1999, p. 5).

Embora o anseio da maioria populacional fosse a independência do Timor Leste, surgiram diferentes conflitos relacionados a sua obtenção. Especificamente, os membros da União Democrática de Timor (UDT) – partido político que surgiu após o golpe de Estado em Portugal – se reuniram com Oficiais da Indonésia em Jakarta no ano de 1975 e perceberam que a Indonésia não iria permitir a independência do Timor Leste (PUREZA, 2003, p. 531).

De todo modo, a República Democrática do Timor Leste declarou sua independência naquele mesmo ano, visando rechaçar toda as ameaças iminentes da Indonésia. A declaração de independência possuía uma estratégia específica, pois acreditavam que com a

sua declaração obteriam a proteção internacional dos demais Estados. Contudo, não foi o que ocorreu, pois apenas as ex-colônias portuguesas na África reconheceram de imediato a independência do referido país (JARDINE, 1999, p. 29).

A questão que permanecera foi a seguinte: por que os Estados ocidentais do Timor não reconheceram de imediato a independência do Timor Leste? A resposta é simples: ambos possuíam conhecimento do plano de invasão da Indonésia e, então, permaneceram em silêncio para não participarem do conflito que estaria por vir (JARDINE, 1999, p. 7). Este iniciou-se em 07 de dezembro de 1975, momento no qual a Indonésia invadiu o Timor Leste, anexando-o a seu país e passando a dominá-lo a vigésima sétima província da Indonésia. No ponto, importante frisar que Portugal continuou a exercer o poder administrativo do território, visto que a Organização das Nações Unidas (ONU) não reconheceu a referida anexação, bem como não considerou que o Timor Leste havia passado por um processo de descolonização (JARDINE, 1999, p. 35; NEVINS, 2002, p. 626).

De acordo com a ONU, a administração estabelecida pela Indonésia era, sob o ponto de vista das normas de Direito Internacional, ilegal. Não só porque o art. 4(2) da Carta da ONU pugna pela proibição do uso da força (UN, 1945), mas também em função do Timor Leste ser considerado à época um *non-self-governing territory* (território não autônomo) sob administração de jure de Portugal, razão pela qual foi mantido inscrito na agenda do antigo Comitê de Descolonização e da Assembleia Geral (CHAWLA, 2001, p. 1).

Todavia, várias potências ocidentais eram conviventes com as atrocidades que ocorriam em Timor Leste, sendo os Estados Unidos da América (EUA) o maior exemplo, visto que forneciam 90% do armamento utilizado pelos militares da Indonésia no ato da invasão (JARDINE, 1999, p. 53). De outro lado, o Reino Unido oferecia treinamento aos militares da Indonésia e aviões de ataque para o Estado, bem como se absteve de votar nas resoluções aprovadas pela Assembleia Geral da ONU²⁰, sobre a questão, no período de 1975 a 1982 (NEVINS, 2002, p. 42).

Destaca-se que a Austrália foi o único país que reconheceu expressamente a soberania da Indonésia sobre o Timor Leste, muito em função do seu interesse no acesso ao Estreito de Timor. Em 1989, a Austrália e a Indonésia assinaram o *Timor Gap Treaty* (Tratado do Estreito de Timor)²¹, que demarcava os limites para exploração de óleo e gás (WEDGWOOD, 2001, p. 1). Essa situação mostrou-se ainda mais grave, pois mesmo a ONU considerando ilegal a anexação feita pela Indonésia, a própria sociedade internacional não se posicionou contra o Governo deste país.

Nesse ponto, Portugal ingressou com uma ação contra a Austrália perante a CIJ em fevereiro de 1991 enquanto Estado Administrador. Em síntese, a discussão levantada por Portugal na CIJ se referia ao papel da Austrália no Estreito de Timor e como este ato constituía uma violação à soberania do Timor Leste. Para fortalecer sua argumentação, Portugal lembrou à CIJ que os direitos que a Austrália (alegadadamente) violou ao criar, em 1989, uma Zona de Cooperação Marítima na região com a Indonésia, ou seja, o direito de autodeterminação do povo timorense e a obrigação de respeitar os deveres e poderes de Portugal como administradora da região, tinham característica erga omnes e que, portanto, Portugal poderia exigir, individualmente, que os respeitasse (CIJ, 1991, p. 4-30).

Mais detalhadamente, Portugal destacou que a Austrália violou as disposições das Resoluções aprovadas pela Assembleia Geral da ONU relativas à autodeterminação outrora citadas, visto que estas poderiam ser lidas como impondo aos Estados a obrigação de não

reconhecer qualquer autoridade por parte da Indonésia sobre Timor Leste e, no que diz respeito a este último, de lidar apenas com Portugal. Ou seja, Portugal sustentava que essas resoluções constituiriam “*givens*” (na tradução, seriam como ‘fatos postos’) sobre cujo conteúdo a CIJ não teria que decidir ou mesmo ponderar (CIJ, 1991, p. 51-60).

A Austrália, por sua vez, alegou que não havia nenhuma ‘disputa’²² entre ela e Portugal. Para o Governo australiano, o caso apresentado por Portugal estava artificialmente limitado à questão da legalidade da conduta da Austrália e que o verdadeiro réu seria a Indonésia – e não a Austrália –, observando que Portugal e ela própria haviam aceitado a jurisdição compulsória da Corte sob o artigo 36(2) do Estatuto da CIJ, mas que a Indonésia não havia aceitado (CIJ, 1992, p. 12-20).

De igual modo, a Austrália argumentou que a CIJ não poderia atuar se, para tanto, fosse obrigada a decidir sobre a legalidade da entrada e da presença contínua da Indonésia em Timor Leste, sobre a validade do citado tratado firmado em 1989 entre ela e a Indonésia ou sobre os direitos e obrigações que a Indonésia detém em função deste convênio, mesmo que a Corte não tivesse que ponderar sobre a sua validade (CIJ, 1992, p. 31-58). Em apoio a seu argumento, a Austrália se referiu ao precedente *Monetary Gold Removed from in Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*²³, que se tratava de uma discussão semelhante ao *Timor Gap Treaty*.

Frente a esses argumentos, a CIJ proferiu sua sentença em 30 de junho de 1995, entendendo que carecia de jurisdição, uma vez que apenas a Austrália havia reconhecido a competência da Corte, e, para ela, o que efetivamente importava no caso eram as ações da Indonésia (CIJ, 1995, p. 20). Assim, se a Indonésia não pudesse estar presente, considerando que os direitos e obrigações desta constituiriam o próprio objeto de tal julgamento, a Corte não poderia atuar apenas diante da Austrália sobre o tema sob pena de ponderar sobre direito/ação de terceiro sem o seu consentimento – o que seria ilegal, tal como aponta o *Monetary Gold principle* (ou princípio do ouro monetário), segundo o qual “*the Court can only exercise jurisdiction over a State with its consent*” (CIJ, 1995, para. 34).

Ao final, conseqüentemente, a CIJ destacou que o território de Timor Leste permaneceu um território não-autônomo e que seu povo tinha o direito à autodeterminação; porém, em função do referido princípio, teceu que ela necessariamente teria que decidir primeiro sobre a legalidade da conduta da Indonésia e, em virtude da falta do seu consentimento, isso não seria possível. Por isso, ela considerou que não possuía jurisdição para decidir o caso contra a Austrália, não debatendo nem as outras objeções australianas.

Outrossim, a Corte afirmou que as resoluções sobre autodeterminação não podiam ser consideradas como “*givens*” passíveis de constituir uma base suficiente para determinar a existência de uma disputa entre as partes e, logo, permitir-lhe analisar o caso (CIJ, 1995, p. 17). Nesse ponto, considera-se que a Corte perdera uma oportunidade importante para ponderar sobre as resoluções atinentes à autodeterminação dos povos, afirmando que as mesmas poderiam, sim, ensejar uma disputa. Veja-se que, no presente caso, se de acordo com Portugal existia uma violação por parte da Austrália por esta ter firmado um acordo que desconsiderava a autodeterminação do povo timorense; para a Austrália, as resoluções não imporiam uma obrigação de abstenção, de modo que ter-se-ia a existência de um ponto legal em disputa.

Não só isso, quando a Corte concluiu que ela não podia decidir sobre as reivindicações

de Portugal quanto ao mérito especificamente relativo à Austrália (a qual, inclusive, não guarda uma relação direta com a invasão da Indonésia), considera-se que ela também perdera uma grande oportunidade para reafirmar o conteúdo erga omnes de tal direito, assim como a necessidade de os países respeitarem o seu conteúdo, isto é, de que não seria admissível ainda falar-se em povos não autônomos no Pós-Guerra Fria e, logo, ter terceiros determinando o destino de recursos naturais de uma nação, especialmente considerando todo o movimento de introdução da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI) havido nas décadas de 1960 e 1970 (TRINDADE, 1984).

Desta feita, verifica-se que a CIJ optou por uma decisão de caráter formalista, empregando uma interpretação do princípio do ouro monetário desproporcional ao seu dever judicial de decidir²⁴, para que não adentrasse nas discussões fundamentais sobre o passado do Timor Leste, e a grave e sucessiva violação de direitos que o povo deste território sofrera. Conforme pontua o Juiz Weeramantry em sua opinião dissidente, todos elementos necessários para a Corte entreter os méritos do pedido de Portugal, sem precisar adjudicar nada contra a Indonésia, estavam presentes (CIJ, 1995b, p. 153).

Isso, pois, à luz de todos os fatos apresentados, não seria necessário para a Corte adentrar uma discussão relativa à legalidade das ações da Indonésia ou de sua presença no Timor Leste. Ao considerar-se o Timor como um território não autônomo, a Austrália possuía um dever, *erga singulum*²⁵, de reconhecer seu direito à autodeterminação e à soberania permanente sobre seus recursos naturais, independentemente de qualquer determinação judicial em relação à terceira-parte ausente, e sem que seus interesses legais constituíssem o *subject-matter* do pedido²⁶.

Nesse ponto, não só destaca-se a decisão de Weeramantry, senão também a de Skubiszewski, os quais, em suas dissidências, parecem perceber a relevância do caso no tocante à autodeterminação e como a CIJ perdera uma oportunidade de agir em prol do citado princípio, que é a base normativa da descolonização na ordem jurídica internacional.

2. E OS DIREITOS DO TIMOR LESTE? As Opiniões Dissidentes dos Juízes Skubiszewski e Weeramantry

Embora a maioria dos juízes que compõe a Corte tenha decidido por rejeitar sua jurisdição sobre o caso à luz do princípio do ouro monetário, dois juízes em suas opiniões dissidentes discordaram das conclusões atingidas e anexaram opiniões dissidentes ao julgamento nas quais discorreram, inclusive, sobre os méritos do caso e, por consequência, sobre os direitos do povo timorense e sobre a necessidade de se atingir a plena descolonização no plano internacional, os quais a decisão principal pareceu querer desconsiderar.

Referenciando a postura assumida pelo Juiz *Jessup* no caso *South West Africa* de 1966, quando este também contrariou o entendimento da maioria quanto à competência da Corte e “[considerou seu] dever jurídico examinar os problemas legais [naquele] caso (CIJ, 1966, p. 325 – tradução nossa)”, o Juiz Weeramantry, aqui, entendeu similarmente que seu dever o compelia a endereçar as questões substantivas do caso. Nesse sentido, ele divide sua análise dos méritos em duas partes.

A primeira, focada na interpretação dos direitos do Timor Leste atrelados ao princípio da autodeterminação, e a segunda, nos correspondentes deveres que surgem deste direito e deveriam ter sido cumpridos pela Austrália. Para compreender as conclusões de Weera-

mantry, é imprescindível que seja destacado a importância empregada por ele ao fato de o princípio representar uma obrigação *erga omnes*²⁷, entendimento este, inclusive, compartilhado pela maioria na decisão principal (CIJ, 1995, p. 102)²⁸. A importância desta premissa possui uma natureza múltipla em relação ao caso como um todo, no entanto, para a presente discussão relativa aos méritos, basta que se ressalte as consequências de uma obrigação *erga omnes* no que tangem seus efeitos materiais perante todos os membros da comunidade internacional. Ou seja, o fato de cada Estado, singularmente²⁹, estar obrigado, e interessado, em cumprir e proteger esta obrigação, incluindo o Estado Australiano no caso em tela.

Ora, sendo a Austrália vinculada à essa obrigação *erga omnes*, resta saber, juridicamente, quais são os direitos gozados pelo Timor Leste que emanam desta. Embora tenha concedido a existência do princípio da autodeterminação no direito internacional, a Austrália avançou uma interpretação restritiva deste (CIJ, 1995b, p. 193-194; 200; 209), parcialmente remanescente dos tempos de Sir Percy Spender, quando a delegação Australiana figurava entre aquelas resistentes ao desenvolvimento do princípio no âmbito das Nações Unidas por volta de 1950³⁰. Seu posicionamento foi de que não existiam bases independentes de um dever de não-reconhecimento que preveniria a conclusão do *Timor Gap Treaty*, e que, ao concluí-lo, ela não havia impedido nenhum ato de autodeterminação do povo do Timor Leste que poderia resultar destas negociações, incluindo futuros atos de autodeterminação (CIJ, 1995b, p. 194).

Ademais, durante as audiências, a Austrália argumentou que não existiria na Carta da ONU nenhuma obrigação expressa vinculando os Estados individualmente a promover a autodeterminação em relação a territórios sobre os quais eles não possuíam controle individual (CIJ, 1995b, p. 194). Em contrapartida, o Juiz Weeramantry elucida que as posições Australianas não convergiam com o estado do direito internacional à época. Isso pois, inicialmente, o princípio recebia confirmação de todas as fontes do direito internacional, e em adição, existiria um link inseparável entre o principal propósito das Nações Unidas e o conceito de autodeterminação (CIJ, 1995b, p. 194-195), conforme, inclusive, o positivado principalmente pelo artigo 55 e pelo artigo 56 da Carta da ONU que exprimem o compromisso explícito de que todos Estados-Membros “*take joint and separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55*” (UN, 1945).

Em suporte à posição central assumida pelo princípio, Weeramantry menciona ainda declarações marcantes das Nações Unidas que contribuíram para o fortalecimento do princípio, como a Resolução 1514 (XV) de 1960 da Assembleia Geral, conhecida como *The Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*. Essas, somadas aos dois Pactos Internacionais de 1966, contribuíam para evidenciar o aceite universal do princípio. Face a isso, Weeramantry contesta como, à luz do conteúdo e do espírito do direito discutido, poderiam as alegações australianas prevalecerem:

On the one hand, there is an interpretation of this right which claims that it is not violated in the absence of violation of an express provision of a United Nations resolution. It is pointed out, in this connection, that there are no United Nations resolutions prohibiting or criticizing the recognition of East Timor as a province of Indonesia. On the other hand, it is argued that being party to an agreement which recognizes the incorporation of a

non-self-governing territory in another State and deals with the principal non-renewable asset of a people admittedly entitled to self-determination, before they have exercised their right to self-determination, and without their consent, does in fact constitute such a violation. The history of the right, and of its development and universal acceptance make it clear that the second interpretation is more in consonance with the content and spirit of the right than the first (CIJ, 1995b, p. 197).

Assim, a própria entrada no *Timor Gap Treaty* violaria o princípio da autodeterminação, independentemente de qualquer reação (ou falta de reação) ³¹ política internacional relativa à conclusão do acordo entre Indonésia e Austrália. Isso fica mais evidente quando o Juiz Weeramantry introduz o princípio da soberania permanente sobre recursos naturais. Esta soberania sobre os recursos naturais, a qual advém dos debates da NOEI, como já referido, seria um componente essencial para a completa soberania de qualquer povo, e logo, também seria sua garantia para aqueles *non-self-governing people* até que estes atingissem à autodeterminação (CIJ, 1995b, p. 197-198). Ora, qualquer ação anterior ao exercício desta autodeterminação, que poderia privar um povo do direito de usufruir de seus recursos naturais, infringiria seu direito à autodeterminação, e à sua futura soberania, caso sua escolha fosse realmente por total e independente soberania (CIJ, 1995b, p. 198).

Conforme a Resolução 1803 (XVII) da Assembléia Geral, esse direito é descrito como *“the inalienable right of all States freely to dispose of their natural wealth and resources in accordance with their national interests”* e a exploração, o desenvolvimento e a disposição destes recursos *“should be in conformity with the rules and conditions which the peoples and nations freely consider to be necessary or desirable with regard to the authorization, restriction or prohibition of such activities”* (UN, 1962). Logo, o Tratado, na medida em que lida com os recursos do povo do Timor Leste antes de atingirem à autodeterminação estaria em clara violação deste princípio.

Estando em violação ao princípio da soberania sobre os recursos naturais, então, estaria também em violação ao princípio da autodeterminação, afinal a autodeterminação incluiria, por sua própria definição, este direito à soberania sobre os recursos naturais. Qualquer ato que lidasse com estes recursos, e que não fosse realizado pelo povo do Timor Leste, violaria o princípio (CIJ, 1995b, p. 200).

Nesse sentido, a conclusão lógica seria de que existiria uma inconsistência entre a posição declarada da Austrália – de que não houve violação ao princípio da autodeterminação – e suas ações. À luz da tentativa Australiana de argumentar que o reconhecimento da soberania da Indonésia sobre o Timor Leste não envolvia o não reconhecimento deste enquanto um *non-self-governing territory*, ou então, não negá-los-ia o direito à autodeterminação, o Juiz Weeramantry confessou ter *“some difficulty in understanding these positions (CIJ, 1995b, p. 201)”*. Para ele, o posicionamento Australiano ignorava as diferenças entre a autoridade exercida por Portugal e aquela exercida pela Indonésia ³².

Portanto, se conforme elucidado acima, autodeterminação é um direito oponível erga omnes, e assim, um direito oponível à Austrália, e se a ação Australiana de entrar no tratado é incompatível com esse direito, então, logo, as ações individuais da Austrália não pareceriam estar em conformidade com as obrigações que deve ao Timor Leste sob o direito internacional. Com efeito, Weeramantry parte para a análise dos deveres australianos que emanam do direito de Timor Leste.

Na segunda parte de sua análise dos méritos, Weeramantry pontua que “*a right without a corresponding duty is no right at all*” e que argumentar diversamente seria “*to empty the right of its essential content and, thereby, to contradict the existence of the right itself* (CIJ, 1995b, p. 209)”. Nesse sentido, o juiz, fazendo uma alusão à obra de Dworkin (1977), afirma que se for para levarmos direitos à sério, não poder-se-ia ignorar os princípios nos quais eles são baseados. Assim, se o direito à autodeterminação fosse levado à sério, a atenção deveria estar nos seus princípios ordenadores, não na ‘itemização’ de incidentes específicos de direção e proibição que, por mais que úteis, não são uma afirmação completa dos deveres que surgem do direito (CIJ, 1995b, p. 211).

Para ele, existe uma dissonância ao se reconhecer a existência do direito, mas não das obrigações que dele nascem. No caso em questão, o ato de se tornar parte do *Timor Gap Treaty* seria incompatível com o reconhecimento do, e o respeito ao, princípio dos direitos do Timor Leste à autodeterminação e à soberania permanente sobre os recursos naturais, ao passo em que o Tratado, *inter alia*, reconhecia o Timor como uma província da Indonésia; lidava com os seus recursos naturais não-renováveis; não mencionava os direitos dos povos timorenses; e estabelecia um período inicial de operação de 40 anos, que poderia exaurir estes recursos antes mesmo de serem aproveitados pelo Timor.

Portanto, por mais que a Austrália verbalize seu entendimento de que o Timor Leste goze do direito de autodeterminação, suas ações teriam sido incompatíveis com a substância deste direito, e com as obrigações – incluindo a de se efetivar a descolonização no plano internacional (e de onde deriva, aliás, a impossibilidade de neocolonização³³, tal como poder-se-ia classificar a conduta australiana) – que emanam deste. Obrigações estas que vinculam a sociedade internacional, e, é claro, a própria Austrália.

Krzysztof Skubiszewski, juiz polonês que serviu à CIJ entre 1994 e 1997, proferiu um voto bastante interessante no que tange os direitos do povo timorense do leste. Isso, pois, para ele, a Corte deveria ter ao menos debatido o primeiro *pleading* português, que demandava, em primeiro lugar, que se declarasse o direito de autodeterminação do povo timorense, incluindo sob seus recursos naturais, e, em segundo lugar, que se reconhecesse que os deveres, poderes e direitos portugueses, enquanto autoridade administradora do território, seriam oponíveis à Austrália (CIJ, 1995c, para. 49).

Na sua visão, a Corte não poderia ter rechaçado sua jurisdição neste ponto com base no princípio do ouro monetário, pois o caso não diz respeito a um interesse legal da Indonésia que estaria sendo debatido sem o seu consentimento, mas, sim, ao Direito das Nações Unidas (CIJ, 1995c, para. 62). Para ele, na medida em que a Organização considera a invasão e ocupação deste país ilegal, pois contrária à característica *erga omnes* e cogente que o princípio da autodeterminação apresenta (CIJ, 1995c, para. 78;79; 135), tudo que derivasse ou contribuisse para a sua sustentação deveria ser rechaçado. Logo, a Austrália não seria o país “equivocado” contra o qual Portugal ingressou com a ação (CIJ, 1995c, para. 68), pois ela (ou mesmo qualquer outro Estado (CIJ, 1995c, para. 78)), estaria agindo contra o Direito da ONU em reconhecer a ocupação da Indonésia, assim como ao assinar um tratado que implicasse diretamente contra os interesses timorenses à autodeterminação (que incluem a soberania sobre os recursos naturais) (CIJ, 1995c, para. 70; 73; 75; 80; 95).

Noutros termos, considerando que o que teria sido violado seria o Direito da ONU, a CIJ teria jurisdição para (re)afirmar que o povo timorense teria direito à autodeterminação e, por isso, Portugal, enquanto autoridade administradora, poderia sim pleitear em

nome dos interesses do Timor Leste (CIJ, 1995c, para. 100; 102). Não apenas isso, que a Corte seria competente para ponderar sobre os atos (unilaterais) australianos referentes à conclusão do citado tratado. Para Skubiszewski, a Austrália teria cometido um *wrongful act* ao concluir um tratado com uma parte não autorizada para fazê-lo, especialmente diante das resoluções da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança que demandavam o reconhecimento da autodeterminação timorense (CIJ, 1995c, para. 96; 124). No ponto, o juiz aponta que o fato de Austrália ter concluído o tratado seria uma prova de que ela não estaria reconhecendo tal direito, tal como alegou (CIJ, 1995c, para. 117-118).

Nessa toada, consoante o próprio magistrado, “*the case created an opportunity for assessing the activities of a Member State of the United Nations in light of the Charter*”, em especial, diante do direito cogente de autodeterminação (CIJ, 1995c, para. 158). Já no que tange a afirmação de Skubiszewski que o ato português de questionar a conduta australianiana em nome dos timorenses seria uma conduta que atestaria a “*negation of selfishness*” (CIJ, 1995c, para. 162), entende-se, por outra banda, que esta também foi uma oportunidade perdida de se discorrer sobre a necessidade de findar-se com as colônias e modelos derivados na atualidade, sendo esta frase bastante “ingênua” especialmente quando o próprio juiz tece que as partes “*presented [the Court] with little or no evidence of what actual wishes of [East Timor’s] people were*”, em momento anterior (CIJ, 1995c, para. 52).

CONCLUSÃO: todos por si e ninguém pelo Timor Leste

A Corte Internacional de Justiça teve em suas mãos uma grande oportunidade, ainda na década de 1990, de tecer importantes *dictums* sobre descolonização e autodeterminação, no caso promovido por Portugal contra a Austrália. Isso, pois, a Corte poderia ter apreciado ao menos o *pleading* n. 1 português, tecendo importantes considerações indiretas sobre a neocolonização levada a cabo pela Indonésia em pleno século XX, já sob os auspícios das Nações Unidas e justamente quando já se consolidava a necessidade de garantir-se o direito de autodeterminação a todos os povos. Entretanto, a Corte optou pela aplicação de uma interpretação restritiva, que priorizou o princípio do ouro monetário de maneira desproporcional ao seu dever judicial de decidir, mesmo quando os interesses legais da Indonésia não constituíam o objeto da demanda, e não seria necessário analisar a legalidade da ocupação para decidir sobre as ações individuais neocoloniais australianas, as quais abertamente violavam o princípio da autodeterminação.

Ao não o fazer, a Corte não só desconsiderou a situação timorense em si, que só veio a ser minimamente resolvida na virada do século, como também os direitos desse povo no tocante às suas riquezas e seus recursos marinhos, os quais, eventualmente, se não restassem com Austrália e/ou Indonésia – partes o *Timor Gap Treaty* – poderiam acabar com Portugal, na medida em que não se questionou o fato deste país não apresentar os interesses de fato da população timorense sobre o tema. Ou seja, a Corte perdeu uma oportunidade ímpar em discorrer também sobre a necessidade real e rápida de descolonização para fins de gozo pleno do próprio princípio de autodeterminação – regra com caráter *erga omnes* e natureza cogente que, porém, por vezes ainda parece ser inefetiva por falta de uma atuação mais ativa por parte da CIJ.

Apesar disso, não se pode dizer que este fora um caso totalmente perdido. Afinal, as opiniões dissidentes de Weeramantry e de Skubiszewski fornecem as bases jurídicas para criticar a posição formalista da Corte e notar que, se ela quisesse, ela poderia ter apreciado

o mérito e a conduta australiana, trazendo ainda na década de 1990 o parâmetro da inaceitabilidade de atitudes colonialistas, logo, pugnando para o seu fim – o que só vai se ver mais tarde, ainda que de modo limitado (SQUEFF; CARRIJO; BORGES, 2022), quando ela exarou a Opinião Consultiva de 2019 sobre as consequências legais da separação do Arquipélago de Chagos de Maurício em 1965.

20 A saber, as Resoluções aprovadas pela Assembleia Geral da ONU sobre o Timor Leste, foram as seguintes: Resolução 3485 (XXX), de 12/12/1975; Resolução 31/53, de 01/12/1976; Resolução 32/34, de 28/11/1977; Resolução 33/39, de 13/12/1978; Resolução 34/40, de 21/11/1979; Resolução 35/27, de 11/11/1980; Resolução 36/50, de 24/11/1981; Resolução 37/30, de 23/11/1982.

21 Sobre o Tratado do Estreito Timor, Martin. W e Pickersgill D. (1991, p. 586) esclarecem que “The Timor Gap Treaty was formally known as the Treaty between Australia and the Republic of Indonesia on the zone of cooperation in an area between the Indonesian province of East Timor and Northern Australia. It was a bilateral treaty between the governments of Australia and Indonesia, which provided for the joint exploitation of petroleum and hydrocarbon resources in a part of the Timor Sea Seabed. The treaty was signed on 11 December 1989 and came into force on 9 February 1991. The signatories to the treaty were then Australian Foreign Affairs Minister Gareth Evans and then Indonesian Foreign Minister Ali Alatas”.

22 “Para que a Corte possa apreciar o caso, é necessária a existência de uma disputa entre as partes. Ou seja, “requer que as partes estejam diante de um desacordo em relação a um ponto legal ou fático. Noutros termos, é importante que exista um conflito de visões ou interesses legais entre as partes litigantes” (SQUEFF; CARRIJO, 2022).

23 No caso do Monetary Gold a Corte Internacional de Justiça lidou com dois pedidos realizados pela Itália. O primeiro pedido Italiano era relativo ao ouro Albaniano que deveria ser entregue à Itália como forma de satisfação parcial pelo dano causado à ela através de uma lei Albaniana que expropriava certos bens Italianos. O segundo pedido se relacionava com a reivindicação Italiana de prioridade em relação ao Reino Unido no que tange o recebimento do ouro, já que o Reino Unido o requeria como satisfação parcial advinda do julgamento do Corfu Channel. A decisão da Corte foi de que a ausência da Albânia implicaria em uma adjudicação sobre os direitos e possíveis ilegalidades cometidas por uma terceira parte ausente, já que estes seriam centrais para a substância dos pedidos Italianos (CIJ, 1954a).

Destaca-se que, embora a decisão da Corte tenha sido unânime no primeiro pedido italiano, o mesmo não foi verdade para o segundo. O Juiz Levi Carneiro anexou uma opinião dissidente onde afirmou que a Corte poderia, e deveria, ter analisado a segunda submissão italiana, independentemente da primeira, pois os Estados diretamente interessados na questão da prioridade do recebimento do ouro estavam ambos diante da Corte (CIJ, 1954b).

24 Em relação à escolha feita pela maioria Weeremantry comenta que “It is by striking a balance between these principles [the third party principle vis-à-vis the judicial duty to decide the cases brought before it within its jurisdictional competence] that the Court’s jurisdiction can be best developed, rather than by focusing attention upon the third party principle, to the exclusion of the other. (CIJ, 1995b, p. 159)” Outrossim, o Juiz sugere, ainda, que uma interpretação muito restritiva poderia significar uma não-performance de suas obrigações estatutárias expressas (CIJ, 1995b, p. 160). Ademais, a partir de uma perspectiva política, ele reflete que no sistema judiciário internacional, um Estado aplicante buscando a proteção legal da Corte não possui, geralmente, outro lugar para buscar refúgio, como, por exemplo, uma parte haveria na jurisdição doméstica (CIJ, 1995b, p. 160). Neste espeque, destaca-se o pontuado por Fitzmaurice: “[...] a jurisdictional objection, if successful, will normally dispose of the case entirely, and rule out any further proceedings, not only before the tribunal rendering the jurisdictional decision, but before any other. In the international field therefore, such issues assume a far greater, and usually a fundamental importance. (FITZMAURICE, 1986, p. 438)”

25 O uso da expressão erga singulum conversa com a teoria exposta pelo juiz Weeremantry de que o direito erga omnes (a autodeterminação do povo do timor leste) é composto de direitos erga singulum a serem oponíveis perante cada Estado individualmente (CIJ, 1995b, p. 172-173).

26 Weeremantry postula que o fato de que o julgamento pode afetar os interesses de uma terceira parte não é um fator que, à luz da jurisprudência, poderia operar como uma barreira para o exercício da jurisdição. Tais efeitos sobre terceiras partes são sempre parte do processo judicial e se manifestam cada vez mais a medida em que o mundo se torna uma comunidade mais interconectada (CIJ, 1995b, p. 155; 168).

27 As obrigações erga omnes conferem um interesse legal na sua proteção a todos os membros da comunidade internacional e foram discutidas pela Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction* (CIJ, 1970, p. 32), aonde o seguinte dictum foi inserido: *In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.*

28 “In the Court’s view, Portugal’s assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an erga omnes character, is irreproachable.”

29 Singularmente, à luz da discussão feita por Weeremantry nas páginas 172 e 173 de sua *Opinião Dissidente*.

30 Sir Percy Spender foi o Juiz Australiano da CIJ entre 1958 e 1967, sendo presidente da Corte durante a decisão de 1966 do caso *South West Africa*, e foi o chefe da delegação Australiana na Assembleia Geral da ONU entre 1950 e 1957. Ele acreditava que autodeterminação, longe de ser um direito humano, era uma doutrina política que buscava introduzir um governo totalitário na *South West Africa*. Enquanto chefe da delegação Australiana, em um discurso feito no terceiro comitê da Assembleia Geral sobre uma resolução que buscava aplicar a autodeterminação à *non-self-governing-territories*, Sir Percy afirmou o seguinte: “I know the leaders of one great country, the Soviet Union, would welcome the fragmentation of existing nations, since it would facilitate their aggressive designs, but we should not allow the benign principle of self-determination, to be used in the interests of world communism. [...] To endeavor to apply the principle of self-determination, which has nothing to do with the attainment of self-government by territories, or to extend or alter these provisions, will not serve the best interests of the territories, nor the United Nations” (KATTAN, 2018, p. 145-146; 149; 159; SQUEFF; CARRILJO; BORGES, 2022, p. 14-15).

31 Um dos argumentos Australianos se baseou na não condenação, por parte da comunidade internacional, através de resoluções, por exemplo, ao *Timor Gap Treaty*.

32 Segundo Weeremantry, em três principais aspectos a autoridade de Portugal se distinguia da exercida pela Indonésia: (a) the authority of Portugal was entirely of a fiduciary or tutelary nature; (b) the authority of Portugal was under the supervision of the United Nations; and (c) the authority of Portugal was by its very nature CO-terminous with its fiduciary or tutelary status (CIJ, 1995b, p. 201).

33 “Muito embora tenha o colonialismo se encerrado em termos formais, a presença de novas formas de relações de dominação que se inspiram em traços coloniais [...] se define como neocolonialismo” (DAL RI JÚNIOR; BIAZI; ZIMMERMANN, 2017, p. 70). Exemplo disso é a apropriação de recursos naturais de nações que deveriam ser autônomas.

REFERÊNCIAS

ANGHIE, Antony. **Imperialism, Sovereignty and the making of international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

BIAZI, Chiara Antonia S. O princípio da autodeterminação dos povos dentro e for a do contexto da descolonização. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, v. 1, n. 67, p. 181-212, 2015.

CASSESE, Antonio. **Self-determination of peoples: a legal reappraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CHAWLA, Shalini. Shaping East Timor: a dimension of United Nations Peacekeeping. **Journal of the IDSA: Strategic Analysis**, v. XXIV, n. 12, 2001.

DAL RI JÚNIOR, Arno; BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica; ZIMMERMANN, Taciano Scheidt. O direito internacional e as abordagens do “Terceiro Mundo”: contribuições da teoria crítica do direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 61-81.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard: Harvard University Press, 1978.

FITZMAURICE, Gerald. **The Law and Procedure of the International Court of Justice**. Cambridge: Grotius Publications, 1986.

FUKURAI, Hiroshi. Fourth World Approaches to International Law (FWAIL) and Asia’s Indigenous Struggles and Quests for Recognition under International Law. **Asian Journal of Law and Society**, v. 5, n. 1, p. 221-231, 2018.

CIJ, Corte Internacional de Justiça. **Case Barcelona Traction: Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)**. Judgment of 5 February 1970. Disponível em: <https://www.CIJ-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022.

CIJ, Corte Internacional de Justiça. **Case East Timor (Portugal v. Australia)**. Judgment of 30 June 1995c. Dissenting Opinion of Judge Skubiszewski. Disponível em: <https://www.CIJ-cij.org/public/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-06-EN.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

CIJ, Corte Internacional de Justiça. **Case East Timor (Portugal v. Australia)**. Judgment of 30 June 1995b. Dissenting Opinion of Judge Weeramantry. Disponível em: <https://www.CIJ-cij.org/public/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-05-EN.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

CIJ, Corte Internacional de Justiça. **Case East Timor (Portugal v. Australia)**. Counter-Memorial of the Government of Australia. 01 June 1992. Disponível em: <https://www.CIJ-cij.org/public/files/case-related/84/6837.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

CIJ, Corte Internacional de Justiça. **Case East Timor (Portugal v. Australia)**. Memoire du Gouvernement de la Republique Portugaise. 18 Novembre 1991. Disponível em: <https://www.CIJ-cij.org/public/files/case-related/84/6834.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

CIJ, Corte Internacional de Justiça. **Case East Timor (Portugal v. Australia)**. Judgment of 30 June 1995a. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. <https://www.CIJ-cij.org/public/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

CIJ, Corte Internacional de Justiça. **Case of the Monetary Gold Removed From Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)**. Judgment of 15 June 1954. Disponível em: <https://www.CIJ-cij.org/public/files/case-related/19/019-19540615-JU-D-01-00-EN.pdf>. Acesso em 17 set. 2022.

CIJ, Corte Internacional de Justiça. **Case of the Monetary Gold Removed From Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)**. Judgment of 15 June 1954. Dissenting Opinion of Judge Levi Carneiro. Disponível em: <https://www.CIJ-cij.org/en/case/19/judgments>. Acesso em: 17 set. 2022.

CIJ, Corte Internacional de Justiça. **Case South West Africa (Liberia v. South Africa)**. Judgment of 18 July 1966. Dissenting Opinion of Judge Jessup. Disponível em: <https://www.CIJ-cij.org/en/case/47/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022.

JARDINE, Matthew. **East Timor: genocide in paradise**. 2. Ed. Cambridge: Odonian Press, 1999.

KATTAN, Victor. “There was an elephant in the Court room”: Reflections on the role of Judge Sir Percy Spender (1897-1985) in the South West Africa Cases (1960-1966) after half a century”. **Leiden Journal of International Law**, v. 31, n.1, p. 147-170, 2018;

LIMA, Lucas. Uti Possidetis Juris e o papel do direito colonial na solução de controvérsias territoriais internacionais. **Revista Sequência**, v. 38, n. 77, p. 121-148, 2017.

MARTIN, W; PICKERSGILL D. The Timor Gap Treaty. **Harvard International Law Journal**, v. 32, n. 2, p. 566-581, 1991.

NEVINS, Joseph. **The Making of “Ground Zero” in East Timor in 1999: An Analysis of International Complicity in Indonesia’s Crimes**. University of California Press, v. 42, n. 4, p. 632-641, 2002.

PUREZA, José Manuel. Quem salvou Timor Leste? Novas referências para o internacionalismo solidário. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (Org.). **Reconhecer para libertar – os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

ROURKE, Alison. East Timor: Indonesia’s invasion and the long road to independence. The Guardian, 29 ago. 2019. Disponível em: <http://amp.theguardian.com/world/2019/aug/30/east-timor-indonesias-invasion-and-the-long-road-to-independence>. Acesso em: 17 set. 2022.

SALGADO, Maria Inez. Herança Portuguesa na Ásia: Timor-Leste e seus desafios contemporâneos: Educação e soberania. **Revista Contemporânea de Educação**, v. 1, n. 1, p. 79-89, 2006.

SHAW, Malcolm N. Peoples, territorialism and boundaries. **European Journal of International Law**, v. 8, n. 3, p. 478-507, 1997.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; CARRIJO, Augusto; BORGES, Murilo. Is the United Nations a Locus of International Order Imperiality Maintenance? Reflections from the South West Africa Case and Chagos Archipelago Advisory Opinion. **Indonesian Journal of International Law**, v. 19, n. 3, p. 1-26, 2022.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; CARRIJO, Augusto. Ucrânia instaura ação na CIJ contra a Rússia: E agora? **Co-nultor Jurídico**, 3 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-03/artx-opinio-ucrania-instaura-acao-cij-russia-agora>. Acesso em: 20 out. 2022.

TRINIDADE. Antonio Augusto Cançado. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional. **Revista Inf. Legislativa**, Brasília, a. 21, n. 81, pp. 213-232, jan./mar. 1984.

UN, United Nations. **International Covenant on Civil and Political Rights**. General Assembly resolution 2200A (XXI), 16 December 1960. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>. Acesso em: 17 set. 2022.

UN, United Nations. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. General Assembly resolution 2200A (XXI), 16 December 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>. Acesso em: 17 set. 2022.

UN, United Nations. **The United Nations and Decolonization**: Non-Self-Governing Territories. 10 May 2022. Disponível em: <https://www.un.org/dppa/decolonization/en/nsqt>. Acesso em: 17 set. 2022.

UN, United Nations. **United Nations Charter**. San Francisco, 26 June 1945, at the conclusion of the United Nations Conference on International Organization and came into force on 24 October 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter>. Acesso em: 17 set. 2022.

UNGA, General Assembly of the United Nations. **Resolution 1514. Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples**. General Assembly resolution 1514 (XV), 14 December 1960. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-granting-independence-colonial-countries-and-peoples>. Acesso em: 17 set. 2022.

UNGA, General Assembly of the United Nations. **Resolution 32/34. Question of East Timor**. A/RES/32/34, 28 November 1977. Disponível em: <http://www.worldlii.org/int/other/UNGA/1977/27.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

UNGA, General Assembly of the United Nations. **Resolution 33/39. Question of East Timor**. RES/33/39, 13 December 1978. Disponível em: <http://www.worldlii.org/int/other/UNGA/1978/43.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

UNGA, General Assembly of the United Nations. **Resolution 3485 (XXX). Question of Timor**. Adopted at the 2439th plenary meeting, 12 Dec. 1975. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/189768>. Acesso em: 17 set. 2022.

UNGA, General Assembly of the United Nations. Resolution 1803 (XVII). Permanent sovereignty over natural resources. Adopted at the 1194th plenary meeting, 14 Dec. 1962. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/193/11/PDF/NR019311.pdf?OpenElement>. Acesso em: 18 set. 2022.

UNGA, General Assembly of the United Nations. **Resolution GA/1542/1960**, fifteenth General Assembly Plenary; UNGA, **Resolution GA/10014 of May 1st 2002**, fifty-sixth General Assembly Plenary, 98th meeting. Disponível em: https://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/A_RES_1542_1960_art-73_en.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

UNSC, Security Council of the United Nations. **Resolution 384. Concerns the East Timor question**. Adopted by the Security Council at its 1869th meeting, of 22 December 1975. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/93735>. Acesso em: 17 set. 2022.

UNSC, Security Council of the United Nations. **Resolution 389. East Timor**. Adopted by the Security Council of 22 April 1976. Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/389>. Acesso em: 17 set. 2022.

WEATHERBEE, Donald E. **Portuguese Timor: An Indonesian Dilemma**. University of California Press, v. 6, n. 2, p. 683-695, 1966.

WEDGWOOD, Ruth. **East Timor and the United Nations**. Professor of Law, Yale University Law School. Text prepared for the Columbia International Affairs Online Curriculum Modules, 2001. Disponível em: https://www.files.ethz.ch/isn/6850/doc_6852_290_en.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

A ESCOLA IBÉRICA DA PAZ: AS VOZES CONTRA A COLONIZAÇÃO DAS AMÉRICAS E O VERDADEIRO NASCIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANISTA

Nathalia Penha Cardoso de França³⁴

Resumo: É comum encontrar na doutrina internacionalista o oferecimento da paternidade do direito internacional a Hugo Grócio, jurista holandês, ao tratar de mercantilismo e comércio entre Estados nos mares. Entretanto, no século anterior, a Escola Ibérica da Paz fundava princípios nucleares de um direito internacional para além do interestatal, um de caráter humanista, que coloca o ser humano no centro da proteção jurídica internacional, a razão humana acima da vontade soberana, a igualdade dos povos antes de qualquer progresso. Eis a primeira visão anticolonial, análise essencial e pressuposta para qualquer estudo decolonial subsequente. Analisando as obras de Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Diego de Covarrubias y Leyva, Melchor Cano, Alonso de Veracruz, Martín de Azpilcueta, Martín de Ledesma, Fernando Pérez, António de São Domingos e Francisco Suárez, o estudo, em método hipotético-dedutivo, pretende responder à questão: “A partir de uma visão humanista, a Escola Ibérica da Paz pode ser apontada como fundadora do direito internacional?”.

Palavras-chave: Escola Ibérica da Paz, humanismo, colonização, escravismo, fundação.

The Iberian School of Peace: the voices against the colonization of the Americas and the true birth of humanist International Law

Abstract: It is common to find in the internationalist doctrine the offer of paternity of international law to Hugo Grotius, a Dutch jurist, when dealing with mercantilism and trade between States on the seas. However, in the previous century, the Iberian School of Peace founded core principles of an international law beyond the interstate, one of a humanist nature, which places the human being at the center of international legal protection, human reason above the sovereign will, equality of peoples before any progress. Here is the first anticolonial view, essential analysis and presupposition for any subsequent decolonial study. Analyzing the works of Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Diego de Covarrubias y Leyva, Melchor Cano, Alonso de Veracruz, Martín de Azpilcueta,

³⁴ Doutoranda em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Mestre em Filosofia do Direito (PUC/SP). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção (PUC/SP). Pesquisadora do NETI - Subgrupo CLJ (USP) e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania (UPM). Alumnae member da The Hague Academy of International Law.

Martín de Ledesma, Fernando Pérez, António de São Domingos and Francisco Suárez, this study, in a hypothetical-deductive method, intends to answer the question: “From a humanist point of view, can the Iberian School of Peace be identified as the founder of international law?”.

Key-words: Iberian School of Peace, humanism, colonization, slavery, foundation.

Introdução

A todo jovem acadêmico internacionalista, a resposta à pergunta “quem fundou o Direito Internacional?” vem rapidamente à mente: Hugo Grócio, jurista holandês do século XVI, sobretudo em razão de sua histórica obra *De Jure Belli ac Pacis*, considerado por Miguel Reale como o primeiro tratado de direito natural, ou até mesmo de filosofia do direito (REALE, 2000, p. 103). O direito internacional, com este nome, teve seu batismo em 1780, pelo filósofo Jeremy Bentham, na obra *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, já que a tradução francesa de Étienne Dumont, em 1802, o termo “international law” se transformou em “droit international”, ainda com o adjetivo “público” ao final (TRUYOL, 1952, p. 19). Entretanto, traduções nem sempre mantêm a precisão do termo, muito menos ao se considerar duas grandes tradições linguístico-jurídicas distintas – anglo-saxã e romana. Nesse sentido, o *nation*, do francês, é derivado de *naissance*, que significa nascimento; e, por outro lado, o mesmo vocábulo no inglês, em uma de suas polissemias, denota nação, país, Estado.

Além disso, Bentham quis terminar com a ambiguidade do conceito anterior de *jus gentium*, cuja ideia não necessariamente equivalia a um direito que se aplicava entre os povos, do contrário, muitas vezes foi usado como o direito aplicado aos estrangeiros em Roma. De qualquer forma, foi sob este termo que Grócio se tornou a própria encarnação do Tratado de Vestfália de 1648, ao falar de uma sociedade internacional, uma relação jurídica entre países.

Apesar de ter sido considerado pioneiro por longos três séculos, em 1874, Thomas Erksine Holland, numa aula inaugural na Universidade de Oxford, retirou Grócio de seu pedestal, apresentando “Alberico Gentili como o verdadeiro criador do direito internacional. O jurista de Delft teria sido apenas o seu discípulo mais importante e, certamente o mais conhecido” (MACEDO, 2008, p. 86).

Mais à frente, vê-se ainda a ascensão do nome do teólogo de Salamanca Francisco de Vitória, com a redescoberta dos escolásticos espanhóis a partir de 1860. Outros autores ibéricos como Domingos de Soto e Francisco Suárez eram menos conhecidos, e bem menos estudados dentro do ramo do direito internacional – suas preleções sobre povos indígenas e poder civil tinham caráter filosófico-teológico, de proteção à vida humana contida nas colônias, o que nada tinha a ver com as relações entre Estados (soberanos, reconhecidamente sujeitos de direito internacional).

A controvérsia sobre a paternidade do direito internacional nunca restou definida, e, segundo este artigo, não precisa estar. Isso porque, veremos no discorrer do estudo, enxergar a criação de algo e atribuí-la a uma pessoa ou grupo de pessoas depende do que se entende pelo objeto criado, isto é, o que é o direito internacional? Antes disso, o que é direito? Para quem pretende encontrar autores para quem apontar como fundadores

deste ramo jurídico, deve-se primeiro fixar sua crença no que consiste o direito e, subsequentemente, o direito internacional, deixando claro suas bases teórico-conceituais e seu período histórico de consideração.

Ao se adotar uma visão humanista do direito internacional, como a de Antônio Augusto Cançado Trindade, por exemplo, não se pode enxergar em contratos de navegação mercante o gérmen do direito internacional, mas apenas de relações jurídico-comerciais entre Estados. O nascimento do direito internacional, nesse caso, se dará ao encontrarmos literatura a respeito de igualdade entre os povos, de proibição de guerra como solução de controvérsia, de proteção do ser humano.

É isso que acontece ao se olhar para os teóricos da Escola Ibérica da Paz, notadamente aqueles das Universidades de Coimbra, Évora, Salamanca e Alcalá, durante o período das grandes navegações e da colonização das Américas, como Martín de Azpilcueta, Martín de Ledesma, Fernão Rebelo, Francisco Suárez, Antônio de São Domingos, Diego de Covarrubias y Leyva, Melchor Cano, Alonso de Veracruz, Juan de la Peña, Serafim de Freitas, Pedro Simões, Luis de Molina, Manuel da Nóbrega, Bartolomé de las Casas, José de Acosta, Juan Zapata y Sandoval, Antônio Vieira, e os já mencionados Domingo de Soto e Francisco de Vitória.

Assim, a inspiração para o presente estudo é a crise de valores em que vivemos, como apontado por Cançado Trindade, um mundo em que “apologistas do uso da força buscam inventar ‘doutrinas’ espúrias, inteiramente esquecidos do sofrimento das gerações passadas e dos avanços dificilmente alcançados pelo Direito Internacional” (CALAFATE & GUTIÉRREZ, 2014, p. 204). Isso apela por um retorno às fundações substanciais do direito internacional, a partir de uma visão humanista deste ramo do direito, dando especial atenção aos teóricos da chamada Escola Ibérica da Paz.

A importância de tal análise histórico-jurídica, a partir das lentes de um direito internacionais humanista, é saber se é possível afirmar que “o direito internacional foi fundado pelo anticolonialismo e pelo anti-escravismo”, e não por documentos de tratados de comércio marítimo. Apenas assim pode-se elaborar, segundo uma perspectiva sistêmica, uma defesa do direito internacional como uno, não-fragmentado, e emancipador através de mecanismos como os tribunais internacionais – como falar que a Corte Internacional de Justiça, por exemplo, pode tratar transversalmente de direitos humanos, senão a partir de uma visão humanista e uma do direito internacional? Tal análise, sob o guarda-chuva do decolonialismo, é a primeira semente anticolonial – que nasceu ao mesmo tempo das atrocidades coloniais, por autores que falavam a mesma língua, estudavam as mesmas coisas e compartilhavam a mesma pátria dos colonizadores.

Portanto, utilizando o método hipotético-dedutivo, analisa-se as contribuições dos mencionados autores nesse fenômeno, iniciando a análise pelo direito internacional humanista em si, e os principais autores espanhóis e portugueses da Escola Ibérica da Paz, escolhidos por relevância, organização da obra e acesso às publicações. Pretende-se, dessa forma, responder à pergunta: “A partir de uma visão humanista, a Escola Ibérica da Paz pode ser apontada como fundadora do direito internacional?”.

1. O direito internacional humanista em perspectiva

Tratar da fonte material de um direito comum a todos os seres humanos, para além de ser o gérmen do direito internacional dos direitos humanos, o é de todo o direito inter-

nacional, já que um é gênero do outro. Assim, o direito internacional humanista é o que compreende que a consciência humana, e sua dignidade inerente, se situa necessariamente acima da vontade. Nas palavras de um dos maiores expoentes deste entendimento, Antônio Augusto Cançado Trindade, um dos maiores exemplos foi a tentativa infundada de sugerir que os crimes de trabalho forçado e escravo à época do Terceiro Reich alemão não eram proibidos, sendo que “eram claramente proibidos pela consciência humana, e que não poderiam ser acobertados por imunidades estatais, (...) a impossibilidade de impunidade do Estado por crimes contra a humanidade encontrava-se profundamente arraigada na consciência humana” (CALAFATE & GUTIÉRREZ, 2014, p. 52), isto é, na consciência jurídica universal, fonte material última de todo o direito.

Para o direito internacional humanista, a paz tem um conteúdo eminentemente ético, e indiscutivelmente jurídico. No mundo marcado sempre por diversificação e pluralismo de ideias, povos, culturas, visões etc., o direito internacional deve assegurar uma unidade da sociedade internacional, da própria humanidade. A Escola Ibérica da Paz tem papel primordial, no sentido de inaugurar, a formação e consolidação de um direito para toda a humanidade. Não se admitiu reduzir o direito internacional a um direito estritamente interestatal, entre os Estados soberanos, sem nada acima destes que os vincule.

Foi justamente a Escola Ibérica da Paz que resistiu com todas suas forças ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado, levando pela primeira vez o indivíduo como sujeito do direito internacional. Essa defesa foi necessária porque a ideia da soberania estatal absoluta, com a qual o positivismo jurídico se identificou, levou a uma irresponsabilidade e aparente onipotência estatal.

Segundo Wagner Menezes, na verdade houve uma deturpação do conceito de soberania desde o início de sua criação, já que nunca nasceu para ser um poder ilimitado, desregrado, e sim uma fundação do direito internacional que, enquanto tal, só pode ser algo a serviço da ordem internacional, nunca legitimador da ideia antiga de poder de império.

A doutrina da soberania, contudo, levou, na prática, a interpretações distintas do seu sentido original, contribuindo para descaracterizar o sentido fundamental do Direito Internacional, que passou a ser instituído como um pressuposto de desordem internacional. Ou seja, não existência de um sistema baseado em regras superiores acima da vontade dos governantes e dos Estados que se constituíam (MENEZES, 2013, p. 50).

Tal constatação já havia sido feita por James Brierly, que afirmou que “[a] doutrina da soberania tal como Bodin a defendeu não levantou problemas especiais para o Direito Internacional. Para ele, a soberania era um princípio essencial da ordem política interna” (BRIERLY, 1979, p. 10). Na literatura de Bodin, estavam incluídas normas de conduta dos Estados, inclusive, e jamais o conceito de soberania teria sido cunhado para implicar a destruição dessas normas. Tanto o é que o soberano está acima das leis, mas jamais da lei propriamente dita, isto é, a lei divina e natural e a lei das nações (BODIN, 1961).

Não há, nessa concepção, direito internacional que não comande igualdade, justiça e paz, sobretudo entre povos das diferentes partes do mundo. Isso porque, ainda que se reconheça a distinção das épocas da Escola Ibérica da Paz e de hoje, a aspiração humana continua sendo a da construção de um ordenamento internacional aplicável aos Estados, em todas suas formas de organização, e também aos indivíduos, com padrões universais

de justiça. Como afirmou Cançado Trindade em prefácio da obra *Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América*, esses autores apresentaram, à frente de seu tempo e na contracorrente das ações grandiosas de seus países, uma “ótica fundamentalmente humanista, sempre atenta aos princípios gerais do Direito, a informar e conformar as normas jurídicas” (CALAFATE & GUTIÉRREZ, 2014, p. 42).

Tal visão, nascida ao mesmo tempo das navegações e dos já conhecidos feitos coloniais, narrados por séculos pelos próprios colonizadores, da maneira que bem entenderam, omitindo fatos e distorcendo a histórica ao seu bel prazer, contrastava bravamente com esses intentos. É reconhecer que a trincheira da Escola Ibérica da Paz é a primeira visão anticolonial, germinada ao mesmo tempo do próprio colonialismo europeu, por “colegas” conterrâneos e contemporâneos, mas com visões de mundo diametralmente opostas. É mais um argumento forte contra a narrativa hegemônica colonial, pois é possível afirmar, segundo este artigo, que não havia total consenso entre portugueses e europeus para a “conquista” de outras terras, já que as universidades supramencionadas produziam fortes teses contrárias aos intentos das coroas.

É extremamente necessário, portanto, resgatar os ensinamentos atemporais dos clássicos da Escola Ibérica da Paz, apontando um direito internacional necessário – e não à mercê do voluntarismo estatal –, uma justiça objetiva que forneça expressão a valores universal, e a constatação corajosa de que a solidariedade humana está efetivamente acima da soberania, e a consciência humana digna, acima da vontade.

2. A Escola Ibérica da Paz e o cristianismo

Cumprir lembrar que os autores a serem tratados dos próximos três itens, todos considerados membros da Escola Ibérica da Paz, eram homens de igreja, frades, clérigos, dominicanos ou jesuítas, confessores, abades etc., e quase todos catedráticos da área da Teologia, e não do Direito. Claro, é comum que, de primeiro plano, se teça a crítica sobre o histórico de massacre cometido pela Igreja Católica em inúmeras fases da história, a exemplo das Cruzadas e da Inquisição.

Entretanto, algumas vozes dentro desse sistema parecem ter compreendido a mensagem de que o Deus da paz jamais mandaria levar a guerra àqueles que não o adorassem, derramando sangue de seus filhos, saqueando seus bens, tomando territórios de povos além-mar, e tantas outras crueldades realizadas em nome de suposta fé. Hoje mesmo temos autoridades e pessoas públicas que se dizem crentes em Deus e em seus ensinamentos bíblicos, mas apoiam e cometem atrocidades diuturnamente, através de violências físicas, morais, psicológicas, discriminatórias.

Não faltam e não faltavam à época, por outro lado, aqueles que apontam tais atitudes como antievangélicas, afastadas totalmente das mensagens divinas, contrárias ao natural e ao humano, afrontando a irmandade inerente a todos os seres criados por Deus. Essa igualdade intrínseca, possivelmente apontada pela primeira vez em texto por Paulo de Tarso, ao dizer que “não há diferença entre judeu e grego”, também se aplica, por óbvio, à pluralidade de seres humanos ao redor do globo, inclusive aos povos recém-descobertos, do ponto de vista europeu.

Via-se, como, de certa forma, vê-se hoje, uma guerra linguística sobre os princípios teológicos, filosóficos e jurídicos que orientam a convivência e a relação entre povos, cujas culturas e históricas são diferentes. De um lado, a narrativa de que se deveria destruir –

em literal aniquilação – ou escravizar os povos que se recusassem a partilhar da fé cristã, não entendida como a crença em Deus, mas no exercício de rituais católicos, na vestimenta de acordo com o puritanismo, no reconhecimento da autoridade religiosa do Papa e demais clérigos, dentre outros.

No lado oposto, o reconhecimento de que Deus nunca determinou a discriminação de filhos, a escravização de povos, a destruição de civilizações, a ocupação de territórios ou o controle político de um irmão sobre o outro; ou seja, os autores lançaram a tese da soberania inicial do povo, considerando o poder político como constitutivo da natureza humana, e não algo conferido pela Igreja. Essa visão é a da Escola Ibérica da Paz, que fundamentou, em voz minoritária, mas de grande necessidade coragem, a necessidade de se respeitar a legitimidade das soberanias indígenas, que estavam em patamar de igualdade com a soberania dos líderes estatais cristãos.

Humanidade é o conjunto de seres humanos do planeta todo, independentemente das diversidades culturais e religiosas, e a fundamentação do poder civil na razão natural, na natureza social do ser humano, vale para todos, indistintamente. Veremos com maior detalhamento algumas dessas elocubrações em cada um dos autores espanhóis e portugueses pertencentes à Escola Ibérica da Paz a seguir.

3. Os escolásticos das Universidades Espanholas

Inicia-se este item justificando o recorte epistemológico necessário aos textos curtos de artigos científicos, pois não será possível enfrentar todos os meandros das publicações dos autores que fazem parte do lado espanhol da Escola Ibérica da Paz – escolher-se-ão alguns, com base no impacto de seu trabalho e na disponibilidade mais facilitada e seus escritos. Serão tratados, neste item, Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Diego de Covarrubias y Leyva, Melchor Cano e Alonso de Veracruz.

Sendo assim, a primeira análise é a do pensamento de Francisco de Vitória, doutor em Teologia pela Universidade de Paris e catedrático da cadeira de Prima de Teologia na Universidade de Salamanca, que ocupou de 1526 a 1546, ano de seu falecimento. É possível realizar um estudo consistente em inúmeros livros acerca do trabalho de Vitória, mas, em decorrência do limite destas páginas, destacar-se-ão algumas ideias centrais em seu pensamento. Na obra *Relecciones sobre os índios e sobre o poder civil*, Vitória responde a questionamentos acerca da possibilidade de se recorrer à guerra, não inovando acerca da doutrina cristã da guerra justa, mas, quando enfrenta o que é ou não permitido fazer durante a guerra, enriquece o tema (VITÓRIA, 2016).

Em suma, é lícito aos cristãos guerrear, sobretudo em legítima defesa, e essa guerra defensiva pode ser empreendida por qualquer um, até mesmo o particular em defesa de sua pessoa e de seus bens, ou pelo poder da República, não só para defender sua existência, mas também para vingar uma injúria e punir os inimigos. Vale mencionar que Vitória apontou uma distinção de extrema importância: a decisão da República nem sempre corresponde à vontade do príncipe, já que, apesar de ser seu líder último, a vontade do povo dono da coisa pública se sobressairia – através de representantes, magistrados, conselhos.

A guerra ofensiva, por outro lado, tem inúmeros impedimentos, pois é a exceção, não a regra. Em breve resumo: a) religião não é causa de guerra justa; b) ampliação do império não é causa de guerra justa; c) o proveito pessoal ou a glória do soberano não é causa de guerra justa; d) apenas o sofrimento de uma injúria é causa de guerra justa; e d) nem toda

injúria é causa suficiente para uma guerra justa (VITÓRIA, 2016, p. 92). Importa-nos destacar como Vitória aponta a ilegitimidade do título de “conquistadores” aos espanhóis que tomaram parte das Américas, pois seria tomada de território e/ou tentativa de aniquilar não-partilhadores da mesma religião.

8) Se os bárbaros não quiserem reconhecer algum domínio do papa, nem por isso se deve fazer-lhes guerra e se apoderar de seus bens. (...) Além disso, guerra alguma é um argumento em prol da verdade da fé cristã. Portanto, com uma guerra não se pode levar os bárbaros a crer, mas apenas a fingir que creem e abraçam a fé cristã, o que é monstruoso e sacrílego (VITÓRIA, 2016, pp. 117 e 138).

Por fim, durante a guerra, é lícito apenas defender o bem público, reaver os bens perdidos, fazer ressarcir as despesas do conflito e demais danos, destruir fortalezas e construir fortificações, e vingar “a injúria recebida infligindo punição e castigo aos inimigos, como prescreveria o direito natural, para dissuadir e reprimir os vencidos contra eventuais atos de hostilidade” (VITÓRIA, 2016, p. 93). Elaborando com mais detalhes esta última proposição, explica que jamais é lícito matar inocentes, tão-somente aprisioná-los, e raramente escravizá-los; e, ainda, não é sempre lícito substituir o soberano do inimigo derrotado, apoderando-se do território.

1) Os índios bárbaros, antes da chegada dos espanhóis, eram verdadeiros senhores, tanto pública quanto privadamente. 2) O imperador não é senhor de todo o mundo. 3) O imperador, ainda que fosse senhor do mundo, nem por isso poderia se apoderar das províncias dos bárbaros e constituir novos senhores e depor os antigos, ou cobrar impostos (VITÓRIA, 2016, p. 117).

Afirmou Vitória, na obra previamente mencionada, que “o orbe todo, que de certa maneira forma uma República, tem poder de dar leis justas e convenientes a todos, como são as do direito das gentes. (...) Nenhuma nação pode dar-se por não obrigada ante o direito das gentes porque ele é outorgado pela autoridade de todo o orbe” (VITÓRIA, 2016, p. 218). Além disso, lembrou que, por princípio, todos os povos – tanto índios, quando espanhóis – têm direito a defender-se pela força das armas de agressões injustas, o que legitima a resistência indígena à colonização. Nesse sentido, diz que esse rótulo de descobridores não dá mais direitos sobre os índios do que aos índios sobre os espanhóis, caso tivessem sido eles a descobri-los.

Na mesma toada, vale trazer o pensamento de Domingo de Soto, professor de Teologia da Universidade de Salamanca e colega de Francisco de Vitória, enviado ao Concílio de Trento em face do impedimento físico do já debilitado Vitória, confessor do imperador Carlos V em 1548, cargo que renunciou em um ano e meio. Foi ainda mais incisivo ao professor: “com que direito retemos o império ultramarino recentemente descoberto? Na verdade não sei [...], pois não vejo donde nos venha tal direito” (SOTO, 1995, p. 34). Defendeu ainda, contra a escravidão, que o Cristo não teria nascimento para castigar pecados, e sim para conceder perdão, ou seja, entre todos os que habitam a totalidade do planeta, a ninguém excluiu, pois, “como diz São Paulo, *não há diferença entre judeu e grego, nem em Cristo há escravo nem livre*” (SOTO, 1995, p. 420).

Diego de Covarrubias y Leyva, apesar de discípulo dos teólogos já tratados acima, estudou Direito em Salamanca e assumiu a Cátedra de Cânones de 1538 a 1548, exerceu ainda altos cargos estatais, como Presidente do Conselho de Castela, a segunda figura mais influente do Estado Espanhol à época. Publicou sobre a soberania inicial do povo, afirmando que o “poder temporal soberano pertence e é constitutivo da comunidade, por conseguinte, será supremo senhor temporal, superior a todos no mundo inteiro, aquele que for eleito e constituído como tal pela República de todo o orbe” (COVARRUBIAS Y LEYVA, 1957, p. 62)

Afirmou, ainda, de forma afrontosa para a época e o contexto das navegações, que o “imperador (...) não é dono do mundo, nem a respeito da jurisdição nem da propriedade nem da proteção, sendo senhor apenas daquela porção do mundo que esteve submetida ao império romano” (COVARRUBIAS Y LEYVA, 1957, p. 40). Isso se dá porque, segundo o autor, se o imperador fosse senhor do mundo inteiro, isso teria sido outorgado pela natureza (ou Deus, ou todos os humanos), mas por nenhuma destas vias se prova que o seja.

Repetiu seus mestres Vitória e Soto ao reafirmar que as diferenças religiosas não justificam guerras, já que “não pode declarar-se guerra aos infiéis pelo simples facto de o serem, nem sequer contando com a autoridade do Papa ou do imperador” (COVARRUBIAS Y LEYVA, 1957, p. 85).

Em seguida, Melchor Cano atuou na Teologia das Universidades de Alcalá de Henares e de Salamanca, sendo também catedrático de Prima de Teologia em Alcalá em 1543, e de Salamanca em 1546, sucedendo Vitória. Fez coro aos colegas de pensamento ao afirmar que “atendendo ao direito natural, não existe nenhuma distinção entre os homens, pois todos nasceram iguais e ninguém é príncipe por natureza, porque os príncipes foram constituídos pelos homens, logo, também ninguém é súbdito por natureza” (CANO, 1982, p. 560).

Assim, não tem o Papa poder temporal algum sobre os indígenas, por ser humano, não Deus em si. Preocupou-se com a utilização do nome de Deus para exercer essa guerra de ocupação que enxergava ser a colonização das Américas, afirmando que “ainda que tenhamos todos os títulos ao mesmo tempo, não pode o nosso governo gerar neles [os indígenas] o sentimento de revolta” (CANO, 1982, p. 581). Além disso, do ponto de vista político, defendeu que uma suposta melhor organização política não dá a uma civilização a autoridade para oprimir as demais:

Nenhuma tese seria mais apta para semear a discórdia entre os povos do orbe do que a que sustenta que a pessoa privada mais sábia pode oprimir as que lhe são inferiores em sabedoria, pois qualquer um se julgaria mais sábio que os outros. Daqui concluir-se-ia que se algum superior legítimo fosse considerado menos sábio, poderia qualquer um livrar-se dele, à luz do direito natural, o que seria manifestamente injusto (...). Daqui conclui-se ainda que (...) se uma república fosse mais sábia e mais bem organizada politicamente do que outra, não teria por isso autoridade sobre esta, sobretudo porque nenhuma república é obrigada a seguir o ótimo. Basta que escolha o bom. (CANO, 1982, p. 561).

Outro pupilo de Vitória, Alonso de Veracruz, lecionou na Universidade de Salamanca entre 1532 e 1535, e também na recém-criada Universidade do México entre 1553 e 1561, pois havia ingressado na ordem agostiniana do país latino. Veracruz argumentou

que “ainda que fosse lícito o envio aos territórios dos gentios de pregadores e soldados defensores, não seria lícito tal envio com fim de ocupar terras e privá-los da sua justa posse e domínio” (VERA CRUZ, 1997, Quaestio IV, Undécima Conclusão). Isso porque o Novo Mundo jamais esteve submetido ao Império Romano, nem de fato, nem de direito, então o imperador espanhol não pode licitamente subtrair-lhes as terras e dá-la a outros, contra a vontade dos legítimos donos: os indígenas e povos originários.

4. Os professores das Universidades Portuguesas

Da mesma forma que o item anterior, tendo em vista a brevidade deste texto, deve-se fazer um recorte tanto quantitativo, apontando apenas alguns autores, quanto epistemológico, tratando apenas de algumas ideias centrais em seus pensamentos, sobretudo as que interessam a este estudo. Nesse sentido, serão mencionados Martín de Azpilcueta, Martín de Ledesma, Fernando Pérez, António de São Domingos e Francisco Suárez.

O primeiro autor luso, Martín de Azpilcueta, passou pela Universidade de Salamanca, onde conheceu Vitória e Covarrubias, alcançando a Cátedra de Direito em 1532, e, depois, foi enviado à renascente Universidade de Coimbra, para ocupar a Cátedra de Direito Cânônico até 1552. Ele critica o oficial régio Álvaro Pais sobre a legitimidade das soberanias indígenas (PAIS, 1983):

Erra Álvaro Pais, pois ampliando o poder papal, diz que os idólatras e pagãos jamais tiveram jurisdição alguma e, por isso, todos os seus reinos pertencem à Igreja cristã e, por consequência, ao Papa, que se encontra à frente da mesma. Este erro foi a causa de que, na nossa época, muitos povos do Novo Mundo tivessem sido despojados dos seus domínios. (...) Cristo foi o Senhor de todos os reinos do mundo de maneira tal que todavia a ninguém arrancou aquilo que anteriormente lhe pertencera. (AZPILCUETA, 1548, pp. 51-53)

Defendeu em sua obra que a lei imperial não suprime as providências naturais, dizendo que povos que não tem um imperador são “para si a sua própria luz”, são “seu próprio chefe e guia” (AZPILCUETA, 1548, p. 74). Assim, não se pode afirmar que há terra de ninguém, só porque naquela terra não há uma figura imperial semelhante às europeias, isso porque “não foi estabelecido por Cristo algum poder temporal laico que abarcasse todas as coisas” (AZPILCUETA, 1548, p. 75).

Em semelhante esforço, Martín de Ledesma, também professor da Universidade de Coimbra entre 1540 e 1562, dizia que a razão da humanidade prevalece sobre a razão de Estado. “Sendo uma república parte de todo o orbe e, maximamente, sendo uma província dos cristãos parte de toda a República cristã, se a guerra for útil a uma república ou reino em detrimento e com prejuízo de todo o orbe ou da Cristandade, eu considero que por isso mesmo ela é injusta” (LEDESMA, 1560, p. 316). Além disso, “os príncipes cristãos não podem ter domínio sobre esses pagãos, a não ser que eles queiram submeter-se, o que nunca quiseram nem fizeram” (LEDESMA, 1560, p. 223).

Especificamente sobre a escravidão, de maneira mais incisiva que os espanhóis, Ledesma elabora que é condenável e ilegítima, sobretudo a pretexto de querer tornar cristãos os escravos. Vale a leitura do elucidante excerto:

(...) um homem nascido livre, que tenha sido capturado por injustiça, deve ser restituído à sua liberdade. E não vale dizer que é lícito capturar etíopes e reduzi-los à servidão, para que sejam ensinados na fé, porque a fé deve ser ensinada e persuadida na máxima liberdade e, por isso, Deus não aceita um tal modo de transmitir a fé (LEDESMA, 1560, p. 225).

No mesmo sentido, Ledesma crê que o poder civil dos infiéis e pagãos é legítimo, por direito divino e natural, e nenhum cristão tem direito de usurpar. “É fácil entender qual seja a causa eficiente deste poder [civil e público], pois mostramos que o poder público é fundado no direito natural e o direito natural só conhece um autor que é Deus” (LEDESMA, 1560, p 315).

Mais tarde, Fernando Pérez, vice-reitor da Universidade de Évora em 1567, foi para o Colégio de Jesus de Coimbra, para lecionar Teologia até 1595. Tendo visto o início e a consolidação da maioria das colônias nas Américas, Pérez discute que o medo e a ignorância anulam qualquer juramento de fidelidade por parte dos povos americanos às coroas europeias.

Não constitui título legítimo de aquisição de domínio o ato de subjugar os índios por, persuadidos pelos espanhóis, responderem que lhes apraz serem súbditos do rei de Espanha: parece que respondem assim por medo, por a medrosa multidão ver à sua volta homens armados, por serem ignorantes e não saberem o que fazem e talvez nem o que os espanhóis querem deles (PÉREZ, 1588, p. 231).

Reforça ainda Pérez que a autoridade do orbe – como a Escola Ibérica da Paz chama o direito criado e aplicado no planeta Terra, prelúdio do direito internacional, segundo o presente estudo – tem por razão a defesa dos inocentes. “É contra o direito natural matar inocentes, quer indígenas quer estrangeiros. (...) [e]les praticam uma gravíssima injustiça, (...) na sua condição de injustíssimos agressores do gênero humano.” (PÉREZ, 1588, p. 228).

Fala-se, pela primeira vez em linguagem próxima à jurídica, em crime contra a humanidade, pois Pérez afirma que a invocação do cumprimento de ordens superiores não escusa os soldados da acusação de crime contra o gênero humano. “Todos, quer súbditos quer não súbditos, por maior diligência que primeiro se faça e boa-fé com que começarem a combater, são obrigados a desistir da guerra logo que tiverem a certeza de que a guerra é injusta” (PÉREZ, 1588, p. 237). Ele afirmou que soldados são culpados se assassinarem ou escravizarem pessoas em flagrante guerra injusta, já que sua condição não é a de carrascos. “Ora, na verdade, nem o príncipe que declara a guerra contra um príncipe adversário é juiz dele, nem o príncipe adversário se torna seu súbdito” (PÉREZ, 1588, p. 237).

Sobre a escravidão, Pérez reafirma que não há escravatura por natureza, e que até o direito de fuga para regresso à pátria é garantido aos que foram tomados escravos por aprisionamento. Da mesma forma, não existe justificativa para a guerra, nem para a escravatura, na suposta inferioridade civilizacional.

Francisco de Vitoria coloca a dificuldade de saber se é lícito subjugar aqueles bárbaros que vivem ser governantes e comunidade política ao modo dos animais selvagens, tal como

em algumas partes se encontram alguns africanos, indígenas do Brasil e outros. Mas só pode esse título de que são excessivamente bárbaros de forma alguma é lícito combatê-los e subjugar-los, porque, se não cometem injustiça contra nós, não há motivo para termos direito para atacá-los ou, através da força ou medo, obrigá-los a serem súbditos de um príncipe cristão (...) (PÉREZ, 1588, p. 230).

Ainda nos autores lusitanos, António de São Domingos assumia a cadeira de Prima na Universidade de Coimbra entre 1573 e 1593. Enquanto religioso, pregou que os cristãos não podiam prescrever convicções íntimas aos outros povos, já que “por causa da fé não podem ser reduzidos pelas armas, e nem mesmo incomodados. Isso prova-se: faz parte da essência da fé o aceita-la voluntariamente; logo, é contra a essência e natureza da mesma o ser imposta pelas armas” (SÃO DOMINGOS, 2014, p. 314).

Afirma, diferente de Vitória e de forma mais protetiva à pessoa humana que, além da proibição geral de escravidão e guerra, mesmo que os povos indígenas neguem ou impeçam a pregação do evangelho, não lhes pode promover a guerra.

Diz-se que se os bárbaros embaraçam os pregadores do Evangelho proibindo-os de pregarem entre eles, esta é uma justa causa para fazer-se-lhes guerra (...) Todavia, e salva melhor opinião, esta causa não parece suficientemente justa, e prova-se porque o Senhor quer que o Evangelho seja pregado com mansidão, e não pela força das armas, como provados atrás. DOMINGOS, 2014, p. 67)

Também de forma enfática, argumenta que os Estados civilizados, como dizem ser os europeus, são na verdade aqueles que respeitam a opinião dos sábios, no sentido de buscar sempre a solução pacífica dos conflitos internacionais. Isso porque há um primado de justiça objetiva sobre o poder nas relações entre os Estados.

Por fim, Francisco Suárez, um dos mais famosos catedráticos da Universidade de Coimbra de 1597 a 1616, tendo também passado pelas Universidades de Alcalá e Salamanca, fundamenta no jusnaturalismo o poder político, dizendo que “o homem foi criado por Deus naturalmente livre e cada homem só recebeu imediatamente de Deus poder para dominar os brutos animais e os seres inferiores” (SUÁREZ, 1613, II, p. 11).

Defende, ainda, que a democracia existe ainda que sem uma instituição positiva, apenas por instituição ou dimanação natural, “pois a própria razão natural estabelece que o poder político supremo segue-se naturalmente da comunidade humana perfeita e que, por este mesmo motivo, pertence a toda a comunidade” (SUÁREZ, 1613, II, p. 8). Isso porque a comunidade civil perfeita é livre por direito natural e não está sujeita a homem algum fora de si, e detém em si o poder democrático, enquanto não se altere.

Suárez também apoia a narrativa das soberanias indígenas, dizendo que “tudo o que foi dito até agora sobre o poder natural que têm os homens ditar leis civis é universalmente válido para todos os pagãos e infiéis” (SUÁREZ, 1613, III, p. 1). Não há razão no direito, nem na teologia, que afirme que o poder dos príncipes cristãos é superior àquele dos pagãos, e nem mesmo a conversão ao cristianismo destrói o direito natural ou contrato humano que nele se baseia. “Por isso os príncipes pagãos não perdem o legítimo poder civil pela conversão ao cristianismo dos seus súbditos” (SUÁREZ, 1613, IV, p. 5), e, mais que isso, os chamados pagãos poderiam até dominar os cristãos, na eventualidade de guerra

justa.

Todos esses autores, espanhóis e portugueses, ainda que vozes minoritárias nas suas cátedras, no meio teológico-cristão, e entre as autoridades de seus respectivos Estados na época, defenderam bravamente uma universalidade jurídica protetiva de todos os povos, vinculante aos impérios, claramente querendo aplicar tal escudo protetivo aos povos indígenas e originários das colônias do Novo Mundo. Esse conjunto de pensamento encontra ressonância recente em Cançado Trindade, ao tratar da *recta ratio*, isto é, a fonte material última do direito internacional, a consciência humana que perpassa todos os povos, países, tradições jurídicas e culturas, a base do universalismo do direito internacional, apontado por ele como a *lex praeceptiva* para o *totus orbis*. Não há, nessas bases, como se falar em direito internacional sem uma inspiração no direito natural, sobretudo na concepção do ser humano como um ser social, racional e dotado de dignidade intrínseca – essa “*recta ratio* passou a afugar-se como indispensável à sobrevivência do próprio Direito Internacional” (CALAFATE & GUTIÉRREZ, 2014, p. 44).

Considerações Finais

Há inúmeras perguntas diferentes ao se questionar sobre a fundação do direito internacional. O interlocutor pode querer saber quem primeiro cunhou o termo direito internacional; ou então, saber do primeiro texto relativo ao direito das gentes; ou, ainda, entender quem tratou das questões relativas aos acordos entre Estados; ou, por fim, no caso do presente estudo, apontar os princípios fundadores de uma civilização humana juridicamente protegida ao redor do globo, de um direito internacional humanista, em última instância.

O descobrimento do chamado Novo Mundo suscitou, nos pensadores portugueses e espanhóis enfrentados neste texto, o conceito de um ser humano universal que, antes de ser dividido em dois vasilhames – cristão ou inimigo do cristianismo –, comum à época, era essencialmente um ser capaz de agir segundo o bem e desenvolver sua própria cultura e costumes, não devendo, e hipótese alguma, ser visto como menor ou menos merecedor de proteção e respeito do que os europeus. Eis a raiz, ainda que silenciada pelos feitos subsequentes, do pensamento ocidental moderno não-escravocrata, ou seja, a primeira defesa anticolonial. Como afirmou Cançado Trindade:

(...) os seus escritos [da Escola Ibérica da Paz], ainda insuficientemente estudados nos nossos dias, são verdadeiros clássicos do Direito Internacional, dadas a perenidade e a atualidade dos seus ensinamentos, como a ineludível vinculação que estabelecem entre o jurídico e o ético, a sua visão universalista, e a posição central que atribuem à pessoa humana no seu enfoque essencialmente humanista da disciplina (CALAFATE & GUTIÉRREZ, 2014, p. 42)

Nesse sentido, sobre o questionamento inicial, isto é, “a partir de uma visão humanista, a Escola Ibérica da Paz pode ser apontada como fundadora do direito internacional?”, o presente estudo chega à conclusão de que sim, estes autores amalgamados no período histórico da colonização ibérica nas Américas, ainda que vozes minoritárias e pouco influentes na ação de seus Estados de origem, são os primeiros anticoloniais, plantaram os princípios que hoje consideramos nucleares ao direito internacional, se considerarmos

este como tendo o ser humano como último destinatário. Isso reafirma o que hoje os estudos decoloniais realizam, que é revisar as narrativas a partir do ponto de vista de determinados autores e certos valores, já que estes mesmos não estavam sozinhos ao tratar do assunto, do contrário, tinham conterrâneos e contemporâneos que falavam as mesmas línguas pregando uma visão de mundo oposta. Sobre estas bases, portanto, pode-se afirmar que os fundadores do direito internacional falavam português e espanhol, e lutavam, apesar de suas nacionalidades, contra suas coroas e contra uma das maiores crueldades da história mundial: as guerras e massacres da colonização escravista.

REFERÊNCIAS

AZPILCUETA, Martín de. **Relectio C. Novit de iudiciis**, Coimbra: Coinimbricae. Trad. A. Guimarães Pinto, 1548, pp. 51-53.

BODIN, Jean. **Six livres de la Republique**: avec l'apologie de r. Herpin. Paris: Scientia Ailen, 1961.

BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional**. Trad. M. R. Crucho de Almeida. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

CALAFATE, Pedro. **A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Século XVI) (vols. I e II)**. Coimbra, Edições Almedina, 2015.

CALAFATE, Pedro; GUTIÉRREZ, Ramón Emilio Mandado. **Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América**. Santander: Editorial de la Universidad de Cantabria, 2014.

CANO, Melchor. **De dominio indorum**. In Corpus Hispanorum de Pace, ed. Luciano Pereña, vol. IX. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1982.

COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de. **Textos Jurídico-Políticos**. Trad. Atilano Seco. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

CRESPO NAÓN, Juan Carlos. **El último conquistador: Martín de Ledesma Valderrama**. Instituto de Estudios Iberoamericanos, vol. I; p. 57.

HOLLAND, Thomas E. **Alberico Gentili**: an inaugural lecture delivered at All Souls College, November 7, 1874. In: Studies in International Law. Oxford: Clarendon Press, 1898.

LEDESMA, Martín de. **Secvnda Qvartae**. Coimbra: Conimbricae, 1560.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A literatura sobre a paternidade do direito internacional. **NEJ** – Vol. 13, n. 1, jan-jun 2008, pp. 83-94.

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

PÉREZ, Fernando. **De bello**. Coimbra: BNP Conimbricae, 1588.

REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SÃO DOMINGOS, António de. **De Bello**. Ms 5.552 da Biblioteca Nacional de Portugal, v. 68, tradução de A. Guimarães Pinto. Apud: CALAFATE, Pedro; GUTIÉRREZ, Ramón Emilio Mandado. **Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América**. Santander: Editorial de la Universidad de Cantabria, 2014.

SOTO, Domingo de. **Relecciones y opúsculos**. Vol 1. 1 ed. Trad. Jaime Brufau Prats Salamanca: Editorial San Esteban, 1995.

SUÁREZ, Francisco. **Defensio Fidei Catholicae Et Apostolicae: Adversus Anglicanae Sectae Errores...** Coimbra: Conimbricae, 1613.

TRUYOL, Antonio. **Noções Fundamentais de Direito Internacional Público**. Trad. Ehrhardt Soares. Coimbra: Armênio Amado, 1952.

VERA CRUZ, Alonzo de. **De iusto bello contra Indos**. In Corpus Hispanorum de Pace, ed. C. Baciero, L. Maciero, F. Maseda e L. Pereña. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1997.

VITÓRIA, Francisco de. **Relecciones sobre os índios e sobre o poder civil**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2016.

MOLINA, Luis de. **De iustitia et iure**. Los seis libros de la Justicia y del Derecho. Teadução de manuel Ftaga Iribarne. Madrid: Facultad de Derecho de Madrid, 1943.

PAIS, Álvaro. **De Status et Planctu Ecclesiae**. Transl. Miguel Pinto de Meneses, vol. I. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1983.

A OMC, SEU SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E A DECOLONIZAÇÃO: REFLEXÕES E DIÁLOGOS POSSÍVEIS

Camilla Capucio³⁵

Danielle Mendes Thame Denny³⁶

Mayra Fagundes³⁷

Resumo: O presente artigo objetiva explicitar algumas das relações possíveis entre a perspectiva de decolonização do Direito Internacional e o sistema multilateral de comércio, a partir da perspectiva crítica das próprias negociações da OMC, passando pela dinâmica do seu Sistema de Solução de Controvérsias e a participação dos países em desenvolvimento. O trabalho também suscita a temática da agricultura nas negociações multilaterais, em face do contexto atual de fome global.

Palavras-chave: OMC, decolonização, sistema de solução de controversias, agricultura

Introdução

O histórico das negociações do sistema multilateral de comércio evidencia um terreno fértil para reflexões sobre teorias de dominação política, econômica e institucional dos países desenvolvidos em face dos países em desenvolvimento.

No plano intelectual, tem sido mais recentemente explorado um foco de resistência epistêmica conhecido como *Third World Approaches to International Law* (TWAIL), cuja representação teórica é encontrada no primeiro parágrafo do artigo de MUTUA (2000, p.31): “O regime do direito internacional é ilegítimo. É um sistema predatório que legitima, reproduz e sustenta a pilhagem e subordinação do Terceiro Mundo pelo Ocidente”³⁸.

Neste sentido, as transformações no direito internacional passam necessariamente

³⁵ Doutora (USP) e Mestre (UFMG) em Direito Internacional. Pesquisadora, Professora Universitária e Consultora.

³⁶ Pesquisadora do Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada, pós-doutoranda na Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” da Universidade de São Paulo. Também já foi pesquisadora visitante no Asia-Pacific Centre for Environmental Law da National University of Singapore, no Departamento de Direito e de Ciências da Computação da University College London, Inglaterra e no Whitney and Betty MacMillan Center for International and Area Studies da Universidade de Yale, EUA. Foi duas vezes bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (doutorado e sanduíche). Interesses de pesquisa: energias renováveis, litigância climática internacional, uso de tecnologia para governança socioambiental, finanças verdes e bioeconomia.

³⁷ Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista -UNESP (2021). Professora de Direito Internacional, Direito Administrativo e Teoria Geral do Processo na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Igarassu (FACIG). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (NETI-USP). Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2016). Membro da Comissão de Relações Internacionais da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Pernambuco. Membro da Comissão Especial Brasil-ONU (CebrONU) da OAB Nacional. Advogada.

pela crítica ao seu fundamento ontológico da universalidade, que ao se defrontar com a complexidade e diversidade existentes no mundo passa a ser excludente, pois, não reconhece outras visões de mundo.

É neste sentido que Chimni (2004, p.15), ao refletir sobre os fundamentos ontológicos e epistemológicos do direito internacional afirma que:

*Existe a velha ideia, que resistiu à passagem do tempo, de que as forças sociais dominantes na sociedade mantêm o seu domínio não através do uso da força, mas através da aceitação da sua visão do mundo como natural por aqueles sobre os quais o domínio é exercido. A força só é utilizada quando é absolutamente necessária, seja para subjugar um desafio ou para desmoralizar as forças sociais que aspiram a questionar a ordem “natural” das coisas*³⁹

É com base na realidade e necessidade de transformação propalada por agendas de pesquisa críticas, como no caso do TWAIL, que a governança dos fenômenos globais deve reconhecer a complexidade existente em cada regime e as suas áreas de sobreposição: meio ambiente, comércio, investimento, desenvolvimento, segurança tem o seu próprio conjunto de regras e um conhecimento específico, mas tem também os seus valores e com isso uma proposta política que pretende avançar em detrimento das demais.

Essas teorias oferecem uma oportunidade de revisitar criticamente o sistema multilateral de comércio e a sua atuação na atualidade, tendo em vista o embate entre diferentes visões possíveis do próprio papel do direito do comércio internacional.

1. A OMC e o contexto de suas negociações

A OMC constitui-se, em tese, como uma organização democrática, pois o Acordo de Marraqueche prevê que as decisões sejam tomadas por consenso, e conferindo a cada Estado o direito a um voto, de mesmo valor, nas principais instâncias decisórias, quais sejam a Conferência Ministerial e o Conselho Geral. Na prática, contudo, existem grandes dificuldades para que os membros, principalmente os países em desenvolvimento, participem em condições igualitárias na organização. Enumeramos como principais fatores que dificultam o acesso dos Estados ao processo decisório, e, portanto, prejudicam sua representatividade: (1) a capacidade para participar e (2) o real processo de tomada de decisão como ele de fato se dá na organização.

Tendo em vista o caráter específico e técnico das negociações e da “linguagem da OMC”, a exigência de um corpo diplomático especializado para lidar com as suas temáticas é fator que limita a participação efetiva de grande parte dos Estados em desenvolvimento. A discrepância entre as delegações se dá não somente no caráter qualitativo, mas, inclusive, no aspecto quantitativo dos recursos humanos e financeiros disponíveis para a manutenção de representantes permanentes em Genebra, e em número suficiente para participar das diversas reuniões simultâneas que ocorrem (YU, 2007)⁴⁰. Essas disparidades se traduzem historicamente na dinâmica das negociações em concessões desvantajosas constantemente feitas em favor dos Estados com maiores recursos e *know-how* nas negociações comerciais.

No que tange à real dinâmica interna das negociações, o processo de decisão tem se afastado cada vez mais das Reuniões Ministeriais, para ocorrer em esferas com um menor

número de interlocutores, detentores de um maior poder de barganha. A mudança tem se dado principalmente após o posicionamento conjunto dos países em desenvolvimento, na Conferência Ministerial de Cancun em 2003, de recusa em concluir um acordo que não levasse em consideração também seus interesses. E assim, na medida em que os países em desenvolvimento procuram ter participação mais significativa na OMC, trazendo maior complexidade às questões e multiplicidade das posições, paradoxalmente são acusados de bloquear o sistema decisório, que se desloca para outras esferas “seletas” de negociação.

Observa-se assim, que a tomada de decisões na OMC paulatinamente foi se afastando de Genebra, para se dar em reuniões não oficiais que antecedem as Conferências Ministeriais, também chamadas “mini-ministeriais”, para as quais somente Estados selecionados são convidados, e, portanto, reduzindo drasticamente ou ignorando a participação dos demais. Ainda, a prática de reduzir o número dos interlocutores para destravar a negociação de questões chave na OMC tem se dado com tamanha frequência, que a ocorrência das chamadas *green-room meetings* se dá inclusive durante as Conferências Ministeriais (JAWARA; KWA, 2004, p. 18). As *green-room meetings*, referência à denominação informal da sala de conferências do Diretor Geral da OMC, são reuniões informais entre alguns membros convidados pelo próprio Diretor Geral ou pelo coordenador da Conferência, para a discussão de pontos sensíveis das negociações, e têm se dado como prática recorrente, inclusive reconhecida pela OMC.

Essas reuniões informais desempenham um papel crítico na determinação dos resultados formais das negociações, tornando-se, de fato a real instância de transação de interesses em jogo (JAWARA; KWA, 2004, p. 13; YU; 2008, p. 18). Embora seja uma prática que possibilita em certa medida agilizar e otimizar o processo decisório, a ausência de transparência inerente a tais agrupamentos pode comprometer a inclusão e a representatividade da tomada de decisão na organização.

Essas especificidades na dinâmica da OMC se contrapõem à ideia cada vez mais corrente de democracia nas instituições globais, segundo a qual “[a]s instituições globais deveriam ter como ponto de referência constante princípios como a transparência, a abertura, a consulta, e a legitimidade processual” (LA SPINA, 2004, p. 22). Logo, faz-se necessária a utilização de estratégias de organização entre os membros que permitam um melhor aproveitamento da prática existente.

Um paradoxo, portanto, pode ser observado no fato de que, na medida em que os países em desenvolvimento alcançam participação mais significativa na OMC, em explicitação da força do posicionamento em conjunto, e começam a ter seus interesses levados em conta, passam a ser acusados de bloquear o avanço do sistema multilateral, que até o momento historicamente relegou suas demandas ao segundo plano.

As promessas não realizadas, evidenciadas a partir do fracasso da Rodada de Doha – aquela que deveria ter sido a rodada do desenvolvimento, e, portanto, o momento de atender a demandas dos países em desenvolvimento – denotam as fragilidades das instituições internacionais em face de diferenças de poder nas relações internacionais. Embora a OMC simbolize a passagem de um sistema “*power oriented*” para um sistema “*rule oriented*”, não foi possível blindar este sistema dos desequilíbrios de poder que marcam a narrativa do Direito Internacional como um todo.

Essas mesmas dificuldades são evidenciadas na participação no sistema de solução de controvérsias, abrindo espaço para questionamentos sobre a própria legitimidade deste

mecanismo, sob o ponto de vista da participação dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo neste sistema, como se passa brevemente a comentar.

2. O sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento

É inegável que a criação da Organização Mundial do Comércio, entendida como uma evolução natural do que era o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), proporcionou maior adensamento jurídico e previsibilidade nas decisões tomadas no âmbito do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

Contudo, muitos ainda são os desafios que persistem para a efetiva concretização do acesso à justiça nessa arena de disputas comerciais em que consiste o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, sobretudo no que diz respeito aos chamados países em desenvolvimento e países de menor desenvolvimento relativo.

Nesta senda, encontra-se na doutrina estrangeira, inclusive, opinião que sedimenta tal entendimento: “*At a time when the negotiating arm of the multilateral trading system is largely seen as ineffective, the WTO adjudicatory body remains arguably the only admired pillar of the organization. [...]*” (NGANGJOH-HODU, 2019, p. 69)

Além da questão da legitimidade, que traz à lume dificuldades de diversas ordens presentes no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC para os países em desenvolvimento e países de menor desenvolvimento relativo, cumpre ainda apontar que a insuficiência de transparência é um elemento que afasta um maior engajamento ou maior compreensão acerca do que acontece na referida Organização.

Nas palavras de Capucio (p. 72):

Um aspecto muito controvertido do procedimento dos painéis se trata da confidencialidade, que se manifesta nas reuniões a portas fechadas nas quais o painel realiza suas deliberações, bem como no tratamento de confidencialidade conferido aos documentos submetidos à sua consideração.

O painel funciona como a “primeira instância” do sistema de solução de controvérsias da OMC, e o excerto acima transcrito ratifica que desde os primeiros momentos a Organização se revela como “inacessível” ou contrária ao que preceitua o princípio da publicidade, podendo ser este entendido como um princípio geral do direito.

Assim sendo, apesar de prever garantias aos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, sendo parte de seu ato constitutivo os princípios basilares da nação mais-favorecida, não discriminação e tratamento nacional (ZANETHI, 2015), verifica-se, conforme delineado a seguir que estes princípios norteadores da Organização, na prática, estão distantes de efetivação.

O Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC) da Organização Mundial do Comércio traz dispositivos que versam sobre o tratamento dispensado aos países em desenvolvimento e países de menor desenvolvimento relativo no âmbito desta Organização, contudo, seus termos são imprecisos e vagos, o que acaba por inviabilizar a materialização do acesso à justiça na OMC por parte dos referidos países.

Além disso, estes Estados não contam com recursos materiais e por vezes, também não contam com recursos humanos para litigar na OMC. Muitos destes Estados não possuem

corpo técnico especializado ou sequer contam com representação permanente na OMC, o que consiste em verdadeiros entraves para a plena defesa de seus interesses e o pleno acesso à justiça no sistema de solução de controvérsias da Organização.

Destarte, a materialização do acesso à justiça por parte dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo perpassa pela necessidade de reestruturação do Entendimento sobre Solução de Controvérsias para que suas disposições referentes ao tratamento dispensado a tais países sejam mais claras e precisas, reforçando os ideais de previsibilidade e segurança jurídica.

Outro aspecto importante para tal discussão é o fomento à pesquisa e discussão de temas relacionados à OMC nos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, a fim de que se incentive a formação de profissionais capacitados para atuação em controvérsias perante a OMC, na defesa do interesse de seus países e com isso se alcance maior autossuficiência e se amplie o acesso à justiça no mecanismo de solução de controvérsias da OMC.

3. A OMC, a agricultura e a fome global

A temática do comércio internacional de produtos agropecuários possivelmente é uma das que mais reflete e mantém no Direito Internacional o histórico colonial de um Norte Global buscando no Sul insumos a baixo custo e com poucas limitações ambientais.

Além disso, o mapa da produção global replica em grande parte a semântica colonial, da especialização da produção, onde produtores de commodities com baixo valor agregado estão sujeitos ao mercado spot e importadores países desenvolvidos detêm mais capacidade de interferir na formação de preços, condicionam o acesso aos seus mercados e subsidiam sua produção interna. E em meio a essa dinâmica estão os países sem segurança alimentar, sem condições de produzir os alimentos necessários para a própria subsistência e, portanto, dependentes das importações.

Essa catástrofe fica bem evidente no momento atual de aguda fome global, agravada por desafios climáticos, econômicos e políticos. O Programa alimentar mundial estima que cerca de 828 milhões de pessoas enfrentam a fome e que a insegurança alimentar aguda aumentou - de 135 milhões para 345 milhões - desde 2019, fazendo com que 50 milhões de pessoas em 45 países também beirem a fome; ao mesmo tempo em que os custos operacionais cresceram 44% nesse período (“A global food crisis | World Food Programme”, [s.d.]). Mas se a catástrofe da fome está ligada a altos preços pós pandemia, mudanças climáticas, e à guerra na Ucrânia, o comércio internacional é fundamental para garantir a reestabilização e a imediata segurança alimentar dos países importadores de alimentos.

Contudo, o tema da agricultura no comércio internacional sempre foi conturbado. Políticas agrícolas dos países mesmo sem pandemia e em tempos de paz sempre foram permeadas de muita barreira ao comércio internacional, muita dificuldade de acesso a mercados e uma série de subsídios à produção nacional. Globalmente, produtores agrícolas recebem quase US \$540 bilhões por ano, ou seja 15% do valor total da produção agrícola de estímulo (transferências diretas, subsídios, garantia de compra, preço mínimo entre outros). E esses apoios normalmente são com os piores tipos de medidas, com as que distorcem mais (levando assim à ineficiência), são distribuídas de forma desigual e de maneiras prejudiciais ao meio ambiente e à saúde humana (FAO e UNEP, 2021). São alguns exemplos:

subsídios de insumos agrícolas da China, exigência para importação do Egito, políticas de privilegiar conteúdo nacional da Itália, subsídio da Índia à produção doméstica do arroz, as restrições à exportação de trigo também da Índia, a proibição de exportação de frango da Malásia e o apoio à produção agrícola de grãos dos Estados Unidos.

Só o redesenho desses incentivos à agricultura para formatos menos lesivos à livre concorrência já seria um avanço, porém conseguir isso na prática tem se mostrado um grande desafio. Por muitos anos a agricultura esteve de fora das negociações multilaterais de comércio internacional, quando finalmente foi incluída o Acordo de Agricultura (WTO, 1994) deixou muitas brechas para que os países implementassem políticas nacionais de estímulo à sua própria agricultura. O impasse gerado nas negociações multilaterais de comércio, em grande parte em virtude do desacordo em torno da temática da agricultura, reduziu a importância da Organização Mundial do Comércio (OMC) como fonte reguladora.

No âmbito do órgão de soluções de controvérsias antes de ele se paralisar houve mais de centena de disputas (WTO, 2022) sobre agricultura e era nesse órgão que efetivamente se conseguia espaço para países como o Brasil que são vítimas de muitas barreiras ao comércio para conseguir mais mercados. Em 2015 houve o avanço na Declaração de Nairobi de se construir uma agenda de compromissos para promover a livre concorrência com revisões periódicas de políticas para se alcançar esse objetivo.

Mas ao longo dos anos barreiras tarifárias foram sendo substituídas por barreiras técnicas e fitossanitárias e até mesmo por exigências privadas de padrões e quesitos, o que complexifica a temática. Mais ainda, a pandemia evidenciou a necessidade de construção de articulações em âmbito das negociações multilaterais para absorver crises que tendem a ser crescentes e cada vez mais constantes. Um exemplo de mobilização nesse sentido foi a Ministerial 12 que isentou compra de comida para ações humanitárias das barreiras a exportação (que aumentaram significativamente por conta da pandemia).

A agricultura fornece comida, ração, fibras e energia para milhares de pessoas, garante meios de subsistência digna para pequenos produtores e deve aumentar ainda mais diante do contexto de descarbonização da economia. Se praticada de acordo com práticas de sustentabilidade pode ainda contribuir com serviços ecossistêmicos como manutenção de biodiversidade, água, paisagem; e inclusive promover sequestro de carbono. O fim de subsídios e outras barreiras que distorcem o comércio e mantém os paradigmas da colonização nessa área, deve ser, portanto, um objetivo comum. A formulação de políticas coerentes para a agricultura pode resultar em benefícios significativos para o setor e para a sociedade como um todo.

Conclusões

O presente texto se propôs a provocar algumas reflexões sobre o sistema multilateral de comércio e seu sistema de solução de controvérsias, no contexto da perspectiva de decolonização do Direito Internacional. As temáticas levantadas neste trabalho demandam um estudo mais aprofundado, tendo estas breves páginas suscitado questionamentos que permanecem em aberto.

O desequilíbrio de poderes esteve presente desde a constituição da OMC, se reverberando nas suas negociações. Embora a criação do sistema de solução de controvérsias tenha trazido um ferramental relevante aos países em desenvolvimento, em face da excepcionalidade da jurisdição compulsória no Direito Internacional, obstáculos seguem

impedindo a plena realização da justiça global no contexto da atuação destes países no sistema de solução de controvérsias.

A temática da agricultura, por sua vez, evidencia uma oportunidade para desenvolvimento das potencialidades do sistema multilateral de comércio, como foro multilateral para definição das regras de um comércio global mais justo e equilibrado. Em um contexto de fome global, a existência de mecanismos jurídicos e jurisdicionais de modo a fortalecer o comércio global de alimentos é exemplo de utilização do sistema multilateral do comércio – e, portanto, do Direito Internacional – como instrumento para a realização de valores da comunidade internacional como um todo.

38 Tradução nossa do original em inglês: “The regime of international law is illegitimate. It is a predatory system that legitimizes, reproduces and sustains the plunder and subordination of the Third World by the West.”

39 Tradução nossa do original em inglês: “There is the old idea, which has withstood the passage of time, that dominant social forces in society maintain their domination not through the use of force but through having their worldview accepted as natural by those over whom domination is exercised. Force is only used when absolutely necessary, either to subdue a challenge or to demoralize those social forces aspiring to question the “natural” order of things”

40 Segundo cálculos de YU, em 2007 os Estados desenvolvidos tinham em média 4.16 delegados, os Estados em desenvolvimento (incluindo os Estados menos desenvolvidos) tinham em média 1.73 delegados trabalhando em tempo integral em questões da OMC. Isso significa que um delegado de um Estado desenvolvido representaria em média 6.43 milhões de habitantes, enquanto um delegado de um Estado em desenvolvimento representaria em média 15.07 milhões de habitantes. YU, 2008, p. 21-22.

REFERÊNCIAS

A global food crisis | World Food Programme. Disponível em: <<https://www.wfp.org/global-hunger-crisis>>. Acesso em: 10 set. 2022.

CASTRO, D. de. (2018). The (Un)practical Secularization Process: International Law and Religion as Social Realities. **Revista de Direito Internacional**, 15(3), Article 3. <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i3.5714>

CAPUCIO, Camilla. **O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio: natureza, elementos e características.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

FAO, F. AND A. O. OF THE U. N.; UNEP, U. N. E. P. **A Multi-Billion-Dollar Opportunity: Repurposing agricultural support to transform food systems.** Disponível em: <<http://www.unep.org/resources/repurposing-agricultural-support-transform-food-systems>>. Acesso em: 10 set. 2022.

JAWARA, Fatoumata; KWA, Aileen. **Behind the Scenes at the WTO: the Real World of International Trade Negotiations/ Lessons of Cancun.** New York: Zed Books Ltd, 2004.

LA SPINA, Antonio. Per Governare la Globalizzazione Servono Istituzioni Globali. Posfácio In: MAJONE, Gian Andrea. **La Globalizzazione dei Mercati:** Storia, Teoria, Istituzioni. Roma: Franco Angeli Edizioni, 2004.

MUTUA, Makau, and Antony Anghie. 2000. “What Is TWAIL?” **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)** 94: 31–40.

NGANGJOH-HODU, Yenkong. Regional Courts and International Trade Law. In: **Tribunaux régionaux et développement du droit international.** Editions A. Pedone : Paris, 2019.

WTO, W. T. O. **WTO | legal texts - Marrakesh agreement - Agreement on Agriculture**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag_01_e.htm>. Acesso em: 2 ago. 2019.

____. **List DS on Agriculture WTO | Dispute settlement - Index of disputes by agreement cited**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm>. Acesso em: 10 set. 2022.

ZANETHI, Rodrigo Luiz. **Governança global e o papel da OMC**. 1 ed. - Curitiba, Appris, 2015.

YU, Vicente Paolo B. **Unity in Diversity: Governance Adaptation in Multilateral Trade Institutions through South-South Coalition-building**. South Centre Research Paper n. 17. Geneva: South Centre, jul. 2008.

A UTILIZAÇÃO DA MARGEM DE APRECIÇÃO EM DECISÕES DO TEDH COMO FERRAMENTA PARA A MANUTENÇÃO DE PADRÕES COLONIAIS NA EUROPA

THE USE OF MARGIN OF APPRECIATION IN ECHR DECISIONS AS A TOOL FOR MAINTAINING COLONIAL STANDARDS IN EUROPE

Bianca Cartágenes Saraiva ⁴¹

Resumo: A margem de apreciação, em que pese ter sido inserida recentemente no preâmbulo da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) pelo Protocolo n. 15, é fruto de uma construção jurisprudencial dos órgãos estabelecidos pela Convenção, sobretudo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), ora responsável pelo amplo desenvolvimento da doutrina. A margem permite que o Estado atue com um certo espaço de manobra que pode ser mais ou menos amplo, a depender dos critérios adotados pelo Tribunal. Apesar disso, a doutrina é amplamente criticada pela ausência de objetividade na sua utilização, o que a coloca em uma zona cinzenta e fornecendo base para incoerências e arbitrariedades. Nesse sentido, a margem de apreciação acaba sendo utilizada como ferramenta para reprodução de padrões coloniais dentro do sistema europeu, como nos casos *Lautsi c. Itália*, *Leyla Sahin c. Turquia* e *Dogru c. França*.

Palavras-chave: Margem de apreciação. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Colonialismo. Descolonização.

Abstract: The margin of appreciation, despite having been recently inserted in the preamble of the European Convention on Human Rights (ECHR) by Protocol n. 15, is the result of a jurisprudential construction of the bodies established by the Convention, especially the European Court of Human Rights (ECHR), now responsible for the broad development of the doctrine. The margin allows the State to act with a certain room for maneuver that can be more or less ample, depending on the criteria adopted by the Court. Despite this, the doctrine is widely criticized for the lack of objectivity in its use, which places it in a gray area and provides a basis for inconsistencies and arbitrariness. In this sense, the margin of appreciation ends up being used as a tool for the reproduction of colonial patterns within the European system, as in the *Lautsi v. Italy*, *Leyla Sahin c. Turkey* and *Dogru c. France*.

Key words: Margin of appreciation, European Court of Human Rights, Colonization. Decolonization.

⁴¹ Mestre em Direito e Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídico-Internacionais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Especialista em Direito Público e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

1 INTRODUÇÃO

Na altura da promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), falava-se na construção de uma espécie de “ONU europeia”, o que resultou na formação do Conselho da Europa (CE), cuja finalidade é a afirmação do Estado de Direito, da democracia e do respeito aos Direitos Humanos (BARRETO, 2015, p. 24; MARTINS, 2018, p. 192).

Entretanto, restou claro que a articulação do Conselho da Europa era, desde o início, uma construção de democracias aos moldes liberais e ocidentais, com o objetivo de frear novos regimes ditos totalitários, com especial atenção ao comunismo.

Desta feita, foi editada a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), consagrando, sobretudo, liberdades individuais, demonstrando, mais uma vez, os moldes de democracia liberal. A CEDH previu a existência de mecanismos de controle, sobretudo a criação de um tribunal que pudesse julgar os Estados diante das queixas de violação aos Direitos Humanos.

Foi no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que foi desenvolvida a doutrina da margem de apreciação dos Estados, que corresponde à latitude que o governo goza em avaliar as situações fáticas e na aplicação das provisões elencadas nos tratados internacionais de Direitos Humanos (ARAI-TAKAHASHI, 2002, p. 02).

Com o passar dos anos, a doutrina foi sendo cada vez mais aplicada pelo TEDH e, atualmente, está prevista no preâmbulo da Convenção, com a entrada em vigor do Protocolo n.º 15. Entretanto, a margem de apreciação é amplamente criticada pela doutrina, em razão da ausência de objetividade na sua utilização, o que a coloca em uma zona cinzenta e fornecendo base para incoerências e arbitrariedades, como a reprodução de padrões coloniais.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar a relação entre a utilização da margem de apreciação na jurisprudência do TEDH e a manutenção de padrões coloniais na Europa. Para tanto, é analisada a formação do CE e da CEDH. Em seguida, o desenvolvimento da doutrina e os seus critérios de aplicação e, por fim, a análise de casos nos quais há reprodução de padrões coloniais com a centralidade da margem de apreciação.

2 O CONSELHO DA EUROPA E A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A ideia do CE era estabelecer uma união dos Estados-membros, com base no compartilhamento dos mesmos ideais e tradições políticas do continente europeu. A elaboração da CEDH demonstra, sobretudo, a valorização das democracias liberais ocidentais como o ideal para prevenir o continente de experiências totalitárias vivenciadas anteriormente, nomeadamente, o Nazismo e o Fascismo (BARRETO, 2015, p. 27).

Entretanto, apesar da ideia de universalismo e regionalização dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos indicar uma maior probabilidade de consenso entre os marcos normativos e jurisprudenciais, a formação dos membros do CE possui uma ampla pluralidade de composições.

Como ilustra Janneke Gerards (2018, p. 496), as Constituições nacionais são responsáveis por determinar como e em que medida os direitos fundamentais são protegidos, refletindo os valores, tradições e culturas domésticas. Logo, o nível de proteção desses

direitos pode diferir entre os Estados-membros do Conselho da Europa.

Na Europa, em que pese não ter sido firmado um conceito fechado de democracia, considera-se enquanto valor que assenta em pilares como a participação popular na tomada de decisões políticas; proteção da maioria e de grupos minoritários; o pluralismo de valores e opiniões a serem respeitadas por todos; e a proibição de discriminação (SARAIVA, 2022, p. 26).

Tais elementos foram considerados fundamentais para prevenir novas experiências de regimes totalitários, capazes de ameaçar os direitos humanos elencados na CEDH, que, majoritariamente um elenco de direitos essencialmente negativos (GOMES, 2009, p. 109).

Na transição democrática, na qual os países transitam de um regime ditatorial para democracia, ou ainda, de tempos de guerra para estabilização, com a reconstrução do Estado de direito, a ratificação de tratados de Direitos Humanos se dá a fins de afirmação na comunidade internacional e garantia de supervisão dos direitos (SARAIVA, 2022, p. 27).

Na Europa, o fenômeno ocorreu, primeiramente, após 1945, e, posteriormente, com a queda do muro de Berlim e dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), com a adesão à CEDH por parte dos países do centro e leste europeu (BARRETO, 2015, p. 25; FONSECA, 2018, p. 126).

A ideia, portanto, era estabelecer um padrão (*standard*) mínimo entre os Estados-membros, o que significa o estabelecimento de um padrão razoável de proteção aos Direitos Humanos a ser seguido por todos os seus membros. Trata-se de estabelecer o denominador mínimo comum, considerando a dificuldade²⁸ de estabelecer um padrão uniforme pelas diferenças culturais e legais dos Estados (ARAI-TAKAHASHI, 2002, p. 03).

Łacki (2021, p. 190) chega afirmar que os padrões derivados da CEDH refletem a ideia de valores comumente aceitos na sociedade e que os Estados-membros compartilham valores democráticos. Seria um etos comum sobre as questões de Direitos Humanos, ou ainda um padrão axiológico comum.

Portanto, ao estabelecer uma proteção mínima, a CEDH determina que, primeiramente, os Estados o cumpram. Em segundo lugar, deixa os Estados livres de ir além dessa proteção. Outrossim, a proteção mínima significa que o Estado pode selecionar as formas e meios jurídicos de protegê-los. Com base nessas características, a CEDH procura harmonizar o direito dos Estados contratantes em torno de um padrão mínimo de proteção (ARAI-TAKAHASHI, 2002, p. 17).

Imagine a seguinte situação: a proteção mínima como uma linha reta, segundo a qual o Estado não pode estar abaixo. As únicas opções são: (i) estar na linha; ou (ii) estar acima da linha. Nesse último caso, há um juízo de discricionariedade por parte do Estado. Isto é, as autoridades nacionais podem – e será louvável se o fizerem – garantir uma proteção para além da CEDH e do modo que quiserem. Dessa forma, como será visto no decorrer do trabalho, os Estados possuem uma margem de apreciação para ir além da proteção mínima (SARAIVA, 2022, p. 27).

Desde que respeitem os limites estabelecidos pela Convenção e pela jurisprudência do Tribunal, ou seja, desde que não caiam abaixo do nível mínimo de proteção da Convenção, têm grande liberdade para fazer suas próprias escolhas e decidir quais restrições ou exceções são necessárias e razoáveis (GERARDS, 2014, p. 28).

Dessa forma, o sistema europeu de proteção aos Direitos Humanos implementado

pela CEDH estabeleceu, inicialmente um mecanismo de controle formado por três órgãos: a – extinta – Comissão Europeia de Direitos Humanos (ComEDH), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), e o Comitê de Ministros.

3 A DOCTRINA DA MARGEM DE APRECIÇÃO: UMA ZONA CINZENTA NO TEDH

Na medida em que o TEDH iniciou os julgamentos de casos, deparou-se com diferentes visões nacionais de Direitos Humanos. Com isso, o TEDH se viu diante do dilema como manter-se fiel às suas responsabilidades, sem deixar, ao mesmo tempo, de reconhecer a diversidade de situações políticas, econômicas e sociais de cada um dos Estados.

Assim, a doutrina da margem de apreciação dos Estados foi desenvolvida por meio dos órgãos da CEDH como uma saída jurisprudencial argumentativa para solucionar casos em que se encontra diante desse dilema (NASPOLINI; SILVEIRA, 2016, p. 87).

Não havia, até então, referência expressa à margem de apreciação em nenhum instrumento internacional, até Protocolo n.º 15, que entrou em vigor em 01 de agosto de 2021, alterando o preâmbulo para constar que os Estados tem o dever de assegurar os direitos e liberdades definidos na CEDH e nos Protocolos, e que ao fazê-lo elas gozam de uma margem de apreciação, sob a supervisão do TEDH.

O Protocolo foi motivado após vários descontentamentos de Estados como Alemanha, Países Baixos e Reino Unido. Além disso, com as Conferências de Interlaken (2010), Izmir (2011) e Brighton (2012), sobretudo esta última, o TEDH demonstrou sua disposição de submeter-se à avaliação fundamentada e criteriosa das autoridades nacionais de suas obrigações previstas na CEDH.

A partir de então, deu início à era da subsidiariedade, que pode ser entendida como o empenho maior em conferir poderes aos Estados-membros para “trazerem os direitos para casa”, uma metáfora para afirmar a responsabilidade primária dos Estados com a contenção do TEDH.

Conceitualmente, a margem pode ser melhor definida como a latitude que o governo goza em avaliar as situações fáticas e na aplicação das provisões elencadas nos tratados internacionais de Direitos Humanos (ARAI-TAKAHASHI, 2002, p. 02). Nesse caso, a latitude se refere à utilização da doutrina de forma flexível, mais ou menos ampla, a depender do caso abordado.

A margem de apreciação, portanto, confere aos Estados um espaço de atuação conforme as suas peculiaridades. A margem está baseada, sobretudo, no princípio da subsidiariedade do sistema internacional, que determina a alocação de competências entre os organismos nacionais e internacionais.

A doutrina foi invocada, primeiramente, em 1957, pela ComEDH no caso Grécia c. Reino Unido, com relação ao artigo 15.º da CEDH, que trata sobre a derrogação das obrigações da Convenção em caso de Estado de necessidade. Na ocasião, a Comissão entendeu que o Estado possuía uma “certa margem de discricionariedade” para avaliar a extensão estritamente exigida pela situação.

Nesse caso, a margem conferiu ao Reino Unido poder para avaliar a proporcionalidade da medida utilizada em situação de emergência, como no artigo 15.º da CEDH. Em razão disso, o ComEDH se eximiu de realizar a análise da situação.

A partir de então, o Tribunal também passou a fazer uso de termos como “certa dis-

cricionariedade” e “margem de apreciação”, ambos como sinônimos. Posteriormente, no caso *Handyside c. Reino Unido*, em 1976, que é considerado um avanço decisivo na evolução da margem de apreciação na jurisprudência do TEDH, o Tribunal foi provocado a analisar a questão sobre o livro denominado “*The Little Red Schoolbook*”, publicado no Reino Unido por Richard Handyside (ARAI-TAKAHASHI, 2002, p. 07).

Handyside apresentou queixa ao TEDH, alegando violação aos direitos previstos na CEDH e seus protocolos, nomeadamente: liberdade de expressão; à propriedade; à limitação das restrições aos direitos; e proibição de discriminação. Por sua vez, o Tribunal ressaltou que não lhe cabia substituir a decisão proferida pelas autoridades nacionais, mas tão somente avaliar se houve uma interferência no direito do Requerente e, caso positivo, se as razões apresentadas pelo Estado para justificar as medidas foram legítimas.

O TEDH concluiu que não havia uma concepção uniforme da moral entre os Estados-membros e que, portanto, as autoridades nacionais detinham a melhor posição para decidir sobre o assunto. Logo, utilizou o argumento da melhor posição das autoridades nacionais, sobretudo quando se tratar de questões morais.

Esse é o principal argumento para o que Letsas (2007, p. 90) conceitua como “margem de apreciação estrutural”, que impõe limites aos poderes de revisão judicial em virtude do fato de que a CEDH é uma convenção internacional. A ideia é que o poder do Tribunal para revisar as decisões tomadas pelas autoridades nacionais deve ser mais limitado do que os poderes de um tribunal constitucional nacional ou de outros órgãos nacionais.

Sob o conceito estrutural da doutrina, as autoridades nacionais gozam de uma margem de apreciação, na medida em que o Tribunal não examinará substantivamente a sua decisão. Em geral, a margem de apreciação estrutural é aplicada em casos em que não há consenso entre os Estados-membros (LETSAS, 2007, p. 91).

Comumente, a questão surge nas chamadas “questões sensíveis” que podem colocar em xeque a soberania estatal, como, por exemplo, casos envolvendo o direito à vida, mais especificamente sobre o início e o fim da vida, como aborto, suicídio assistido e eutanásia, e também relacionados aos direitos reprodutivos, como a fertilização *in vitro*, a doação de embriões para pesquisas e maternidade por substituição.

Ao considerar que a moral é variável conforme o local e do tempo, o TEDH não se julga competente para proferir decisões legítimas que declarem a violação dos dispositivos da CEDH. Nestes casos, considera que as autoridades domésticas, por estarem mais próximas dos aspectos culturais, sociais e econômicos do país, estão mais bem posicionadas na tomada de decisão. Considera-se também que a capacidade decisória dos órgãos domésticos é superior a dos órgãos internacionais, pois estes prescindem de recursos, informações, análise de dados e acesso à perícia técnica (CORRÊA, 2017, p. 268).

Destarte, quando se está diante de questões sensíveis, o Tribunal invoca a margem de apreciação e confere às autoridades nacionais um certo grau de discricionariedade, que pode ser mais ou menos amplo. No caso *Handyside*, em se tratando da moral pública do Reino Unido, o TEDH concluiu que os juízes ingleses agiram dentro da margem de apreciação.

Desde então, o TEDH vem ampliando a utilização da margem. Nas decisões, o TEDH ressalta que conferir uma certa margem de apreciação não significa dar poder ilimitado aos Estados-membros. O Tribunal assevera sua posição última na observância do cumprimento das disposições da Convenção. Destarte, considera que a margem anda de mãos

dadas com a supervisão judicial.

Além disso, no caso *Marckx c. Bélgica*, de 1979, sobre filiação, relações familiares e os direitos patrimoniais de filhos considerados ilegítimos, foi feita a relação com a interpretação evolutiva e o chamado “consenso europeu”. Na ocasião, a lei belga previa diferenças sucessórias para filhos legítimos e ilegítimos, com direitos bastante limitados para estes. Destarte, os direitos em causa eram: direito à vida privada e familiar, bem como a proibição de não discriminação.

Apesar da ressalva de que, na promulgação da CEDH, vários países europeus estabeleciam distinções entre a família ilegítima e a legítima, o TEDH salientou que a Convenção deve ser interpretada à luz das circunstâncias atuais, em contraposição à interpretação textualista ou intencionista, segundo a qual uma disposição legal deve significar o que foi considerado originalmente no momento da promulgação da norma ou ainda a aplicação nos casos em que os redatores originalmente pretendiam que fosse aplicada (LETSAS, 2007, p. 60).

O Tribunal destacou que, em 1950, quando a CEDH foi promulgada, muitos Estados faziam a distinção entre a família legítima e ilegítima. Contudo, nas condições do julgamento, notou a evolução contínua da maioria dos membros do Conselho da Europa em realizar um tratamento igualitário.

Em linhas gerais, o consenso europeu é aferido por uma comparação entre os Estados-membros do CE, com análise sobre suas legislações, relatórios das Organizações Internacionais, o Direito da União Europeia e, como no caso, a ratificação de tratados internacionais. Isso demonstra a influência dos métodos do direito comparado sobre o consenso, mais especificamente o método núcleo comum, contudo isso ainda não apresenta uma consistência no Tribunal.

Em uma perspectiva mais crítica e pessimista, sobre o tema Łacki (202,1 p. 188) afirma que o Tribunal não foi capaz de desenvolver uma concepção não arbitrária de como determinar a existência do consenso e, pelas dificuldades inerentes ao método, seria fútil pensar que o Tribunal adotará uma postura diferente no futuro, nem mesmo com a profissionalização do método.

Dessa forma, observam-se as dificuldades de constatar a existência ou não do consenso. A primeira delas é relativa ao número de Estados, considerando a sua lógica majoritária. Para ter um cálculo preciso, a escolha dos Estados que compõe numerador e denominador precisa ser rigorosa e contemplar a todos, em regra. Caso contrário, é necessário que haja a exposição clara dos motivos pelos quais o julgador utilizou uma amostra reduzida para o cálculo, para não correr o risco de ser arbitrário.

Além disso, é difícil acreditar que o Tribunal – ou qualquer outro Tribunal que tenha muitas partes contratantes – realizará uma avaliação das práticas de todos os Estados que compõem o sistema, por motivos de tempo e também de recursos financeiros, o que demanda um estudo complexo de direito comparado. Podem ser esses os motivos pelos quais o Tribunal não se dedica a tratar de todos os membros do Conselho da Europa.

A saída, portanto, seria realizar a avaliação com uma parcela de Estados, em geral, que já adotam práticas sobre o tema em causa. Diante disso, questiona-se o motivo da escolha de determinados Estados nas decisões. Qual o critério para escolher quais Estados serão analisados? É necessária a adoção de critérios objetivos e transparentes para fundamentar as decisões, a fim de que o Tribunal não beire a arbitrariedade, isto é, demonstrar clara-

mente o motivo pelo qual escolheu tratar daqueles Estados para balizar seu entendimento. Parece que o Tribunal deseja manter a análise difusa para evitar as consequências de adotar uma teoria particular e não poder moldá-la ao longo do tempo.

Dessa forma, a margem de apreciação possui uma flexibilidade, podendo ser reconhecida no caso concreto de forma mais ou menos ampla, o que representa mais ou menos espaço de manobra para que o Estado possa agir.

Entretanto, os critérios para a sua utilização, de acordo com esta flexibilidade não estão claros o suficiente, ainda que relacionado ao consenso entre os Estados-membros, a interpretação evolutiva, a proporcionalidade e a própria interpretação do Tribunal. Isso faz, portanto, que a doutrina careça de transparência, o que beira a arbitrariedade. Logo, a margem de apreciação está posicionada em uma zona cinzenta na jurisprudência do TEDH, que merece ser refinada. Enquanto isso não ocorre, segue sendo alvo de muitas críticas.

4 A REPRODUÇÃO DE PADRÕES COLONIAIS PELA UTILIZAÇÃO DA MARGEM DE APECIAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

Com a utilização da margem de apreciação, o Tribunal confere ao Estado a possibilidade de agir com mais ou menos discricionariedade no caso. Essa foi a fórmula que o TEDH encontrou para lidar, por exemplo, com questões ditas sensíveis, nas quais entende que proferir uma decisão de condenação ao Estado poderia usurpar o papel das autoridades nacionais democraticamente eleitas.

Porém, essa utilização acaba sendo utilizada, muitas vezes, para reforçar padrões coloniais hegemônicos no ocidente. Nesse sentido, no caso *Lautsi c. Itália*, o Tribunal pleno considerou que não houve violação à CEDH. Na ocasião, a Requerente pugnava pela condenação do Estado após a negativa de remoção de crucifixos em escolas públicas italianas.

O TEDH concluiu que a presença dos símbolos religiosos na sala de aula resultava da apreciação de cada Estado, que não havia um consenso entre os Estados-membros e que presença de crucifixos não significava doutrinação dos alunos. Dessa forma, alterou a decisão proferida anteriormente, na qual reconheceu a violação do Estado Italiano, considerando, sobretudo, a margem de apreciação do Estado sobre questões religiosas relacionadas à cultura e história.

Ainda sobre aspectos religiosos, o TEDH proferiu decisão no caso *Leyla Sahin c. Turquia*, na qual a Requerente foi proibida de realizar avaliações e assistir aulas na Universidade por usar o véu islâmico, que contrariava a norma da direção sobre cobrir a cabeça. Ela não obteve reparação no âmbito interno e enviou queixa ao TEDH, pugnando pelo reconhecimento da violação à CEDH pelo desrespeito à sua liberdade religiosa.

O TEDH, ao analisar o caso, realizou o teste de quatro etapas, a fim de concluir se a interferência se deu de forma justificada (LETSAS, 2007, p. 86). O TEDH analisa: houve interferência? A interferência está prevista em lei? Há um objetivo legítimo? A interferência é necessária em uma sociedade democrática?

Ao fazer isso, concluiu que houve uma interferência e que estava prevista em lei. Além disso, a proibição de uso do véu se deu o objetivo de salvaguardar direitos e liberdades dos outros indivíduos, bem como de proteger a ordem pública. Especificamente quanto à necessidade democrática, o TEDH assumiu o argumento do Estado de que o véu islâmico é incompatível com o secularismo e com a igualdade de gênero. Logo, era necessária a

restrição.

Dessa forma, o TEDH concluiu que cabia às autoridades nacionais regular a questão, reconhecendo, portanto, sua margem de apreciação ampla. O Tribunal, portanto, se limitou a analisar a proporcionalidade da restrição, que foi devidamente reconhecida. Logo, entendeu pela inexistência de violação à CEDH.

No mesmo sentido, o Tribunal proferiu decisão em *Dogru c. França*. A Requerente, na época, menor de idade, foi expulsa da escola sob o argumento de descumprimento do dever de assiduidade, em razão de não ter retirado o véu islâmico durante as aulas, em contrariedade às normas de segurança da escola.

Dessa forma, mais uma vez foi discutida a liberdade religiosa, presente no artigo 9.º da CEDH e o TEDH, novamente, se limitou a fazer a análise da proporcionalidade da medida com o teste de quatro etapas. O resultado foi o mesmo e o TEDH assinalou novamente a margem de apreciação das autoridades nacionais para regular a questão sobre os símbolos religiosos.

Nos dois últimos casos, o TEDH, por meio do reconhecimento da margem de apreciação ao Estado turco e francês, considerou que é possível restringir o uso do véu islâmico, considerado um símbolo religioso. Entretanto, o mesmo entendimento não foi percebido quando questionado sobre a presença de crucifixo nas escolas públicas italianas, marca do cristianismo e, sobretudo, da religião católica, amplamente utilizada para catequizar e explorar os países colonizados pelos Europeus.

A pretexto da margem de apreciação, do teste de quatro etapas e da inexistência do consenso europeu sobre o tema, o TEDH deu permitiu que Estados-membros proibam o uso do símbolo da religião islâmico, religião esta que é alvo de marginalização e xenofobia no continente. Desta feita, não é possível fazer uma análise jurídica das decisões sem considerar que, de um lado, há uma religião hegemônica e, de outro, uma religião marginalizada e com a chancela do TEDH.

Ao proferir tais decisões, o TEDH se exime de se posicionar de forma mais coerente e incisiva, a fim de não causar indisposições políticas que possam ensejar descontentamento dos Estados-membros. Entretanto, ao fazer isso, o TEDH permite a reprodução de padrões colonialistas.

5 CONCLUSÕES

Conclui-se que a formação do Conselho da Europa e da própria CEDH foram originárias de um contexto cuja a preocupação era a manutenção dos poderes do ocidente, pelo ideal de democracia liberal previsto nos documentos e pela consagração de liberdades individuais no texto da Convenção.

Entretanto, a Europa, apesar do nível de integração, possui ampla diversidade cultural, social e econômica, que reflete nas diferenças de níveis de proteção aos Direitos Humanos. Dessa forma, ainda que a doutrina da margem de apreciação tenha surgido com o objetivo de apaziguar e contemplar, no mesmo sistema, diferentes standards, o tribunal não foi capaz, até o momento de desenvolver critérios claros para a sua aplicação.

Isto é, verifica-se uma relação da margem com o direito em causa, a interpretação evolutiva, o consenso europeu, a posição das autoridades nacionais e o princípio da proporcionalidade. Entretanto, não é possível prever com exatidão quando a margem será reconhecida no caso concreto, com a sua amplitude e a sua importância para o caso, o que

demonstra uma ausência de fundamentação nas decisões do tribunal.

Em razão disso, a utilização da margem para em uma zona cinzenta na qual não é possível identificar de forma objetiva seus critérios. Sendo assim, ao mesmo tempo que a flexibilidade da doutrina serve para reconhecer direitos e violações da Convenção, acaba servindo de base para a reprodução de padrões coloniais presentes na Europa, como analisados nos casos *Lautsi c. Itália*, *Leyla Sahin c. Turquia* e *Dogru c. França*

REFERÊNCIAS

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**. Antwerp: Intersentia, 2002.

BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção europeia dos direitos do homem**: anotada. 5ª ed., rev., e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. **Revista de Direito Internacional**, v. 10, n. 2, pp. 263–279, 2017.

FONSECA, Rui Guerra da. **Proteção internacional dos direitos humanos: introdução à disciplina: sumários desenvolvidos**. Lisboa: AAFDL, 2018.

GERARDS, Janneke. Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal. **Maastricht journal of European and comparative law**, v. 21, n. 4, pp. 630–651, 2014.

_____. Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of human rights. **Human Rights Law Review**, v. 18, pp. 495–515, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?. **Revista de Direito**, v. 12, n. 15, 2009.

ŁĄCKI, Paweł. Consensus as a Basis for Dynamic Interpretation of the ECHR—A Critical Assessment. **Human Rights Law Review**, v. 21, n. 1, pp. 186–202, 2021.

LETSAS, George. Two concepts of the margin of appreciation. In: **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, pp. 80–98, 2007.

NASPOLINI, Samyra H. Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da Silveira. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: Tendências da Corte Europeia. **Cadernos do Pograma de Pós-Graduação Direito UFRGS**, v. 11, n. 1, pp. 80– 92, 2016.

NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 6, n. 11, pp. 66–87, 2018.

POPOVIC, Dragoljub. Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the European Court of human rights. **Creighton L. Rev.**, v. 42, pp. 361–396, 2008.

SARAIVA, Bianca Cartágenes, A margem de apreciação dos Estados no direito internacional dos Direitos Humanos e a proteção mínima, Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade Ciências Jurídico-Internacionais, sob orientação da Professora Doutora Ana Soares Pinto, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/52770>. Acesso em: 18 set 2022.

____. **O direito ao casamento para transexuais e a margem de apreciação dos estados no tribunal europeu de direitos Humanos**. Direito internacional dos direitos humanos [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/2020. Coordenadores: Fernando Antônio de Carvalho Dantas; Jorge Cardona Llorens; Marcos Leite Garcia – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/150a22r2/xww0g7ht/i1Tzb15a9NwvTv6V.pdf>. Acesso em: 15 set 2022.

TEDH. **Handyside c. Reino Unido**. Queixa n.º 5493/72. Tribunal Pleno. Acórdão de 6 dez 1976.

____. **Marckx c. Bélgica**. Queixa n.º 6833/74. Tribunal Pleno. Acórdão de 12 jun 1979.

A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E O PROCESSO DE DESCOLONIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA OPINIÃO CONSULTIVA CHAGOS (2019)

Natalia Imbernom Nascimento⁴²

Luciano Meneguetti Pereira⁴³

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a *Opinião Consultiva Chagos*, emitida pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) em 2019 e a sua importância na ordem internacional contemporânea, sob o enfoque de um processo (e esforços) de superação da estrutura de poder colonial, denominado decolonização, bem como referente aos processos de decolonização. A pesquisa justifica-se, dentre outros motivos, pela importância do referido parecer para o avanço e proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, em especial o direito à autodeterminação dos povos. O que se pôde concluir pelo presente estudo é que a opinião consultiva da CIJ representou um importante e significativo passo para a proteção dos direitos humanos e para o fortalecimento dos processos de decolonização e para a decolonização. Na pesquisa adota-se uma abordagem qualitativa, via organização de conceitos de forma dedutiva, mediante o uso de procedimento bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Direitos humanos; Decolonização; Poder Colonial; Chagos; Corte Internacional de Justiça.

INTRODUÇÃO

Pensar na expulsão de povos de suas terras nativas causa perplexidade para grande parte da população ocidental, livre do domínio do colonialismo já há alguns séculos. Porém, essa é uma realidade ainda atual para os povos do Arquipélago de Chagos, localizado no Oceano Índico, entre a África e a Ásia.

Vítima de um grave atentado contra os direitos humanos, entre os anos de 1968 e 1971, a população chagossiana precisou deixar o território em que vivia, por ordem de seu colonizador – o Reino Unido, para fins de ceder espaço à construção de uma base militar americana. Os quase 2.000 habitantes da ilha foram exilados de suas casas, proibidos de retornar ao território e enviados para países vizinhos, como Seychelles, Ilhas Maurício e o próprio Reino Unido.

A história do arquipélago remonta à 1.532, quando uma expedição portuguesa desco-

⁴² Advogada, com pós-graduação de Direito Civil e Processo Civil

⁴³ Doutorando em Direito Internacional pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Toledo de Ensino (ITE) - Bauru/SP (2011). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar (UNP) - Natal/RN (2007). Especialista em Docência no Ensino Técnico e Superior pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO) - Araçatuba/SP (em andamento). Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO) - Araçatuba/SP (2005).

briu as ilhas de águas cristalinas, ainda desabitadas. A partir disso, sucederam-se disputas pelo domínio do território entre Portugal, França e Inglaterra, vindo o governo britânico a fixar seu poder colonial a partir de 1810 (SAND, 2009).

Formado por aproximadamente 60 ilhas, cuja principal é Diego Garcia, e equidistante da África, Ásia e Indonésia, o território atraiu a atenção dos Estados Unidos pela estratégica localização do ponto de vista político-militar. Após diversas negociações entre governo americano e britânico, no ano de 1966 a coroa inglesa cedeu aos Estados Unidos, em termos de “aluguel”, a ilha de Diego Garcia para a instalação de uma base militar americana.

Essa barganha foi precedida, não coincidentemente, por outro ato de imposição de poder colonial: no ano de 1965, como condição ao reconhecimento da independência das Ilhas Maurício, o governo britânico impôs a conservação de Chagos sob seu domínio, separando-a daquela nação.

O objetivo deste texto é analisar esse caso, denunciar essa tragédia humanitária ainda pouco conhecida internacionalmente, apesar de condenada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) e pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), o que se fará especialmente pela análise do *Parecer Sobre as Consequências Jurídicas da Separação do Arquipélago de Chagos das Maurícias em 1965* (Opinião Consultiva da CIJ, de 25 de fevereiro de 2019), bem como abordar a importância dessa manifestação da CIJ.

Para o alcance dos objetivos propostos, na primeira seção do texto se analisa a diferenciação conceitual entre descolonização, relacionada à ideia de colonialismo, consistente no rompimento da relação formal de dependência entre colonizado e colonizador, e *decolonização*, representada pelo levante epistemológico de afastamento das influências advindas do processo colonizatório.

Na segunda seção se apresenta o caso do Arquipélago de Chagos, localizado no Oceano Índico, cujos nativos tiveram seus direitos humanos violados ao serem expulsos de suas terras para ceder espaço à construção de uma base militar americana, na forma de arrendamento do território pela coroa britânica.

Por fim, na terceira seção é abordada a atuação das Nações Unidas e da CIJ, responsáveis pela emissão de resoluções e pareceres condenatórios ao abuso cometido pelo Reino Unido contra os habitantes do referido arquipélago e contra a integridade territorial das Ilhas Maurício, de onde Chagos fazia parte.

Na pesquisa adota-se uma abordagem qualitativa, via organização de conceitos de forma dedutiva, mediante o uso de procedimento bibliográfico e documental.

1. DESCOLONIZAÇÃO E DECOLONIALIDADE: DIFERENÇAS ESTRUTURAIS

A história civilizacional é fortemente marcada pela disputa de poder e territórios, sob os mais variados instrumentos de dominação (política, social, cultural e econômica), fortemente representada na velha roupagem do colonialismo.

Os povos gregos, otomanos e romanos já praticavam a colonização, aparentemente superada nos tempos atuais. Mas foram os países europeus que mais se beneficiaram e disseminaram a prática, sobretudo no século XVI, quando as grandes navegações possibilitaram o transporte de elevado número de pessoas para longas distâncias (KOHN, 2014).

Nesse período, territórios até então desconhecidos ou isolados, foram descobertos e, a partir de então, exaustivamente explorados pelo controle de todas as formas de produção advindas da colônia, pelo emprego de mão de obra brutalmente escravizada e pelo esgo-

tamento das riquezas naturais do local. Esse processo propiciou a acumulação de capital pelos países europeus, acentuando a superioridade do chamado Norte Global, outrora conhecido como primeiro mundo ou nações desenvolvidas, em contraponto aos demais países de terceiro mundo ou subdesenvolvidos, vítimas do processo colonizatório.

O suposto espírito de liberdade instaurado no fim da Idade Moderna pela Revolução Francesa e os ideais iluministas inspiraram o processo de *descolonização*, a começar pela proclamação de independência das colônias americanas. Os europeus, todavia, continuaram a explorar as regiões da África e Ásia, onde está situado o Arquipélago de Chagos.

Movimento de relevante importância para a liberdade dos ditos países subdesenvolvidos, a descolonização se traduz no rompimento da *relação formal* de dependência entre colônias e colonizadores. Essa pretensa autonomia, porém, não se mostrou suficiente para a completa desestruturação da influência dos colonizadores sobre seus antigos e subjuga- dos territórios, profundamente marcados pela estrutura de poder colonial.

É nesse contexto que surgem os estudos sobre a *decolonialidade*, que se traduz no esforço de superação da herança de influência colonial em todas as suas vertentes, com especial importância para o âmbito cultural, educacional e de práticas sociais.

Ao passo que a colonização está relacionada à ideia de colonialismo, período específico traduzido na prática de subjugação de um povo perante outro, a colonialidade remete à permanência da *estrutura de poder colonial*, notadamente atrelada a raízes europeias.

Mesmo decorrido muito tempo do fim de diversas colônias e de seus processos de independência, a colonialidade permanece visível, representando, ainda, “o modo geral de dominação no mundo atual, uma vez que o colonialismo, como ordem política explícita, foi destruído” (QUIJANO, 2006, p. 419).

Nesse aspecto, ao se considerar as relações de poder e saber como marcas centrais estruturantes do sujeito e, em última análise, de uma nação (FOUCAULT, 2005), destaca-se fortemente a importância da decolonialidade como meio de reafirmação e fortalecimento da identidade de um Estado e sua nação.

As relações de poder, tais como funcionam numa sociedade como a nossa, têm essencialmente como ponto de ancoragem uma certa relação de força estabelecida em dado momento, historicamente precisável, na guerra e pela guerra. E, se é verdade que o poder político para a guerra, faz reinar ou tenta fazer reinar uma paz na sociedade civil, não é de modo algum para suspender os efeitos da guerra ou para neutralizar o desequilíbrio que se manifestou na batalha final da guerra. O poder político, nessa hipótese, teria como função reinserir perpetuamente essa relação de força, mediante uma espécie de guerra silenciosa, e de reinseri-la nas instituições, nas desigualdades econômicas, na linguagem, até nos corpos de uns e de outros. (FOUCAULT, 2005, p. 22, grifo nosso).

As marcas estruturais de poder colonial e também do chamado *eurocentrismo* denotam verdadeira *guerra silenciosa*, que perpetua os traços de desigualdade, subjugação e assujeitamento do colonizado, reiteradamente marginalizado.

Nas palavras de Fanon (1968, p. 205), a luta pela libertação não induz ao restabelecimento dos valores e contornos antigos da nação oprimida, uma vez que, findo o colonialismo, há também o desaparecimento do colonizado, que se esvai em meio às marcas da dominação. Portanto, restaurar a identidade e a força do povo um dia colonizado, dando

voz ao seu discurso é a função dos estudos e esforços decoloniais.

2. O ARQUIPÉLAGO CHAGOS E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Um conjunto de pequenas ilhas de paisagem estonteante, mar cristalino, situado no meio do Oceano Índico e de natureza quase intocada pelo ser humano, o Arquipélago Chagos seria um verdadeiro paraíso, não fosse pela triste história de dominação e sofrimento de seu povo nativo.

Pertencente à coroa britânica desde meados do século XIX e anexo ao território das ilhas Maurício, o arquipélago de Chagos foi objeto de verdadeira barganha política quando do processo de independência daquele país. Como condição à concessão da autonomia às ilhas Maurício, em 1965, o Reino Unido impôs a separação do território de Chagos, que permaneceu sob domínio da coroa britânica.

Essa negociação foi secretamente motivada pelo interesse dos Estados Unidos em construir uma base militar em meio à maior ilha daquele arquipélago, chamada Diego Garcia, mediante o pagamento de alguns milhões de libras esterlinas (HARRIS, 2020). Assim, com vistas à concessão de um arrendamento daquelas terras ao governo americano, a coroa britânica conservou seu domínio sobre Chagos, oficializando a cessão do local logo após a sua separação da nação mauriciana.

Território de privilegiada localização, o arquipélago era habitado por poucos milhares de pessoas (aproximadamente duas mil), predominantemente negras ou indígenas, pobres e descendentes de escravos levados ao arquipélago para o cultivo de plantações de coco. Alvos fáceis de subjugação, portanto.

Junte-se a isso a já mencionada geografia local estratégica, isolada e ideal para fins militares, além de condições meteorológicas amenas. Todos esses atributos tornaram Chagos excepcionalmente atrativa para os Estados Unidos, que exigiram do Reino Unido a retirada de todos os habitantes do local para a instalação de sua base militar (HARRIS, 2020).

Iniciou-se, então, uma verdadeira tragédia humanitária. Famílias foram sumariamente expulsas de suas casas, podendo levar consigo apenas alguns pertences pessoais, sem direito a retorno ao local, nem mesmo para visitar os túmulos de seus antepassados.

A deportação real dos restantes 359 “não-povos” de Diego Garcia (compreendendo 36 famílias chagossianas e cerca de 100 trabalhadores sheychelianos) foi organizada entre julho e outubro de 1971 pelo governador britânico das Seychelles atuando como comissário do BIOT, com assistência logística da Marinha dos EUA. Em 15 de outubro, uma congregação de 35 ilois [chagossianos] realizou seu último culto na igreja da ilha, antes de ser embarcado no MV Nordvaer para ser levado para as Seychelles e de lá para Maurício (com uma mala por pessoa, junto com cinco cavalos de plantação, mas sem seus animais domésticos). Em uma operação final bizarra, sob ordens pessoais do comissário (Sir Bruce Greatbatch, KCVO CMG MBE), o gerente da plantação e os soldados americanos exterminaram – por rifle, gás e fogo – cerca de 800 cães de estimação que os ilhéus tiveram que deixar para trás (SAND, 2009. p. 34, tradução nossa).

Gradativamente, entre os anos de 1968 e 1971, a população chagossiana foi evacuada de suas terras, espalhando-se pelas ilhas de Seychelles, Maurício e pelo próprio Reino Unido.

Uma das mais importantes bases militares americanas, a sede instalada em Diego Garcia é ainda pouco conhecida no mundo, bem como toda a história de injustiça colonial que lhe permeia. Não bastasse a ignorância acerca desse vergonhoso escambo, é inegável o descaso sofrido pelo povo desterrado, vítima também de notável arrogância por parte dos governos britânico e americano, que lançaram suas mãos colonialistas e elitistas sobre essa pequena, pobre e marginalizada população.

Os chagossianos nunca puderam se autodeterminar. Foram tolhidos dos seus direitos fundamentais mais básicos, incluindo a liberdade em todos os aspectos. Somente após muitos anos de luta e protestos, suas vozes começaram a ecoar, trazendo algumas (mínimas) compensações, tais como indenização financeira por parte do Reino Unido, o reconhecimento da cidadania britânica e até a possibilidade de retornar, ainda que brevemente, às ilhas de Chagos (HARRIS, 2020).

Um pequeno esboço de liberdade, entretanto.

3. A OPINIÃO CONSULTIVA DA CIJ – LEGAL CONSEQUENCES OF THE SEPARATION OF THE CHAGOS ARCHIPELAGO FROM MAURITIUS IN 1965 (ADVISORY OPINION OF 25 FEBRUARY 2019)

A violação dos direitos humanos dos habitantes de Chagos foi reiteradamente denunciada a organismos internacionais e, em 22 de junho de 2017, por solicitação promovida pela República de Maurício, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução n. 71/292, solicitando à CIJ a emissão de um parecer consultivo sobre o caso.

Com fundamento no art. 96 da Carta das Nações Unidas, a AGNU solicitou à CIJ, em conformidade com o art. 65 de seu Estatuto, que emitisse um parecer consultivo sobre as seguintes questões:

(a) O processo de descolonização das Maurícias foi legalmente concluído quando as Maurícias obtiveram a independência em 1968, após a separação do Arquipélago de Chagos das Maurícias e tendo em conta o direito internacional, incluindo as obrigações refletidas nas resoluções da Assembleia Geral 1514 (XV) de 14 Dezembro de 1960, 2066 (XX) de 16 de Dezembro de 1965, 2232 (XXI) de 20 de Dezembro de 1966 e 2357 (XXII) de 19 de Dezembro de 1967?;

(b) Quais são as consequências de acordo com o direito internacional, incluindo as obrigações refletidas nas resoluções acima mencionadas, decorrentes da administração continuada pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte do Arquipélago de Chagos, inclusive no que diz respeito à incapacidade das Maurícias de implementar um programa de reassentamento de seus nacionais no Arquipélago de Chagos, em particular os de origem chagossiana? (UNITED NATIONS, 2017, tradução nossa).

Como se nota, a Corte foi instada a analisar a legitimidade do processo de descolonização da então República de Maurício e da separação do arquipélago de Chagos de seu território. O Tribunal também foi questionado sobre as consequências da manutenção da administração do arquipélago pelo Reino Unido e a proibição de reassentamento dos cidadãos mauricianos no arquipélago, especialmente aqueles efetivamente nativos de Chagos (ICJ, 2019).

Em fevereiro de 2019, em sua Opinião Consultiva (*Legal Consequences of the Separation*

of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965), a CIJ entendeu ser ilegal, de acordo com as normas e princípios do Direito Internacional, a ocupação e a dominação contínua de Chagos por parte do Reino Unido, bem como ser ilegítimo o processo de descolonização das Ilhas Maurício, às quais pertencia o arquipélago (ICJ, 2019).

Ao analisar a situação com profundidade, a CIJ considerou que a separação do arquipélago de Chagos da então colônia britânica de Maurício se deu na contramão do direito à *autodeterminação dos povos* e, como resultado, a descolonização das Ilhas Maurício não foi concluída em conformidade com o Direito Internacional. Consequentemente, a Corte considerou que a administração contínua do referido arquipélago pelo Reino Unido, que inclui a maior base naval dos EUA no Oceano Índico (Diego Garcia), constitui, em caráter de continuidade, um ato internacionalmente ilícito que o Reino Unido tem a obrigação de cessar assim que possível (ICJ, 2019).

Em seu parecer, a CIJ também ressaltou a obrigação solidária de todos os Estados membros das Nações Unidas cooperarem para a completa descolonização das Ilhas Maurício, dado o caráter *erga omnes* do direito à autodeterminação dos povos. E complementou asseverando que a AGNU deve se pronunciar sobre os meios necessários à garantia da completa descolonização, bem como seus Estados-membros têm o dever de cooperar para assegurar a efetividade desses meios (ICJ, 2019).

Vale aqui registrar trecho do voto do então juiz Cançado Trindade (*Separate Opinion*) e do que nele se contém, onde o ex-juiz reafirma a importância do direito à autodeterminação dos povos, amplamente assegurado nas resoluções da AGNU, destacando a importância da descolonização no aspecto humanitário do Direito Internacionais Contemporâneo:

... começarei abordando o antigo reconhecimento e compromisso das Nações Unidas com o direito fundamental à autodeterminação dos povos, a partir de 1950, conforme refletido em sucessivas resoluções da Assembleia Geral. A seguir, examinarei a erradicação do colonialismo, com a projeção no tempo da Declaração da ONU de 1960 sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais, e das sucessivas resoluções da Assembleia Geral da ONU. Em sequência lógica, me deterei na formação do direito internacional de descolonização como manifestação da humanização do direito internacional contemporâneo (ICJ, 2019b).

A Corte considerou ainda que o destacamento de Chagos não foi expressado por livre vontade do governo de Maurício, cuja integridade territorial restou ofendida pela imposição da separação pelo Reino Unido. Conforme afirma Bestfort T. Rrecaj (2020, tradução nossa)

inter alia, o tribunal considerou que o acordo entre o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Reino Unido) e Maurício, concluído em 1965, deixando o Arquipélago de Chagos sob administração do Reino Unido após a conclusão da descolonização, era falho porque não tinha a liberdade de expressão da vontade do povo do lado das Maurícias.

Por fim, o parecer recomendou que o Reino Unido empregasse todos os esforços para devolver o território de Chagos à República de Maurício o mais rápido possível (CIJ, 2019).

Logo após a emissão desse parecer pela Corte Internacional de Justiça, em maio de

2019, a AGNU seguiu a mesma linha ao emitir uma resolução que determinou a retirada da administração colonial do Reino Unido sobre o arquipélago de Chagos, no prazo de *seis meses* (MONAGHAN, 2021, p. 156). Todavia, transcorrido o prazo, a resolução continua sem cumprimento por parte do Reino Unido, sendo que aqui reside um significativo problema quanto à eficácia das decisões da Corte Internacional de Justiça.

Em razão de sua natureza, o parecer consultivo da CIJ não tem força vinculante, mas apenas orientadora, assemelhada a uma norma moral ou *soft law*, destituída, portanto, de força cogente. No entanto, no entendimento de Paulo H. G. Portella (2019, p. 71), essa característica não exclui, em todo caso, a importância das resoluções como parâmetros interpretativos, com alta relevância política e moral. Isso é diferente do que ocorre no âmbito contencioso, uma vez que nos termos do art. 59 de seu próprio Estatuto, a decisão proferida pela CIJ é “obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão” (CIJ, 1945), produzindo efeitos juridicamente vinculantes para as partes em litígio.

Apesar das críticas que podem ser feitas ao parecer sob análise, que não serão aqui abordadas dadas as limitações desta pesquisa, torna-se possível concluir que a opinião consultiva da CIJ no caso ora analisado revela-se de absoluta importância, no sentido de reforçar a prática onusiana de reconhecimento e fortalecimento do direito à autodeterminação dos povos, que já data de décadas.

É possível afirmar que o parecer da CIJ constitui uma decisão de denso significado jurídico e político. Isto porque, diante de uma rara oportunidade de se pronunciar sobre o direito à autodeterminação e sobre as regras que regem a descolonização, a Corte respondeu com considerável franqueza.

O que se extrai dessa opinião consultiva é que, além de aproximar os chagossianos da perspectiva de retorno às ilhas de onde foram secreta e abusivamente expulsos há meio século, o pronunciamento da CIJ e seu contexto político podem ser entendidos como parte de uma mudança mais ampla nas relações Norte/Sul, nas quais potências como o Reino Unido devem aceitar uma influência sua cada vez menor no cenário mundial e em que as vozes das ex-colônias estão cada vez mais moldando o cenário institucional e normativo, como fruto de um processo de descolonização que, ao que parece, está ainda muito longe de terminar.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusões, o presente trabalho teve como objetivo analisar a *Opinião Consultiva Chagos*, emitida pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) em 2019 e a sua importância na ordem internacional contemporânea, especialmente no tocante ao fenômeno que vem sendo denominado como descolonização.

A importância do referido parecer da CIJ é indiscutível para o avanço e proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, em especial o direito à autodeterminação dos povos. O que se pode concluir pelo presente estudo é que, apesar da opinião consultiva da Corte não ter força juridicamente vinculativa, ela representa um importante passo para o fortalecimento da proteção dos direitos humanos, em especial do direito à autodeterminação, bem como contribui para o fortalecimento das lutas emancipatórias que têm sido travadas entre ex-colônias e seus colonizadores.

O levantamento bibliográfico e documental sobre as questões acerca da temática da

descolonialidade e de suas consequências aos povos colonizados denuncia que há, ainda, muito trabalho a ser feito.

O ilustrativo caso de ofensas aos direitos humanos perpetradas contra os nativos do arquipélago de Chagos e das ilhas Maurício denota a necessidade de se pensar, discutir e fortalecer os processos de descolonialidade oriundos da descolonialidade. É preciso, portanto, romper os laços invisíveis dessa guerra silenciosa, a fim de restabelecer a identidade e a força das nações emancipadas, preservando e reforçando sua herança cultural, bem como respeitando-se as suas origens e história.

REFERÊNCIAS

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FOULCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HARRIS, Peter. A footprint of unfreedom: the future of naval support facility. In: **The Air Force Journal of Indo-Pacific Affairs**, Air University, Maxwell AFB, Alabama, Vol. 3, n. 2, p. 78-97, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3Sh7cWT>. Acesso em 15 set. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965**, 2019, General List n.169. Advisory Opinion. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/169>. Acesso em 17 set. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965**. Separate Opinion of Judge Cañado Trindade, 2019b. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-04-EN.pdf>. Acesso em 17 set. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Statute of the International Court of Justice**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em 17 set. 2022.

KOHN, Margaret. Colonialism. In: ZALTA, E. N. (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Center for the Study of Language and Information, 2014 [virtual encyclopedia]. Disponível em: <https://stanford.io/3BQjXm5>. Acesso em: 15 set. 2022.

MONAGHAN, Chris. Reflections on the UK's Assertion of Sovereignty over the Chagos Archipelago in the Wake of the Chagos Advisory Opinion. In: BURRI, Thomas; TRINIDAD, James. **The International Court of Justice and Decolonisation: New Directions from the Chagos Advisory Opinion**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 144-158.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade e modernidade-racionalidade. In: BONILLA, Heraclio. **Os conquistados: 1492 e a população indígena das Américas**. São Paulo: Hucitec, 2006.

RRECAJ, Besfort T. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (ICJ Advisory Opinion, 25 February 2019, General List No. 169), **Utrecht Journal of International and European Law**, 35(1), pp. 50–55. DOI: <https://doi.org/10.5334/ujel.492>. Acesso em 17 set. 2022.

SAND, Peter H. **United States and Britain in Diego Garcia: the future of a controversial base**. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution adopted by the General Assembly on 22 June 2017. 71/292**. Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965. Disponível em: <https://bit.ly/3Bxuwcy>. Acesso em 17 set. 2022.

A DECOLONIAL PERSPECTIVE FROM THE HAYA DE LA TORRE CASE

Sibebe Walkiria Lopes⁴⁴

Abstract: The present work seeks to analyze the Haya de la Torre Case (Colombia vs. Peru), from a decolonial perspective. It is a paradigmatic case: in that it emphasizes typically regional legal institutes and seeks, including the recognition of a regional custom on the issue of asylum and in which the existence of an American International Law is emphasized. The International Court of Justice decision on the Haya de la Torre Case mentioned above in three procedural opportunities, which will allow the Court to analyze the demand on various perspectives, within the strict delimitation brought by the parties in the controversy.

Keywords: International Law - International Court of Justice- Haya de La Torre Case - Decolonial Perspective.

1. Introduction

The present work seeks to analyze the Haya de La Torre Case (Colombia vs. Peru), from a decolonial perspective. It is a paradigmatic case, in that it emphasizes typically regional legal institutes and seeks, including the recognition of a regional custom on the issue of asylum and in which the existence of an American International Law is emphasized.

The International Court of Justice decision the case mentioned above in three procedural opportunities, which will allow the Court to analyze the demand on various perspectives, within the strict delimitation brought by the parties in the controversy.

The analysis of this case will be carried out from a decolonial perspective, “as a moment and process” with regard to international norms, behold, the normative core in the Haya de La Torre Case, is essentially limited to International Treaties and Conventions of regional validity and applicability and, even, the solution after the Court’s pronouncement, will result in the creation of regional international norms.

The present study is divided into three main parts. It aims to address the main aspects of the Haya de La Torre Case, (i) the demand on the Right of Asylum; (ii) the demand regarding interpretation on the right of asylum and (iii) the Haya de la Torre Case itself. The analysis will be conducted through a deductive method used is the deductive based on the case study.

⁴⁴ PhD student and Master in International Law at the Faculty of Law of the University of São Paulo- Researcher at the Center for Studies in International Courts-NETI/USP and Coordinator of the Subgroup dedicated to the study of the International Court of Justice. Postgraduate in International Law at PUC/SP and in International Relations at San Tiago Dantas. University professor and lawyer.

2. The Haya de la Torre's Right of Asylum (1950)

The political leader Víctor Raul Haya de la Torre, leader of a political party called the American Revolutionary People's Alliance, was accused of having inspired and instigated a military rebellion that broke out on October 3, 1948, and was detained on the same day. The rebellion has led to the declared a state of siege in Peru - a period in which certain constitutional guarantees were suspended. This situation lasted from October 4, 1948, until the beginning of February 1949. (MENEZES, 2007, p.235).

On October 4, a decree that accused the aforementioned political party was published, which consequently implicated Haya de la Torre for the rebellion. Thus, a criminal prosecution before the Peruvian justice ensued, in which Haya de la Torre and other members of the American Revolutionary People's Alliance were accused of military rebellion. On October 27, 1948, a military junta ascended to power and determined - by through a decree - the establishment of "war councils" with the goal of instituting martial courts to summarily judge cases of rebellion, sedition (insurgencies against the constituted authority) and mutiny. However, this decree was not applied to the case of Haya de la Torre and the other accused party members (ICJ, 1950, p. 272-273).

A posteriori, with the intention of making the citation of Haya de la Torre and the other accused, on November 16, 1948, and in the following days, a court order was published in the official newspaper *El Peru* that determined the compulsory attendance of all of them before the investigating judge, so that they could defend themselves against the charges related to the "offense of military rebellion". Haya de la Torre did not report to the Peruvian authorities, which in turn made an unsuccessful attempt to capture him.

On January 3, 1949, Haya de La Torre finally requested diplomatic asylum at the Colombian embassy in Lima. (MENEZES, 2007, p. 235-238). The request was granted January 3, 1949. As a result, the Colombian ambassador sent a letter to Peru's foreign minister, stating that Haya de La Torre was at the Colombian mission's office and requested the granting of the safe conduct on January 4, 1949 (MELLO,1962, p.321). With the safe conduct, Haya de la Torre would be able to leave Peru "with the usual facilities established by the right of diplomatic asylum" (ICJ, 1950, p.273), thus avoiding his imminent imprisonment. (MELLO,1962, p.321)

On January 14, 1949, Haya de la Torre granted political asylum by the Colombian authorities. However, the Peruvian government did not recognize this statute, and therefore denied the safe conduct, claiming that the crimes allegedly committed by Haya de La Torre were common crimes. For this reason, the Peruvian authorities requested the surrender the La Torre for trial (RANGEL, 2010, p.415).

The diplomatic negotiations *in casu* that ensued were fruitless, which is why Colombia and Peru signed an Act in Lima on August 31, 1949, in which both governments agreed to seek international judicial position from the International Court of Justice in order to peacefully resolve the controversy.

2.1. The Controversy submitted to the International Court of Justice

In memorials, Colombia based its considerations on two main points, upon which the International Court of Justice should manifest its position (MENEZES, 2013). First, regarding Colombia's right "as the country granting asylum [...] to qualify the offence that led to the asylum application" based on the "obligations resulting in particular from the

Bolivarian Agreement on Extradition of July 18th, 1911, and the Havana Convention on Asylum of February 20th, 1928, and American International Law in general⁴⁵ (ICJ, 1950, p.270). Second whether Peru, “as the territorial State, is bound in the case now before the Court give the guarantees necessary for the departure of M. Víctor Raul Haya de La Torre the country with due regard to inviolability of this person” (ICJ, 1950, p.271).

In turn, in its counter-memorials and counterclaim, Peru maintained:

[T]he grant of asylum by the Colombian Ambassador at Lima to Víctor Raúl Haya de La Torre was made in violation of Article I, paragraph I, and of Article 2, paragraph 2, item I (inciso primero) of the Convention on Asylum signed in 1928, and that in case the maintenance of the asylum constitutes at the present time a violation of that treaty.” (ICJ, 1950, p.271).

After both the written and oral procedural phase, the Court began to analyze the *veraxata quaestio*.

2.1.1. ICJ Assessment of Colombia’s Allegations: The Rules of International Law that Supported the Granting of Asylum

Prima facie, Colombia has legally based its ability to qualify the nature of the crime attributed to Haya de la Torre – which would consequently result in the granting of political asylum – in three international documents (VISSCHER, 1963, p.231), which embodied conventional norms of regional international law, with applicability and validity among the American signatory States: the Bolivarian Agreement of 1911 on extradition; the 1928 Havana Convention on asylum and the Montevideo Convention of 1933, and, finally, American International Law.

On the question of Colombia’s ability to assess the legal nature of the crime - whether common or political – ICJ considered that it was a faculty of the diplomatic representative who should first analyze the fulfillment of the conditions prescribed in the conventional international norms governing of the legal institute of asylum; and a posteriori, the classification of the crime as a political, and the ICJ Judges stressed that, if there were challenges concerning the classification, there were methods provided for in the international documents mentioned above to definitively resolve the issue (ICJ, 1950, p. 274).

Colombia argued that it had the crystal right to classify the crime unilaterally and definitively, and that, consequently, once classified as a political crime, it would bind and oblige Peru to respect the safe conduct issued by Colombian Embassy.

The regional extradition treaty, the Bolivarian Agreement of 1911, recognized in one of its dispositions that article that the legal institute of asylum should be in accordance with the principles of international law. However, the Court considered that these principles do not attribute the right of “unilateral qualification” to crime (ICJ, 1950, p.274). The Colombian authorities argued to the Court that the fact that the Bolivarian Agreement lays down the rules for extradition, “cannot be deduced from conclusions that fit diplomatic asylum” (ICJ, 1950, p. 275).

In this compass, the International Court of Justice presents a salutary distinction. In the case of extradition, the asylum seeker is already in the territory of the State of asylum, and in this case, if the asylum is granted, this decision does not have the power to deroga-

te from the sovereignty of the State in which he committed the crime. However, the same similarity is not envisaged in the case of the legal institute concerning diplomatic asylum, since the asylum seeker is located exactly in the territory of the State in which he committed the crime, ipso facto, the granting decision of the asylum derogates the sovereignty of the territorial State, subtracting from it, that the alleged criminal is under the pallium of his state judicial protection (ICJ, 1950, p. 274-275).

In interpreting the 1928 Pan American Convention on the Right to Asylum (VISSCHER, 1963, p. 282), the Court asserted that it provided that, in certain circumstances, asylum could be agreed in a foreign embassy to a national political refugee of the territorial state. However, it recognized the lack, implicit or explicit, of the right of a unilateral qualification, as Colombia argued (ICJ, 1950, p. 275-276).

Moreover, the International Court of Justice ruled on the Montevideo Convention of 1933, and issued the understanding that the Convention could not be invoked in accordance with the *pacta sunt servanda* principle, for the formal requirement indispensable to generate mandatory in the international sphere is absent: Peru has not ratified the document (ICJ, 1950, p. 276).

With regard to the existence of an American international law, upon which “a regional or local custom, proper to the States of Latin America, would be founded”, the Court stated that “the party invoking a custom of this nature must prove that it constitutes in such a way that it is obligatory for the other party”, as well as “prove a constant and uniform use, by the States concerned, this custom translates a right belonging to the granting State of asylum and a duty of the territorial State” and as provided for in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice “the international custom as proof of a general practice accepted as a legal norm” (BARILE, 1978, p.60).

The Court ruled that Colombia was unsuccessful in proving the existence of a constant and uniform use, regional or local (BASTID, 1951, p.628) – customary (VISSCHER, 1963, p.223-225) - with regard to the “unilateral qualification as a right of the state of asylum and an obligation of the territorial state”(ICJ, 1950, p.276), since Colombia, based one in several conventions, but mainly on the Montevideo Convention of 1933, stated that this treaty “coded the principles already recognized by custom in Latin America and that, for this reason it could be opposable to Peru as proof of the existence of the customary law”, the Court, however, found that there were few states that ratified this Convention, *ipso facto*, this thesis should be rejected.

The Court explained that the facts presented by Colombia had contradictions and fluctuations that made it impossible to discern unequivocally the existence of a regional international custom (VISSCHER, 1963, p. 235-236), which could be dazzled that unilateral qualification constitutes in Latin America “a peculiar use” - that has the force of law (ICJ, 1950, p.277).

Ex positis, in the opinion of the Judges of the International Court of Justice, Colombia, as the State granting the asylum, did not have the competence to assess unilaterally and definitively the classification of the nature of the crime in question, which would therefore impact on Peru’s obligation to grant the safe conduct (ICJ, 1950, 278).

Another relevant argument raised by Colombia was that Peru should issue the safe conduct, “which would allow the incarnated to leave the country with complete security”. Disconnecting from the question of whether “asylum had been granted and maintained

on a regular basis”, the Court addressed the analysis of the clause present in the 1928 Havana Convention, which provided guarantees to the asylum seeker. It found that the aforementioned clause would only apply if the territorial State first required the asylum seeker to leave its territory, and only, from then on, it would be appropriate for the diplomatic agent to demand the safe conduct.

Nevertheless, the Court showed that the precedence of this request for Haya de la Torre to leave Peru was not in existence. Nevertheless, it pointed out that it was a practice that was repeatedly adopted by diplomatic agents to immediately apply for safe conduct in favor of that which was granted the asylum, on an immediate basis, however, that request is only appropriate, even though it does not require the territorial State to issue it (ICJ, 1950, 278-279).

2.1.2. Court’s Assessment of Peru’s Arguments

In limine, Peru, by submitting a counter-claim, called on the International Court of Justice to rule on the alleged violation of the Havana Convention by Colombia, on the ground that it granted asylum to Haya de la Torre, who was being accused of a common crime, and could not be classified as a political and that there was no urgency that would justify granting the asylum, under the Convention in question. Finally, Peru stressed that at no time had it requested the handing over of Haya de la Torre (ICJ, 1950, p. 281-282).

The International Court of Justice, in analyzing the counter-claim, considered that the asylum seeker was being charged with the crime of military rebellion, which, however, is not a common crime.

In regard to absence of alleged urgency, the Court has accepted Peru’s allegations, and behold, the essential justification of the legal institute of asylum rests precisely on the imminence or persistence of a danger to the person of the asylum seeker. The Court, based on the technical issues of the case, considered that between the military rebellion and the granting of asylum three months had passed, and therefore stressed that the granting of the asylum of Haya de la Torre did not fit the protection of his person for humanitarian reasons: “against the violent and disorderly action of irresponsible elements of the population” (ICJ, 1950, p.283).

Moreover, the Court vehemently asserted that the danger that Haya de la Torre faced was precisely that of being prosecuted in the State, with which he had the legal-political bond of nationality and that the main scope of the Havana Convention was not in any way “to protect citizens who had been attacked against the institutions of his country from ordinary judicial proceedings” (ICJ, 1950, p.286).

Nevertheless, the Court held that the granting of asylum - legitimately and in accordance with international standards - was not enough only for the individual to have been accused of a political crime in order to have the right to asylum, “which is only opposable to the action of the judiciary, when arbitrary action has overlapped with the rule of law”. It found, that it was not proven that the situation existing in Peru at the time of the facts implied the subordination of the judiciary to the executive branch or even the abolition of judicial guarantees.

The Court asserted that the Havana Convention could not establish a legal regime that would guarantee those accused of political crimes the privilege of evading their national jurisdiction, since this view is diametrically opposed to one of Latin America’s longest-fo-

remost traditions with regard to the principle of non-intervention (WALSH, 1935).

The Court emphasized that if the 1928 Havana Convention had intended to grant general protection to every person persecuted for political crimes during revolutionary successes, it would be precisely because it was assumed that the administration of justice by the judiciary would, in these extreme circumstances, be inexorably altered or weakened by - the revolutionary successes -, to competing especially offensive foreign interference in the internal affairs of States (ICJ, 1950, p.286-287).

Regarding the numerous cases cited by Colombia to support its thesis, the Court considered that there were considerations of political opportunity or convenience (discretion) that led to the recognition of asylum, noting, “without this decision based on a feeling of legal obligation” (ICJ, 1950, p.286-288), in addition, it explained that “in Latin America, asylum is an institution whose development is largely due to extralegal factors”. (ICJ, 1950, p.286-288).

2.1.3. The Provision of the Decision of the International Court of Justice on 20 November 1950

The Court ruled by fourteen votes to two that Colombia did not have the right to unilaterally classify the offense allegedly committed by Haya de La Torre. The votes won were the judges Azevedo and Caicedo Castilla. Moreover, the Court ruled by fifteen votes against one that Peru was not obliged to send the safe conduct to the incarnated. The unsuccessful vote was of Caicedo Castilla.

The Court, by fifteen votes to one, did not accept Peru’s thesis which consisted in the recognition that the crimes committed by Haya de La Torre were of a common nature, and that is therefore no violation of the article of the Havana Convention which provided for the impossibility of granting asylum to persons accused of common crimes, behold, the prosecution in this case was exclusively related to the military rebellion, that in the Court’s view: ‘military rebellion does not constitute a common offense in itself.’

By ten votes to six, despite not criticizing the position of the Colombian Ambassador in Lima, the Court considered that “the conditions necessary to be able to grant asylum in accordance with the treaties relevant to the present case”, were not met (VELASCO, 1958, p. 291-305), what is the imminence or persistence of danger to the person of the asylum, which would therefore legitimately endeavor in the granting of asylum, which would therefore legitimately lead to the granting of asylum, depending on the Interpretation of the International Court of Justice on the Havana Convention, since it could not oppose the asylum to judicial proceedings before the judicial authorities acting in accordance with the law (ICJ, 1950, p.288).

Ex positis, it is apparent that the *decisum* has strictly adhered to the requests made by the parties, however, left insoluble the situation of Haya de la Torre, because of this, Colombia would provoke novel manifestation of the Court, through the interpretation of the decision.

3. The Interpretation of the Decision of November 20th, 1950

On the same day that the decision on the Haya de La Torre case, Colombia, filed with an interpretation petition before the International Court of Justice (BASTID, 1951, p.594). In view of this request, the Court first examined the formal requirements related

to the admissibility of the petition, so that the interpretation can fulfill its scope of clear the meaning and scope of what was decided with force obligatory in the decision as well as the existence of controversy between the parties about the meaning and scope of the decision (DELBEZ, 1962, p.141-142).

Colombia has asked the Court to rule, answering three questions concerning the decision given on November 20, 1950: (i) If it is necessary to attribute legal effects to the qualification carried out by the Ambassador of Colombia in Lima regarding the crime attributed to The Hague de La Torre; (ii) If it Should be interpreted that Peru has no right to demand the surrender of the asylum seeker, nor should Colombia have an obligation to surrender it, and (iii) if, on the contrary, should it be interpreted as that Colombia is obliged to deliver the asylum seeker (ICJ, 1950b, p.402-404).

In regard to the first question, the Court found that it was a novel issue not raised by any of the parties to the sub judice claim the Court was only asked to rule on a conclusion formulated by Colombia “in generic and abstract terms” and not on the legal effects of the classification of the crime (ICJ, 1950b, p.402).

About the last two questions, the Court stressed that they were an “alternative related to the delivery of the asylum seeker”. This point, too, had not been included in the petitions submitted by the parties and, for that reason, the Court could not rule. (ICJ, 1950b, p.403)

Moreover, the Court pointed out that the supposed “gaps” pointed out by Colombia in the decision-making, embodied, in the *vexata quaestio*, “new points” upon which it could not rule in a case of interpretation, under penalty of “transcending” or “exceeding” the limits set a priori in the conclusions of the parties. (ICJ, 1950b, p. 403).

Nevertheless, from a procedural point of view, the International Court of Justice asserted that the conditions prescribed in Article 60 of the Statute of the Court as well as article 79, paragraph two, of the Rules of Procedure of the Court, since there was no controversy between the parties that had been brought to their attention to the obscurity of the decision (ICJ, 1950b, p. 403).

In view of all issues, the Court ruled that the application for interpretation filed by Colombia was inadmissible. (ICJ, 1950b, p. 404). The Case Haya de la Torre ended without solution, and the contribution of the Court in not admit the interpretation, because such points were not appreciated in the main demand, led to the purpose of a novel controversy, in order to solve the case of the asylum.

4. The Case of The Haya de la Torre (1951)

The day after the International Court of Justice decision, Peru asked Colombia to send Mr. Haya of la Torre back. However, with the support of the previous decision and the absence of international standards regulating the Colombia justified its denial in handing him over, and there was no obligation to refer the asylum seeker to the Peruvian authorities, in accordance with the decision of the International Court of Justice, issued on November 20th, 1950.

In the absence of an effective solution to the case of Haya de La Torre, Colombia again called on the Court to rule. As the main request, it asked the International Court of Justice to “determine the manner in which the decision previously made” and as a submission request, it asked the Court to rule and judge “whether, in accordance with the law in force

between the parties and particularly on American international law”(YEPES, 1927), the government of Colombia is obliged or not to refer Mr. Víctor Raul Haya de la Torre to the Government of Peru” (ICJ, 1951, p.72-73).

For its part, the Government of Peru, in its counter-memorials, asked the Court to: first, to state how Colombia’s decision of November 20th, 1950 should be enforced- identical to the main request made by Colombia- second, to reject Colombia’s findings on Colombia’s non-obligation to hand Víctor Haya de la Torre over to the Peruvian authorities; finally, in the event of not accepting the first application, “to say and judge whether the asylum granted to the Haya de la Torre on 3 January 1949 [...] should cease immediately after the pronouncement of the decision of 20 November 1950[...] cease from now on without delay” (ICJ, 1951, p. 75).

In view of Cuba being a State Party to the Asylum Convention - invoked *in casu*, signed in Havana in February 1928 - based in article 63 of the Statute of the International Court of Justice, he asked the Court to participate as an intervener. In brief summary, it was explained that “the right to asylum on the American continent is a procedure, inspired by the highest humanitarian sentiment, in order to solve difficulties in the political life of states and eliminate disagreements and passions that may, in a way, cause violence and disorder” (ICJ, 1951,117-121).

On the issue of intervention, the International Court of Justice in due course clarified that the intervention corresponds “to a procedural incident and, therefore, a statement proposed for the purpose of intervention only takes place, of this character in law, if it really deals with the object [merit] of the current instance”. The Court decides on Cuba’s admission as an intervener, however, delimits its intervention to the “interpretation of the Havana Convention on Colombia’s obligation to refer the asylum seeker to the Peruvian authorities” (ICJ, 151, p.76-77).

In analyzing the 1928 Havana Convention, the Court stressed that “diplomatic asylum is an interim measure aimed at temporary protection of political criminals. Even if the asylum is regularly agreed, it will not be able to extend indefinitely and should end as soon as possible”. In examining the relevant Convention article, it did not see “any complete answer to the question of how asylum should end” (ICJ, 1951, p. 80-81).

Accordingly, the Court que *La Convention de La Havane n’autorise donc pas à admettre que l’obligation incombant à un Etat de mettre fin à l’asile irrégulièrement octroyé à un criminel politique entraîne l’obligation, pour cet Etat, d’opérer la remise de celui à qui cet asile a été ainsi octroyé*” (ICJ, 1951, p.81) as well as understood that by virtue of Peru have not proven the common nature of the crime, before the granting of the asylum to Haya de la Torre, concluded the Court did not had irregularity in the granting of asylum, just as the granting of asylum was not marked by the Havana Convention, which is why it also concluded that “the Government of Colombia is not obliged to surrender Haya de la Torre to the Peruvian authorities” (ICJ, p. 1951, p.51).

Because the asylum did not follow the canons of the 1928 Havana Convention, the Court held that the granting of the asylum was carried out irregularly, *ipso facto*, such irregularity should cease. The ICJ Judges acknowledged that Peru had the right to seek cessation of asylum, and that “asylum should cease, however Colombia was not obliged to surrender Haya de la Torre” (ICJ, 1951, p.81-82).

The Court’s decision, once again, up to the exact terms of the requests made by the

parties, however, did not actually resolving the case of Haya de la Torre. Thus, the Court evokes the Latin American tradition *in casu* in the avidity that the parties find a solution to the case: “*les Parties seront en mesure de trouver une solution pratique satisfaisante, en s’inspirant des considérations de courtoisie et de bon voisinage qui, en matière d’asile*” (ICJ, 1951, p. 83).

And so it was done. Colombia and Peru reached in 1954 “an agreement that ended the controversy”, and it was established the delivery by Colombia of Mr. Víctor Haya de La Torre to the government of Peru, “which would be responsible for its withdrawal from its territory. Anyway, after the course of time and the cooling of the moods Haya de la Torre reestablished the fullness of his rights in his country” (MENEZES, 2007, p.235).

5. Conclusion

In the three opportunities in which the Haya de La Torre case was under the pallium of the International Court of Justice, in order for it to rule on aspects of the case, the Court did not exorbitant its jurisdiction, judging the case *extra petita*, on the contrary, it was limited to the accuracy of the contours and requests inserted in the controversies.

The Court fulfilled its judicial function, however, in practice the situation of Mr. Haya de La Torre run out, for the third time, without practical solution.

The decisions of the International Court of Justice *in casu* served as the basis for directing and delineating the discussions on the granting of asylum, the classification of the crime and the dispatch of the safe conduct, among other related points.

In sum, in the Case Haya de la Torre the International Court of Justice did not recognize the existence of a regional custom - a regional treaty of various theme submitted to the International Court of Justice (treaty on extradition and the legal institute in question was political asylum) – inapplicable *in casu* the conventional norms of the Havana Convention, 1928. The case went down without practical solution, which competed conclusion of the Inter-American Conventions on Territorial and Diplomatic Asylum of Caracas, *a posteriori*.

The Court’s suggestion for the parties to seek a solution along the lines of the Latin American spirit, contributed to the outgoing discussions about the need to conclude an international document, of a regional nature, concerning the legal institute of asylum, that come up with Inter-American Conventions on Territorial and Diplomatic Asylum of Caracas, in 1954.

45 ALVAREZ, Alexandre. Droit International Américain. Paris: A. Perdone Éditeur., 1910, p.18. Les Etats latins du Nouveau-Monde ont une même origine ; ils constituent une grande famille, née, comme les États-Unis, d’une façon soudaine et presque simultanée a la vie indépendant. Cet ensemble de circonstances a fait que les États du Nouveau-Monde, en s’incorporant à la communauté internationale, repoussèrent dans leur constitution politique les principes du droit public européen qui n’étaient pas en accord avec leur nouvelle situation. En ce qui concerne le droit international, ils repoussèrent les principes ou systèmes politiques qui leur paraissaient contraires à leur indépendance ou à leur développement. Les nouveaux États, étant donné les conditions et le courant d’idées dans lesquelles ils sont nés à la vie politique, proclamèrent et voulurent appliquer des principes qui, en Europe, à cette époque, n’étaient pas sortis du domaine des aspirations ou de la doctrine des publicistes. Ils proclamèrent aussi et généralisèrent dans leur application pratique des principes qui commençaient

à peine à recevoir leur application en Europe dans des conventions passées par certains États. D'autre part, dans la nouvelle communauté surgirent des problèmes de droit international de nature sui generis, ou de caractère nettement américain. Il a été possible, en outre, à ces États de régler d'une façon uniforme, par conventions réciproques, des questions qui n'intéressaient qu'eux, ou le groupe latin seul, ou des questions d'intérêt universel, mais sur lesquelles n'a pu encore se faire un accord entre toutes les nations du monde.⁸, p. 21-22.

REFERENCES

- ALVAREZ, Alexandre. **Droit International Américain**. Paris: A. Perdone Éditeur., 1910.
- BARILE, Giuseppe. **La structure de l'ordre juridique international: règles générales et règles conventionnelles**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Vol. 161, 1978.
- BASTID, Suzanne. **La jurisprudence de la Cour internationale de justice**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Vol. 78, 1951.
- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire du Droit D'Asile (Colombie c. Pérou)**. Arrêt du 20 novembre de 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 272-273.
- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Demande d'interprétation de l'Arrêt du 20 novembre de 1950 en l'affaire du Droit D'Asile**. Arrêt du 27 novembre de 1950 : C.I.J. Recueil 1950.
- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire Haya de la Torre (Colombie c. Pérou)**. Arrêt du 13 juin de 1951 : C.I.J. Recueil 1951.
- DELBEZ, Louis. **Les principes généraux du contentieux international**. Paris : Librairie générale de droit et jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1962.
- MELLO, Rubens Ferreira de. **Dicionário de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Iguassú, 1962.
- MENEZES, Wagner. **Direito Internacional na América Latina**. Curitiba: Juruá, 2007.
- _____. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PRINCETON PRESS. **Decolonization as moment and process**. Disponible in: < Decolonization: A Short History - Chapter 1 (princeton.edu)>. Access: 17 sept 2022.
- RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e Relações Internacionais: Legislação Internacional Anotada**. 9. ed. rev. atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- VELASCO, MANUEL DIEZ DE. El derecho de Asilo Diplomático em la Convención de Caracas de 1954. In: **Estudios de Derecho Internacional -Homenaje al Profesor Barcia Trelles**. Zaragoza: Universidad de Santiago de Compostela, 1958.
- VISSCHER, Charles de. **Problèmes D' Interprétation Judiciaire en Droit International Public**. Paris: Éditions A. Perdone, 1963.
- WALSH, Edmond A. **Les principes fondamentaux de la vie internationale**. Recueil des Cours de l'Académie de la Haye, Vol. 53, 1935.
- YEPES, José Maria. **La Codificación del Derecho Internacional Americano y La Conferencia de Rio de Janeiro**. Bogotá : Imprenta Nacional, 1927.

THE STANDING BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN CASES OF BREACHES OF OBLIGATIONS ERGA OMNES

Caio César Ovelheiro Menna Barreto⁴⁶

Abstract: In the Barcelona Traction judgment, the International Court of Justice recognized the existence of obligations owed towards the international community as a whole. These obligations *erga omnes* derive from collective interests and all States can be held to have a legal interest in the compliance with them. In light of this, the International Law Commission included in its Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001 the possibility of non-injured States invoking the international responsibility for breaches of obligations *erga omnes*. This paper will examine how this broad invocation of responsibility has been applied in the practice of the International Court of Justice, the principal judicial organ of the United Nations. The purpose is to verify whether the Court grants standing to non-injured States to initiate proceedings for breaches of obligations *erga omnes*.

Keywords: obligations *erga omnes*; international responsibility; invocation; standing; International Court of Justice.

Introduction

The legal and political architecture of the international relations was forged by the European powers between the XVII and XIX centuries. It is essentially a legal order aimed at regulating the coexistence between sovereign States. It was mainly created to govern bilateral relations between equal entities, to give legal form to the notion of balance of power between the European powers, and to justify in legal terms their domination of other parts of the world. In this sense, international law is largely influenced by private law concepts. For instance, the law on international responsibility is mostly derived from the law of civil responsibility of Western European States. Treaty law, in turn, shares a common root with contract law in Roman law. International adjudication also has a voluntarist basis, which results in international judicial procedures at times resembling arbitral proceedings (FORLATI, 2014, p. 2-3).

Therefore, political and economic interests of the colonial powers were put at the forefront while topics of the utmost importance for humanity, such as human rights, genocide, slavery, and colonialism were left at the sidelines. However, there are today 193 States

⁴⁶ Professor Substituto de Direito Internacional Público da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestrando em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Internacional pela Faculdade CEDIN.

(if we consider only the UN member States), most of them having acceded to independence less than a century ago after long struggles against colonial rule. The international system established by the metropolitan powers can no longer provide appropriate answers to the needs of the twenty-first century international community. Thus, the private law bases of international law must give way to a legal order rooted in fundamental values and common interests of the international community as a whole and of the entire humanity.

It is true that every human society shares a set of fundamental values that are indispensable for that group. These values guide the paths of a given society and establish a set of intangible common interests. But, in contrast to the societies organized in States, at the international level, the links between its subjects are more fragile due to the great diversity among peoples and national societies. In spite of that, it is possible to identify communitarian elements in the contemporary international society (KOLB, 2013, p. 79), represented by the existence of “fundamental values” and “community interests”. These values give rise to an “international public order”, composed of a “set of rules that embody the legal values held to be essential” for the international community (TRUYOL Y SERRA, 1981, p. 259). Such values, on the one hand, set a bare minimum of human dignity and, on the other, establish objectives to be pursued by the international community, such as the search for world peace and the guarantee of a safe and healthy life for current and future generations.

Fundamental values of the international community give rise to common (or community) interests of their protection and promotion (THIN, 2021, p. 12). These community interests, therefore, break away from the traditional bilateralist approach of international law (SIMMA, 1994, p. 229-235). They impose obligation for States even without or against their will (TOMUSCHAT, 1993) since they represent shared values of all humankind. For this reason, the realization of these values has an unparalleled potential to modify the voluntarist private-law-inspired bases that support the international legal system, which only benefit the stronger States from the political, economic, and military standpoints. In a decolonial perspective, it is by recognizing these values and giving effect to these community interests that the inherent inequality of the international relations can be overcome.

In the field of international responsibility, one of the main forms of manifestation of these fundamental values and community interests are obligations *erga omnes*. This concept was originally developed by the International Court of Justice (ICJ) in its famous *obiter dictum* in the *Barcelona Traction* judgment of 1970. In that decision, the Court stated that obligations *erga omnes* are owed by one State towards the international community as a whole and, by their very nature, are the concern of all States. Furthermore, in view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection (ICJ, 1970, para. 33).

Thus, the main feature of obligations *erga omnes* is the common interest in the compliance with them. All States, just by being a part of the international community, have a role to play in the protection of fundamental values that give rise to these obligations *erga omnes*. Every State can, therefore, adopt appropriate measures to counter breaches of obligations of this nature, even if they have not suffered any direct damage (TOMUSCHAT, 1999, p. 82-84). In effect, the concept of obligations *erga omnes* was “specifically tailored to give legal expression to the right of every State to defend and uphold basic

community interests” (TOMUSCHAT, 1993, p. 365).

It can thus be asked if a State that has not suffered any direct damage from a breach of an obligation *erga omnes* can initiate proceedings before the ICJ against another State claiming its responsibility. The question that arises is whether it is possible to broaden the classical rules of standing in situations involving obligations *erga omnes*. This is what this paper will aim to answer in light of the ICJ’s case law.

1. The Article 48 of the International Law Commission’s Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001)

After almost half a century of work, the International Law Commission (ILC), organ established by United Nations General Assembly that has for its object the promotion of the progressive development of international law and its codification, finally concluded its Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in 2001.

Articles 42 and 48 deal with the invocation of responsibility, that is the adoption of measures of a relatively formal character directed to claim the responsibility and, if applicable, request compensation from a State that carries out an international wrongful act (ILC, 2001, p. 117). Article 42 relates to the invocation of responsibility by an injured State, whereas Article 48 appertains to the invocation of responsibility by non-injured States. The latter is the case of obligations *erga omnes*, whose importance is such that all States are deemed to have a legal interest in the compliance with them (CHOW, 2021, p. 482). When a breach of these obligations occurs, any State is allowed to invoke the responsibility of the perpetrator State, even if they did not suffer any direct damage from the wrongful act at stake (ILC, 2001, p. 116). Thus, Article 48 aims at “giving teeth” to legal norms that protect and promote fundamental values of the international community and community interests (CRAWFORD, 2011, p. 240)

Article 48(1)(a) concerns obligations *erga omnes partes*, obligations established, by way of treaty or custom, within a group of States with the purpose of protecting collective interests of that group. Article 48(1)(b), in turn, deals with obligations *erga omnes*, which are owed to the international community as a whole. In this instance, any State, just by being a member of the international community, is entitled to invoke the responsibility of the other State.

Considering that, scholars suggest that this broad entitlement to invoke the responsibility of States that breach obligations *erga omnes* implies also a procedural legal right *erga omnes* (i.e., of all States) to bring judicial claims before an international court in these same circumstances (CRAWFORD, 2011, p. 227). In other words, non-injured States would have standing (*locus standi*) before international courts (especially, the International Court of Justice) to initiate proceedings against a State due to breaches of obligations of such a nature. This seems to be a concrete way of ensuring the effective responsibility of States that violate rules that protect and promote fundamental values and community interests. In effect, the concept of obligations *erga omnes* is intrinsically associated with the idea that the technical rules of *locus standi* may need to be modified where community interests are involved (TAMS; TZANAKOPOULOS, 2010, p. 792).

In the following pages, cases in which non-injured States initiated proceedings before the ICJ for breaches of obligations *erga omnes* will be studied. The objective is to assess whether the Court has recognized *locus standi* to any State to act on behalf of the inter-

national community in the protection of community interests through the bringing of judicial claims in order to declare the responsibility of another State in cases of breaches of obligations *erga omnes* (*partes*).

2. The Practice of the International Court of Justice

The first instance in which the Court had to deal with the possibility of invocation of the international responsibility by non-injured States was in the *South West Africa* cases. After the end of the First World War, the territory that today corresponds to the Republic of Namibia was put under the Mandate of South Africa in the League of Nations Mandates System. Even after the dissolution of the League, the Mandate regime continued to apply to that territory, and the obligations deriving therefrom were still binding upon South Africa⁴⁷. In November 1960, Ethiopia and Liberia initiated proceedings against South Africa requesting that the Court declared that the respondent was not complying with its obligations as Mandatory of that territory⁴⁸.

At first, in its decision on preliminary objections of 1962, the Court seemed to have concluded that any member of the League of Nations had standing to claim the compliance with the Mandate by South Africa. However, when examining the merits in 1966, the Court, by the casting vote of its President, rejected the claims brought by Ethiopia and Liberia deciding that those States did not have standing. In the view of the Court, although Ethiopia and Liberia might have had certain interests as members of the League of Nations, they did not have any individual legal interest to support their claims. Only the League of Nations itself, through its organs, was entitled to demand the adequate compliance with the Mandate Agreement; the member States of the League could exercise their rights only by way of taking part in the discussions within those organs, but never individually nor on behalf of the organization (ICJ, 1966, para. 33).

This decision was heavily criticized at the time due to the Court's excessively formalistic stance. Moreover, the Court's conclusion made it virtually impossible to invoke South Africa's responsibility, since the League of Nations had already been dissolved. As a means of responding to this harsh criticism, four years later, the Court gave its judgment in the *Barcelona Traction* case, affirming, in an *obiter dictum*, the existence of obligations *erga omnes* in whose compliance all States can be held to have a legal interest.

In 1995, in the *East Timor* case, dealing with the right of self-determination of peoples, the Court, while confirming that such a right had *erga omnes* character, differentiated the nature of international obligations and the legal rules concerning the jurisdiction of an international court or tribunal. The Court's jurisdiction can only be exercised if the States involved manifest their consent to submit themselves to its adjudication. The *erga omnes* character of the obligation breached does not confer, in and of itself, jurisdiction to the Court; a basis of jurisdiction that demonstrate the consent of the States is still needed for the activation of the Court's jurisdiction (SCOBIE, 2002, p. 1218-1219). This position was later extended to cover also *jus cogens* norms (CRAWFORD, 2011, p. 232) in the *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*. Thus, the fact that the dispute revolves around a breach of a *jus cogens* norm and/or an obligation *erga omnes* does not allow the Court to decide on the subject-matter without the manifested consent of the contending States (ICJ, 2006, para. 64).

In the last ten years, the invocation of responsibility by non-injured States has become

more frequent in the ICJ's practice. An important development has been witnessed in the *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* case, in which Belgium demanded that Senegal complied with its obligations to prosecute or extradite (*aut dedere aut judicare*) under the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984.

Following the distinction established in *East Timor*, in the first place, the Court had to assess whether it had jurisdiction. In this regard, it concluded that, once the conditions set forth in Article 30(1) of the Convention against Torture were met, it had jurisdiction to entertain Belgium's claim (ICJ, 2012, para. 63). Next, the Court examined Belgium's standing to invoke the international responsibility of Senegal for breaches of the Convention against Torture. The Court stated that, considering its object and purpose, the Convention establishes obligations *erga omnes partes*. In this sense, all the States parties have a legal interest in the compliance with its rules, and, thus, any State party is entitled to invoke the responsibility of another State party for a breach of its terms (ICJ, 2012, para. 68-69).

Therefore, if a multilateral treaty establishing obligations *erga omnes partes* has a compromissory clause submitting disputes arising from it to the ICJ, any State party has standing to initiate proceedings to invoke the responsibility of another State party for breaches of those obligations. Although it did not expressly refer to the ILC's Draft Articles, the ICJ seems to have applied the invocation rule of Article 48(1)(a). Thus, while reaffirming the existence of common interests (even if in the limited scope of multilateral treaties), the Court granted standing to any State party to invoke the responsibility of other States for breaches of obligations *erga omnes*, regardless of any direct and specific damage.

More recently, this position was reiterated in the decisions on provisional measures (2020) and preliminary objections (2022) rendered in the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* case. In this case, the Court found that all States parties to the Genocide Convention have standing to bring claims invoking the responsibility of another State party for breaches of the obligations *erga omnes partes* therein (ICJ, 2022, para. 112).

Another dispute that dealt with community interests was Whaling in the Antarctic, in which Australia contested the continuity of Japan's Whale Research Program. According to the claimant, such program violated the International Convention for the Regulation of Whaling (ICRW) of 1948, as well as other international obligations of preservation of marine mammals and the marine environment⁴⁹.

What stands out in this dispute is the fact that Japan did not challenge Australia's standing due to the lack of a direct and special damage arising from the alleged wrongful acts committed by Japan. That is, Japan could have argued that Australia was not entitled to invoke Japan's responsibility since it was not an injured State and that, therefore, the claim was inadmissible. On the other hand, the ICRW seems to be a clear example of a treaty establishing obligations *erga omnes partes*, so that Australia could be held to be entitled under Article 48(1)(b) of the ILC's Draft Articles. Nonetheless, since Japan did not raise such an objection, the Court did not expressly touch upon the matter. However, by receiving the claim and deciding on the merits, the Court seems to have recognized standing to Australia, as a State party to the Convention, to invoke Japan's responsibility, even though it did not suffer any direct damage.

There have also been instances in which a State presented claims invoking the responsibility as a non-injured State, but the Court ended up not examining the claimant's standing. This occurred in the *Nuclear Tests* cases, of 1974, and in the *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* cases, decided in 2016, all concerning nuclear weapons (thus, matters of community interest). In these cases, the ICJ did not entertain the merits due to some preliminary procedural elements.

In light of the International Court of Justice's case law examined above, it is possible to conclude that, in cases of invocation of international responsibility by a non-injured State, the ICJ will have to carry out a preliminary assessment in two steps. First, it will verify whether it has jurisdiction, that is, if the States involved have manifested their consent in submitting the dispute to the Court. In this stage, the Court will search if there is a basis that allows it to exercise its jurisdiction, such as a compromissory clause within a multilateral treaty, mutual declarations under Article 36(2) of the ICJ Statute or even a specific consent. Only after having confirmed that it has jurisdiction, the Court will proceed to the analysis of the claimant's legal interest on the dispute. This second preliminary analysis step concerns the admissibility of the claim, and not the Court's jurisdiction (CHOW, 2021, p. 498-500). In the admissibility stage, the Court will, among other formal aspects, verify whether the claimant is entitled to invoke the defendant's responsibility. This is due to the fact that, pursuant to the Court's judgments in *East Timor* and *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*, the *erga omnes (partes)* character of the obligation or the *jus cogens* character of the norm breached do not give the Court compulsory jurisdiction (THOUVENIN, 2006, p. 328). The formal consent of the States involved is still needed for the Court to exercise its jurisdiction.

Therefore, once the inescapable condition (OKOWA, 2003, p. 491-492) of there being a basis of jurisdiction is fulfilled, the Court seems to be building a solid case law according to which, in cases of breaches of obligations *erga omnes partes* based on a multilateral treaty, any State party has standing to invoke the international responsibility of another State party. This was the Court's position in *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite and Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. A similar situation took place in *Whaling in the Antarctic*, in which the claimant referred to Article 36(2) of the ICJ Statute as basis of jurisdiction, even though, in that case, the Court did not expressly approach the matter of Australia's standing.

With regard to obligations *erga omnes* under general international law (and not under a multilateral treaty), in turn, the Court has not pronounced itself as to whether any State, just by being a member of the international community, has standing to invoke the responsibility of another State. In *Nuclear Tests*, *East Timor*, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*, and *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, the Court did not examine the admissibility of the claims and did not give a decision on the claimants' standing as non-injured States due to some procedural impediments. In spite of that, there does not seem to be any reason to deny such a possibility, since, as the Court has said multiple times, all States have a legal interest in the compliance with such obligations.

Conclusion

As the principal judicial organ of the United Nations, the International Court of Justice has a fundamental part to play in the process of decolonization of international law. However, its procedural rules are rooted in the voluntarist paradigm of international law. They were established at a time when the existence of common interests of the international community was not yet envisioned (at least not in a clear way). Thus, the Court's contentious jurisdiction still has an essentially bilateral adversarial character, which at times represents an obstacle for the effective protection and promotion of community interests (ALMEIDA, 2019, p. 334).

This prospect is clearer in situations when the Court adopted an excessively formalistic stance by not deciding on the merits of claims that dealt with community interests (ALMEIDA, 2019, p. 351), such as the *South West Africa, East Timor, Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*, and *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* cases. Conversely, in more recent disputes, the Court has adopted more expansive interpretations of its procedures in such a way as to make the protection of community interests more effective. In this sense are the *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, *Whaling in the Antarctic*, and *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* judgments.

Concerning the invocation of responsibility and standing, except for the *South West Africa* cases, which seem to be out of tune with the Court's subsequent practice and also were judged before the remarkable judgment in *Barcelona Traction*, the other cases examined herein indicate the gradual recognition of a broader rule of standing in case of breaches of obligations *erga omnes partes*. As per obligations *erga omnes* that are not based on a multilateral treaty, if, on the one hand, the Court has never expressly recognized the possibility of a non-injured State invoking the responsibility of another State, on the other, it has not denied it either.

Therefore, the Court seems to be walking towards the construction of a general rule that grants standing (*locus standi*) to non-injured States to invoke the international responsibility of other States in disputes involving breaches of obligations *erga omnes* and obligations *erga omnes partes*, especially when community interests are concerned (CRAWFORD, 2011, p. 238). Nevertheless, it is important to emphasize that a basis of jurisdiction that allows the Court to adjudge on the subject-matter must be present. If there is no basis of jurisdiction that shows the contending States' consent in submitting the dispute to the Court, neither the *erga omnes (partes)* character of the obligation nor the *jus cogens* character of the norm breached will not be able to confer compulsory jurisdiction to the Court.

It is true that the evolution of the ICJ practice towards the recognition of this kind of *actio popularis* may not be well received by some States. Nevertheless, the recognition of fundamental values shared by the whole international community, as well as the subsequent recognition of obligations *erga omnes* deriving from them, must be followed by a broadening of the means at the disposal of the States to counter breaches of such obligations, which shocks and offends the international community as a whole. Only by doing so, it will be possible to overcome the voluntarist design of international adjudication, thus achieving a true decolonization of international law. The ILC's Draft Article of 2001,

by conferring entitlement for all States to invoke the international responsibility for breaches of obligations *erga omnes* (*partes*), tried to “give teeth” to the rules that protect and promote community interests (CRAWFORD, 2011, p. 240). For this, the Draft Articles represent a great progress, even if they have not (yet) become a treaty, remaining, to this day, only formally *soft law* (SCOBIE, 2002, p. 1202).

47 In this regard, see ICJ, 1950, p. 128.

48 As basis of jurisdiction, the claimants indicated Article 7(2) of the Mandate Agreement, which provided that “any dispute whatever should arise between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or the application of the provisions of the Mandate, such dispute, if it cannot be settled by negotiation, shall be submitted to the Permanent Court of International Justice”.

49 As basis of jurisdiction, Australia indicated Article 36(2) of the ICJ Statute.

REFERENCES

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. Enhancing ICJ Procedures for Litigating in the Common Interest: The Role of Third Party Intervention and **Amicus Curiae** Briefs. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 11, n° 1, 2019.

CHOW, Pok Yin Stephenson. On Obligations **Erga Omnes Partes**. *Georgetown Journal of International Law*. Washington D.C.: Georgetown University Law Center, v. 52, n° 2, 2021.

CRAWFORD, James. Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: An Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. In: FASTENRATH, Ulrich et al. (Ed.). **From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FORLATI, Serena. **The International Court of Justice: An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?**. Cham: Springer International Publishing, 2014.

KOLB, Robert. Société internationale! Communauté internationale?. In: AKANDJI-KOMBE, Jean-François. **L’homme dans la société internationale: Mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier**. Bruxelles: Bruylant, 2013.

OKOWA, Phoebe. Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility. In: Malcolm EVANS, ed. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

SCOBIE, Iain. The Invocation of Responsibility for the Breach of “Obligations under Peremptory Norms of General International Law”. **The European Journal of International Law**. Florença: Oxford University Press, v. 13, n° 5, 2002.

SIMMA, Bruno. From Bilateralism to Community Interest in International Law. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Volume 250. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

TAMS, Christian J. and TZANAKOPOULOS, Antonios. Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development. **Leiden Journal of International Law**. Haia: Cambridge University Press, v. 23, n° 4, 2010.

THIN, Sarah. In Search of Community: Towards a Definition of Community Interest. In: ZYBERI, Gentian (ed.). **Protecting Community Interests through International Law**. Cambridge: Intersentia, 2021.

THOUVENIN, Jean-Marc. La saisine de la Cour internationale de Justice en cas de violation des règles fondamentales de l'ordre juridique international. In: Christian TOMUSCHAT; Jean-Marc THOUVENIN, ed. **The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens** and Obligations **Erga Omnes**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

TOMUSCHAT, Christian. International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law. In: **Collected Courses of the Hague academy of International Law**. Volume 281. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

TOMUSCHAT, Christian. Obligations Arising for States without or against Their Will. **Collected Courses of the Hague academy of International Law**. Volume 241. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. Théorie du Droit International Public: Cours Général de Droit International Public. In: **Recueil de Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**. Volume 173. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1981.

Jurisprudence

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 3.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)**, Preliminary Objections, Judgment of 22 July 2022. Available at: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20220722-JUD-01-00-EN.pdf>>. Accessed in: 17 August 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 128.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 255.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 552.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 833.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections*, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 319.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase*, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226.

Documents

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001. Available at: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Accessed in: 22 July 2021.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Statute of the International Law Commission*, 1947. Available at: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf>. Accessed in: 24 April 2022.

CLÁUSULAS DE GUERRA NOS TRATADOS DE INVESTIMENTO: DAS ORIGENS COLONIAIS À POSIÇÃO BRASILEIRA

Bruna Rabêlo Carvalho⁵⁰

João Gabriel Dias Arruda Vieira Dantas⁵¹

Henrique Furtado Tavares⁵²

Resumo: Uma das cláusulas tradicionalmente estabelecidas em tratados de investimento, desde suas origens em meio ao processo de descolonização africana, é a cláusula de guerra. Por ela, Estados adotam proteção jurídica especial de investidores estrangeiros que eventualmente incorram em prejuízos causados por guerras, conflitos armados e até mesmo distúrbios civis ocorridos no território do Estado anfitrião. Diante disso, o objetivo deste artigo é analisar, segundo uma perspectiva crítica descolonial, como os tratados de investimento brasileiros incorporam essa proteção jurídica especial, a chamada cláusula de guerra. Para tanto, a pesquisa apresenta uma tipologia conceitual e alguns aspectos quantitativos da cláusula de guerra tal como inseridas em tratados de investimento. Em seguida, analisa-se a jurisprudência do CIRDI (Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento) sobre essas cláusulas. Finalmente, a partir de uma análise quantitativa, analisa-se como o Brasil tem inserido essa cláusula em seus tratados, em comparação ao que se apresenta em tratados celebrados por outros países.

Palavras-Chave: Cláusulas de Guerra. Tratados Bilaterais de Investimento. Conflitos Armados.

Introdução

A participação de grandes empresas ocidentais na exploração dos recursos naturais de países em desenvolvimento, comumente ex-colônias de exploração, deram origem à disciplina internacional das obrigações e responsabilidades decorrentes dessas relações: o Direito Internacional dos Investimentos.

Consolida-se nesta disciplina a percepção de que a função precípua do direito internacional dos investimentos é proteger o investidor de situações de instabilidade em benefi-

⁵⁰ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito (PPGCJ/UFPB), com ênfase em Direito Internacional. É membro do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (NETI/USP), com pesquisa no subgrupo ICSID e CPA.

⁵¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Membro do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (NETI/USP), com pesquisa no subgrupo ICSID e CPA.

⁵² Advogado, mestrando em Direito pelo Programa de Pós Graduação da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, membro do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

cio de um suposto desenvolvimento econômico.

A Comissão das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) aponta como um fator-chave para a atração do investimento estrangeiro o grau de estabilidade política e institucional do Estado hospedeiro.

A partir disso, o Direito Internacional deve assumir a função de garantir uma estrutura jurídica com maior segurança e estabilidade para os investidores e o fluxo de investimentos, geralmente materializada a partir dos tratados bilaterais de investimento, contra os riscos decorrentes das fragilidades apontadas como existentes nos países em desenvolvimento.

Diante disso, os tratados bilaterais atuais incorporam uma proteção jurídica especial para situações de conflitos armados, rebeliões, revoltas e insurreições, que naturalmente confrontam com a estabilidade exigida para a atração do investimento, as denominadas cláusulas de guerra.

Este trabalho realiza uma análise dos tratados bilaterais de investimento acordados pelo Brasil e o tratamento das cláusulas de guerra nestes instrumentos. A pesquisa descreve a tipologia das cláusulas de guerra nos tratados bilaterais de investimento; analisa a jurisprudência do CIRDI correspondente ao tratamento e aplicação de cláusulas de guerra; e aponta dados empíricos de tratados firmados com outros Estados considerados também em desenvolvimento, ou “subalternizados”, em contraponto com aqueles firmados entre o Brasil e antigas colônias de exploração europeias.

Os dados quantitativos apresentados neste artigo foram extraídos da Base de Dados Eletrônica de Tratados de Investimento (EDIT, no acrônimo em inglês). A EDIT é fornecida gratuitamente na internet pelo Instituto do Comércio Internacional – Universidade de Berna e contém dados de mais de 3.867 tratados, em vigor ou não, que contenham, no todo ou em parte, obrigações materiais de proteção ou liberalização de investimentos, ainda que restritos a determinado setor. Isso inclui tratados bilaterais de investimento, capítulos de investimento e acordos preferenciais de comércio, acordos regionais de investimento e tratados de amizade, comércio e navegação. A amostra não contém tratados de garantia de investimentos e outros tratados econômicos sem obrigações materiais relativas à proteção de investimentos.

I Cláusulas de guerra nos tratados de investimento: tipologia e aspectos quantitativos

A proteção dos investidores contra situações de conflitos armados pode ser invocada a partir de previsões nos tratados bilaterais de investimentos de cláusulas gerais de “exceção de segurança” (*general security exceptions*); cláusulas de “proteção plena e segurança” (*full protection and security*); e, adicionalmente, cláusulas específicas adicionais denominadas “cláusulas de guerra” (*war clauses*).

Com pretensão de assegurar o investidor estrangeiro contra os riscos envolvidos na operação de investimento, especificamente diante de situações de prejuízos suportados, as cláusulas de guerra podem estabelecer: (a) uma proteção do investimento contra discriminação (*non-discrimination clauses*); e b) a compensação de eventuais perdas e danos acarretadas pelo investidor por causa de uma guerra ou conflito armado (as chamadas *extended war clauses*).

As cláusulas de não discriminação, contidas em muitos tratados bilaterais de investi-

mento, preveem a provisão de tratamento nacional (*national treatment* – NT) ou de nação mais favorecida (*most-favoured-nation* – MFN) ao investidor em relação a qualquer medida que seja tomada, como restituição ou compensação por perdas e danos (SCHREUER, 2013, p. 12). O tratamento a ser dado ao investidor, portanto, dependerá do tratamento que é dado em situações de emergência aos investidores nacionais ou ao melhor tratamento dado a investidores terceiros, dos quais não poderá se diferenciar.

Por sua vez, as cláusulas de guerra estendidas são previstas em alguns tratados com a típica inclusão da cláusula de não discriminação supracitada, mas adotando padrões absolutos: perdas e danos sofridos por investidores no estado anfitrião em decorrência de requisição ou destruição não exigida pela necessidade da situação pode ter um tratamento análogo à expropriação, com dever de indenização rápida, adequada e eficaz (SCHREUER, 2013, p. 13).

Uma análise quantitativa da cláusula de guerra nos tratados de investimento revela que sua utilização é bastante difundida. De um total de 3.867 (três mil, oitocentos e sessenta e sete) tratados de investimento até hoje assinalados, 2.271 (dois mil, duzentos e setenta e um) possuem cláusula de guerra. Desse total, 2.220 (dois mil, duzentos e vinte e dois) tratados se encontram em vigor. A partir disso, contudo, pode-se notar diferenças no conteúdo das cláusulas em cada um desses tratados.

A primeira diferença se revela quanto à causa das perdas. Uma análise quantitativa permite observar quais situações específicas ensejam a reclamação do investidos por perdas e danos nos tratados bilaterais de investimento:

Causa das perdas	Nº de tratados	Exemplo
Guerra	2031	TBI Hong Kong – EAU (2019)
Conflito armado	2031	TBI Colômbia – Espanha (2021)
Emergência nacional	1507	TBI Mianmar – Cingapura (2019)
Revolução	1145	TBI Irã – Nicarágua (2019)
Estado de emergência	456	TBI Congo – Guiné (2020)
Distúrbio civil	94	TBI Costa Rica – EAU (2017)

O tratamento das perdas e danos sofridos pelo investidor indica como de maior incidência a previsão dos casos de guerras ou de conflitos armados. Mas, além disso, muitos tratados também garantem proteção específica a investidores em caso de emergência nacional e revolução. Em menor número, os tratados também protegem investidores por perdas relacionadas a estados de emergência. Excepcionalmente, a proteção alcança inclusive situações de distúrbio civil.

Nota-se, contudo, que há tratados que ampliam a proteção para abranger inclusive perdas causadas por desastres naturais. É o que dispõe, por exemplo, o Art. 6º do TBI Albânia – Azerbaijão (2012).

Quanto ao padrão de tratamento da compensação conferida ao investidor, por sua vez, a grande maioria dos tratados confere apenas o padrão de compensação relativa. Um número muito pequeno de tratados confere proteção absoluta:

Padrão de compensação	Nº de tratados	Exemplo
Direito relativo	1135	TBI Austrália – Uruguai (2019)
Direito absoluto	7	TBI Azerbaijão – Turquia (2011)

Finalmente, 1.866 (mil, oitocentos e sessenta e seis) tratados incorporam um dispositivo específico sobre o tipo de reparação garantida ao investidor, isto é, se a proteção assegura o direito à indenização, à restituição ou a ambos. Os dados analisados apontam que os tratados bilaterais de investimento conferem com mais prevalência a garantia de indenização, mas também é significativo o número de tratados que garante a restituição:

Tipo de reparação	Nº de tratados	Exemplo
Restituição	1824	TBI Geórgia – Japão (2021)
Indenização	1624	TBI Japão – Marrocos (2020)

Os dados apresentados demonstram que não há tratamento uniforme pelos tratados bilaterais de investimento dado às situações de guerra ou conflitos armados. Em boa medida, a doutrina das cláusulas de guerra nos tratados bilaterais de investimento é construída a partir da jurisprudência do Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento (CIRDI).

II Cláusulas de guerra na jurisprudência do CIRDI

A jurisprudência do CIRDI aborda mais diretamente em 3 (três) julgamentos as questões relativas às cláusulas de guerra, sendo estes: *AAPL v. Sri Lanka* (1987); *AMT v. Democratic Republic of the Congo* (1993), República do Zaire à época; e *Strabag v. Libya* (2015). Considerando a sua complexidade, quando invocados, tais dispositivos mantêm-se distantes de simples aplicações por parte das Cortes que as apreciam, ensejando questionamentos variados e, por vezes, centrais aos casos.

A partir do mapeamento dos três casos, é possível montar o seguinte quadro no que tange a alguns dos possíveis questionamentos que as cláusulas de guerra são capazes de trazer à tona durante arbitragens de investimento:

Matéria discutida	AAPL v. Sri Lanka	AMT v. DRC	Strabag v. Libya
Natureza de <i>lex specialis</i>	X	X	X
Relação com cláusulas de NMF	X		
A necessidade militar e o ônus da prova	X		X
Atribuição dos atos ao Estado anfitrião			X

Convém destacar como as cláusulas de guerra dos TBIs pertinentes à casuística selecio-

nada compõem-se de maneira semelhante, qual seja: as cláusulas comportam tanto previsões de não-discriminação, quanto aquelas de caráter estendido. Em um panorama geral, foram majoritariamente estas as que conferiram azo às discussões travadas ao longo das arbitragens e, conseqüentemente, à atividade interpretativa das Cortes.

Não obstante, apesar de suas similitudes, as particularidades de cada um dos Tratados de Investimento serão oportunamente evidenciadas. Outrossim, ressalta-se que alguns outros julgamentos, ao analisarem demais obrigações de proteção a investimentos, também podem abarcar outras relevantes e indiretas implicações ao entendimento do CIRDI na matéria.

II.1 A cláusula de guerra enquanto *lex specialis*

Pelo postulado *lex specialis derogat legi generali*, todas as arbitragens estudadas ocasionaram, em algum momento, indagações acerca da relação entre cláusulas de guerra e outras provisões dos TBIs. Em todos os casos, as Cortes foram provocadas acerca da eventual natureza de lei mais específica daquelas em detrimento da cumulatividade diante destas últimas. Pelo princípio mencionado, as cláusulas de guerra seriam os únicos dispositivos a serem aplicados em circunstâncias atinentes a guerras e distúrbios civis, resultando na exclusão dos demais.

A interpretação do CIRDI em *AMT v. Zaire*, ao traçar equiparação entre a obrigação de Proteção Plena e Segurança e a Compensação por Perdas (Art. IV) é, no mínimo, confusa. Uma vez entendidas como um duplo raciocínio baseado em duplo fundamento jurídico, a cláusula de guerra do TBI apenas reforçaria e confirmaria a violação da cláusula de TPS por parte do Zaire ao falhar com sua responsabilidade diante das perdas resultantes das hostilidades em seu território. (CIRDI, 1997, para. 6)

Por conseqüência dessa perspectiva, o Tribunal descartou a defesa de que o Estado não concedera tratamento mais favorável a investidores nacionais ou de demais países, sendo essa a verdadeira preocupação do dispositivo de não-discriminação do Art. IV. Como resultado, a combinação deste com a obrigação de “proteção plena e segurança” o impediu de ser devidamente apreciado. Considerando-o *lex specialis*, é exatamente o que ressalta o árbitro Heribert Golsong em sua opinião individual:

[...] Se o Artigo IV(2) se aplica – como acredito – absorve as provisões mais gerais do Artigo II(4), III e IV(1). [...] A provisão é, portanto, cláusula especial em apenas poucos tratados. Se a interpretação do TBI aceita pelos meus colegas na sentença fosse correta, Artigo IV(2) seria, para todos os propósitos práticos, inútil. Isso, por sua vez, é contrário a uma regra básica do direito internacional dos tratados sobre a interpretação dos tratados, segundo a qual deve-se presumir que cada regra do tratado tem um efeito prático (“effet utile”) [...]. (GOLSONG, 1997, tradução nossa)

No caso *Strabag*, por sua vez, a defesa alegava que as perdas do reclamante sofridas pela ação das suas forças armadas deveriam ser examinadas sob a égide exclusiva do Art. 5 do BIT (CIRDI, 2020, para. 221). O investidor, por sua vez, sustentou que o princípio da *lex specialis* resultaria em uma simplificação do caso, de modo que o seu Art. 5(2) fosse aplicado concomitantemente às demais disposições do Tratado, não sendo óbice as reivindicações oriundas de demais disposições. Acrescente-se que, em seu entendimento,

o artigo em pauta era referente apenas aos bens destruídos por Forças Armadas sem existência de necessidade militar. (CIRDI, 2020, para. 223)

Apoiando-se no Art. 31(1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), o Tribunal concluiu pela inexistência de tal efeito preclusivo. Inclusive, afirmou que, caso fosse do interesse das Partes Contratantes, que dessa disposição resultasse a limitação ou exclusão de outras, poderiam tê-lo realizado de forma objetiva e explícita (CIRDI, 2020, para. 224). Em suma, a Corte não considerou que o Art. 5 do BIT gerava a exclusão de reclamações fundamentadas em demais disposições, mesmo quanto às matérias que se enquadrem em suas circunstâncias.

II.2 Relação entre as cláusulas de guerra e as de Nação Mais Favorecida

As cláusulas de Nação Mais Favorecida (NMF) são comumente encontradas ao longo dos TBIs, garantindo aos investidores um padrão de tratamento equiparado àquele conferido aos investidores dos demais Estados. Por consequência:

A prática arbitral tem interpretado tais cláusulas como abrangendo tratamento mais favorável conferido por instrumentos de tratados, ou seja, padrões mais fortes de proteção sob outro TBI. [...] Invocar uma formulação tão mais favorável de um compromisso existente não é importar direitos que nunca foram considerados dentro da estrutura aceitável para ambos os Estados que negociaram o tratado. [...] Isso se enquadra perfeitamente no escopo, objeto e propósito de uma cláusula de NMF. (SPEARS; FOGDESTAM AGIUS, 2019, tradução nossa)

Foi exatamente com respaldo na cláusula de NMF que, em AAPL v. Sri Lanka, o Investidor pleiteou pela descon sideração da cláusula de guerra do TBI Sri Lanka – Reino Unido (1980) em razão da identificação da inexistência de disposição análoga em outro TBI do qual o Sri Lanka era partícipe. Em sua argumentação, à luz do fato de que o Tratado entre o Sri Lanka e a Suíça não prevê uma isenção ao padrão de proteção e segurança, consistente em uma cláusula de guerra ou perturbação civil, sendo mais favorável, aplica-se aos investimentos britânicos. (ICSID, 1990, para. 26)

Vale salientar como, na ocasião, o requerente almejava a responsabilização objetiva do Requerido com fulcro no Art. 2 (Proteção e Segurança Totais) do primeiro TBI supra e, apenas alternativamente, invocava o Art. 4 (Compensação por Perdas). Logo, para os fins do seu primeiro pedido, a cláusula de guerra era vista como uma disposição mais específica, representando uma exceção à suposta responsabilidade objetiva derivada da de PST. (ICSID, 1990, para. 54)

Embora engenhoso, o raciocínio foi descon siderado pelo Tribunal, dada a inexistência de motivos para acreditar que o Tratado Sri Lanka – Suíça adotou um padrão de responsabilidade objetiva à PST, afirmando que “na ausência de uma regra específica prevista no próprio Tratado como *lex specialis*, as normas gerais de direito internacional devem assumir seu papel de *lex generalis*” (para. 54). Ademais, também apontou a insuficiência para provar que o instrumento apresentava regras mais favoráveis que as do TBI com o Reino Unido. (para. 54)

II.3 A necessidade das operações militares e seu ônus probatório

Dos 3 (três) tratados bilaterais de investimento correspondentes à casuística selecionada, 2 (dois) deles fazem menção, em suas cláusulas estendidas, ao direito de restituição ou compensação pela destruição de propriedade pelas forças ou autoridades do Estado anfitrião quando não requisitada pela necessidade da situação. São eles o Sri Lanka - United Kingdom BIT (1980), do caso AAPL; e o Austria - Libya BIT (2002), relativo ao caso Strabag. A esse respeito:

A referência à “necessidade da situação” em relação a atos de destruição indubitavelmente se refere à necessidade militar, conforme entendida no DIH. Representa um desafio aos praticantes de arbitragem de investimentos e árbitros saberem que alegações de cláusula de guerra estão relacionadas também com este corpo de leis e sua aplicação mutatis mutandis no âmbito do direito do investimento. (SPEARS; FOGDESTAMAGIUS, 2019, tradução nossa)

Durante o caso AAPL, o Tribunal reconheceu que o investidor estrangeiro que invoca a aplicabilidade da cláusula de guerra assume um pesado ônus da prova, sendo necessário comprovar: i) que forças governamentais e não rebeldes causaram a destruição; ii) que esta ocorreu fora de combate; e iii) que não havia necessidade (CIRDI, 1990, para. 58). Mesmo assim, não obstante não haver invertido *onus probandi*, estabeleceram-se alguns parâmetros: i) o princípio geral do Direito de que o ônus probatório recai sobre o Reclamante; ii) a parte que alegue violação de direito internacional detém o dever de prová-la; iii) os tribunais internacionais não são vinculados à adesão estrita às regras jurídicas quanto a provas, podendo apreciá-las livremente; iv) em razão da livre apreciação das provas, tribunais internacionais tomam decisões considerando evidências de ambas as partes, e caso uma delas apresente algo que *prima facie* apoie sua alegação, o ônus da prova inverte para seu oponente; e v) em casos nos quais a comprovação de um fato se demonstre extremamente dificultosa, um Tribunal pode se satisfazer com provas menos conclusivas (CIRDI, 1990, para. 56).

No caso *Strabag*, foi justamente este o principal ponto de discordância das partes quanto ao TBI. Na prática, ao atrelar a discussão ao momento de apreciação das alegações específicas da Requerente (CIRDI, 2020, para. 220), indiretamente o Tribunal seguiu o mesmo entendimento do caso AAPL. Dessa forma, quando satisfatórias as provas apresentadas pelo Investidor, conferiu procedência aos seus pedidos; do contrário, considerou-os improcedentes, não havendo qualquer requisição de justificativas do Respondente.

Denota-se que, apesar das provocações evocadas durante ambas as arbitragens, em nenhum dos casos houve inversão do ônus probatório ou qualquer consideração mais taxativa das Cortes. A discussão se manteve, de fato, restrita às antagonísticas linhas argumentativas das partes conflitantes, restando imperativa a regra de que, apesar da manifesta complexidade da questão, ao menos a priori, o ônus probatório recai sobre a parte Reclamante.

II.4 Atribuição das condutas ao Estado anfitrião

Naturalmente, tal como se dá em relação ao elemento da necessidade militar, da estrutura padrão das cláusulas de guerra estendidas deriva a preocupação de se atribuir a

destruição alegada às forças do Estado anfitrião. Nesse sentido, em *Strabag v. Líbia*, um dos argumentos alternativos da defesa consistiu na alegação de que o dano causado pelas forças militares líbias resultou de condutas desautorizadas e não ordenadas. (ICSID, 2020, p. 103, para. 9)

Apoiando-se no Artigo 91 do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra (1977), bem observou a Corte ao lembrar que o Estado “deverá ser responsável por todos os atos praticados por pessoas integrantes de suas forças armadas”. Há de se notar que foi a questão mais facilmente superada pelos árbitros, dado o auxílio de demais regras do Direito Internacional.

III Cláusulas de guerra nos tratados de investimento brasileiros

Em meados de 2000, o Brasil atingiu uma posição mais notória no âmbito dos investimentos internacionais, enquanto em momentos anteriores possuía uma posição mais defensiva, numa transição de mero receptor de investimentos para ativamente como participante ativo do fluxo de investimento.

Uma perspectiva interessante acerca do tratamento da guerra nos tratados bilaterais de investimento nos quais o Brasil está inserido é a proteção absoluta que é dada aos investidores estrangeiros, mesmo diante da boa relação diplomática em que o país está inserido no contexto mundial.

O amparo ao investidor ante uma situação de conflito armado está presente, mesmo ao considerar a histórica posição de neutralidade e da inexistência de histórico recente de conflitos no país.

A análise quantidade da base EDIT aponta que há 43 (quarenta e três) tratados em que o Brasil é um dos Estados Partes. Dentro deste conjunto, 27 (vinte e sete) instrumentos são tratados bilaterais de investimento, o que potencialmente representa todos os TBI assinados pelo Brasil, sendo o primeiro e mais antigo firmado entre o Brasil e o Reino Unido (EDIT, 1994, p. 2), assinado em Londres em 19 de julho de 2022, que elencou a cláusula de compensação por perdas, com menção à guerra ou a conflitos armados em seu art. 4º subitem 1. Já o TBI mais recente data de 25 de janeiro de 2020, assinado em Nova Delhi, entre Brasil e Índia (EDIT, 2020, p. 5), que fez menção no Art. 7º à compensação por motivos de guerra.

Quando se observa a presença da cláusula de guerra nos 23 (vinte e três) tratados celebrados pelo Brasil na década de 90 passada, ainda no Século XX, nota-se que apenas 7 (sete), o que importa em 30% deles, contém o dispositivo. Todos os 7 (sete) são tratados bilaterais de investimento, equivalente à metade do total de TBIs assinados no período.

Já entre os 20 tratados assinados pelo Brasil no Século XXI, 13 (treze) são TBIs e apenas um deles não possui referida cláusula: o TBI Brasil – Maláui (EDIT, 2015). Por outro lado, outros dois acordos celebrados neste século possuem a cláusula: o Protocolo de Facilitação de Investimentos Intra-MERCOSUL (ARGENTINA, 2017) e o Acordo Econômico e de Ampliação do Comércio Brasil – Peru (LIMA, 2016)

A tabela abaixo detalha o conteúdo das cláusulas de guerra em tratados assinados pelo Brasil, de modo a considerar: a causa das perdas e danos do investidor; o padrão de compensação e o tipo de reparação devida pelo Estado anfitrião, em valores absolutos e percentuais do respectivo total de tratados:

	Tratados do séc. XX	Tratados do séc. XXI
Total de tratados	23	20
Tratados com cláusula de guerra (nº = %)	7 = 30%	14 = 70%
TBIs	14	13
TBIs com cláusula de guerra (nº = %)	7 = 50%	12 = 92%
Causa das perdas		
Guerra (nº = %)	7 = 100%	13 = 93%
Conflito armado (nº = %)	6 = 85%	14 = 100%
Emergência nacional (nº = %)	3 = 42%	4 = 28%
Revolução (nº = %)	5 = 71%	11 = 79%
Estado de emergência (nº = %)	2 = 28%	8 = 57%
Distúrbio civil (nº = %)	0	3 = 21%
Direito de compensação		
Direito relativo (nº = %)	2 = 28%	1 = 7%
Direito absoluto (nº = %)	0	0
Tipo de reparação		
Indenização (nº = %)	3 = 42%	4 = 28%
Restituição (nº = %)	6 = 85%	14 = 100%

A partir desses números, algumas conclusões podem ser extraídas.

Em análise dos dados ora levantados, percebe-se que o Brasil possui na maioria dos tratados a cláusula de compensação por perdas e danos; porém, a quantidade de tratados com tais cláusulas em relação aos tratados com a norma de compensação é extremamente baixa, sendo apenas seis para direitos de compensação relativos e nenhum para absolutos.

Trata-se de um desafio ao Estado brasileiro encontrar um equilíbrio entre a facilitação, cooperação e maior fluxo nos investimentos estrangeiros e a devida proteção, de forma relativa ou absoluta. Porém, verifica-se que não há uma base de critérios expressa para aplicação das cláusulas de proteção de guerra, evidenciando uma pretensão de mera cláusula facultativa no modelo de Tratado a ser proposto.

A crítica do grupo é sobre a necessidade de maior zelo e atenção a tais tratados para que os investidores brasileiros não fiquem atrelados a uma necessidade última de recorrer a arbitragem, trazendo maiores critérios e cuidados para tais tratados.

Conclusão

Este trabalho permitiu observar, de forma empírica, que o uso da cláusula de guerra em tratados bilaterais de investimentos é uma previsão consolidada como proteção ao investidor, até mesmo em países neutros ou sem histórico de conflitos recentes, como o Brasil, que, nos seus instrumentos, relaciona a cláusula de “*protection from strife*” como “compensação por perdas”.

No que tange à análise jurisprudencial do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos, vislumbra-se como as cláusulas de guerra, ao serem submetidas à apreciação dos árbitros do ICSID, suscitaram mais do que a “mera” constatação factual e material dos danos alegados. Isto é: as Cortes não apenas se viram diante da necessidade de apreciar provas e contraprovas quanto a ocorrência ou não dos possíveis prejuízos e quantificar suas sucessivas compensações, como também tiveram que estabelecer padrões interpretativos. Dessa forma, demonstrou-se a complexidade oriunda da aplicação de tais cláusulas.

Observou-se a cláusula de guerra como uma condição quase preexistente ao investimento estrangeiro, especialmente nos países em desenvolvimento, como o Brasil, mesmo ausente o histórico de conflitos armados recentes, a evidenciar a natureza colonial da proteção jurídica dada ao investidor estrangeiro. Os dados analisados apontaram, inclusive, que nos casos de compensação por perdas e danos ocasionadas por guerras ou conflitos armados, o padrão de compensação é absoluto, no sentido de proteção total ao investidor estrangeiro.

Trata-se de um desafio ao Estado brasileiro encontrar um equilíbrio entre a facilitação, cooperação e maior fluxo nos investimentos estrangeiros e a devida proteção, de forma relativa ou absoluta. Porém, verifica-se que não há uma base de critérios expressa para aplicação das cláusulas de proteção de guerra, evidenciando uma pretensão de mera cláusula facultativa no modelo de Tratado a ser proposto.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Intra-MERCOSUR Investment Facilitation Protocol (2017) - Electronic Database of Investment Treaties (EDIT)**. 2017. Disponível em: <https://edit.wti.org/app.php/document/show/b7f1b-612-2a53-4496-9917-be1d04c10ed6>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BONN, Germany. **Brazil - Germany BIT (1995) - Electronic Database of Investment Treaties (EDIT)**. 1995. Disponível em: <https://edit.wti.org/app.php/document/show/3a463a7c-8525-40bb-9cb7-5fc-208fd222b>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASILIA. **Brazil - Netherlands BIT (1998) - Electronic Database of Investment Treaties (EDIT)**. 1998. Disponível em: <https://edit.wti.org/app.php/document/show/7bd8eb49-b0f5-4cfe-85ba-c93895236b43>. Acesso em: 22 jun. 2022.

DJAKARTA. **Denmark - Indonesia BIT (1968) - Electronic Database of Investment Treaties (EDIT)**. 1968. Disponível em: <https://edit.wti.org/app.php/document/show/cbf9d869-0e3d-4d93-a53f-30bee0cfb7b2>. Acesso em: 16 set. 2022.

GOLSONG, Heribert. American Manufacturing & Trading, Inc (AMT) v Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, **Statement of the Individual Opinion of Mr. Heribert Golsong** (10 February 1997). Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0029_0.pdf. Acesso em: 25 jul. 2022.

ICRC. **Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977**. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/470>. Acesso em: 02 set. 2022.

ICSID. **Strabag SE v. Libya**, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award (29 June 2020). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11829.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

ICSID. **Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v Republic of Sri Lanka**, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award (27 June 1990). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

ICSID. **American Manufacturing & Trading, Inc (AMT) v Republic of Zaire**, ICSID Case No. ARB/93/1, Award (21 February 1997). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

LIMA, Peru. **Brazil - Peru ETEA (2016) - Electronic Database of Investment Treaties (EDIT)**. 2016. Disponível em: <https://edit.wti.org/app.php/document/show/b552b9a1-1f6c-4000-b3fc-c8e31dc6de1a>. Acesso em: 22 jun. 2022.

LONDRES. Brazil - **United Kingdom BIT (1994) - Electronic Database of Investment Treaties (EDIT)**. 1994. Disponível em: <https://edit.wti.org/app.php/document/show/a0de9147-0af2-40d8-b9ec-6e1a-a944b5ec>. Acesso em: 16 set. 2022.

MANAMA. **Bahrain - Japan BIT (2022) - Electronic Database of Investment Treaties (EDIT)**. 2022. Disponível em: <https://edit.wti.org/app.php/document/show/90993617-5969-4bbf-8b6d-e5056cb91d7e>. Acesso em: 16 set. 2022.

NEWCOMBE, Andrew. General Exceptions in International Investment Agreements. **Draft Discussion Paper. Prepared for BIICL Eighth Annual WTO Conference 13th and 14th**, [S. l.], p. 12, 2008.

SCHREUER, Christoph. The protection of investments in armed conflicts. **Investment Law Within International Law**, [S.L.], p. 3-20, 1 ago. 2013. Cambridge University Press. <http://dx.doi.org/10.1017/cbo9781139855921.004>.

SPEARS, Suzanne; FOGDESTAM AGIUS, Maria. Protection of Investments in War-Torn States: A Practitioner's Perspective on War Clauses in Bilateral Investment Treaties. **International Investment Law and the Law of Armed Conflict**. Springer, Cham, 2019. p. 283-317.

UNITED NATIONS. **Vienna Convention of the Law of Treaties**. 1969. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 02 set. 2022.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO CONTRA CONFLITOS ARMADOS: DAS ORIGENS COLONIAIS AOS TRATADOS ATUAIS

Boni de Moraes Soares⁵³

Bruna Rabêlo Carvalho⁵⁴

Resumo: Este artigo analisa, segundo uma perspectiva descolonial, como tratados de investimento operacionalizam a proteção de investidores contra conflitos armados. Para tanto, o estudo traz inicialmente como a abordagem descolonial do direito internacional se posiciona como uma perspectiva crítica da disciplina. Nesse sentido, analisa-se como as origens do direito internacional dos investimentos estão diretamente ligadas às controvérsias entre ex-metrópoles, exportadoras de capital, e novos Estados recém-emancipados, dependentes do capital estrangeiro para conduzir seus próprios projetos de desenvolvimento. Em seguida, aborda-se em que medida os processos de colonização europeus estão na raiz dos conflitos atuais que se tem em África, Ásia e América Latina. Finalmente, analisa-se como os tratados de investimento operacionalizam a proteção de investidores estrangeiros contra as consequências de conflitos armados envolvendo os Estados anfitriões, sobretudo a partir de uma análise dos elementos normativos comumente inseridos nos acordos com esse objetivo. O estudo é desenvolvido por meio de estudos bibliográficos e de análises documentais, notadamente a partir de tratados bilaterais de investimento e da interpretação do CIRDI sobre as cláusulas submetidas à sua apreciação.

Palavras-chave: Descolonização. Responsabilidade internacional do Estado; Investimento estrangeiro; Conflitos armados; Colonialidade.

Introdução

O direito internacional possui uma profunda tradição formalista, dogmática, pela qual a compreensão da regulação jurídica dos problemas internacionais é orientada por uma suposta neutralidade normativa.

Em contraposição a essa tradição surgem diferentes perspectivas críticas da disciplina. Para elas, é necessário voltar os olhos aos interesses e relações de poder permeados na formulação do direito internacional. Ao jurista, mais do que compreender o funcionamento do sistema normativo internacional, caberia se perguntar por quem, para quem e em prejuízo de quem esse sistema foi produzido.

Em busca desses objetivos, diversas abordagens críticas do direito internacional se

⁵³ Doutorando em Direito Internacional pela USP. Coordenador do Subgrupo ICSID-CPA do NETI-USP. Diplomado em Direito Internacional dos Investimentos pela Université Catholique de Louvain, UCL, Bélgica. Advogado da União.

⁵⁴ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito pela UFPB - ênfase em Direito Internacional. Membro do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (USP), Subgrupo ICSID-CPA.

apresentam para formular referenciais teóricos e métodos capazes de fornecer ao intérprete a capacidade de revelar o que é anterior ao direito internacional positivo, afastando-se a sua suposta neutralidade.

Entre essas abordagens críticas se encontra o pensamento descolonial, que norteia o desenvolvimento deste trabalho.

Este artigo está centralizado no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos e o seu objetivo principal é analisar a temática específica dos conflitos armados frente a este ramo do direito. Através de uma análise preponderantemente bibliográfica e documental, identifica-se a origem colonial da proteção jurídica dos investimentos estrangeiros, especialmente diante de situações de conflitos armados.

I Imperialismo e colonialidade nas origens dos tratados de investimento

Fundadas a partir de uma reconfiguração latino-americana dos estudos pós-coloniais e subalternos das ciências sociais surgidos na Ásia e na África (BALLESTRIN, 2013, p. 97; BRAGATO, MANTELLI, 2019, p. 103), as abordagens descoloniais assumem que as relações de colonialidade nas esferas econômica e política não findaram com o fim da ocupação territorial promovida pela colonização. Pelo contrário, Estados-nação periféricos e povos não-europeus vivem hoje sob o regime da “colonialidade global”, que perpetua a dominação nas relações de poder e na produção do saber cujas origens remontam ao imperialismo europeu desde as conquistas do séc. XV e que hoje são exercidas sobretudo pelos Estados Unidos (BALLESTRIN, 2013, p. 100-101).

Nesse sentido, segundo uma abordagem descolonial, o estudo do direito internacional procura compreender em que medida o imperialismo forjou a regulação jurídica das questões internacionais e como essa regulação pode obstar ou impulsionar a superação das atuais relações de colonialidade.

Se em outros campos do direito o pensamento descolonial já tem se disseminado no Brasil, no direito internacional a abordagem descolonial ainda é sobretudo estrangeira e se posiciona como uma vertente da corrente denominada “*Third World Approaches to International Law*” (TWAIL), em que se enfatiza o caráter imperialista das categorias jurídicas do direito internacional (BRAGATO, MANTELLI, 2019, p. 109).

A partir daí se percebe divergências na forma como a literatura enxerga a relação entre colonialismo e direito internacional.

Para alguns, o colonialismo está enraizado no direito internacional, o que se percebe quando a proteção dos interesses do norte global manipula institutos do campo, dos princípios à doutrina. O colonialismo não apenas resiste às tentativas de reforma do direito internacional; ele se reconstrói a partir de novas técnicas dentro do próprio campo (ANGHIE, 2005, p. 243).

Para outros, contudo, o direito internacional é visto segundo uma dupla perspectiva. De um lado, o direito internacional é percebido como arma a serviço do imperialismo. Com o direito internacional, o imperialismo estampa legalidade sobre relações de poder que subjugam povos colonizados. Cabe ao descolonialismo, segundo essa perspectiva, revelar essa associação do direito internacional ao imperialismo para questionar a sua própria legitimidade. De outro lado, o direito internacional é visto também como um espaço disputável, a ser conquistado com uma regulação anti-imperialista. Nesse sentido, caberia aos povos colonizados empunhar valores e concepções jurídicas próprias, formados em

suas diversas culturas e tradições, para equilibrar os interesses que disputam a formação dos princípios, costumes e normas do direito internacional. O direito internacional estaria, assim, tanto a serviço da continuidade quanto da ruptura com alicerces jurídicos deixados pela colonização (PAHUJA, 2005, p. 459). Ele é, a um só tempo, um vilão, a cara do imperialismo em si, e uma vítima a ser libertada das amarras colonizadoras.

Apesar dessa divergência, predomina a noção de que, entre todos os campos de atuação do direito internacional, provavelmente o direito internacional econômico é o mais fértil para o desenvolvimento de abordagens descoloniais. Isso porque o imperialismo sempre esteve motivado por ganhos econômicos, ainda que uma consciência política do imperialismo econômico tenha surgido somente no fim do séc. XIX. Foi a partir de então, sobretudo às vésperas da Primeira Guerra Mundial, que a economia nacional dos Estados europeus passou a ser tida como conectada intimamente à capacidade de proteção e expansão de mercados coloniais. Uma vez esgotada a capacidade de crescimento econômico a partir da produção e consumo nos mercados internos do norte global, metrópoles passavam a orientar a alocação do capital privado nas ex-colônias, sobretudo para a extração de matérias primas e posterior acesso a novos mercados de consumo (ANGHIE, 2005, p. 141-142).

Com o processo de descolonização africana, após a Segunda Guerra Mundial, ex-metrópoles e novos Estados, recém-emancipados, puseram-se em conflito quanto às obrigações internacionais que deveriam orientar relações econômicas internacionais.

Nesse sentido, o direito internacional econômico se tornou arena central da luta entre o ocidente e os novos Estados. Novos Estados arguíam que o campo foi criado pelo ocidente para promover seus interesses e que não fizeram parte de sua formação. Por outro lado, Estados do ocidente alegavam que os novos Estados estavam sim vinculados ao direito internacional econômico formado anteriormente pelo ocidente, precisamente porque a aceitação do direito internacional anterior era uma condição para eles serem aceitos como Estados independentes. Nesse contexto, a soberania do terceiro mundo era articulada como fonte de vinculação às normas internacionais formuladas por outros povos. Inicativas do terceiro mundo, portanto, conduzidas com a crença de que o colonialismo estava arraigado em certas doutrinas do direito internacional, confrontaram-se com um passado colonial que não seria facilmente retirado da disciplina. Assim, na visão das sociedades do terceiro mundo, o colonialismo foi substituído pelo neocolonialismo. Estados do terceiro mundo permaneciam subordinados ao sistema internacional porque eram economicamente dependentes e as regras do direito internacional econômico asseguravam o norte global de que eles assim permaneceriam (ANGHIE, 2006, p. 748-749).

Cenário eloquente dessa disputa se deu quanto aos efeitos da emancipação política do Terceiro Mundo sobre contratos de concessão celebrados entre multinacionais do norte global e governos de seus países de origem. Estes contratos eram a base da regulação jurídica do investimento estrangeiro na época. Os contratos de concessão para extração de matérias-primas foram símbolo da luta pela formulação da doutrina do direito internacional, sobretudo quanto aos elementos informadores da sucessão de Estados e da responsabilidade internacional do Estado.

De um lado, o ocidente, exportador de capital, sobretudo com investidores norte-americanos e europeus, defendia que os Estados estavam obrigados a conceder padrões mínimos de tratamento ao investimento estrangeiro, mesmo se estes padrões fossem su-

periores aos prescritos pelo direito nacional. A inobservância desse postulado daria ensejo à responsabilidade internacional do Estado anfitrião. Do outro lado, o Terceiro Mundo, importador de capital, sobretudo por meio dos Estados latino-americanos, proclamava a fórmula desenvolvida pelo jurista argentino Carlos Calvo na chamada Cláusula Calvo, segundo a qual os Estados deviam conceder ao investimento estrangeiro somente o tratamento conferido pelo direito nacional (ANGHIE, 2005, p. 209).

Além disso, para o ocidente, a doutrina da sucessão de Estados e do direito adquirido obrigaria os novos Estados a respeitar as obrigações assumidas pelo Estado antecessor. Para o terceiro mundo, contudo, a independência teria extinguido contratos de concessão celebrados pelo Estado antecessor, de modo que tais contratos só seguiriam válidos com a concordância do Estado sucessor. Finalmente, em caso de nacionalização, o ocidente defendia a observâncias de padrões internacionais para o pagamento de compensação, reconhecidos pelo costume internacional, ao passo que o terceiro mundo entendia ser cabível somente os padrões reconhecidos no direito nacional (ANGHIE, 2005, p. 212-214).

Essa disputa fatalmente chegaria às instâncias da recém-criada Nações Unidas. E chegou. Novos Estados africanos se aliaram aos Estados latino-americanos para impulsionar uma série de resoluções da Assembleia Geral da ONU que pudessem consolidar formulações jurídicas coerentes com seus interesses. Assim é que lograram a aprovação de resoluções como a Resolução AGNU 1.803 (XVII), em 1962, relativa à soberania permanente sobre os recursos naturais, a Resolução AGNU n° 3.201 (S-VI), em 1972, para o estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), e a Resolução AGNU n° 3.281 (XXIX), em 1974, com a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados.

Não tardaria para que Estados do norte global reagissem ao movimento dos novos Estados na ONU. Assim é que a participação central de empresas multinacionais na exploração de recursos naturais no terceiro mundo serviu de fundamento para o surgimento nas faculdades de direito dos EUA de estudos sobre o “direito internacional do investimento estrangeiro” e, mais adiante, de uma estratégia para a adoção de novas regras e processos sobre o tema, bases da futura adoção dos tratados de investimento. Nesse sentido, pode-se perceber as origens coloniais do direito internacional dos investimentos como disciplina acadêmica autônoma (ANGHIE, 2005, p. 223-224).

Esse movimento serviria de base para a posterior adoção da Convenção de Washington que estabeleceu o Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento (CIRDI) e, pouco depois, à disseminação dos tratados bilaterais de investimento, em que se concebia um novo mecanismo para a solução de disputas entre empresas e governos de países do Terceiro Mundo: a arbitragem de investimentos. Nascia assim, dos braços da descolonização africana, o Direito Internacional dos Investimentos.

II Raízes coloniais da proteção jurídica de investidores contra conflitos armados

Desde o advento da Convenção do CIRDI e a celebração dos primeiros tratados de investimento, consolidou-se em doutrina a percepção de que o Direito Internacional dos Investimentos nasceu para proteger juridicamente o *investimento estrangeiro* das “*areias movediças*” próprias do ambiente político, econômico e institucional de alguns países (COSTA, 2014, p. 878).

A Comissão das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) aponta

alguns fatores considerados determinantes para a atração do investimento estrangeiro: fatores econômicos, relacionados ao mercado e ao potencial de rendimento; fatores relacionados à infraestrutura, aos recursos naturais e aos recursos humanos para as facilidades do investimento; e um fator-chave que é o grau de estabilidade política e institucional do Estado hospedeiro. (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2011, p. v)

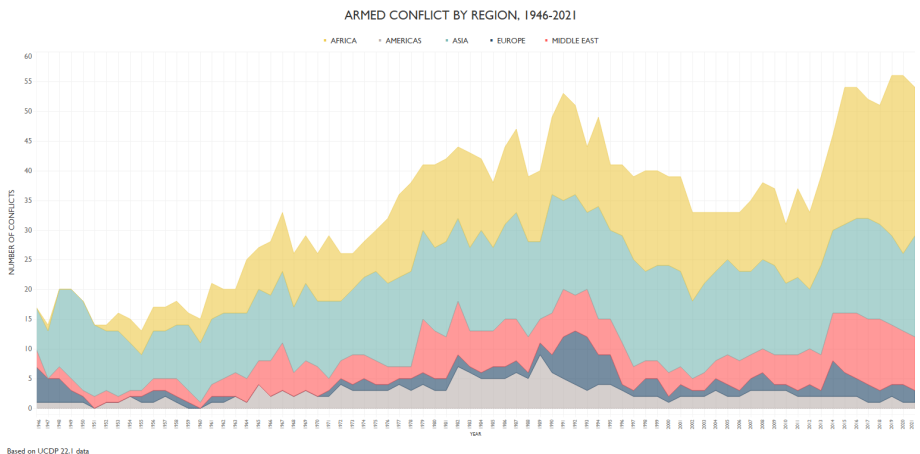
As características institucionais e políticas dos estados em desenvolvimento, ex-colônias de exploração, são o fator principal levado em consideração pelo investidor. Isso porque, a consequência perseguida por quem realiza o investimento é a percepção de lucro. Os riscos envolvidos no investimento demandam a identificação de certa estabilidade para a obtenção do lucro estimado.

Hartley Shawcross, ex-promotor e político membro do Partido Trabalhista britânico, em 1961, apresentou o argumento de que “o sentimento de insegurança a respeito desses aspectos (políticos e institucionais), causados por experiências amargas do passado, talvez seja o principal óbice ao fluxo de capital privado para os países em desenvolvimento.” (SHAWCROSS, 1961, p. 342).

Sob essa lógica, o Direito Internacional assume uma função precípua: substituir os considerados frágeis ordenamentos nacionais dos Estados por uma estrutura jurídica capaz de promover maior segurança e estabilidade aos fluxos de investimentos em face dos riscos decorrentes de instabilidade política e de fragilidades institucionais, apontadas especialmente como existentes em países em desenvolvimento (COSTA, 2014, p. 878).

Sob esse fundamento, os tratados bilaterais de investimentos se disseminavam e com eles uma série de cláusulas que buscavam a proteção do capital alocado por empresas estrangeiras, juridicamente chamadas de investidores, em países do Terceiro Mundo. Entre elas, algumas respondiam às preocupações de empresas estrangeiras com a eclosão de conflitos armados e levantes civis em muitos países, fruto muitas vezes da instabilidade política e social que dominava cenários nacionais de emancipação política e de desigualdades econômicas estruturais.

Desde então, de fato, a comunidade internacional assistiu a um número crescente de conflitos armados e distúrbios civis. Dados empíricos revelam como esses conflitos tem ocorrência acentuada nos territórios das ex-colônias europeias, sobretudo na África e na Ásia Meridional (UPPSALA, 2021a):



Uma fotografia atual dos conflitos armados no mundo revela de maneira ainda mais clara como a ocorrência de conflitos armados está diretamente ligada aos territórios de Estados que antes foram colônias de Estados ocidentais (UPPSALA, 2021b):



Por outro lado, pesquisas anteriores, sobretudo voltadas a estudos sobre paz e segurança internacionais, revelam que os interesses históricos de ex-metrópoles sobre os territórios colonizados persistem até hoje e tornam aqueles países mais propensos a promover intervenções em conflitos vivenciados nas ex-colônias (CHACHA; STOJEK, 2019). A França, por exemplo, mantém bases militares em ao menos seis de suas ex-colônias na África (MARTIN, 1995), o que denota a atenção especial que potências europeias possuem até hoje sobre territórios antes colonizados.

Ocorre que os atuais conflitos armados e distúrbios civis vivenciados no Terceiro Mundo tem muitas vezes raízes em seus próprios processos de colonização. Ao final desses processos, potências europeias deixaram para trás demarcações de fronteiras e noções de ocupação territorial que desconsideravam as complexidades socioculturais, étnicas, linguísticas e religiosas dos povos colonizados. Com isso, após a descolonização, disputas territoriais se tornaram mais comuns (MISHRA, 2016). Além disso, hoje se tem claro que os territórios que experimentaram guerras imperiais e coloniais antes de 1945 tem mais probabilidade de vivenciar levantes civis após sua independência (FEARON; LAITIN, 2014). Djankov e Reynal-Queiro (2007), por sua vez, concluíram que a fragilidade de instituições jurídicas deixadas após as ocupações coloniais, como a proteção do direito de propriedade, o Estado de direito e a eficiência do sistema jurídico, são uma causa fundamental de guerras civis ocorridas desde então nas ex-colônias.

Em outras palavras, pode-se creditar a instabilidade política e social que motiva a ocorrência desses conflitos a uma herança colonial, resultado da artificialidade de fronteiras e

fragilidade de instituições jurídicas deixadas por países do ocidente após exercerem domínio sobre aqueles territórios. Em boa medida, portanto, a proteção jurídica conferida por tratados de investimento em casos de conflito armado revela uma proteção das ex-metrópoles contra as consequências negativas de processos de ocupação conduzidos por eles próprios.

III A proteção de investidores contra conflitos armados em tratados de investimento: elementos atuais

As consequências do conflito armado são tradicionalmente abordadas no direito internacional por meio dos estudos de direito internacional dos conflitos armados ou direito internacional humanitário (*jus in bello*), com diretrizes normativas estabelecidas, entre outros, pelas Convenções da Haia de 1899 e 1907, Convenções de Genebra de 1864 e 1949 e Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, tal como a Resolução nº 2444 (XXIII), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1968, intitulada “*Respeito dos direitos humanos em período de conflito armado*”.

No caso específico da regulação jurídica internacional dos investimentos, o primeiro questionamento que surge diante de um conflito armado é em que medida esse tipo de ruptura impacta na continuidade e aplicação de tratados relativos à proteção dos investimentos (SCHREUER, 2013, p. 1).

O segundo questionamento diz respeito ao possível conflito de normas concernentes aos conflitos armados no contexto dos investimentos, uma vez que se trata de um ramo específico e tipicamente econômico do direito internacional, em face de uma temática normativamente atrelada ao direito internacional humanitário.

A esse respeito, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) publicou, no ano de 2011, um Projeto de Artigos cujo objetivo era orientar o tratamento dos efeitos de conflitos armados em tratados de um modo geral (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2011).

A CDI, neste projeto, definiu em seu art. 2º, (b) o conflito armado como “*uma situação em que há recurso à força armada entre Estados ou uso prolongado da força armada entre autoridades governamentais e grupos armados organizados.*” (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2011).

A primeira premissa estabelecida, conforme seu art. 8º, foi a presunção de continuidade dos tratados: a eclosão de um conflito armado, por si só, não provoca a sua suspensão ou o fim da sua vigência. Para que ocorra a suspensão ou o fim do tratado, é preciso haver essa previsão e o atendimento das formalidades acordadas entre as partes (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2011).

A segunda premissa importante, de acordo com o art. 10 do Projeto, é a de que, qualquer que seja a consequência do surgimento de um conflito armado para um tratado de qualquer natureza, no fim, a saída de uma parte ou a suspensão da vigência não retira qualquer obrigação das partes perante o direito internacional existente de forma independente daquele tratado (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2011).

Em qualquer caso, salvo se disposto de modo contrário pelas partes, na hipótese de suspensão, denúncia ou fim da vigência de um tratado em razão da eclosão de um conflito armado, seus efeitos incidirão sobre todo o tratado, exceto quanto às cláusulas que sejam separáveis do seu objeto principal, cuja aceitação não tenha sido a base do consenso entre

as partes e cuja continuidade não se revele uma consequência injusta. Veja-se a previsão dessas consequências na dicção literal do Projeto (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2011):

Artigo 11. Autonomia de dispositivos do tratado.

A cessação, denúncia ou suspensão da aplicação de um tratado como consequência de um conflito armado deve, salvo o disposto em contrário pelo tratado ou por acordo entre as partes, produzir efeitos com relação a todo o tratado, exceto quando:

(a) O tratado contenha cláusulas que são autônomas do restante do tratado com relação à sua aplicação;

(b) O tratado disponha ou de algum modo se estabeleça que a aceitação daquelas cláusulas não era parte essencial do consenso entre as Partes para se vincularem ao tratado como um todo; e

(c) A aplicação continuada do restante do tratado não seja injusta. (tradução nossa)

O aspecto controvertido entre a necessidade de estabilidade e segurança para investimentos internacionais e a ruptura da ordem através de um conflito armado atrai o estabelecimento de provisões específicas para essas situações em tratados de investimento, partindo das premissas expostas acima na formulação geral trazida pela CDI.

A maioria dos tratados de investimento contém cláusulas gerais de exceções de segurança (*general security exceptions*), em que lidam com situações de emergência, tais como conflito armados, para salvaguardar seus interesses essenciais e sua capacidade de adotar medidas que seriam de outro modo consideradas uma violação ao tratado.

Os casos mais relevantes submetidos aos tribunais de investimento, entretanto, não associam as exceções de segurança a situações de conflitos armados, mas a situações de emergência econômica. É como se identifica nos casos *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1)* e *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8)*.

Por outro lado, muitos desses acordos incluem também a chamada cláusula de “proteção plena e segurança” (*full protection and security*), uma cláusula específica para proteger investidores contra problemas decorrentes de situações de violência, seja provocada por agentes estatais ou por agentes privados, o que pode incluir conflitos armados.

A jurisprudência costuma atribuir a estas cláusulas a interpretação de que esta proteção diz respeito às situações de violência física. Foi assim que interpretou o CIRDI nos casos *PSEG v. Turkey (ICSID Case No. ARB/02/5)* e *Enron v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/3)*.

Finalmente, muitos desses tratados incluem também uma específica e adicional cláusula para proteger investidores da ocorrência de conflitos armados, revoluções, rebeliões, revoltas e insurreições, que costumam ser denominadas pela doutrina como “cláusulas de guerra” ou *war clauses* que podem estabelecer uma proteção do investimento contra discriminação ou padrões mais eficazes para indenização por perdas e danos (SCHREUER, 2013, p. 5).

No caso *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8)*, ao apreciar uma cláusula de não discriminação, entendeu como válida a previsão de que o tratamento a ser dado ao investidor no tocante às perdas oriundas de um estado de emergência não seria diferente do tratamento direcionado aos nacionais (Tra-

tamento de Nacional) ou de outros investidores estrangeiros (Tratamento da Nação Mais Favorecida).

Por sua vez, o caso *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3), foi apreciado pelo CIRDI a partir de uma reclamação dos investidores para indenização por perdas e danos, em decorrência de uma operação militar conduzida pelas forças armadas do Sri Lanka, com fundamento em cláusula de guerra estendida.

Verifica-se, entretanto, que, diferentemente das demais cláusulas que podem ser aplicadas em situações de conflitos armados apresentadas neste trabalho, não é fácil o preenchimento dos padrões de uma cláusula de guerra estendida. No *AAPL v. Sri Lanka*, o CIRDI rejeitou a medida reparatória fundada sob esta cláusula. O caso *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/93/1) obteve o mesmo resultado.

O tratamento dado aos conflitos armados pelo Direito Internacional dos Investimentos está distante de ser considerado como uniforme, depende consideravelmente de quem são os Estados envolvidos e quais são os interesses ali existentes, de modo a obstaculizar o desenvolvimento de uma doutrina específica e satisfatória sobre o tema e a orientação dos tribunais de resolução de disputas relacionadas aos investimentos estrangeiros.

Conclusões

Ao se analisar a trajetória histórica de formação do direito internacional a partir de uma abordagem descolonial, pode-se perceber como a regulação jurídica de problemas internacionais foi quase sempre pensada para legitimar interesses políticos e econômicos do Ocidente em detrimento dos povos colonizados.

Nascido no berço da descolonização africana, o direito internacional de investimentos foi palco de acentuada disputa entre o imperialismo europeu e o desejo de autodeterminação de suas ex-colônias. Em jogo, a luta entre a proteção de empresas ocidentais e a soberania dos novos Estados para determinar os limites na exploração de seus recursos naturais

Parte dessa luta estava motivada pelo desejo imperialista de proteger suas empresas contra as consequências negativas de conflitos armados e distúrbios civis no Terceiro Mundo. E o tempo revelaria que, na perspectiva ocidental, essa proteção seria útil.

O colonialismo europeu desprezou traços socioculturais, étnicos e linguísticos dos povos colonizados, assim como deixou para trás frágeis instituições políticas, econômicas e jurídicas. Tudo isso transformaria ex-colônias em palco propício à eclosão de conflitos armados.

Desde então, a cada distúrbio no sul global, empresas europeias têm se valido de tratados de investimento para evitar que prejuízos causados por conflitos armados recaiam também sobre si. Vários dispositivos têm sido invocados com esse objetivo, com maior ou menor sucesso.

Talvez adiante, em meio aos processos de reforma do regime internacional de proteção jurídica de investimentos que se tem assistido, a utilização desses tratados para atribuir proteção a empresas contra conflitos armados seja objeto de reformulações.

REFERÊNCIAS

ANGHIE, A. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ANGHIE, A. The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities. **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, p. 739–753, 2006.

BALLESTRIN, L. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, p. 89–117, ago. 2013.

BRAGATO, Fernanda F; MANTELLI, Gabriel A. Silveira. Abordagens pós-coloniais e descoloniais no direito internacional. In: BADIN, Michelle Rattton S.; MOROSINI, Fábio C.; GIANNATASIO, Arthur R. Capella. **Direito internacional: leituras críticas**. São Paulo: Almedina, 2019.

CHACHA, Mwita; STOJEK, Szymon. Colonial ties and civil conflict intervention: Clarifying the causal mechanisms. **Conflict Management and Peace Science**, vol. 36, nº 1, 2019, pp. 42-62.

CIRDI. **American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/93/1)**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/2/amt-v-democratic-republic-of-the-congo>. Acesso em: 24 set. 2022.

CIRDI. **Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3)**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1/aapl-v-sri-lanka>. Acesso em: 24 set. 2022.

CIRDI. **CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8)**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/68/cms-v-argentina>. Acesso em: 24 set. 2022.

CIRDI. **Enron v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/3)**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/71/enron-v-argentina>. Acesso em: 24 set. 2022.

CIRDI. **LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1)**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/93/lg-e-v-argentina>. Acesso em: 24 set. 2022.

CIRDI. **PSEG v. Turkey (ICSID Case No. ARB/02/5)**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/85/pseg-v-turkey>. Acesso em: 24 set. 2022.

COSTA, José Augusto F. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. **Di-
reito Internacional dos Investimentos**, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

DJANKOV, Simeon; REYNAL-QUEROL, Marta. The Colonial Origins of Civil War. **Economics Working
Papers 1038**, Department of Economics and Business, Universitat Pompeu Fabra, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1003337>. Acesso em 19 set. 2022.

FEARON, James D.; LAITIN, David. Does Contemporary Armed Conflict Have ‘Deep Historical Roots’? **Conflict Studies: Effects of Conflict e-Journal**, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1922249>. Acesso em 19 set. 2022.

GATHII, J. Imperialism, Colonialism, and International Law. **Buffalo Law Review**, v. 54, n. 4, pp. 1013–1066, 2007.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties. **Yearbook of the International Law Commission**, v. 2, 2011. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_10_2011.pdf. Acesso em: 15 set. 2022.

MARTIN, Gay. Continuity and change in Franco-African relations. **The Journal of Modern African Studies**, vol. 33, nº 1, 1995, pp. 1-20.

MISHRA, Sandip K. The Colonial Origins of Territorial Disputes in South Asia. **The Journal of Territorial and Maritime Studies**, vol. 3, nº 1, jan. 2016, pp. 5-23.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries. United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD) Series On International Investment Policies For Development**, [S.L.], 2 fev. 2011. Disponível em: <https://www.un-ilib.org/content/books/9789210543156>. Acesso em: 24 set. 2022

UPPSALA Conflict Data Program (UCDP). **Armed Conflict by Region**, 1946-2001, 2021a. Disponível em: https://ucdp.uu.se/downloads/charts/graphs/png_22/armedconf_by_region.png. Acesso em: 18 set. 2022.

UPPSALA Conflict Data Program (UCDP). **Active State-Based Conflicts in 2001**, 2021b. Disponível em: https://ucdp.uu.se/downloads/charts/graphs/png_22/active_sb_2021.png. Acesso em: 19 set. 2022.

PAHUJA, S. The Postcoloniality of International Law. **Harvard International Law Journal**, v. 46(2), p. 459-469, 2005.

SHAWCROSS, Hartley William. The problems of foreign investment in international law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, v. 227, 335-363, 1961, p.342.

SCHREUER, Christoph. The protection of investments in armed conflicts. In: BAETENS, Freya. **Investment Law Within International Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 3-20.

A INFLUÊNCIA DAS MUDANÇAS DE GOVERNO NA ARGENTINA E NO BRASIL SOBRE A INTEGRAÇÃO REGIONAL: BREVE ANÁLISE DA POSIÇÃO DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL E A PRIMAZIA DO DIREITO EUROPEU NA INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA

Alberto Barreto Goerch⁵⁵
Joséli Fiorin Gomes⁵⁶
Marcos Pascotto Palermo⁵⁷

55 Advogado. Doutor em Diversidade e Inclusão pela Universidade FEEVALE com Bolsa de Estudos pela CAPES, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Pós-graduado Lato Sensu em Direito com Especialização em Direito Constitucional pela UNIDERP e Pós-graduado Lato Sensu em Direito com Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduado em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES. Professor Universitário, em Cursos de Especializações e Preparatórios para Carreiras Jurídicas. Experiência Docente nas Modalidades Presencial e em EAD. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. Presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero da OAB/SM. Membro da Comissão da Diversidade Sexual e Gênero da Seccional da OAB do Rio Grande do Sul/OAB RS. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Membro do Grupo de Pesquisa Arthemis - Direito e Gênero da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPQ/Metropolização e Desenvolvimento Regional da Universidade Feevale.

56 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) (2015). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). Especialista pelo Curso de Especialização O Novo Direito Internacional: Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) (2009). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (2004). Atualmente, é docente permanente do Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais (PPGRI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), co-líder do Grupo de Estudos em Instituições e Processos Decisórios nas Relações Internacionais (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2939554692788267), pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito e Consumo Sustentável (GEDCS) e do Grupo de Estudos Ásia-Pacífico (GEAP), estes todos na mesma instituição, bem como do Grupo de Estudos do Sul Global, junto à Universidade Federal do ABC (UFABC), e do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional, na linha de pesquisa Direito Internacional Crítico, junto à Universidade Federal de Uberlândia (UFU), entre outros grupos de pesquisa registrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPQ junto a outras instituições de ensino superior brasileiras.

57 Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Possui graduação em Ciências Sociais - Bacharelado (2005) e mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (2014); graduação em Direito (2007), pelo Centro Universitário Franciscano, atual Universidade Franciscana; especialização em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração, junto ao Curso de Pós - Graduação Lato Sensu "O Novo Direito Internacional" (2009) e mestrado em Direito (2013) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atualmente, é professor da Faculdade de Direito de Santa Maria e da Universidade Franciscana, sendo graduando no Curso de História desta última instituição, afastado de ambas para a conclusão de Doutorado. Realizou mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Lisboa (Portugal), durante o segundo semestre de 2018, sendo também investigador integrado do OBSERVARE- Observatório de Relações Exteriores da Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal).

Resumo: A integração regional é elemento inegável da realidade atual, sendo relevante a compreensão do direito da integração. Objetiva-se efetuar estudo comparativo entre os direitos da União Europeia (UE) e do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), para que pelo exame das diferenças e semelhanças entre os blocos regionais se analise a possibilidade ou não de se adotar a primazia europeia no âmbito do bloco mercosulino a partir do Tribunal Permanente de Revisão (TPR). Frente às mudanças de governo na Argentina e Brasil entre 2015 e 2016, que permitiram também alterações nas perspectivas de integração regional na América do Sul, mormente o Mercosul. Sendo esses, os sócios-fundadores com maior participação na organização internacional em questão. O procedimento de investigação científica opta por tomar por fontes documentos oficiais: decisões e resoluções sobre o período. A abordagem será quantitativa, pensando na coleção de documentos emanados como atos unilaterais da organização internacional.

Palavras-chave: Direito da Integração; MERCOSUL; Primazia do Direito Europeu; Tribunal Permanente de Revisão; União Europeia.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar como as mudanças de governo na Argentina e no Brasil entre os anos de 2015 e 2016, permitiram também mudanças nas perspectivas de integração regional na América do Sul, principalmente no Mercosul. Leva-se em consideração, que estes dois Estados são os sócios-fundadores, com maior participação na organização internacional em questão.

Tendo em vista a sua constituição intergovernamental, diferentemente da organização da União Europeia, que tem por característica maior, a supranacionalidade, a mudança de governos pode afetar a linha de condução do bloco, de forma mais direta? A resposta para a complexidade da questão pode ser apreendida, ao menos por duas vias: a análise da posição oficial de um Estado, via a sua atuação diplomática, em uma perspectiva particular e para fora do bloco de integração, ainda que em diálogo com este, ou olhando para esta posição dentro do mesmo, analisando a tomada de atitudes em órgãos do bloco que garantem o processo de integração.

O procedimento de investigação científica neste trabalho, por se tratar de história recente, opta por tomar por fontes: documentos oficiais: decisões e resoluções sobre o período, bem como a análise de artigos científicos sobre o tema, dando ênfase para a realidade brasileira. A abordagem será, ainda primordialmente quantitativa, pensando na coleção de documentos emanados como atos unilaterais da organização internacional, como prova de menor ou maior atividade do bloco.

Para tanto, analisa-se a característica da primazia, que determinou a peculiaridade da ordem jurídica da UE. Estabelecida esta premissa, busca-se a compreensão do Tribunal Permanente de Revisão (TPR), em que se defende a prevalência do direito da integração mercosulina em face das leis dos Estados Partes. Frente a isso, avaliar-se-á se, efetivamente, é possível adotar a característica europeia no MERCOSUL, tendo em vista as diferenças estruturais entre os blocos. É o que segue.

1 TRANSIÇÕES DE GOVERNO E DE REGIME: DIFERENCIAÇÕES

Toma-se o regime político, enquanto forma de exercício de poder em um Estado. Ocor-

re que, ao longo do tempo, a ideia de regime político, não assumiu uma definição unívoca, sendo frequentemente em literatura não especializada confundida com o sistema político (que denota as relações existentes entre os poderes constituídos, em especial na escolha do governo), como da forma de governo (enquanto tipo de estrutura da organização política, denotando quem é o/a e chefe de estado e como se dá a sua escolha: se por uma eleição, ou se pela tradição, ancorada na hereditariedade). Remetendo-se a textos de Direito Constitucional, bem como de Teoria Geral do Estado, disciplinas típicas dos cursos de Ciências Jurídicas ou Direito, encontra-se uma possível definição em Silva (2009).

Silva (2009) explica que o regime político é alvo de diferentes conceituações, das quais parece apropriada a usada pela Universidade de Barcelona: um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção de Estado e da sociedade e que inspiram seu ordenamento jurídico. Assim, fala-se do conjunto das instituições políticas existentes. O fenômeno da vida política dá-se regido por tais instituições, sendo vivenciado no seio delas, podendo-se, ainda, afirmar que são elas que conferem a autoridade ao poder constituído. Em termos de procedimentos, o referido autor explica como se dará: a) a autoridade dos governantes e a sua obediência; b) a escolha destes governantes; c) a estrutura seguida por estes, d) a limitação de poder dos mesmos.

A importância da transição de regime político, como por exemplo, do autoritário para o democrático, pode influenciar, sobremaneira as possibilidades de condução da política externa, como já evidenciados em estudos clássicos sobre a América do Sul

Si existe un área en que el cambio en el tipo de régimen ha tenido un impacto positivo inequívoco, es aquél de la cooperación internacional,³⁰ al menos si esto puede ser medido por la cantidad de las discusiones, declaraciones, declaraciones de principios y acuerdos firmados por altos ejecutivos de las tres nuevas democracias de la región. Nunca antes en la historia se habían reunido con tanta frecuencia y tan públicamente funcionarios públicos de Argentina, Brasil y Uruguay, algunas veces bilateralmente, algunas trilateralmente, otras plurilateralmente, con diversos grupos de sus hermanos latinoamericanos. (SHIMITTER, 1989, p.111).

Sabe-se, portanto, que a mudança de regime político, implica na possibilidade de novas perspectivas no que tange à política externa de diferentes Estados, como por exemplo, no que é peculiar à integração regional. Todavia, uma questão a ser enfrentada pelas investigações realizadas em Relações Internacionais, enquanto subárea da Ciência Política, é a de abordar como as mudanças de governo acabam por afetar este tópico, quando realizadas em um contexto formalmente instituído dentro das regras de um mesmo regime.

As mudanças de governo em um regime democrático de cariz liberal, podem implicar em uma transição de um partido ou coalizão para outra, dentro do espectro político. Isto é da natureza do próprio regime, que prevê a possibilidade de alternância de poder entre as diferentes forças políticas em disputa, segundo as disposições de um mesmo ordenamento legitimado pelo Direito, onde vencerá a vontade da maioria.

Uma outra possibilidade de mudança dentro da legalidade e da legitimidade democrática, que deveria em tese consistir em uma exceção prevista pelo regime, é a do impedimento de sua continuidade por decisão do Poder Legislativo, em um processo conhecido em Estados que reconhecem constitucionalmente o sistema presidencialista, como impe-

achment. No caso analisado no presente trabalho, a mudança de poder na Argentina, deu-se pela alternância, através de eleições, com o fim do mandato de Cristina Kirchner e o início do mandato Mauricio Macri, enquanto no Brasil, houve um processo de destituição por meio do impeachment Dilma Rousseff, cassação do seu mandato e o complemento do período previsto pelo mesmo, com a chegada ao poder do então vice-presidente Michel Temer.

Assim, a importância é do debate acerca da transição de governo dentro do mesmo regime e sua influência na condução da política externa, agrupa-se em outro de igual relevância: a ligação entre as políticas externa e doméstica dentro de uma mesma unidade estatal. Outrossim, quando conectadas em um processo de integração que unem dois ou mais estados. Os estudos sobre esta temática, já são bastante conhecidos, desde os realizados por Putnan, para quem

A luta política de várias negociações internacionais pode ser utilmente concebida como um jogo de dois níveis. No nível nacional, os grupos domésticos perseguem seu interesse pressionando o governo a adotar políticas favoráveis a seus interesses e os políticos buscam o poder constituindo coalizões entre esses grupos. No nível internacional, os governos nacionais buscam maximizar suas próprias habilidades de satisfazer as pressões domésticas, enquanto minimizam as consequências adversas das evoluções externas. Nenhum dos dois jogos pode ser ignorado pelos tomadores de decisão, pois seus países permanecem ao mesmo tempo interdependentes e soberanos. Cada líder político nacional está presente em ambos os tabuleiros. (PUTNAN, 2008, p.151)

Sabe-se que as características que acompanharam o desenvolvimento do processo de criação de instituições mercosulinas (aprofundamento) e de entrada de novos membros (alargamento), são caracterizadas pela intergovernamentalidade, sendo então possível auferir importância aos órgãos que a sustentam no âmbito interno no bloco, em um contexto de mudança de governos.

2 OS CONTEXTOS DAS MUDANÇAS NA ARGENTINA E NO BRASIL

Foi o que animou a Argentina em novembro de 2015, quando o candidato da oposição de centro-direita, Mauricio Macri, venceu o candidato governista, Daniel Scioli, obtendo pouco mais de 51% dos votos válidos. A vitória de Macri, vinculado ao Partido Proposta Republicana (Propuesta Republicana), em uma coligação mais ampla, a Mudemos (Cambios), pós-fim aos governos de centro-esquerda dos peronistas, Néstor e Cristina Kirchner (2003-2015).

A adesão à proposta de integração mercosulina, foi um dos pontos de apoio da política externa do casal Kirchner. Vê-se, por exemplo, que a análise dos documentos oficiais produzidos neste lapso temporal de governo, em comparação com o produzido no Mercosul no período de tempo que acompanhou o mandato de Macri, houve uma opção pelo aprofundamento e alargamento do bloco.

Vê-se, por exemplo, o apoio à Decisão de nº 11/03, que criou a Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul (CRPM) como órgão do Conselho do Mercado Comum. Na sequência, um aliado do então presidente Néstor Kirchner, foi nomeado presidente do órgão: Carlos Alvarez, ex-vice-presidente da Argentina (Decisão de nº32/05). Outrossim,

já no governo de Cristina Kirchner, houve o apoio à adesão da Venezuela ao bloco. Esta preocupação endógena, pode ser verificada em contraposição aquilo que é considerado a grande vitória da política de Macri: a negociação do texto do acordo comercial com a União Europeia. De qualquer forma, o que se poderá perceber no decorrer do trabalho, foi que nos momentos de maior tensão política no Brasil, houve uma menor integração intrabloco, como demonstra a análise dos documentos oficiais do Mercosul.

Durante o governo dos antecessores, Fernando Henrique Cardoso (1995-2003) do Partido da Social -Democracia Brasileira (PSDB) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2011), que sucedeu em um governo liderado pelo Partido dos Trabalhadores (PT), houve diferentes tentativas de apreensão dos rumos de caracterização da política externa. Com Fernando Henrique Cardoso tem-se, na explicação de Vigevani e Cepaluni a tentativa da autonomia pela participação, definida pela

[...] adesão aos regimes internacionais, inclusive de cunho liberal, sem a perda da capacidade da gestão pública externa; neste caso o objetivo seria influenciar a própria formulação dos princípios e regras que regem o sistema internacional (VIGEVAANI e CEPALUNI, p. 283, 2007).

Esta participação na agenda da política internacional passou pela a celebração de tratados como o TNP (Não Proliferação de Armas Nucleares) e MTCR (Regime de Controle e Tecnologia de Mísseis) o que evidencia uma forte crença na existência e eficiência das instituições multilaterais internacionais (como por exemplo, em outro nível, a Organização Mundial do Comércio). Da mesma forma, não se pode esquecer, que Fernando Henrique havia incentivado ações, através da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), China, Índia, Rússia e países latino-americanos mais distantes, como Cuba e México. Para Reis da Silva (2009) houve primeiramente um certo otimismo liberal (verdadeira consolidação de uma matriz neoliberal na política externa do Brasil) para ulterior percepção de que se entrara em uma globalização assimétrica.

Já no governo Lula da Silva, percebeu-se a tentativa do país de maior aproximação com países em desenvolvimento, em uma política externa liderado pelo então chanceler Celso Amorim, onde houve o eixo de cooperação Sul-Sul foi bastante incentivado. Vigevani e Cepaluni (2007) chamaram de autonomia pela diversificação, a característica da política externo, do primeiro governo do PT. Outro eixo que não pode ser olvidado é o da participação do país na formulação do BRICS, grupo de coalizão de interesses que reúne Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul. A percepção de que a energia demonstrada pelo governo do Presidente Lula não foi mantida pelo governo petista de Dilma Rousseff, aparece em autores como Cornelet (2014), Cervo e Lessa e Saraiva (2014).

Cornelet (2014) faz uma comparação entre os dois mandatos de Dilma e o de Lula relatando a perda de protagonismo e certa relativização do olhar estratégico para a região. Um exemplo, vem da já conceituada possibilidade do recurso da diplomacia presidencial, em estudos já consagrados de Sérgio Danese. Aqui, o papel do líder é ressaltado e pode ser visto em diversos momentos.

Talvez a mudança mais relevante seja a da redução de viagens a países sul-americanos, tendo Rousseff visitado esses países menos do que a metade de vezes que Lula da Silva os

visitou no início de cada um de seus mandatos. A América Central também não parece ter sido tão priorizada

Assim como Cornelet (2014), Cervo e Lessa (2014) percebem que o país sentia uma fase de dinamismo e emergência como ator internacional. Para Cervo e Lessa (2014), a política externa de Dilma, já no seu primeiro mandato, indicou um declínio, frente à efetiva participação do Brasil no concerto internacional. Os autores determinam por declínio a ideia de que a crise financeira e econômica internacional afetou de leve este decaimento, e acreditam que as causas são eminentemente internas. Segundo eles, as estratégias externas do governo do presidente Lula, quando são conservadas pelo governo Dilma, aparecem de modo lerdo e obstruído.

Após uma fase de ascensão do país como potência emergente, a inserção internacional do Brasil entra em declínio entre 2011 e 2014. As causas que determinam a mudança e a nova tendência localizam-se no enfraquecimento do diálogo entre Estado e segmentos dinâmicos da sociedade; na quebra da confiança de investidores e empresários nacionais e estrangeiros no governo; no enfraquecimento de estratégias e inexistência de ideias novas capazes de motivar agentes externos; no emperramento da gestão pública com perda da capacidade indutora do Estado; enfim, no protagonismo de Rússia e China no seio do Brics. Esses fatores de caráter interno conduzem à deterioração de indicadores de medida da presença e da influência econômica, política e geopolítica do Brasil sobre o cenário internacional. (CERVO e LESSA, 2014, p.149).

No âmbito interno, a destituição de Dilma abriu espaço para uma inusitada ocorrência. O caminho de deposição da presidenta, ao contrário das situações comuns nas anteriores décadas do século XX, com a ocorrência de um golpe militar, procurou conferir a aparência de legalidade e de legitimidade. Ou seja: ao invés de atos que possibilitassem a derrocada do próprio regime político, os fatos que motivaram o impeachment, tentaram ser enquadrados nas regras estatuídas. Dividiu-se a opinião pública e embora a grande contestação sobre a tese jurídica motivadora do crime de responsabilidade, o resultado acabou sendo acatado. O vice-presidente Michel Temer, cercou-se de parte dos outrora apoiadores do governo do qual ele próprio fazia parte, completando o tempo restante de mandato.

3 A PRIMAZIA DO DIREITO EUROPEU E A POSIÇÃO DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL

No caso mercosulino, pode-se pensar no aspecto intergovernamental do Conselho Mercado Comum (CMC) e no Grupo Mercado Comum (GMC), bem como a possibilidade de se analisar a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM). Todavia, a CCM é órgão assessor do GMC, com a tarefa de velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial acordados pelos Estados Partes, manifestando-se por diretrizes, e onde estão vinculados comitês técnicos. Pensa-se, que esta dimensão técnica, não obstante a importância, pode ser apreendida com recorte de outros trabalhos, preferindo a centralização do enfoque nos dois primeiros órgãos intergovernamentais citados.

Ainda, haja vista a possibilidade de controvérsias do bloco virem a ser analisadas de forma jurídica, se tornaria interessante a pensar no Tribunal Permanente de Revisão do

Mercosul (TPR), de caráter arbitral. Porém, se analisado período de tempo estudado, vê-se que o único laudo arbitral relevante foi o relativo ao procedimento excepcional de urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à sua participação nos Órgãos do Mercosul e à incorporação da Venezuela como membro pleno do bloco.

À época, o Paraguai havia sido suspenso do bloco, por conta do impeachment do presidente paraguaio Fernando Lugo, substituído pelo vice Frederico Franco, considerado como quebra da normalidade democrática. Esta situação, faria com que a cláusula democrática, relativa ao Protocolo de Ushuaia, fonte de direito da integração mercosulina fosse invocada.

O Tribunal Permanente de Revisão decidiu, por se declarar incompetente para julgar a demanda, uma vez que o TPR se dedica a questões comerciais e não políticas. Igualmente, prevaleceu o princípio da autonomia da vontade, pois os Estados não haviam consentido com a utilização do TPR para tal fim, assim como o Paraguai havia deixado de lado as negociações diretas com os demais membros da organização, restando provada a incompetência.

Diante desse contexto, cabe refletir que os últimos séculos, mudanças em diversas searas ocorreram, trazendo uma maior internacionalização à regulação da vida em sociedade. Esta dinâmica impôs, então, a busca pela integração regional. Nesse contexto, o exemplo mais desenvolvido é o da União Europeia (COSTA; BRACK, 2011, p.7). Esta decorre do ressurgimento de antiga ideia de unidade europeia (QUEYRENNE, 2009, p.9), posta em prática no pós-guerra, ao se verificar que o enfrentamento da situação exigia a conjugação de esforços.

Em função disso, a União Europeia foi dotada de caráter diferenciado das demais Organizações Internacionais (SEITENFUS; VENTURA, 2003, p. 86-89). Este caráter é a supranacionalidade, um "...poder real e autônomo, distinto do poder dos Estados, posto a serviço de objetivos comuns a vários Estados" (PESCATORE, 1989, p.45).

O TJCE pronunciou-se, considerando que a questão colocada pelo juízo italiano era admissível, porque se relacionava à interpretação do Tratado, não podendo uma medida unilateral de um Estado membro ter precedência sobre o direito comunitário. Com base nisso, o TJCE determinou que, quando em conflito com normas nacionais, deveria prevalecer o direito comunitário. Era imperioso, então, que prevalecesse o direito comunitário pelos interesses comuns que representava, porque a atuação conjunta exigida pela Comunidade precisava ser orientada e regrada por uma ordem jurídica própria.

A partir da construção jurisprudencial da primazia do direito europeu sobre as normas nacionais, este princípio foi, recentemente, inscrito no Tratado de Lisboa, na Declaração n. 17, anexa a este (UNIÃO EUROPEIA, 2011). Portanto, tendo em vista a importância assumida por este princípio, pode-se afirmar que se constituiu em:

...exigência fundamental numa ordem de integração. Reconhecer qualquer eficácia de uma manifestação de vontade de autoridade nacional, que seria contrária às regras comuns, colocaria em risco toda a estrutura desejada pelos Estados, autores do Tratados. Essa atitude poderia prejudicar a confiança mútua e arruinar as chances de progresso comunitário (LOUIS, 1986, p. 139).

Com isso, sua conformação serve de inspiração e modelo para os demais blocos re-

gionais no cenário internacional, especialmente no que tange à América Latina, devido à herança jurídica decorrente da colonização europeia desta área. Tal situação, nesse viés, coloca o problema da circulação do modelo europeu, já que a importação de soluções estrangeiras bem-sucedidas, pela via de estudos comparativos, é prática comum nos países que se encontram em volta da experiência pioneira (BADIE, 1992, p.31). Portanto, cabe, já que o MERCOSUL se insere nesse contexto, perquirir sobre a possibilidade ou não de circulação da primazia do direito europeu para o direito deste bloco, analisando-se as dificuldades existentes para tanto.

Dessa forma, o direito da integração, no modelo europeu, assumiu feições autônomas frente ao direito internacional geral, adquirindo uma posição de primazia em face dos direitos internos dos Estados Membros, verificou-se que esta característica é elemento cerne ao desenvolvimento acentuado do direito da UE. Diante disso, no mesmo contexto em que se construiu a integração europeia, ainda que com intento diverso, mais marcado pelo impulso ao crescimento econômico, sem forte caráter político, insere-se a criação MERCOSUL, o qual se inspirou no modelo europeu. Frente a isso, é necessário realizar estudo comparado, para compreender se é possível a circulação da primazia do direito da UE à integração mercosulina, para que o direito deste produzido passe a apresentar o tipo de efetividade alcançada no bloco europeu.

Nesse passo, devem-se analisar as diferenças estruturais entre as ordens da UE e do MERCOSUL, os aspectos históricos de sua formação, para estabelecer a sua tradição (MERRYMAN, 1979, p.17), para compreender os motivos pelos quais a circulação de modelos é tão problemática. Frente a isso, a busca pelos fatores para a dificuldade de circulação da característica do direito europeu ao mercosulino deve se iniciar pelos elementos já perceptíveis no decorrer do trabalho. Ao se analisarem os blocos, verificou-se a diferença de estrutura que adotaram. O bloco europeu adotou estrutura supranacional, enquanto o mercosulino manteve-se num padrão intergovernamental. E, é nessa diferença de estruturas institucionais que se pode apontar a distância existente entre suas ordens jurídicas.

Nesse viés, foi justamente pelo e no caráter supranacional adotado pela UE, verificado na primeira seção, que a jurisprudência do TJCE pôde fundamentar a atribuição do elemento do primado como fator distintivo a identificar e demonstrar a inovação da integração europeia diante do direito internacional geral. A cessão de competências pelos Estados e a criação de estrutura própria e autônoma para exercê-las permitiram que disso se depreendesse o elemento da primazia como distintivo da ordem jurídica europeia. Já o mesmo não se pode dizer no que se refere às organizações intergovernamentais. Isso porque a cooperação intergovernamental se caracteriza pelo acordo entre dois ou mais sujeitos de direito internacional para executar ações, com o objetivo de satisfazer a um interesse partilhado por cada um deles.

Em função disso, nessas organizações a técnica de tomada de decisões por excelência é a da regra da unanimidade, a qual apresenta o inconveniente de que cada participante possui direito a veto, o que dificulta a adoção das deliberações. Nesse sentido, no âmbito intergovernamental não há que se falar numa ordem jurídica comum, que vincule os Estados além de seus interesses particulares, dotada de autoridades autônomas e independentes, que atuem, com poderes e estrutura próprios, em prol dos interesses da organização. Tal é o caso do MERCOSUL. Em face disso, ao se conceber "...a ordem jurídica comunitária como resultado do duplo fenômeno da autonomia e da hierarquização, resta patente a

inexistência de um ordenamento comum no MERCOSUL” (VENTURA, 1996, p. 78).

Dessa forma, quanto ao MERCOSUL, não se pode atribuir à ordem jurídica decorrente desse bloco elemento próprio de uma organização supranacional. Isso se justifica na medida em que a escolha por uma estrutura em vez de outra dá sinais de que os interesses ou razões para a integração divergem, não podendo ser atendidos e, portanto, justificados pelos mesmos meios e motivos. Logo, há que se examinar as motivações de cada um dos blocos para se formar, indagando como influenciaram a escolha dos modelos institucionais.

Para tanto, é preciso averiguar a história e a cultura dos Estados envolvidos num processo de integração, a fim de inserir tal processo na tradição dos povos sobre os quais surtirá efeitos, por vincular-se ao conjunto cultural e civilizacional a que se refere (KAKU, 2008, p.249). Nesse viés, verifica-se que a integração europeia, além do cunho econômico, teve relevante e histórico intento de consolidar a paz no continente, resultando na conjunção dos egoísmos nacionais, de iniciativas e mediação das autoridades supranacionais e na divulgação do ideal europeu, o que permitiu a aproximação dos Estados (COSTA; BRACK, 2011, p. 46).

Já o mesmo não se pode dizer do caso mercosulino. No que tange ao contexto latino-americano, os atuais territórios do Uruguai, do pampa argentino e da campanha sul-riograndense constituíam-se, na época colonial, em uma unidade econômica, social e cultural, a “Região Platina”. Mas, a região se fragmentou ao final desta era, após a independência, com a formação de novos Estados, apesar da manutenção de hábitos e valores comuns e de contatos comerciais entre as populações rio-grandenses e rio-platenses. Pela fragmentação, a delimitação das fronteiras nacionais fomentou um espírito de competitividade, de rivalidade entre estes povos, especialmente no que tange à população do restante do Brasil, que não compartilha da mesma herança cultural platina, o que dificulta, em certos aspectos, as negociações hodiernas relativas à integração regional (REICHEL; GUTFREIND, 1996, p.118). Com isso, o mesmo ideal que se encontrou na história europeia e que foi fator de aproximação que permitiu a integração regional, não pode ser transposto plenamente para o âmbito mercosulino.

Com efeito, o MERCOSUL surgiu em um contexto e uma época diversa daquela em que a integração europeia foi forjada, não sendo transferíveis, pura e simplesmente, àquele as condicionantes que impulsionaram esta. Seria possível argumentar a favor da equiparação das experiências europeia e mercosulina sob o fundamento de que os direitos dos Estados envolvidos nesses blocos, em sua grande maioria, apresentariam, pelas colonizações hispânica e ibérica na América Latina, tradições jurídicas comuns. Mas, esse fator não é suficiente para explicar as razões pelas quais a integração europeia se desenvolveu, juridicamente, de modo mais aprofundado do que o MERCOSUL. Isso se justifica na medida em que os fatores determinantes para a formação dos blocos regionais em questão foram diversos, o que fez com que estes se aparelhassem de modos diferentes, adotando modelos de organizações internacionais distintos, por apresentarem contextos histórico-culturais relativos à necessidade e conveniência da aproximação dos povos que não são, necessariamente, análogos (BIEBER, 1994, p.29).

Diante disso, não se pode equiparar a experiência do MERCOSUL, de modo plenamente equivalente, à da UE. Os fatores condicionantes para a formação de um bloco regional não podem ser atribuídos integralmente ao outro. Desse modo, torna-se temerária a tentativa de atribuir a um os elementos distintivos de outro, quando nem mesmo suas

motivações e composição institucional são identificáveis. O estudo comparativo desses processos de integração deve ser calcado não na simples busca por semelhanças, mas, especialmente, na assimilação de suas diferenças, para evitar o transplante de modelos de modo apartado das condições de possibilidade para o seu funcionamento efetivo.

Porém, há que se reconhecer que o transplante de modelos, especialmente aqueles advindos da Europa, faz parte da tradição em que se inserem os Estados latino-americanos. Isto originou a realidade ambígua desses países, pois foram estruturados a partir de suas relações de dependência com os colonizadores. Com isso, tomaram, em regra, os padrões instituídos por estes como soluções plenas para as necessidades de seus direitos internos, bem como, no caso em tela, de constituir meios para sua inserção mais acentuada no âmbito internacional, resultando numa prática corrente, reiterada de “importação de modelos” (BADIE; HERMET, 1993, p.181). E isto é o que gera dificuldades quanto à transposição para a realidade dos efeitos que tais modelos deveriam irradiar, tornando diversas as experiências de sua implantação nos países originários e nos países que realizaram essa importação. Então, o simples transplante das características singulares do bloco europeu ao mercosulino falha no mesmo.

Dessa forma, porque a experiência europeia não se trata de um modelo pronto, e por se desenvolver a partir de contexto e condicionantes diversas, não se pode simplesmente tomá-lo como um paradigma a imitar, para encontrar soluções acabadas para problemas e situações às quais este sequer é adequado. Frente a isso, a afirmação de que o direito do MERCOSUL deve ter primazia sobre os direitos nacionais, porque se configuraria numa ordem comunitária, do mesmo modo que o é a da UE, é falaciosa e perigosa, já que transpõe de modo iníquo uma característica própria de outro tipo de organização internacional para um bloco regional que não apresenta os mesmos aspectos necessários para que funcione.

Verificou-se, assim, que os modelos institucionais adotados pelo bloco sul-americano e pelo bloco europeu são diversos, tendo sido escolhidos para organizá-los por razões distintas, tendo em vista os contextos histórico-culturais e necessidades de cada uma das regiões envolvidas. Portanto, nesses fatores reside a dificuldade de circulação das característica europeia da primazia para o direito do MERCOSUL.

CONCLUSÃO

A relação entre a política externa e doméstica, podem implicar em momentos de maior ou menor interesse pelo processo de integração regional. A mudanças de governo no Brasil e na Argentina, em que pesem suas diferenças, parecem atestar estes momentos, ainda que tenham ocorrido em um contexto de não ruptura formal do regime político democrático. Com base na finalidade do sistema comunitário, o TJCE determinou que, quando em conflito com normas nacionais posteriores, deveriam prevalecer as normas europeias. Isso porque era forçosa a predominância do direito comunitário pelos interesses comuns que representava, porque a atuação conjunta exigida pela Comunidade precisava ser orientada e regrada por uma ordem jurídica própria, imposta de modo idêntico a todos os seus participantes, para afirmar a igualdade entre eles.

Assim, tendo-se estudado a primazia das normas europeias, foi possível verificar que, em função dela, o direito europeu foi consolidado e obteve acentuada eficácia em termos de construção jurídica e afirmação estrutural. Nesse passo, estabelecidas as premissas so-

bre o elemento peculiar do Direito europeu, a segunda seção dedicou-se a perquirir sobre a possibilidade de sua circulação no MERCOSUL.

Frente a isso, procurou-se analisar se, efetivamente, é possível ou não adotar a característica do modelo europeu no MERCOSUL, tendo em vista as diferenças estruturais que apresenta em face da experiência europeia. Para tanto, foi preciso averiguar a história e a cultura dos Estados envolvidos nos processos de integração em apreço, a fim de inseri-los na tradição dos povos sobre os quais surtem efeitos. Nesse sentido, constatou-se que os fatores determinantes para a formação dos blocos regionais em questão foram diversos, o que fez com que estes se aparelhassem de modos diferentes, adotando modelos de organizações internacionais distintos, por apresentarem contextos histórico-culturais relativos à necessidade e conveniência da aproximação dos povos que não são, necessariamente, análogos.

Percebeu-se, assim, que não houve no bloco sul-americano a mesma cessão de soberania para o exercício de competências por uma autoridade externa, autônoma e independente, que ocorreu no caso europeu, já que se adotou o modelo intergovernamental para a sua estrutura. Também, não havia as mesmas condições histórico-culturais que proveram as motivações e interesses para a sua formação. Desse modo, não se pode tratar os dois blocos regionais como perfeitos equivalentes, utilizando-se das bases sedimentadas em um para tentar encontrar soluções aos problemas do outro. Então, averiguou-se que esses fatores são obstáculos que impedem a circulação da primazia europeia para o MERCOSUL.

REFERÊNCIAS

ALONSO GARCÍA, Ricardo. **Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración**. Córdoba: Advocatus, 2008.

BADIE, Bertrand. **L'État importe – L'occidentalisation de l'ordre juridique**. França: Fayard, 1992.

BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. **Política comparada**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

BIEBER, León E. **Paralelos e Diferenças na conformação de blocos de integração regional na Europa e na América Latina**. In: PLÁ, Juan Algorta. (coord). O MERCOSUL e a Comunidade Europeia: uma abordagem comparativa. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 1994.

CERVO, Amado Luiz, e LESSA, Antônio Carlos. O declínio: inserção internacional do Brasil (2011-2014). **Revista Brasileira de Política Internacional**, 57(2), pp.133-151. 2014.

CORNELET, João Marcelo Conte. A política externa de Dilma Rousseff: contenção na continuidade. **Conjuntura Austral**, v. 5, n. 24, jun.-jul. 2014.

COSTA, Olivier; BRACK, Nathalie. **Sistema decisório da União Européia**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KAKU, William Smith. **O pensamento epistemológico-sociológico francês de Pierre Bourdieu: possibilidade de sua aplicação na integração internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, número especial, maio 2008.

LOUIS, Jean-Victor. **L'ordre juridique communautaire**. 3. ed. Luxemburgo: Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1986.

MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑAN NOGUERAS, Diego. **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. Madrid: Tecnos, 2010.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. **La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur**. In: BASSO, Maristela (coord.). MERCOSUL, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PESCATORE, Pierre. **Derecho de la integración – nuevo fenómeno en las relaciones internacionales**. Buenos Aires, 1989.

PIZZOLO, Calogero. **Derecho y Integración Regional: Comunidad Andina**, MERCOSUR, SICA, Unión Europea. Buenos Aires: Ediar, 2010.

POIARES MADURO, Miguel. O **superávit** democrático europeu. *Análise Social*, vol. XXXVI (158-159), p. 119-152, 2001.

PUTNAN, Robert D. **Diplomacia e política doméstica**: a lógica dos jogos de dois níveis. *Revista de Sociologia e Política*, 18(36), pp. 147-174, 2008.

QUEYRENNE, Maximilien. **La construction européenne – un processus heurté**. In: JOUNO, Thurian. (coord.). *Questions européennes – Le droit et les politiques de l'Union*. Paris: PUE, 2009.

REICHEL, Heloisa Jochims; GUTFREIND, Ieda. **As raízes históricas do MERCOSUL: a região platina colonial**. São Leopoldo: Unisinos, 1996.

REIS DA SILVA, André Luiz. **Do Otimismo Liberal à Globalização Assimétrica**: a política externa do Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). Curitiba: Juruá, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional - Reenvio Prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para a sua adoção no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARAIVA, Miriam Gomes. **Balço da política externa de Dilma Rousseff: perspectivas futuras?** *Relações Internacionais*, n.44, pp.25-35, 2014.

SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2004.

_____. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição do Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Acórdão de 15 de julho de 1964, Caso 06/64. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CO0006:EN:PDF>>. Acesso em 24 ago. 2011.

VENTURA, Deisy. **A ordem jurídica do Mercosul. Porto Alegre**: Livraria do Advogado, 1996, p. 27-28.

VIGEVANI, Tullo; CEPALUNI, Gabriel. A política externa de Lula da Silva: a estratégia da autonomia pela diversificação. In: **Contexto internacional**. Vol. 29. n° 2. 2007.

“A CONTRIBUIÇÃO DAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PARA O PENSAMENTO (DES) DECOLONIAL: DESAFIOS E AVANÇOS PARA O BRASIL”

Subgrupo de Cortes de Direitos Humanos – NETI/USP⁵⁸

Resumo: Este artigo analisa a contribuição das Cortes Internacionais de Direitos Humanos para a construção do pensamento decolonial a partir da análise de casos paradigmáticos extraídos no âmbito de cada corte regional: Europeia, Interamericana e Africana. O enfoque da análise será realizado com base no caso recentemente julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) – o caso *Trabalhadores Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* – e suas contribuições para a consolidação de uma jurisprudência decolonial e também para o Brasil. Também serão analisados os principais desafios que o país enfrenta em relação à implementação desse pensamento pós-colonial. A metodologia adotada é a dedutiva.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos – Decolonização - Cortes Internacionais de Direitos Humanos

“THE CONTRIBUTION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS COURTS TO DECOLONIAL THINKING: CHALLENGES AND ADVANCES FOR BRAZIL”

Abstract: This article analyzes the contribution of the International Courts of Human Rights to the construction of decolonial thinking from the analysis of paradigmatic cases extracted within the scope of each regional court: European, Inter-American and African. The focus of the analysis will be based on the case recently judged by the Inter-American Court of Human Rights (IDH Court) – the case of *Fazenda Brasil Verde Workers vs. Brazil* – and its contributions to the consolidation of a decolonial jurisprudence and also for Brazil. The main challenges that the country faces in relation to the implementation of this post-colonial thinking will also be analyzed. The adopted methodology is the deductive one.

Keywords: International Human Rights Law - Decolonization - International Courts of Human Rights

⁵⁸ O subgrupo de Cortes Internacionais de Direitos Humanos faz parte do Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), composto no ano de 2022 pelos seguintes membros pesquisadores: Daniela Bucci (coordenadora), Bruna Lopes, Claudio Moreno, Danilo Simini, Graziela Reis, Isabelle Trabalon, João Manoel e Thomaz Tedesco.

1. INTRODUÇÃO

A proteção internacional dos direitos humanos nasce de um mundo atônito diante de tantas violências. Arrasados, ao final da segunda Guerra Mundial, os Estados do mundo apresentavam-se opostos e divididos em disputas ideológicas, econômicas, políticas e militares. O grande temor é que as divergências continuassem a gerar violações, sobretudo que redundavam em sofrimento e morte. Em vista disso, conforme observa MENEZES (2007, p. 326), “a criação da ONU marca a construção da sociedade internacional contemporânea, que foi desenhada a partir de transformações estruturais pelas quais passou o mundo após a Segunda Guerra Mundial”, em uma expectativa Kantiana.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948, existia a pretensão de se humanizar o direito e tentar corrigir e afastar as atrocidades cometidas e a falta de limites na atuação do Estado.

O intenso processo de universalização dos direitos humanos, desencadeado a partir da proclamação da DUDH, fez com que uma estrutura internacional composta por órgãos, tratados e declarações de direitos humanos fosse criada. Em primeiro lugar, o *Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos*. E, quase concomitantemente, surgem os *Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos* (Europeu, Africano e Interamericano). O *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos* fundou-se no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo composto pela *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (CIDH) e pela *Corte Interamericana de Direitos Humanos* (Corte IDH), seus principais órgãos (RAMOS, 2020, p. 329-334).

Nesse contexto histórico da formalização dos direitos humanos, é possível analisar o colonialismo e a colonialidade. Aníbal Quijano cita que o colonialismo é um processo de poder e a colonialidade, uma característica que provém desse processo. A colonialidade pode ser observada nas relações de dependência, tanto econômica e política, quanto na construção do conhecimento e nas relações intelectuais, entre colonizadores e colonizados ou conquistadores e conquistados.

Quijano explica que, desde que a Europa afirmou sua hegemonia sobre o resto do mundo, o conhecimento dominante tem se produzido a partir do pensamento europeu⁵⁹. À Europa caberia uma “missão histórica civilizatória”⁶⁰.

Nas relações de colonização entre Europa e América Latina, a construção histórica e social de raça foi um dos meios utilizados pelos europeus para manter e reproduzir privilégios⁶¹, de modo que a estrutura biológica dos povos americanos que aqui habitavam e habitam, os indígenas, os negros, os mestiços, fosse inferior a deles, e com isso, construiu-se uma relação de dominação entre europeus e não-europeus vista até os dias de hoje. Os povos conquistados e dominados foram postos em uma situação natural de inferioridade, devido a sua estrutura biológica, refletindo também na sua cultura⁶².

Trazendo esse pensamento para as cortes de direitos humanos, as decisões da CIDH e as sentenças da Corte IDH não devem refletir um Direito que seja apenas europeu, mas refletir a pluralidade do Direito Internacional, ou seja, a Corte IDH, ao julgar um caso em que seja analisada a situação de algum estado americano, deve fazê-lo considerando as especificidades regionais, marcadas em grande medida pela colonização.

Nessa linha, é possível se referir ao pensamento decolonial como uma das formas de

pensamento contra hegemônico da modernidade, ou seja, contra essa ordem já existente da colonialidade, essa modernidade que ainda possui características do colonialismo, com pensamento predominantemente eurocêntrico (BRAGATO, 2014, p. 118 e 136). A decolonização não se refere apenas à ideia de “libertação nacional” derivada dos movimentos históricos, mas sim, prima pelo afastamento da reprodução do conhecimento dominante com base nas categorias epistemológicas, antropológicas, políticas e históricas do pensamento europeu.

Trazendo o pensamento decolonial para os direitos humanos, conclui-se que, é possível solucionar os problemas da América Latina com base no pensamento latino americano e não com base no pensamento europeu, visando à realidade americana.

A metodologia foi a dedutiva a partir da análise documental, bibliográfica e por meio do estudo de casos.

2 – JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

2.1. Cortes Regionais de Direitos Humanos⁶³

A partir da organização desses sistemas de proteção de direitos humanos, surgem em expoente as três Cortes regionais: Africano, Europeu e Interamericano.

2.1.1. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP)

O sistema Africano que funciona dentro da estrutura da União Africana, fundamenta-se na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (também conhecida como Carta de Banjul) e em seu Protocolo adicional, o qual estabeleceu a criação da primeira corte especializada em direitos humanos no continente africano (ACCIOLY et al. 2019, p. 471; RAMOS, 2015)

A título de recorte deste artigo, no âmbito da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), foi realizada a pesquisa por termo dentro do site da Corte, mais especificamente em dois documentos que a própria Corte disponibiliza com toda sua jurisprudência. Os termos buscados foram “*decolonial*”, “*colonialism*” e “*gender*”, porém, apesar de encontrar respostas na busca dos dois últimos termos, não correspondiam ao contexto esperado.

Neste cenário, a pesquisa recaiu na busca por decisões que pudessem contribuir com a temática proposta. Foram analisadas as primeiras⁶⁴ 55 decisões, sendo que 37 tiveram análise de mérito. Após a leitura dos casos que foram admitidos pela Corte, foi possível observar que, em suma, as decisões, além de serem mais sucintas, sem desenvolver ou contextualizar as violações de direitos humanos e dos povos, também não traziam um recorte decolonial. Contudo, uma decisão finalizada recentemente pela CADHP abordou pontos paradigmáticos em relação à decolonialidade.

Trata-se de ação interposta pela Comissão Africana de Direitos do Homem e dos Povos contra a República do Quênia. De acordo com a petição inicial, o grupo étnico minoritário indígena do Quênia, denominado Ogiek, localizado na floresta do Grande Mau, recebeu, em 2009, uma ordem de despejo do Governo do Quênia sob o pretexto de que a zona florestal que habitava era uma bacia hidrográfica reservada e por isso propriedade do Governo. A Comissão destacou ainda que a população Ogiek foi sujeita a várias medidas de

despejo desde a era colonial e que o aviso de despejo perpetuaria as injustiças históricas sofridas por essa população (CADHP, 2012).

O caso foi submetido à Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos em 12 de julho de 2012, o julgamento de mérito foi proferido em 26 de maio de 2017 (CADHP, 2012) e o julgamento com as reparações em 23 de junho de 2022.

A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, antes de analisar as violações alegadas pela Comissão, teceu considerações a respeito da Comunidade Ogiek ser uma população autóctone, ou seja, que é parte integrante do povo queniano, tem estatuto particular e é merecedora de proteção especial decorrente da sua vulnerabilidade (CADHP, 2012). Reconheceu a violação ao direito à terra (art.14); ao reconhecimento dos Ogiek como tribo (art.2º); à liberdade religiosa (art.8º); ao exercício das atividades e práticas culturais (nº 2 e 3 do art 17); o direito de usufruírem e de terem a livre disposição dos abundantes gêneros alimentícios produzidos pelas suas terras ancestrais (art.21); ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural (art.22) e por fim, a violação por parte do Estado em não adotar medidas legislativas adequadas destinadas a conferir efeito aos direitos consagrados na Carta (art.1º).

Todos os dispositivos referem-se à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul) (CADHP, 2012).

Desse modo, vê-se como uma Corte de proteção de direitos humanos com percepção e sensibilidade decolonial se faz absolutamente necessária. Povos originais, com sua cultura ancestral, aguardam e merecem a tutela de seus direitos há séculos violados. Seja o direito à liberdade religiosa, seja o direito à propriedade comunal ou outros direitos correlatos. A perspectiva regional de proteção humanista, dentro das especificidades de cada povo e região, é um avanço e um mecanismo de correções e maturidade do direito internacional.

2.1.2 Corte Europeia de Direitos Humanos

O mais antigo tribunal regional de proteção de direitos humanos surge com o sistema europeu que funciona dentro da estrutura do Conselho da Europa e tem como fundamento a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, bem como os protocolos adicionais à Convenção.

Este sistema possui uma corte especializada, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), para a qual toda vítima de violação de direitos humanos pode propor ação contra qualquer estado que seja parte do Conselho da Europa (ACCIOLY et al. 2019, p. 467; RAMOS, 2015).

No âmbito da Corte Europeia, a opção desta pesquisa foi por estudo qualitativo de um caso-chave, até mesmo pela conturbada história de países do continente sob o jugo do colonialismo - o que, inclusive, gerou grandes debates quando da elaboração da Convenção a respeito de sua aplicação territorial (RICHARD, 2022), garantindo a inclusão do que Ed Bates chamou de “cláusula colonial” (BATES, 2010, p. 179). Assim, pesquisar o termo “colonialismo” não atenderia ao escopo que pretendemos, que é a busca do decolonialismo enquanto conceito epistemológico (PARMAR, 2008), e não histórico.

Com essa lente, o caso selecionado é D.H. v. Chéquia, que trata do direito à educação de crianças de origem cigana no referido país e foi julgado perante o Plenário do Tribunal (*Grand Chamber*).

Entre os anos de 1996 e 1999, crianças tchecas de origem cigana, entre 9 e 15 anos,

foram obrigadas a frequentar escolas especiais para indivíduos com deficiência mental, chegando ao ponto de se verificar que uma criança cigana tinha vinte e sete vezes mais chances de ser colocada em uma escola especial do que uma criança não cigana (CEDH, 2007, §§ 66 e 190).

Como justificativa para tal situação, o Governo Tcheco alegou que as crianças foram alocadas em escolas especiais devido à sua baixa capacidade intelectual, medida com a ajuda de testes psicológicos em centros de psicologia escolar, e que a decisão final de encaminhá-las para escolas especiais dependia do consentimento dos pais (REY MARTINEZ, 2008).

Essas pessoas, então, anos depois, ajuizaram ações contra a Chéquia, buscando ressarcimento por essa violação. Sem sucesso no âmbito doméstico, acionaram o sistema europeu de direitos humanos.

Em sua sentença, a Corte Europeia de Direitos Humanos⁶⁵ julgou violados o artigo 14 da Convenção - direito à não discriminação - em conjunto com o artigo 2º do Protocolo n. 01 - direito à educação.

O que chama atenção no julgamento é o peso dado à questão decolonial, pois o Tribunal entendeu que a cosmovisão do mundo cigano - grupo minoritário naquela sociedade - foi desconsiderada, vez que as crianças desse grupo foram relegadas a escolas especiais como decorrência de testes psicológicos epistemologicamente construídos pela lente cultural majoritária, voltados apenas à realidade das crianças de maioria tcheca, não para as crianças de culturas minoritárias (CEDH, 2007, §§ 40-44).

Ou seja, os mesmos testes padronizados, cujos pressupostos se baseavam na maioria cultural, eram aplicados a toda e qualquer criança, de qualquer cultura ou origem étnica, gerando resultados muito desfavoráveis às minorias culturais e linguísticas, que, em razão disso, amargavam estudos de pior qualidade (CEDH, 2007, §§ 50 e 53).

Descolonizou-se, via decisão, tanto (i) a pretensa neutralidade da ciência da psicologia, quanto (ii) o afastamento de toda uma cultura minoritária do espaço público - no caso, o espaço das escolas do sistema comum -, usando-se, para isso, o instrumento hermenêutico da teoria do impacto desproporcional (ou da discriminação indireta - CEDH, 2007, §193).

Isso fica evidente no §44 da sentença internacional: Assim, a avaliação das crianças ciganas na região de Ostrava não levou em conta a língua e a cultura das crianças, nem as suas experiências de aprendizagem anteriores, nem a sua falta de familiaridade com as exigências da situação do teste. Foram utilizadas fontes de evidência únicas em vez de múltiplas. O teste foi feito em uma única sessão, não ao longo do tempo. A prova científica não foi obtida em ambientes realistas ou autênticos, onde as crianças pudessem demonstrar suas habilidades. Ênfase indevida foi colocada em testes padronizados administrados individualmente e padronizados em outras populações⁶⁶.

O § 201 arremata o elemento crucial da fundamentação: O Tribunal considera que, no mínimo, existe o perigo de os testes serem tendenciosos e de os resultados não terem sido analisados à luz das particularidades e características especiais das crianças ciganas que os realizaram. Nestas circunstâncias, os testes em causa não podem servir de justificação para a impugnada diferença de tratamento⁶⁷.

Como medidas reparatórias, o Tribunal fixou valores indenizatórios aos requerentes, mas negou o pedido de medidas reparatórias mais profundas e estruturais - e aqui se vê di-

ferença marcante para com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme será analisado no estudo de caso do próximo tópico⁶⁸.

Importa citar que, nada obstante o histórico de aderência da Chéquia à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, o caso D.H. encontrou muita resistência nacional, a ponto de ser chamado por parte da doutrina de um caso “encrenheiro solitário” (Kosař; Petrov; Šipulová; Smekal; Vyhnaněk; Janovský, 2020, p. 219-225), algo a indicar a dificuldade e os limites de descolonizar a partir de um Tribunal internacional.

2.1.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos

O *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos* foi fundado no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo composto pela *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (CIDH) e pela *Corte Interamericana de Direitos Humanos* (Corte IDH), seus principais órgãos. Somente os estados que tenham reconhecido a jurisdição da Corte IDH podem processar outros estados perante ela, as vítimas (ou seus representantes) possuem o direito de petição apenas à CIDH (RAMOS, 2018, p. 312).

2.1.3.1 – Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil: Resumo dos Fatos

O caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil” foi selecionado para ilustrar esse trabalho por ser um dos mais emblemáticos exemplos do colonialismo interno. O caso diz respeito à prática de trabalho forçado e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde, localizada no Estado do Pará. A petição foi apresentada perante a CIDH em 12 de novembro de 1998, tendo sido subscrita pela Comissão Pastoral da Terra e pelo Centro de Justiça e o Direito Internacional. De acordo com a petição apresentada, o caso se insere em um contexto de submissão de milhares de trabalhadores ao trabalho escravo, sendo que aqueles que conseguiram fugir declararam a existência de ameaças de morte caso abandonassem a fazenda, o impedimento de saírem livremente, a falta de salário ou a existência de um salário ínfimo, o endividamento com o fazendeiro, a falta de moradia, alimentação e saúde dignas. Consta também que o Estado brasileiro já tinha conhecimento da situação desde 1989 e mesmo assim não teria tomado qualquer providência. O caso foi submetido à Corte IDH em 04 de março de 2015 e a sentença foi proferida em 20 de outubro de 2016 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 4).

Em sua sentença a Corte IDH apresenta considerações sobre a história do trabalho escravo no Brasil, das características de tal trabalho, das medidas adotadas pelo Estado brasileiro e da legislação interna aplicável. Após, apresentou considerações sobre a Fazenda Brasil Verde, bem como apresentou uma cronologia das denúncias feitas, pelos fatos lá ocorridos, desde o final da década de 1980 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 55).

No que diz respeito ao mérito, a Corte relembra que o direito a não ser submetido à escravidão, servidão, trabalho forçado ou tráfico de escravos possui um caráter essencial na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), pois não pode ser suspenso em casos de guerra, perigo público ou outras ameaças e tece considerações sobre isso na perspectiva do Direito Internacional. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 56 e 64).

O Tribunal lembra que não basta aos Estados que se abstenham de violar direitos, mas

também é necessária a adoção de medidas positivas. Os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não ocorram violações ao direito de não ser submetido ao trabalho forçado ou escravo, bem como têm o dever de adotar medidas no intuito de prevenir e investigar essas possíveis situações, inclusive as de servidão e as de tráfico de pessoas. A Corte também enfatiza ser importante a adoção de medidas por parte do Estado voltadas ao enfraquecimento da demanda que alimenta o trabalho escravo ou forçado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 66 e p. 77).

Assim, para a Corte IDH, os países devem adotar medidas integrais para cumprir a devida diligência em casos dessa natureza, especialmente, adotar um marco jurídico de proteção adequado, políticas de prevenção e práticas que permitam atuar de maneira eficaz diante das denúncias (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 77).

O Tribunal também se manifestou na sentença sobre a denominada discriminação estrutural. Lembrou que toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção. Nesse contexto, a Corte concluiu que o Estado brasileiro não considerou a vulnerabilidade dos 85 trabalhadores resgatados em março de 2000. A pobreza, ressaltou a Corte, é o principal fator da escravidão contemporânea no Brasil, fazendo aumentar a vulnerabilidade de parcela da população, tornando tais pessoas alvos de aliciadores para o trabalho escravo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 82).

Desse modo, a Corte IDH declarou por unanimidade ser o Estado brasileiro responsável pela violação do direito a não ser submetido a escravidão no que diz respeito aos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

Por cinco votos a um, reconheceu ser o Estado brasileiro responsável pela violação do artigo 6.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo tratado, produzida no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica, em razão da posição econômica dos trabalhadores.

Reconheceu ser o Estado brasileiro responsável também por violar o direito à proteção judicial dos trabalhadores encontrados na Fazenda Brasil Verde. Atribuiu-se ainda a responsabilidade internacional do Estado pelo desaparecimento de dois adolescentes, denunciado a autoridades estatais em 21 de dezembro de 1988, sem que, supostamente, houvessem sido adotadas medidas efetivas para determinar o seu paradeiro (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 123).

Na parte dispositiva da sentença, a Corte IDH condenou o Brasil a adotar as seguintes medidas: a) reiniciar com a devida diligência as investigações e/ou processos relacionados aos fatos constatados na Fazenda Brasil Verde; b) adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas; c) pagamento de indenização a título de danos imateriais e de reembolso de custas e gastos; d) publicar a sentença no Diário Oficial, na web e em jornais de grande circulação; e) apresentar ao Tribunal no prazo de um ano um relatório sobre as medidas adotadas a fim de garantir cumprimento à sentença (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 123).

Vê-se o importante papel da Corte IDH no combate a uma violência estrutural, decorrente do processo de colonização, determinando ao Estado violador compromisso e

políticas que se comprometam ao combate dessas graves violações.

2.1.3.2 – Impactos decoloniais da decisão: o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos

É de se crer que um grande impacto do pensamento decolonial tem sido a orientação das ciências sociais, da antropologia e sociologia jurídica e da própria criminologia acerca das perspectivas de gênero, raça e classe. Essas análises têm sido observadas nos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As decisões da Corte IDH vêm evidenciando que os países da região têm desafiado os compromissos convencionais e reiterado práticas que submetem pessoas a condições reprováveis de trabalho, a constante e banalizada violência de gênero e outras práticas discriminatórias. Casos graves de violação de direitos humanos se repetem, sob o olhar negligente estatal e em muitas situações, sem real acesso à justiça por parte das pessoas que sofrem as violações de direitos. Há casos em que o próprio Estado é o grande violador convencional. A falta de eficiência na solução aos problemas dos direitos humanos leva a busca por outras bases teóricas, sendo que as abordagens construídas a partir das colonialidades do poder não resolvem e não atendem às expectativas do Sul global (SQUEFF, p. 22, 2021).

Na maioria dos casos, quem padece internamente são pessoas já impactadas por inúmeros fatores de desigualdades, demonstrando que os sistemas de justiça internos ainda são insensíveis aos marcadores sociais decorrentes do processo de colonização.

Assim, o decolonialismo, como arcabouço teórico:

*permite adotar outras formas de soluções para combater a ineficácia dos direitos humanos, além dos recursos oferecidos pelo Norte. As respostas baseadas nessa ruptura epistemológica são, em si, inclusivas e humanas, além de considerar as diversas pluralidades existentes no globo, evitando incorrer em universalismos e relativismos, não apenas exclusivos e inferiores ao sujeito tutelado, mas tão vazios quanto ao reconhecimento da própria diversidade cultural*⁶⁹ (SQUEFF, p. 22, 2021)

No Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil – é possível destacar alguns pontos relevantes que devem ser analisados no contexto da decolonialidade:

A Corte estabeleceu uma inter-relação entre a análise do Direito Internacional e do direito interno, ao valorar o cumprimento de certas obrigações internacionais.

A determinação de se as atuações de órgãos judiciais constituem ou não uma violação das obrigações internacionais do Estado pode conduzir a Corte a examinar os respectivos processos internos, a fim de estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana. De acordo com o artigo 29.b) da CADH e as regras gerais de interpretação dos tratados estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a própria Convenção Americana pode ser interpretada em relação a outros instrumentos internacionais.

Ao examinar a compatibilidade das condutas ou normas estatais com a Convenção, portanto, a Corte pode interpretar, à luz de outros tratados, as obrigações e os direitos contidos nestes instrumentos. Isso significa que a Corte pode observar as regulamentações de normas internacionais concretas relativas à proibição da escravidão, da servidão e do tráfico de pessoas, para dar aplicação específica à normativa convencional na definição

dos alcances das obrigações estatais.

Todo o processo de colonialismo interno é compreendido a partir da constatação de que apesar da abolição legal, a pobreza e a concentração da propriedade das terras foram causas estruturais que provocaram a continuidade do trabalho escravo no Brasil.

Ao não terem terras próprias nem situações de trabalho estáveis, muitos trabalhadores no Brasil se submetiam a situações de exploração, aceitando o risco de submeter-se a condições de trabalho desumanas e degradantes. Durante as décadas de 1960 e 1970, o trabalho escravo no Brasil aumentou devido à expansão de técnicas mais modernas de trabalho rural, que requeriam um maior número de trabalhadores”.

Reforçando essa interpretação decolonial aplicada no caso Fazenda Brasil Verde, posteriormente, outras condenações do Brasil na Corte evidenciam o quanto ainda se mantém violências estruturais, oriundas do processo colonizador que permite a subalternização e hierarquização de pessoas, retirando facilmente de pessoas não brancas direitos básicos e elementares^{70, 71, 72}. Dessa forma, a apreciação da Corte Interamericana a partir de uma perspectiva decolonial acataria os aspectos da realidade dos países que sofreram com o processo de colonização, pois haveria uma análise dos direitos humanos a partir de valores que não subjugados à lógica dominante da sociedade europeia e norte-americana (SQUEFF, p. 22-23, 2021).

Uma contribuição importante da Corte IDH, portanto, tem sido esse alerta sobre os problemas estruturais e generalizados de violência no Brasil e a elaboração de recomendações de políticas públicas e providências para se minimizar essa realidade brasileira.

A Corte IDH tem destacado também a ineficácia judicial que propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de fatos de violência em geral, impactando diretamente na maneira pela qual os estados devem criar leis e políticas contra a impunidade e de garantir maior eficácia e celeridade aos procedimentos de investigação e judiciais.

Nos casos sobre violência contra as mulheres⁷³, também tratadas nesse viés decolonial, a Corte chama a atenção para o fato de que se a violência contra as mulheres for tolerada e aceita, favorece-se a perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como sua persistente desconfiança no sistema de administração de justiça. Essa ineficácia ou indiferença, por si só, já constitui discriminação à mulher no acesso à justiça.

Outro aspecto importante verificado no caso Fazenda Brasil Verde diz respeito ao conjunto de medidas reparatórias - tradicional em sua jurisprudência desde 2001 (BOLFARINI, 2019, p. 130-158) - composto por medidas pecuniárias - indenizações e custas às vítimas - e medidas outras, de maior dificuldade de cumprimento por envolver obrigatória articulação entre órgãos do Estado - na situação específica, dever de investigar, processar e punir, além do dever de inapicar qualquer excludente de responsabilidade penal, tal qual a prescrição, dada a natureza do delito.⁷⁴ Além dessas medidas, costumam aparecer nas sentenças outras que gravitam o dever de não repetição, muitas delas com definição de diretrizes específicas para formulação de políticas públicas.

No tema das reparações, então, a Corte IDH busca a satisfação integral - *restitutio in integrum* -, ou seja, o retorno da vítima ao *status quo* ante como regra ou, caso não seja possível, à situação equivalente mais próxima.

A Corte IDH está ciente do papel de controle de convencionalidade que exerce e o im-

pacto de suas decisões no âmbito interno ⁷⁵, inclusive no que diz respeito às violências estruturais, daí utilizar medidas reparatórias de grande amplitude - no caso em estudo, a determinação de que os crimes de redução a condição análoga à de escravo são imprescritíveis, com a consequente determinação de reabertura e prosseguimento de investigação de fatos ocorridos há algumas décadas atrás.

Apesar do controle de convencionalidade exercido pela Corte, o grande desafio é implementar internamente as decisões da Corte, especialmente, fazer cumprir medidas que implicam grandes mudanças e articulação com os poderes legislativo, executivo e judiciário, exigindo-se mais diálogos entre os poderes e movimentação social.

3. Desafios para a Decolonização e o Brasil

A priori, com o objetivo de localizar os casos que versam sobre a temática, a pesquisa se direcionou à procura de casos dentro dos sites das cortes regionais usando o termo “decolonialidade”. No entanto, os resultados não foram os esperados. Desse modo, buscou-se localizar casos que abordassem a temática a partir da leitura do conteúdo integral das decisões. Foi possível observar que os casos das cortes CADHP e CEDH requereram uma análise aprofundada do texto e contexto das decisões devido à dificuldade de associar os casos ao tema sobre “decolonialidade”. Com relação à Corte IDH, foi possível escolher o caso Fazenda Brasil Verde para analisar suas contribuições – inclusive no tocante ao Brasil-, para o pensamento decolonial.

Nessa lógica, um dos primeiros óbices encontrados em relação à decolonialidade foi a falta de menção ao próprio uso do termo pelos sistemas internacionais, notadamente as cortes regionais de direitos humanos. Não por acaso, essa falta de menção ao termo também pode estar relacionada à ausência de definição e utilização jurídica do termo. A dificuldade de conceituar e delimitar o termo é desafio a ser tratado, posto que é importante pontuar mais objetivamente quais são as formas de opressão e violação aos direitos humanos advindos da colonialidade e como elas operam atualmente.

Neste sentido, o fato das instituições, principalmente jurídicas, terem dificuldade de identificar as opressões ligadas à colonialidade e como elas operam também é um empecilho. Para que a decolonialidade possa ser uma ferramenta teórica (PASSOS; SANTOS; ESPINOZA, 2020) passível de prevenir e reprimir tais opressões, é necessária a compreensão por quem aplica e fiscaliza o direito. Desse modo, o principal desafio é a mudança da visão epistemológica na prática, dentro das instituições.

Levantar questões que versam sobre o diálogo entre as cortes e a supervisão das sentenças também se mostram relevantes para apontar não só os desafios encontrados para a decolonização no Brasil mas também identificar os possíveis avanços. Nessa perspectiva é que se mostra relevante pontuar como se deu o cumprimento da Sentença do caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, observando a atuação das instituições brasileiras, principalmente do judiciário e do legislativo, para dar efetividade às medidas reparatórias emitidas pela Corte IDH e assim poder contribuir para a construção de um pensamento decolonial no Brasil.

No caso supramencionado, a Corte IDH condenou o Estado brasileiro por diversas violações contra direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), elencando uma série de medidas a serem cumpridas pelo Estado como forma de reparação ⁷⁶. Uma dessas medidas diz respeito ao dever do Estado em retomar as investi-

gações e/ou processos penais para, em um prazo razoável, identificar, processar e punir os responsáveis (§§ 444 a 446).

Dessa forma, a fim de cumprir essa medida emitida pela Corte, o Estado brasileiro em 2018, por meio do Ministério Público Federal, realizou uma força tarefa mediante instauração de procedimento investigatório criminal para apuração dos crimes ocorridos em 2000 na Fazenda Brasil Verde. No entanto, no mesmo ano, foi impetrado *Habeas Corpus*⁷⁷ junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, apontando ilegalidade dessa atuação do MP. Foram levantadas as teses de incompetência da Corte IDH para o julgamento do feito; de violação ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência; bem como da ocorrência da prescrição dos delitos investigados (BAHIA, 2020).

O relator da 4ª turma do TRF1 denegou a ordem e o trânsito em julgado do acórdão se deu em 16/07/2019. Após, em 27/01/2020, a Justiça Federal recebeu a denúncia do Ministério Público Federal⁷⁸. Contudo, consta como última movimentação do processo⁷⁹ o status “baixa remetidos distribuição com denúncia queixa” em 29/01/2020.

Cumprir ressaltar que, no âmbito interno, a consonância do julgado do *Habeas Corpus* com a sentença da Corte, sobretudo em relação à imprescritibilidade do delito de direito internacional de escravidão e suas formas análogas, representa algo significativo para a efetivação da sentença e um possível avanço para a decolonização no Brasil.

Em relação às outras medidas apontadas pela Corte IDH, no site da própria Corte⁸⁰, foi possível acompanhar a supervisão do cumprimento pelo Estado brasileiro. Em novembro de 2019, foi emitido o documento de resoluções pelo Tribunal tratando de três medidas solicitadas, quais sejam, publicação e divulgação da sentença; indenização por danos não patrimoniais e reembolso de custas e despesas; e pedido para corrigir o nome de uma das vítimas no caso (Corte IDH, 2019).

O Brasil cumpriu integralmente as medidas de publicação e divulgação da sentença e o reembolso de custas e despesas, bem como atendeu parcialmente ao pagamento das quantias fixadas na sentença a título de ressarcimento dos danos não patrimoniais (Corte IDH, 2019). A Corte ainda manteve em aberto o procedimento para supervisionar o cumprimento das seguintes medidas de reparação:

- a) reiniciar as investigações correspondentes para identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis** (parágrafo dispositivo nono da Sentença);
- b) adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao de direito internacional crime de escravidão e suas formas análogas** (parágrafo dispositivo décimo primeiro da Sentença), e
- c) pagar as quantias fixadas na Sentença a título de indenização por danos imaterial em relação a 56 vítimas ou seus herdeiros** (parágrafo dispositivo décimo segundo do Acórdão). (grifo nosso)

Por fim, ordenou que o Estado submeta à Corte IDH um relatório sobre o cumprimento das reparações que se encontravam pendentes de cumprimento, e ordenou que os representantes das vítimas e a CIDH apresentassem observações ao relatório do Estado (Corte IDH, 2019).

Em maio de 2020, o Estado brasileiro apresentou relatório quanto à imprescritibilidade do delito de direito internacional de escravidão e suas formas análogas. Neste relatório,

foram trazidas informações sobre a tramitação dos Projetos de Lei (PL) nº 301/2007 e nº 4038/2008, bem como da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 14, de 2017, “cujos textos vão ao encontro das determinações da Corte quanto à necessidade de garantir a imprescritibilidade do delito de escravidão e suas formas análogas, nos termos da sentença”. Contudo, a PEC nº 14 foi arquivada pelo Senado Federal em 21 de dezembro de 2018, e os PL’s aguardam análise da Câmara dos deputados⁸¹ (BRASIL, 2020).

Em setembro de 2020, dentre outros pontos, a CIDH emitiu relatório no qual observou que o projeto foi apresentado há 13 anos e ainda estaria pendente de análise no plenário da Câmara dos Deputados (*Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, 2020).

Em julho de 2021, o Estado brasileiro apresentou outro relatório. Novamente quanto ao item imprescritibilidade do delito de direito internacional de escravidão e suas formas análogas, mencionou os projetos de leis, dessa vez ressaltando que tramitam no regime de prioridade. Além disso, trouxe a decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* supracitado, em que “o Tribunal entendeu pela não ocorrência da prescrição dos delitos investigados, em claro exercício do controle de convencionalidade”, concluindo assim que o Estado brasileiro tem empreendido os esforços necessários no sentido de dar cumprimento à decisão da Corte (BRASIL, 2021).

Em outubro de 2021, os representantes apresentaram observações ao relatório do Estado. Em suma, apontaram que ainda não foram cumpridas as medidas em relação ao tópico da imprescritibilidade do crime de escravidão e suas formas análogas (CEJIL, 2021). Até a presente data⁸², a CIDH não se manifestou acerca dos relatórios.

Conforme todo exposto, verifica-se a dificuldade do Estado brasileiro em dar cumprimento de forma célere às reparações emitidas pela Corte na sentença do caso Fazenda Brasil Verde. Essa dificuldade, inerente às instituições, no caso, judiciário e legislativo, respectivamente em relação aos itens “reiniciar as investigações” e “adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao de direito internacional crime de escravidão e suas formas análogas”, pode ser considerada como um dos principais óbices para esse processo da construção do pensamento decolonial no Brasil.

5. CONCLUSÃO

A partir do reconhecimento da importância dos sistemas regionais em matéria de proteção e promoção dos direitos humanos, quais sejam, o europeu, o interamericano e o africano, portanto, a presente pesquisa teve como escopo a análise de três casos paradigmáticos julgados nas respectivas cortes regionais. Apesar da pesquisa pautar uma análise mais minuciosa do caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde julgado pela Corte IDH em relação aos outros, todos os casos apresentados trazem elementos de suma importância que podem contribuir para um processo de decolonização.

O caso selecionado no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos foi o D.H. v. Chéquia, que trata do direito à educação de crianças de origem cigana no referido país. No contexto da presente pesquisa, o caso se mostrou interessante, pois o Tribunal entendeu que a cosmovisão do mundo cigano foi desconsiderada, assim abordou tanto a questão da pretensa neutralidade da ciência da psicologia, quanto o afastamento de toda uma cultura minoritária do espaço público.

Já o caso escolhido oriundo da Corte Africana, destaca-se por ser uma das primeiras decisões desta Corte em lidar com os grupos minoritários e a necessidade de proteção

especial decorrente de sua vulnerabilidade. O pedido de despejo de um grupo minoritário indígena (os Ogiek) pelo Governo do Quênia sob o pretexto de que a zona florestal habitada pelo grupo era de propriedade do governo, foi analisado pela Corte no sentido de que os direitos ligados à comunidade indígena tanto em relação à terra quanto em relação à liberdade religiosa e práticas culturais deveriam ser respeitadas pelo Estado.

No tocante ao caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil*, é perceptível os impactos da decisão da Corte IDH no processo decolonial ao tratar da prática de trabalho forçado e servidão por dívida. A Corte IDH alerta sobre os problemas estruturais e generalizados da violência no Brasil e a necessidade da elaboração de recomendações de políticas públicas e providências para se minimizar essa realidade brasileira, exigindo uma maior articulação entre órgãos do Estado para a efetiva proteção e garantia dos direitos, bem como para o cumprimento da sentença da Corte IDH.

No que diz respeito aos desafios, a falta de menção ao próprio uso do termo (“decolonialidade”) pelos sistemas internacionais, configura um óbice per se para a consolidação e avanço do tema na esfera jurisprudencial das cortes regionais de direitos humanos. Concretizar e delimitar os termos é tarefa interpretativa essencial para que claramente sejam determinadas as formas de opressão e violação aos direitos humanos decorrentes do colonialismo e contra as quais o Estado deve prevenir e combater.

No entanto, inobstante as incontestáveis contribuições das decisões – especialmente as da Corte IDH – para a ruptura do pensamento e da influência colonial no Brasil, a principal dificuldade de avanço é verificada no âmbito interno dos estados, especialmente com relação à implementação das sentenças das cortes de direitos humanos. Isso é perfeitamente exemplificado com o caso *Trabalhadores Fazenda Brasil Verde*: a supervisão do cumprimento de sentença demonstrou que a falta de celeridade para reiniciar o processo e a existência de certos institutos domésticos, como por exemplo o instituto da prescrição – atrasam e impedem a efetivação das reparações determinadas pela sentença.

59 “Na América, a idéia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista. A posterior constituição da Europa como nova identidade depois da América e a expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo conduziram à elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela a elaboração teórica da idéia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não-europeus. Historicamente, isso significou uma nova maneira de legitimar as já antigas idéias e práticas de relações de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados [...] O problema é, contudo, que na América Latina a perspectiva eurocêntrica foi adotada pelos grupos dominantes como própria e levou-os a impor o modelo europeu de formação do Estado-nação para estruturas de poder organizadas em torno de relações coloniais. Assim, ainda nos encontramos hoje num labirinto em que o Minotauro é sempre visível, mas sem nenhuma Ariadne para mostrar-nos a ansiada saída [...]” (QUIJANO, 2005, p. 118 e 136).

60 “A visão eurocêntrica subjaz a ideia de que à Europa – e mais contemporaneamente ao Ocidente – cabe a missão histórica civilizadora, a fim de retirar o resto da humanidade de seu primitivismo, de sua irracionalidade e de seu subdesenvolvimento, para, afinal, conduzi-la rumo ao progresso e à racionalidade [...]” (DUSSEL, 2000, p. 73).

61 “Desde que a Europa afirmou sua hegemonia sobre o resto do mundo, o conhecimento dominante tem-se produzido a partir das categorias epistemológicas, antropológicas, políticas e históricas do pensamento europeu. Ao afirmar-se superior, a intenção é descartar formas de conhecimento produzidas fora dos padrões dominantes [...]” (BRAGATO, 2014, p. 213).

62 “Dois processos históricos convergiram e se associaram na produção do referido espaço/tempo e estabeleceram-se como os dois eixos fundamentais do novo padrão de poder. Por um lado, a codifica-

ção das diferenças entre conquistadores e conquistados na idéia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros. Essa idéia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista exigia [...] Na América, a idéia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista. A posterior constituição da Europa como nova identidade depois da América e a expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo conduziram à elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração teórica da idéia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não-europeus. Historicamente, isso significou uma nova maneira de legitimar as já antigas idéias e práticas de relações de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados [...]” (QUILJANO, 2005. p. 117-118).

63 Optou-se aqui por seguir não a ordem cronológica, mas considerando o sistema interamericano por último em razão da sua maior relevância para o Brasil.

64 Análise das decisões julgadas entre 22/06/2022 e 24/09/2020, cf <https://www.african-court.org/cpmt/finalised>.

65 Vale notar que o caso, inicialmente, foi julgado pela Segunda Seção da Corte, que absolveu a Chéquia das acusações. O caso, então, foi encaminhado ao Plenário por pedido dos requerentes, onde houve a reversão do julgamento.

66 Tradução livre. No original: Thus, the assessment of Roma children in the Ostrava region did not take into account the language and culture of the children, or their prior learning experiences, or their unfamiliarity with the demands of the testing situation. Single rather than multiple sources of evidence were used. Testing was done in one sitting, not over time. Evidence was not obtained in realistic or authentic settings where children could demonstrate their skills. Undue emphasis was placed on individually administered, standardised tests normed on other populations.

67 Tradução livre. No original: The Court considers that, at the very least, there is a danger that the tests were biased and that the results were not analysed in the light of the particularities and special characteristics of the Roma children who sat them. In these circumstances, the tests in question cannot serve as justification for the impugned difference in treatment.

68 O que será aprofundado no tópico 3 deste artigo.

69 Tradução livre. No original: “permet d’adopter d’autres formes de solutions pour lutter contre l’inefficacité des droits de l’homme, en plus des ressources proposées par le Nord. Les réponses basées sur cette coupure épistémologique sont, en elles-mêmes, inclusives et humaines, en plus de considérer les diverses pluralités existant sur le globe, en évitant d’encourir des universalismes et relativismes, non seulement exclusifs et inférieurs au sujet tutoré, mais aussi vide quant à la reconnaissance de la diversité culturelle elle-même”.

70 A Corte Interamericana de Direitos Humanos na decisão do Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil em 5 de fevereiro de 2018, além de responsabilizar o Brasil pelos direitos do povo indígena Xucuru, aplicou a Teoria do Indígenato que determina o direito congênito dos povos indígenas a terra (CAMBI; PADILHA; RORATO, 2021, p. 660). Esse entendimento se contrapõe ao que o Supremo Tribunal Federal aplicou no Caso Raposa Serra do Sol, em que entendeu pela Teoria do Fato Indígena (CAMBI; PADILHA; RORATO, 2021, p. 660). O caso Xucuru “contribuiu para a criação de um pensamento decolonial que tem como objetivo contribuir para a descoberta da identidade do povo brasileiro, o que inclui a necessidade de se respeitar os povos indígenas brasileiros, com preservação da sua cultura, de sua identidade, de suas terras e com respeito à condição jurídica de sujeito de direitos dos povos indígenas (ATTIÉ et al., 2019, p. 104)”.

71 Outro caso que traz evidente violação de direitos sociais a partir da discriminação em gênero envolvendo o Brasil foi o caso dos Empregados da Fábrica de Bombeiros de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil, com sentença em 15 de julho de 2020, que condenou o país reconhecendo a responsabilidade internacional do Estado pelas violações de diversos direitos em detrimento de centenas de vítimas e seus familiares, considerando pessoas que morreram e sobreviveram à explosão. A Corte IDH destacou que: “Da mesma forma, o artigo 1.1.1 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher estabelece que os Estados adotarão as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher no trabalho, e inclui nesse tipo de medida ‘o direito à proteção da saúde e segurança nas condições de trabalho, incluindo a salvaguarda da função reprodutiva’ O julgado indicou que ‘os Estados têm a obrigação de não introduzir normas discriminatórias em

seu ordenamento jurídico (...) estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a igualdade efetiva perante a lei de todas as pessoas”.

72 A Corte declarou que, entre outros, foram violados os direitos à vida, à integridade pessoal e ao trabalho em condições justas e satisfatórias, como também o Caso Barbosa de Souza e outros VS. Brasil, sentenciado em 07 de setembro de 2021, que contextualiza a deficitária investigação com perspectiva de gênero no Brasil, ao interpretar o feminicídio cometido por um parlamentar, o então deputado estadual no Estado da Paraíba, Aécio Pereira de Lima – contra a jovem Márcia Barbosa de Souza. A denúncia do Ministério Público o imputou como autor dos delitos de “homicídio duplamente qualificado” e ocultação de cadáver: “A Corte recorda que, quando existem indícios ou suspeitas concretas de violência de gênero, a falta de investigação por parte das autoridades sobre possíveis motivos discriminatórios de um ato de violência contra a mulher pode constituir em si mesmo uma forma de discriminação baseada no gênero”. Corte IDH (2021, p.23).

73 Sobre direitos das crianças a uma vida livre de violência sexual na esfera educacional, no Caso Guzmán Albarracín vs. Equador, a Corte IDH examinou uma série de violações dos direitos humanos de uma menina, vítima de violência sexual no contexto de um estabelecimento de ensino. Considerou que os direitos à integridade pessoal e à privacidade, reconhecidos nos artigos 5º e 11 da Convenção Americana, envolvem liberdades, incluindo a liberdade sexual e o controle do próprio corpo, que pode ser exercido por adolescentes na medida em que tenham desenvolvido a capacidade e maturidade para fazê-lo. Com base na obrigação de não discriminação, a Corte IDH determinou que os Estados devem tomar medidas que promovam o empoderamento das meninas e rejeitem normas e estereótipos patriarcais baseados no gênero. Esta obrigação está relacionada com o artigo 19 da Convenção Americana e Artigo 7º (c) da Convenção de Belém do Pará. A conclusão foi a de que os atos de assédio e abuso sexual cometidos contra a vítima não só constituíram atos de violência e discriminação em que diferentes fatores de vulnerabilidade e risco de discriminação ocorreram, como sua idade e condição de mulher se fundiram interseccionalmente. Reconheceu-se que a violência sexual no ambiente educacional era estrutural, persistente, e apesar disso, o Estado não havia tomado medidas para corrigi-lo. Sobre as situações de violência baseada em preconceito contra pessoas LGBTI, no Caso Azul Rojas Marín vs. Peru, a Corte reiterou que, em vários casos, já havia reconhecido que a comunidade LGBTI tem sido historicamente vítima de discriminação estrutural, estigmatização e diferentes formas de violência e violações de direitos fundamentais. Reconheceu que essa violência é baseada em preconceitos. Ou seja, percepções que geralmente são negativas aos indivíduos ou situações que são estranhas ou diferentes. No caso das pessoas LGBTI, isso se refere a preconceitos baseados em orientação e expressão ou identidade de gênero. Esse tipo de violência pode ser motivada pelo “desejo de punir aqueles vistos como desafiando as normas de gênero”. A este respeito, segundo destaque do “Joint Law Report 2020 (Livro três cortes, 2020). Já no caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras, com sentença em 26 de março de 2021, a Corte IDH lembra que a Convenção de Belém do Pará é um instrumento que foi adotado tendo em vista a necessidade de proteger ainda mais o direito das mulheres a uma vida livre de violência e eliminar todas as situações de violência que possam afetá-las tanto na esfera pública e privada. Indica que a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos. Diante disso, os “Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência” (Corte IDH, 2021, p. 35).

74 Basta ver que, em decisão de monitoramento quanto ao cumprimento da decisão em 2019, a Corte IDH detectou que as medidas de investigação, processo e punição dos responsáveis não tinham avançado a ponto de entendê-las satisfeitas (Corte IDH, 2019).

75 Desse modo, não há dúvidas da importância das decisões da Corte no âmbito da América Latina, como acentua Flávia Piovezan: “O sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial locus para a proteção de direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos sejam respeitados (PIOVESAN, 2013, p. 367-368).

76 Inicialmente, as reparações fixadas pela Corte, além de buscarem o status quo ante à violação, muitas vezes transcendem às partes do processo, alcançando toda uma coletividade no sentido de concretizar e dar força normativa aos comandos constitucionais, buscando evitar violações e proteger direitos

humanos. Por essa razão, a doutrina denomina as sentenças da Corte IDH de estruturantes (ROCHA, 2021).

77 Habeas Corpus Criminal n. 1023279-03.2018.4.01.0000.

78 Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/abrir.php?tipo=fs&nome=24017f2fa6573c532e6d5dcec822c16c.pdf&size=163686>

79 0001923-54.2019.4.01.3905.

80 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm?lang=pt. Acesso em 21 out. 2022.

81 Até a presente data, 21 de outubro de 2022 não houve andamento, situação: Pronta para pauta no Plenário. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343615&ord=1>

82 Considerando-se a data de 21 de outubro de 2022.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando et al. **Manual de Direito Internacional Público**. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ATTÍE JR, Alfredo et al. O Aporte da Interseccionalidade e da Decolonialidade ao caso Povo Xucuru V. Brazil julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Polifonia**. n.3, p. 81-115 out/inv, 2019.

BATES, Ed. **The evolution of the European Convention on Human Rights: from its inception to the creation of a permanent Court of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. PADILHA, Elisângela. RORATO, Pedro Gustavo Mantoan. Os precedentes da Corte Interamericana de direitos humanos sobre terras indígenas e a adoção da teoria do Indigenato. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 11, n. 2, p. 649-663. Ago, 2021.

BAHIA, Saulo José Casali. O CASO FAZENDA BRASIL VERDE E O CUMPRIMENTO DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. 30, n. 1, 2020.

BOLFARINI, Isabella Cristina da Mota. **Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos Direitos Humanos: contribuições da decolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. v. 19, n 1. 2014.

BRASIL. Corte Interamericana de Direito Humanos Caso Trabalhadores Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. **Relatório sobre cumprimento de Sentença**. 2020. disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escritos/trabajadores_de_la_hacienda_brasil_verde_vs_brasil/Edo_20_5_20.pdf. Acesso em 07 de julho de 2022.

BRASIL. Corte Interamericana de Direito Humanos Caso Trabalhadores Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. **Medidas de não repetição**, 2021. disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escritos/trabajadores_de_la_hacienda_brasil_verde_vs_brasil/20210730_estado.pdf. Acesso em 07 de julho de 2022.

CADHP. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Application 006/2012 - The African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya**. Disponível em <https://www.african-court.org/cpmt/finalised>. Acesso em 02 de agosto de 2022.

CEDH. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso D.H. e Outros v. Chéquia**. Ap. No(s). 57325/00. Plenário. Julgado em 13/11/2007

Corte IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Azul Rojas Marín Y Otros v. Peru**, 2020. Disponível:https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2022.

Corte IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbosa De Souza E Outros v. Brasil**, 2021. Disponível:https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2022.

Corte IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros v. Brasil**. Costa Rica, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 4 fev. 2022.

Corte IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empregados Da Fábrica De Fogos Em Santo Antônio De Jesus E Seus Familiares v. Brasil**. Costa Rica, 2020. Disponível:https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2022.

Corte IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Guzmán Albarracín Y Otros. Equador**, 2009. Disponível:https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2022.

Corte IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores Fazenda Brasil Verde v. Brasil**. Costa Rica, 2016. Disponível:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2022.

Corte IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vicky Hernández Y Otros v. Honduras**. Costa Rica, 2021. Disponível:https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2022.

Corte IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Trabalhadores Fazenda Brasil Verde v. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença**, 2019. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/trab_fazBras_22_11_19.pdf. Acesso em 07 de julho de 2022.

CEJIL. Centro pela Justiça e o Direito Internacional, **Supervisão de cumprimento de sentença**, Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escritos/trabajadores_de_la_hacienda_brasil_verde_vs_brasil/CIDH_TrabajadoresHacienda_Sept2020.pdf. Acesso em 07 de julho de 2022.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso Nº 12.066 Trabalhadores Fazenda Brasil Verde. **Observações**. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escritos/trabajadores_de_la_hacienda_brasil_verde_vs_brasil/CIDH_TrabajadoresHacienda_Sept2020.pdf. Acesso em 07 de julho de 2022.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.

KOSAŘ, David; PETROV, Jan; ŠIPULOVÁ, Katarína; SMEKAL, Hubert; VYHNÁNEK, Ladislav; JANOVSÝ, Jozef. **Domestic Judicial Treatment of European Court of Human Rights Case Law**. Routledge, New York, 2020. Edição do Kindle.

MENEZES, Wagner. A ONU e o Direito Internacional Contemporâneo. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (Org.). **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo** (Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, 7 a 9 de novembro de 2005). Brasília: FUNAG, 2007.

PARMAR, Pooja. TWAIL: An Epistemological Inquiry. **International Community Law Review** 10 (2008) 363–370

PASSOS, Rute; SANTOS, Leticia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalteridade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 143-173, 26 out. 2020. Centro de Ensino Unificado de Brasília.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Flávia%20Piovesan%20DH%20Direito%20Constitucional.pdf>. Acesso em 29 de jul. 2022.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: LANDER, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro 2005. p. 227- 278.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.

REY MARTINEZ, Fernando. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, de la Gran Sala, “D. H. y otros contra la República de Chequia”, de 13 de noviembre de 2007 in **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, nº4, JUL./SET. 2008, p. 61 – 65. Disponível em <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/522/163>. Acesso em 07/10/2022.

RICHARD, Anne-Isabelle: The European Convention of Human Rights’ Colonial Clause and the End of Empire, **VerfBlog**, 2022/1/26, <https://verfassungsblog.de/the-european-convention-of-human-rights-colonial-clause-and-the-end-of-empire/>, DOI: 10.17176/20220127-060144-0. Acesso em: 15 set. 2022.

ROCHA, M. B. B. (2021). Caso Fazenda Brasil Verde Vs Brasil: A Prática De Trabalho Escravo Contemporâneo E A Importância Das Decisões Da Corte Interamericana De Direitos Humanos Para Tutelar E Responsabilizar Infrações Cometidas Pelos Países Signatários Do Pacto De São José Da Costa Rica. **Caderno Virtual**, 3(52). 2021. Recuperado de <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/6136>

SQUEFF, Tatiana Cardoso. Overcoming the “Coloniality of Doing” in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. **Revista Direito GV**: São Paulo. v. 17 n. 2. 2021.

SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. Le Décolonialisme Comme Matrice Théorique pour la Fondation des Droits de l’Homme. **Latin American Human Rights Studies**, v 1, p. 1-26. 2021.

Coordenador
WAGNER MENEZES

Organizadores
ALDO NUNES FILHO
LUISA GIANNINI
MÔNICA NOGUEIRA RODRIGUES

Conselho Editorial
BONI SOARES
CAMILLA CAPUCIO
DANIELA BUCCI
GISELLE AMORIM
MARINA BORGES SOARES
RAFAEL SANTOS MORAIS
SIBELE WALKIRIA LOPES
TATIANE CARDOSO SQUEFF