



COORDENAÇÃO
WAGNER MENEZES

ORGANIZADORES
ALDO NUNES FILHO
LUISA GIANNINI
MÔNICA NOGUEIRA RODRIGUES

TRIBUNAIS INTERNACIONAIS EM PERSPECTIVA DECOLONIAL

**TRIBUNAIS
INTERNACIONAIS
EM PERSPECTIVA
DECOLONIAL**

WAGNER MENEZES

(Coordenador)

ALDO NUNES FILHO

LUIZA GIANNINI

MÔNICA NOGUEIRA RODRIGUES

(Organizadores)

**TRIBUNAIS
INTERNACIONAIS
EM PERSPECTIVA
DECOLONIAL**

Curitiba

2024

CONSELHO EDITORIAL

Boni de Moraes Soares
Daniela Bucci
Danielle Mendes Thame Denny
Giselle Amorim Nery de Mesquita
Marina Borges Soares
Nathalia Penha Cardoso de França
Rafael Santos Morais
Sibele Walkiria Lopes
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Tribunais internacionais em perspectiva decolonial
[livro eletrônico] / organizadores Aldo Nunes Filho, Luisa Giannini, Mônica Nogueira Rodrigues;
coordenação Wagner Menezes. --
Curitiba, PR : Academia Brasileira de Direito Internacional - ABDI, 2024.
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-996437-2-9

1. Decolonialidade 2. Direito internacional 3. Tribunal de Justiça I. Nunes Filho, Aldo. II. Giannini,
Luisa. III. Rodrigues, Mônica Nogueira. IV. Menezes, Wagner.

24-189637

CDU-341

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito internacional 341
Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

EDITORACÃO:



“A perspectiva axiomática sistêmica concebe o Direito Internacional como um sistema jurídico lógico assentado sobre valores que são irradiados como princípios que garantem a sua coerência interpretativa, levando também a um pensamento multinível do sistema jurídico, articulado com outros ramos do Direito. O Pensamento sistêmico é concebido como fundamento para um mecanismo de acesso à justiça, cujo fiador principal é o Estado, mas para além dele, acessível a todos os povos e indivíduos, de acordo com os mecanismos jurídicos disponíveis para reivindicação de Direitos”.

(Prof. Wagner Menezes)

AUTORES

Adriano Smolarek

Doutor em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG - com período sanduíche na Universidad Complutense de Madrid - Espanha. Pesquisador do Observatoire Universitaire International du Sahara Occidental da Université Paris Cité - Sorbonne - França. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional - ABDI. Professor no curso de Direito Internacional na Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG.

Ana Beatriz Oliveira Costa

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Angélica Bologna Martins

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Caio César Ovelheiro Menna Barreto

Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Especialista em Direito Internacional pela Faculdade CEDIN. Bacharel em Direito pela UFRJ. Ex-Professor de Direito Internacional Público da UFRJ. Pesquisador do NETI-USP. Membro Associado da ILA-Brasil. Advogado.

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. Professora admitida pelo concurso Programa de Atração e Retenção de Talentos 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: agricultura sustentável, padrões de sustentabilidade, biodiversidade, energias renováveis, uso de tecnologia para governança socioambiental, finanças verdes e bioeconomia circular sustentável.

Derek Assenço Cruz

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná, com bolsa CAPES/PROEx. Membro dos grupos de pesquisa “Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais” (USP) e “Direito Internacional Crítico” (UFU).

Douglas Castro

Professor Associado na Escola de Direito da Lanzhou University (Lanzhou, Gansu, China). Pós-Doutor pela Escola de Direito de São Paulo (FGV) (CNPQ/PNPD). Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (2014). Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2009). LL.M pela Brigham Young University (2001). Visiting Scholar da Foundation for International Law & Affairs (Washington D.C.). Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Direito e Política Internacional (NEA-DPI). Professor e pesquisador em Direito Internacional e Relações Internacionais. Interesse de pesquisa em segurança internacional hídrica e alimentar, Third World Approaches to International Law (TWAAIL) e metodologias qualitativas, em especial Grounded Theory e Análise de Conteúdo.

Felipe Franceschi Buoro

Graduado em Administração de Empresas e Direito pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Desportivo pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Desportivo - IIDD. Mestrando em Direito Desportivo pela PUC/SP.

Giovanna Martins Sampaio

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA (2018), com período sanduíche na Universidade de Coimbra (2014-2016). Doutoranda em ciência da Propriedade intelectual pela UFS - Universidade federal de Sergipe; Mestrado no PROFNIT - Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação, UFBA; Mestrado em Direito LLM pela Universidade Livre de Bruxelas, Bélgica (presencial, 2019/2020 - concluído cum laude), em International Business Law; Graduada em Administração pela UFBA (2020.2-2023.1); Membro de grupos de pesquisa junto à Faculdade de Direito da UFBA e UFPR; Participa como Avaliadora Ad Hoc em Periódicos Indexados; Possui cursos de extensão e aperfeiçoamento, escolas de verão bem como competições/simulações internacionais, e trabalhos apresentados em Congressos nas áreas das ciências humanas e sociais aplicadas; Premiada pelo programa de trainee CEO for 1 month do Grupo Adecco (2022); Atualmente, trabalha como International Account & Sales Manager na consultoria multinacional Adecco.

Jeison Batista de Almeida

Doutorando em “Derecho Internacional y Europeo”, pela Universidade de Salamanca, Espanha. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, Portugal (dissertação classificada como “Classe A” na escala europeia de comparabilidade). Aluno “Erasmus” no “Máster de Estudios Internacionales” na Universidade de Santiago de Compostela, Espanha. Pesquisador Visitante na Universidad Nacional Autónoma do México (UNAM). Graduado em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. Realizou estágio na ONG Anistia Internacional nas unidades seccionais da Bolívia (La Paz) e Chile (Santiago do Chile). Professor Auxiliar na Universidade do Estado de Mato Grosso. Pesquisador do NETI/USP.

João Irineu de Resende Miranda

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo - USP. Coordenador e Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Professor no curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG.

José Lucas Santos Carvalho

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI/USP) e do Grupo de Pesquisa Trabalho Escravo Contemporâneo e questões correlatas (GPTEC/UFRJ). Analista do Ministério Público de Sergipe.

Júlia Garrido Franco

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Karen Marcello

Mestre pela Universidade de São Paulo no Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina (PROLAM). Integrante Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI-USP). Pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela PUC-Campinas

Larissa de Paula de Albuquerque Correa

Atuante na área de direitos humanos, migração e refúgio; Graduada em Relações Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Laura Marques de Oliveira

Graduanda de Relações Internacionais na Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e Bolsista de Iniciação Científica pela FAPEMIG sobre os impactos nos direitos humanos de sanções econômicas enquanto mecanismos unilaterais de responsabilização de Estados no sistema internacional. Coordenadora Discente, Membro e Competidora do Núcleo de Moot Courts da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), atuando em competições nacionais e internacionais que simulam julgamentos de cortes e tribunais internacionais. 6ª melhor oradora do Brasil nas rodadas nacionais e 36ª melhor oradora do mundo nas rodadas internacionais da Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition 2023. Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI/UFU), sobretudo, nos temas “Litígios internacionais”, “Direito Internacional Público e “Direito ao Asilo”.

Lucas Barcellos

Advogado tributarista. Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) e em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Lucas da Cunha Volders

Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Luisa Giannini

Professora substituta do Curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Possui doutorado em Relações Internacionais pelo Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (IRI/PUC-Rio). É pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (NETI-USP). Foi pesquisadora visitante no iCourts (Danish National Research Foundation's Centre of Excellence for International Courts) da Universidade de Copenhague como bolsista do Programa CAPES-PrInt de doutorado sanduíche.

Luiza Pederzoli Braga

Advogada. Bolsista CAPES. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Mariane Morato Stival

Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília com estágio de doutoramento na Universidade de Paris-Sorbonne (PhD). Pós-Doutora. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UniALFA-FADISP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo- USP. Conselheira da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Membro da Comissão de Direito Internacional do Conselho Federal da OAB. Autora de várias obras jurídicas. Vice-Presidente da Escola Superior da Advocacia do Estado de Goiás.

Murilo Borges

Mestrando em Direito Internacional e Direito Comparado pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do subgrupo do Tribunal Internacional do Direito do Mar do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (NETI-USP). E-mail: murilo.borges@usp.br.

Nathalia Penha Cardoso de França

Professora de Direito Internacional (UPM). Doutoranda em Direito Político e Econômico (UPM) com período de pesquisa na Universidade de Durham. Mestre em Filosofia do Direito (PUC/SP). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção (PUC/SP). Pesquisadora do NETI (USP) e do Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania (UPM).

Pedro Lucchetti

Discente da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis (UFU) com período sanduíche pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP). Foi monitor e pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (UFU) e do no grupo de Assistência Jurídica à Estrangeiros em Situação Irregular ou de Risco (AJESIR-UFU). Foi pesquisador no Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI-USP) e no Grupo de Estudos de Direito Internacional Crítico (UFU). É pesquisador da Cátedra Jean Monet (UFU). É coordenador do subnúcleo de Direitos Humanos do Núcleo de Mootcourts (UFU). Foi primeiro colocado na seleção das ciências sociais aplicadas para bolsa de Iniciação Científica fapemig (UFU).

Rickson Rios Figueira

Professor no Instituto Insikiran de Formação Superior Indígena, da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

Sibele Walkíria Lopes

Doutoranda e Mestra em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais- NETI/USP e Coordenadora do Subgrupo dedicado ao estudo da Corte Internacional de Justiça.

Stephan Chiaroni

Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff

Professora adjunta de Direito Internacional, Consumidor e Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU e do Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, com bolsa CAPES e período sanduíche junto à University of Toronto, com bolsa DFAIT. Pesquisadora do NETI/USP. Coordena o Grupo de Estudos em Direito Internacional Crítico - DiCri/CNPq. Pesquisadora nas áreas de Direito Internacional Público e Privado, Direitos Humanos, Sustentabilidade, Teoria Crítica e Consumo Internacional.

Thiago dos Santos Almeida

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO), Araçatuba-SP, Monitor do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Contemporâneo (GPDIC) da FEA-Araçatuba-SP. Integrante do NETI-USP.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 AFINAL, A AUTODETERMINAÇÃO SERVE PARA EMANCIPAR OU PARA OPRIMIR POVOS? UMA ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO EPISTÊMICA DA AUTODETERMINAÇÃO NA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA <i>Adriano Smolarek e João Irineu de Resende Miranda</i>	18
CAPÍTULO 2 ¿ES POSIBLE LA CIJ ADOPTAR UNA PERSPECTIVA DECOLONIAL? EN BUSCA DE PRE-ENTENDIMIENTOS: UN ANÁLISIS DE LA PRODUCCIÓN CIENTÍFICA DEL JUEZ LEONARDO BRANT <i>Jeison Batista de Almeida</i>	32
CAPÍTULO 3 A EUROPA SE RECUSA A OUVIR: DEBATES SOBRE A JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL DE ASILO À LUZ DE UMA PERSPECTIVA LATINO-AMERICANA <i>Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Laura Marques de Oliveira</i>	44
CAPÍTULO 4 DECOLONIAL PRACTICES IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: INDIGENOUS COMMUNAL PROPERTY <i>Luiza Pederzoli Braga</i>	58
CAPÍTULO 5 O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS À AUTONOMIA E À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO ELEMENTOS DA AUTODETERMINAÇÃO EM PERSPECTIVA DECOLONIAL: UMA LEITURA A PARTIR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS <i>Rickson Rios Figueira e Luisa Giannini</i>	67
CAPÍTULO 6 A TENSÃO ENTRE O DIREITO DE REGULAR E O DIREITO DE INVESTIDORES ESTRANGEIROS NAS ARBITRAGENS DE INVESTIMENTOS <i>Caio César Ovelheiro Menna Barreto</i>	79

SUMÁRIO

CAPÍTULO 7 AS FORMAS CONTEMPORÂNEAS DE ESCRAVIDÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: DISCUSSÕES DECOLONIAIS SOBRE O CONCEITO DE TRÁFICO DE PESSOAS A PARTIR DO “CASO FAZENDA BRASIL VERDE VERSUS BRASIL” <i>José Lucas Santos Carvalho</i>	90
CAPÍTULO 8 A SUPERAÇÃO DA IMUNIDADE ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO DIANTE DA PRÁTICA DE GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS: A POSIÇÃO BRASILEIRA <i>Thiago dos Santos Almeida e Sibeke Walkiria Lopes</i>	103
CAPÍTULO 9 JUS COGENS REGIONAL: UMA ANÁLISE INTERAMERICANA DOS DIREITOS INDERROGÁVEIS <i>Nathalia Penha Cardoso de França, Júlia Garrido Franco e Angélica Bologna Martins</i>	116
CAPÍTULO 10 MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS: O COLONIALISMO VERDE E AS NOVAS ANÁLISES SOBRE JUSTIÇA AMBIENTAL NO OLHAR INTERAMERICANO <i>Graziela Tavares de Souza Reis e Daniela Bucci</i>	128
CAPÍTULO 11 JUSTIÇA CLIMÁTICA INTERNACIONAL E DECOLONIALIDADE – UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO LHAKA HONHAT V. ARGENTINA <i>Nathalia Penha Cardoso de França, Stephan Chiaroni e Ana Beatriz Oliveira Costa</i>	140
CAPÍTULO 12 COLONIALISMO OU JUSTIÇA CLIMÁTICA? <i>Danielle Mendes Thame Denny e Douglas de Castro</i>	150
CAPÍTULO 13 A PROPOSTA DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ECOCÍDIO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: UMA RECONSTRUÇÃO RADICAL DO CONCEITO DE VÍTIMA <i>Mariane Morato Stival, Pedro Lucchetti e Luisa Giannini</i>	172

SUMÁRIO

CAPÍTULO 14 AS DECISÕES INTERNACIONAIS COMO FONTES EMANCIPATÓRIAS DO DIREITO DO MAR: UM ESTUDO DA OBRIGAÇÃO “DUE DILIGENCE” NO TIDM <i>Murilo Borges</i>	181
CAPÍTULO 15 ANÁLISE DA GESTÃO DE RECURSOS PESQUEIROS NO CONTEXTO TRANSATLÂNTICO: UM RECORTE JURÍDICO <i>Giovanna Martins Sampaio e Isabela Helena Bonfim</i>	193
CAPÍTULO 16 HYBRIDITY IN POST-CONFLICT CRIMINAL COURTS: RESISTANCE OR CONTINUITY? <i>Lucas da Cunha Vollers</i>	204
CAPÍTULO 17 THE ICC’S ‘INTERESTS OF JUSTICE’ CRITERION IN THE AFGHANISTAN SITUATION UNDER DECOLONIAL LENSES: A STUDY ON THE POLITICS OF INTERNATIONAL CRIMINAL SELECTIVITY <i>Derek Assenço Creuz</i>	219
CAPÍTULO 18 GENDER, SPORT, DECOLONIALISM AND THE ROLE OF INTERNATIONAL COURTS: ANALYSIS OF THE CASE SEMENYA V. SWITZERLAND (10.934/21) <i>Felipe Franceschi Buoro</i>	232
CAPÍTULO 19 DA NECESSIDADE DE OPINIÕES CONSULTIVAS PRÉVIAS ÀS APLICAÇÕES DE CLÁUSULAS DEMOCRÁTICAS: POR UM MECANISMO DE FISCALIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO CONTROLE DE FENÔMENOS ESTRITAMENTE POLÍTICOS <i>Karen Marcello</i>	240
CAPÍTULO 20 A TUTELA DA LIBERDADE RELIGIOSA DOS MIGRANTES E REFUGIADOS NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS <i>Giovanna Martins Sampaio e Larissa de Paula de Albuquerque Correa</i>	251

APRESENTAÇÃO

Os Tribunais internacionais constituem, na contemporaneidade, importante instrumento da sociedade internacional para garantia e efetivação de Direitos, inclusive para além da figura referencial dos Estados, a todos os indivíduos.

A história do Direito Internacional reflete a luta da humanidade para consecução de um sistema jurídico mais efetivo, impessoal, igualitário que pudesse garantir a plenitude da efetivação do Direito sob o primado da Justiça. A Corte Permanente de Justiça Internacional e sua sucessora a Corte Internacional de Justiça representaram a materialização de um sistema judicial internacional consagrando, a partir de sua jurisprudência, a institucionalização da ordem jurídica internacional.

Após a década de 50, com a complexibilização das relações globais, a pluralização e ampliação da agenda internacional demandaram que a sociedade internacional institucionalizasse mecanismos que atendessem novos desafios e interpretações sobre o sistema jurídico internacional, com a criação de outros tribunais internacionais que dessem respostas efetivas para a configuração de um novo sistema judicial internacional. Desencadeia-se um processo de jurisdicionalização do Direito Internacional com a criação de tribunais internacionais regionais especializados como as Cortes regionais de Direitos Humanos e os tribunais derivados de blocos econômicos, bem como outros modelos de jurisdição de caráter universal como o Tribunal Internacional do Direito do Mar, o Tribunal Penal Internacional e o sistema de solução de controvérsias da OMC.

Neste quadro, em que a sociedade internacional foi ampliada e inserida nas discussões sobre atribuição de jurisdição ampliada e especializada de tribunais internacionais, é importante analisar se efetivamente tais instituições, a partir da sua atividade jurisprudencial, representam um mecanismo inclusivo e democrático, atendendo entre seus institutos e sua estrutura, mecanismos propositivos derivados de uma vontade verdadeiramente coletiva, representativa da totalidade dos Estados, que reflitam um mundo pautado em um ideal de igualdade.

O Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais - NETI dedicou-se, nos últimos dois anos, a discutir e analisar se os Tribunais Internacionais atuam pautados em seus institutos e decisões levando em conta perspectivas decolonizantes, a partir da consideração de elementos que não apenas reproduzem uma cultura teórica de países centrais, mas que deem voz à multiplicidade de povos que buscam sua jurisdição.

Diferentes abordagens e testagens metodológicas foram utilizadas, mas, essencialmente, a base teórica e fenomenológica que norteou tais discussões foi a perspectiva axiomática sistêmica, proposta epistemológica desenvolvida pela Escola brasileira de Direito Internacional, portanto, decolonizante desde o seu ponto de partida.

A perspectiva axiomática sistêmica concebe o Direito Internacional como um sistema jurídico lógico assentado sobre valores que são irradiados como princípios que garantem a sua coerência interpretativa, levando também a um pensamento multinível do sistema jurídico, articulado com outros ramos do Direito. O Pensamento sistêmico é concebido como fundamento para um mecanismo de acesso à justiça, cujo fiador principal é o Estado, mas, para além dele, acessível a todos os povos e indivíduos de acordo com os mecanismos jurídicos disponíveis para reivindicação de Direitos.

Neste contexto interpretativo científico é que se apresenta à academia jurídica brasileira a presente obra: “TRIBUNAIS INTERNACIONAIS EM PERSPECTIVA DECOLONIAL”, que é resultado do último ano de estudos do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais, tendo como mérito a abertura das discussões sobre os tribunais internacionais em uma perspectiva que visa permitir abordagens que levem em conta a capacidade criativa de todos os povos em suas experiências locais e regionais, sendo produzido a partir do processo analítico e reflexivo de testagem científica implementada pelos pesquisadores autores.

A obra que coordeno, é organizada pelos pesquisadores Aldo Nunes Filho, Luisa Giannini e Mônica Nogueira Rodrigues e tem como autores um conjunto de brilhantes pesquisadores internacionalistas do Brasil que se debruçaram sobre o tema e é publicada bravamente pela Editora ABDI selo editorial alternativo que tem sido um instrumento de socialização do conhecimento.

A obra é plural. Os temas tratados que compõem os capítulos da obra são instigantes e de diversidade riquíssima, cabendo destacar discussões decolonizantes no âmbito da jurisdição dos tribunais internacionais sobre a autodeterminação dos povos, Direitos de Gênero, jurisdição extraterritorial de asilo, migrações, povos tradicionais e originários, tráfico de pessoas, jus cogens, meio ambiente, mudança do clima e justiça climática, Direito do Mar e pesca, Direito Internacional Penal, comércio internacional e investimento.

O presente trabalho é expressão da atividade da pesquisa em Direito Internacional no Brasil, decorrente das atividades regulares de investigação do maior e mais organizado grupo de pesquisa em Direito Internacional no Brasil.

Em seu conteúdo, a obra tem lastro acadêmico, cientificamente comprometida, e serve como instrumento de difusão de ideias e teses, contribuindo com o fortalecimento do estudo sobre tribunais internacionais no Brasil, sem, contudo, deixar de pretender ser expressão de conhecimento autônomo e livre, de um espaço autêntico do desenvolvimento do pensar a partir da realidade brasileira e latino-americana.

São Paulo, dezembro de 2023.

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.

CAPÍTULO 1

AFINAL, A AUTODETERMINAÇÃO SERVE PARA EMANCIPAR OU PARA OPRIMIR POVOS? UMA ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO EPISTÊMICA DA AUTODETERMINAÇÃO NA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Adriano Smolarek
João Irineu de Resende Miranda

Resumo

O dogma da Autodeterminação tornou-se instituto de Direito Internacional a partir da Organização das Nações Unidas. Seu desenvolvimento epistêmico foi marcado por uma intensa e ampla margem de interpretações que desnaturaram sua natureza jurídica ao longo do tempo: Era princípio político; tornou-se princípio de Direito Internacional; eixo do Direito Internacional dos Direitos Humanos; prerrogativa de Direito, propriamente dita. Nesta última natureza, tornou-se dogma de aplicação *erga omnes*, com clara tendência de manifestação como Norma Imperativa de Direito Internacional. Este trabalho visa demonstrar o caminho epistêmico percorrido pelo dogma no âmbito ONU, com preponderância na análise jurisprudencial da Corte Internacional de Justiça. Através do método indutivo, de natureza exploratória, utilizando pesquisa bibliográfica e documental, além da análise jurisprudencial, o trabalho assume uma perspectiva crítica acerca dos rumos traçados pela institucionalidade internacional acerca do dogma. Trata-se de abordagem de confronto entre a natureza atual do dogma e àquela qual deveria originalmente sê-lo.

Introdução

O desenvolvimento institucional possibilitado pela Organização das Nações Unidas impacta diretamente na expansão normativa e sistêmica do Direito Internacional. Embora as raízes consuetudinárias dos entendimentos internacionais ainda produzam efeitos e sejam verificáveis, a construção dos dogmas e sua sedimentação são potencializadas pela influência institucional. Para além do contexto institucional puro e simples do âmbito ONU, diversas outras instituições como Agências Especializadas, Blocos Econômicos ou mesmo outros arranjos institucionais alternativos, como os Tribunais Internacionais, marcam sua influência na construção de posicionamentos conjuntos, de dogmas, institutos e valores alçados ao ambiente internacional.

Este capítulo busca analisar justamente o processo de influência institucional sobre a Autodeterminação dos Povos. Primeiramente com o aporte trazido pelo contexto institucional proporcionado pela ONU, abrangendo sua Assembleia Geral, eventuais manifestações do Conselho de Segurança e da Comissão de Direito Internacional, mas também, e, em segundo lugar, pelas emanações jurisprudenciais da Corte Internacional de Justiça que consiste no principal órgão jurisdicional inserido no sistema ONU.

Assim, imbuído deste objetivo empreende-se análise de viés exploratório, através do método indutivo, que se erige a partir de uma revisão bibliográfica e documental acerca do dogma e de sua evolução no seio da ONU, para então, debruçar-se sobre o aporte metodológico propiciado pela análise jurisprudencial, sobre os casos de maior relevo sobre a Autodeterminação dos Povos tramitados na Corte Internacional de Justiça. Neste intento, verifica-se a característica multifacetada do dogma desde sua capitulação como princípio de ordem política; logo princípio jurídico, que se converte, posteriormente, em eixo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, após isso, em Direito de Autodeterminação dos Povos.

Longe de exaurir a temática – eis que a discussão da epistemologia autodeterminativa está longe ser consensual – busca-se demonstrar o aporte da construção jurisprudencial da Corte Internacional de Justiça na legitimação do ideal de Autodeterminação Decolonial, antes de evidenciá-la como prerrogativa *erga omnes*, integrada ao consenso das *opinio iuris communis*, que habilita o entendimento para a classificação das Normas Imperativas de Direito Internacional.

O escrito aporta argumento ao entendimento sistêmico das emanações jurisprudenciais que fortalecem a unidade normativa do Direito Internacional contemporâneo. Trata-se de um esforço de consolidação dos entendimentos construídos como vetores de responsabilidade internacional e de libertação individual e coletiva dos indivíduos, frente as circunstâncias coloniais ou de opressão em que os contextos autodeterminativos são comumente alçados à mão. Isto é, um manifesto de criticidade epistêmica em relação ao dogma que possui na essência a função emancipatória.

Autodeterminação e a influência epistêmica institucional

A positivação e sedimentação da Autodeterminação dos Povos na Organização das Nações Unidas estabeleceu as bases para a consolidação de um instituto jurídico. Ainda que, em essência, observando o dogma no viés interdisciplinar que o justifica, a substância autodeterminativa original está calcada na individualidade, nos indivíduos, sendo manifestada na coletividade – através do exercício político, das expressões coletivas, dos povos. Isso significa reconhecer tanto sua centralidade em relação à aplicação relativa aos Direitos Humanos, quanto sua utilidade enquanto Princípio de Direito Internacional.

Todavia, não buscando adotar uma postura crítica acerca do tema, mas indiretamente sendo conduzido até ela, este trabalho busca retratar a interpretação da Autodeterminação conforme se depreende da institucionalidade internacional vigente e vinculá-la ao produto da jurisprudência emanada da Corte Internacional de Justiça.

A Autodeterminação, sobretudo, após o surgimento da Organização das Nações Unidas, adquiriu grande atenção do cenário internacional. Não atoa foi capitulada na Carta das Nações Unidas como uma das finalidades específicas daquela que se propõe a mais universal de todas as Organizações Internacionais, para a consecução de seus principais motes, isto é, a coexistência justa e pacífica entre todos os sujeitos em âmbito internacional (ONU, 1945). A Autodeterminação passa a ser um objetivo a ser alcançado, como pedra de toque, para uma governança internacional. Isso a qualifica, primeiramente, como um princípio jurídico e político – forma através da

qual fora inicialmente retratada.

Analisando desde a distância histórica, é compreensível verificar que a Autodeterminação tenha sido capitulada, inicialmente, enquanto um princípio destinado a regular as relações entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas. No contexto do pós-guerra e, ainda sob influência das retóricas políticas que ditariam o destino da sociedade internacional daquele período, não haviam sido construídos documentos específicos para a proteção dos Direitos Humanos e nem mesmo era de se esperar uma evolução elementar rápida para o conteúdo do dogma. Isto é, não havia uma intenção clara de sua capitulação, enquanto Direito Humano e nem mesmo de sua aplicação ao contexto colonial ou em relação aos reflexos do pós-guerra. As Relações Internacionais até então, eram baseadas, predominantemente, em interações estatais com base nas relações de poder, de força e da guerra. Forças geradoras dos fenômenos que a autodeterminação *a priori* desejou derrogar: a colonização, o imperialismo, a exploração econômica e o uso da força. A nova ordem pós-1945 veio a instaurar novas diretrizes em relação aos paradigmas. As relações entre os Estados deveriam ser pautadas na lógica relacional de igualdade, sem ingerência interna, com a proibição do uso da força, sob o manto do princípio da Autodeterminação dos Povos (DUPUY, 1993; CASSESE, 1995, p. 37 e ss.).

Posteriormente, a Autodeterminação fora também utilizada como eixo dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, de 1966. Tais Convenções servem até os nossos dias como formas consensuais morais mínimas para o respeito da seara. Delas espraia-se um modelo de entendimento sobre o tema, inclusive no que tange aos espaços regionais. Das experiências regionais pode-se elencar a utilização da Autodeterminação também na Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, chamada de “Carta de Banjul” de 1981, da União Africana¹; na Ata Final de Helsinque, de 1975², e ainda, no âmbito da Liga Árabe, na Carta Árabe de Direitos Humanos, de 1994³.

Entretanto, embora a positivação em Convenções e Pactos tenha sido um grande marcador para a sua incidência, seu delineamento e desenvolvimento não teria instrumentalizado tamanhos impactos internacionais como o realizado através das resoluções, principalmente, da ONU. A transição entre o alegado “princípio político” e o princípio de Direito Internacional propriamente dito, só foi possível no âmbito das discussões provenientes deste ambiente. Ainda que o valor normativo das Resoluções internacionais seja simbólico, a manifestação reiterada de posições de diversas delegações internacionais contribui para a sedimentação de uma *opinio iuris*, com efeitos declarativos, cristalizadores e “juridificantes” de uma prática ou entendimento internacional abrangente⁴.

1 • Art. 20 - Todos os Povos terão direito a existência. Terão o inquestionável e inalienável direito à autodeterminação. Decidirão livremente seu status político e procurarão seu desenvolvimento econômico e social segundo a política que eles mesmos tenham escolhido livremente.

2 • A Ata final de Helsinque de 1975 refere-se ao “Princípio da Igualdade de Direitos e da Autodeterminação” através do qual “todos os povos têm o direito de determinar, com plena liberdade, quando e como quiserem, seu status político interno e externo, sem interferência externa, e de conduzir como quiserem o seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural.

3 • Art. 2º - Todos os Povos tem direito à autodeterminação e ao controle de suas riquezas naturais e recursos, assim como o direito de eleger livremente seu sistema político e a perseguir seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.

4 • Tal entendimento, para além de um reconhecimento doutrinário, é também defendido em diversas oportunidades, por exemplo, pela Corte Internacional de Justiça, principalmente no Caso Certas Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua e contra esta (Nicarágua versus Estados Unidos), 1986; mas também, nas Opiniões Consultivas relativas ao Saara Ocidental, ao Timor-Leste, mencionadas no trabalho.

Menciona-se, dentre as Resoluções da Assembleia Geral da ONU mais expressivas, a 1514 (XV) de 1960, aprovada por 89 votos favoráveis e 9 abstenções. Nenhuma posição contrária. O que, por si, demonstra um claro posicionamento da comunidade internacional (*opinio iuris*) acerca do tema, que se plasmou no alargamento e na legitimação do fenômeno descolonizatório. Ainda, menciona-se a Resolução 2625 (XXV), de 1970, que alçou a Declaração Relativa aos Princípios de Direito Internacional referentes as relações de amizade e cooperação entre os Estados, tendo sido aprovada por unanimidade, consolidando uma abertura do contexto de aplicação da Autodeterminação (MENEZES, 2023).

Ainda que o seu desenvolvimento tenha sido marcado pela paulatina construção através das Resoluções, ainda antes destas, na Carta das Nações Unidas - Artigo 1.2 - fica expressa a capitulação da Autodeterminação como um princípio geral daquela instituição, destinado a regular as relações entre os Estados (ONU, 1945). Isto é, sua primeira faceta positivada está identificada como uma forma de princípio geral jurídico-político que serviria como guia para a manutenção da ordem internacional. Esse argumento redacional é importante por conta do contexto pós-bélico em que foi gestado, sendo anterior à capitulação da Autodeterminação como possível Direito Humano, fato que somente ocorreu anos após a Carta.

Em suma, pode-se afirmar que a Autodeterminação é um princípio geral de Direito Internacional pela leitura da própria Carta que reúne em si, a faceta de aplicação descolonizatória a partir da Resolução 1514 (XV), mas também sob os auspícios da Resolução 2625 (XXV) que se estabeleceu enquanto princípio norteador da Sociedade Internacional para guiar as relações pacíficas entre os Estados. Além disso, a Resolução 2625 (XXV) estabelece que o dogma consiste em um dever para os Estados membros daquela instituição, materializado em sua aceitação universal, já mencionada. Por último, houve por bem, ser o tema reconhecido pela Comissão de Direito Internacional da ONU no livro anual emitido em 1988 em que se expressou que o princípio da Autodeterminação possui aplicação universal e que serviria de base das relações entre todos os sujeitos da comunidade internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1960; 1970a; 1988, p. 132; SHAW, 2010, p. 223).

Entretanto, também é verídico que, ademais da capitulação enquanto princípio, a tendência de desenvolver o ramo autônomo que buscava consolidar os Direitos Humanos inseridos no contexto internacional ganhou calibre. Com esse fato, a Autodeterminação passou a figurar dentro das duas principais Convenções sobre o tema, editadas após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1966. Os já mencionados Pactos Internacionais de 66, por necessário esclarecimento, foram editados no interstício entre a Resolução 1514 (XV) e a 2625 (XXV). Tal fato é de importante menção, pois, os documentos de 66 buscavam reconhecer o Direito à Autodeterminação - e não o princípio -, passando a reconhecê-lo como um “direito universal a todos os povos”, superando assim o enfoque dado anteriormente, que pregava que o dogma só deveria ser utilizado em contextos pós-bélicos, sendo aplicado somente às minorias ou mesmo, aos povos inseridos no contexto colonial do fim do século XIX até o surgimento da ONU. Ou seja, o Princípio da Autodeterminação aplicado ao contexto geral das relações entre Estados na seara internacional é também reconhecido como Direito Humano, uma vez que o conteúdo dos Pactos foi taxativo na

inclusão da Autodeterminação como uma prerrogativa de Direito inerente a todos os Povos. Embora não passe imune a críticas, no sentido de que, por ser um Direito Humano deveria ser encarado como prerrogativa inerente a todos os indivíduos, o próprio Conselho de Direitos Humanos da ONU foi taxativo em afirmar que este “Direito” está revestido de especial importância, tendo em vista que o seu exercício - coletivo - como uma condição essencial para a garantia e observância dos direitos individuais, assim como sua promoção e fortalecimento (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 197-198). Assim sendo, uma pessoa não pode alegar que o seu Direito de Autodeterminação foi violado, mas uma expressão coletiva sim, pode utilizar desta prerrogativa. Por exemplo, se um indivíduo não pode, mas uma expressão coletiva pode alcançá-lo, qual é o número de indivíduos para conformar a quantidade necessária a exercê-lo? Será que determinada quantidade de indivíduos, apenas, bastaria para designar um povo, enquanto destinatário da Autodeterminação? A expressão de coletividade humana, enquanto povo, passível destinatário de Autodeterminação, estaria adstrita a coletivos inseridos no contexto colonial, ou povos em territórios ocupados ou seria abrangente o bastante para incluir a todos os povos que desejarem usufruir de sua magnitude? (TORROJA MATEU, 2022). Enfim, vez mais, o tema se esgrima em nichos hermenêutica ou doutrinariamente indefinidos, que somente o exercício político consegue se ambientar.

Assim, ante o exposto, resta claro que a autodeterminação possui natureza múltipla em relação às fontes de Direito Internacional: um princípio regulador da sociedade internacional, uma prerrogativa de Direito Humano, mas também uma prática consuetudinária internacional, para além da qualidade de Norma Imperativa de Direito Internacional (CASSESE, 1995, p. 126-140; GONZÁLEZ CAMPOS; SANCHEZ RODRÍGUEZ; SÁENZ DE SANTA MARÍA, 1992, p. 695, 699; TORROJA MATEU, 2022).

Este último aspecto, não menos importante, se refere a consideração de que a aceitação universal de determinadas regras internacionais atribui imperatividade às mesmas, por sua relevância. Trata-se de normas que constituem o cerne dos valores e postulados internacionais que, por fundamentais, não admitem nenhum tipo de derrogação, exceto por outra regra da mesma natureza, conforme prevê o art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. Trata-se do que a doutrina reconhece como *jus cogens*, ou direito cogente, advindo da ideia de que existem valores fundamentais e superiores dentro do sistema, guardando também certa relação com a noção de ordem pública ou interesse público dentro dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados (SHAW, 2010, p. 98) que precisam ser resguardados e interpretados peremptoriamente. Há, em certa medida, alguma discussão sobre se a Autodeterminação constitui ou não parte das normas imperativas de Direito Internacional, mas há uma preponderância doutrinária no sentido da sua aceitação. Isso ocorre em virtude das reiteradas manifestações unilaterais dos estados e das deliberações em diversos órgãos da ONU e de diversas emanções jurisprudenciais da Corte Internacional de Justiça, cujo aporte jurisprudencial exerce enorme influência da manutenção do estado de coisas, mas também é a base para as possíveis alterações necessárias à manutenção da coexistência internacional. Passemos a discuti-las.

O Caso “Estatuto Jurídico do Sudoeste Africano” (1949 – 1975)

O primeiro caso abordado trata objetivamente de questões que abrangem o status internacional do “Sudoeste Africano” (International Status of South-West Africa). O território onde atualmente está situada a República da Namíbia. Tal caso consiste em paradigma para o início do exercício jurisdicional da Corte acerca da Autodeterminação. Por várias razões. Primeiramente, houve uma validação clara da personalidade jurídica internacional da ONU, enquanto instituição que herdou e assumiu as obrigações derivadas da Sociedade das Nações, no que tange à manutenção do Regime de Tutela, como o que a União Sul-africana adquiriu a responsabilidade sobre o território-objeto. Em segundo lugar, em virtude da plena validade das responsabilidades assumidas a partir do Regime de Tutela da Sociedade das Nações e de sua missão por zelar pela independência dos territórios tutelados, ao declarar que não poderia a potência que exerceria a tutela modificar o status do território. Isto é, não poderia a União Sul-africana anexar o território namibio. Em terceiro lugar, tendo em vista que o povo autóctone do território presumidamente anexado pela União Sul-africana, não havia manifestado intenção de legitimamente formar parte da potência tutelar, tornava a ação de “anexação” inepta e ilegal perante o Direito Internacional (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1950, p. 7-14).

Em virtude das insistentes negativas de retirada e da inflexão a um mandato internacional viável, composto por condições efetivas de fiscalização e informação, bem como, do bem-estar da população em questão, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 2145 (XXI), declarou terminado o Mandato territorial da União Sul-africana sobre o território da África do Sudoeste, afirmando que a potência não possuía nenhum direito sobre o território até então administrado (ONU, 1966). Posteriormente, após a manifestação da Assembleia, o Conselho de Segurança da ONU, através da Resolução 276 (1970) também declarou que a eventual continuação da presença sul-africana naquele protetorado era ilegal (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1970b).

O Conselho solicitou também à Corte, a elaboração de nova Opinião Consultiva, diante do reconhecimento da ilegalidade das ações da África do Sul perante o território do Sudoeste Africano. O fez através dos seguintes questionamentos: Quais são as consequências jurídicas produzidas aos Estados da continuação da presença da África do Sul na Namíbia, inobstante o disposto na Resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança das Nações Unidas? Que caso fosse admitida a questão e opinado pela ratificação da ilegalidade, a Corte deveria opinar se a África do Sul teria a obrigação de retirar imediatamente sua administração do território namibio e deixar de ocupar aquele território; e ainda, no que diz respeito aos demais estados membros das Nações Unidas, se eles teriam a obrigação de reconhecer a ilegalidade da presença daquela potência na Namíbia e de reconhecer a falta de validade das medidas adotadas por aquela em nome do seu ex-protetorado, além de abster-se, de todo ato, em particular, de toda a relação com o governo sul-africano que implicasse no reconhecimento da legalidade de sua presença e dessa administração ou que constitua auxílio ou assistência nesse respeito. Por fim, ainda, uma terceira solicitação, no que diz respeito aos estados que não são membros das Nações Unidas, abster-se de prestar

assistência, dentro dos limites do questionamento anterior no que respeita a Namíbia (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1971).

A Corte, emitiu o parecer em junho de 1971, na Opinião nominada de “Consequências Jurídicas existentes para os Estados da continuação da presença da África do Sul na Namíbia (África do Sudoeste), tendo em vista o disposto na Resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança”. Nela, afirmou que a ONU poderia, unilateralmente, ainda que não estivesse expresso no texto, terminar tratado bilateral que atribui efeitos jurídicos a mandato de proteção. Que isso teria validade, inclusive, para obrigações iniciadas durante a vigência da Sociedade das Nações, tendo em conta que as Nações Unidas são as legítimas sucessoras daquela. Ainda, que embora, a Assembleia Geral não possuísse em suas competências a de declarar findada a tutela sul-africana sobre a Namíbia, com valor determinativo ou finalidade operativa, a resolução lá emitida instou o Conselho de Segurança a se manifestar, por ser competente em virtude do artigo 24 da Carta das Nações Unidas. O Conselho pôde então realizar tal declaração de ilegalidade como decorrência de sua responsabilidade para a manutenção da paz e da segurança internacional (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1971).

Assim, no mérito, decidiu a CIJ que os estados membros estariam obrigados a abster-se de estabelecer relações convencionais com a África do Sul, em todos os casos em que o governo daquele país pretendesse atuar em nome da Namíbia. No mesmo sentido, os estados membros estariam obrigados a abster-se de enviar missões diplomáticas à União Sul-africana que incluíssem em sua jurisdição o território namíbio; além da obrigação de abstenção relativa ao estabelecimento de relações econômicas ou de qualquer outra índole com a África do Sul em nome ou com possíveis eventuais relações com o território namíbio que pudessem reforçar a autoridade daquela sobre dito território. Todas as razões vinculariam, também, os estados não membros das Nações Unidas (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1971).

A manifestação da Corte através do referido caso serviu para o estabelecimento de um entendimento sobre a possibilidade de se tomar decisões institucionais coordenadas ante violações que signifiquem responsabilidade internacional institucional. A Comunidade Internacional passa a adotar uma postura comum acerca dos atos perpetrados pela África do Sul, demonstrando que existem valores comungados por toda a Sociedade Internacional. Neste particular, referindo-se à Autodeterminação.

A Questão do Saara Ocidental (1975)

O segundo caso analisado pela CIJ, com repercussões na esfera da consolidação da Autodeterminação, no âmbito da ONU, foi a Opinião Consultiva sobre o Saara Ocidental. Sendo produto de um processo de descolonização malconduzido pela Espanha – que se retirou unilateralmente do território colonial, até então conhecido como “Sáhara Español” em 1975, mediante o pacto de uma invasão e entrega do território ao Reino do Marrocos e à Mauritânia⁵. Desde a entrada da Espanha na

5 • A Espanha, após adotar uma política controversa e errática em relação à intenção de assimilar ou descolonizar o território do “Saara Espanhol”, tendo em vista o mau estado de saúde do afastado Francisco Franco, que por força dessa circunstância, não viu seu governo interinamente, optando por um redirecionamento e um redimensionamento de objetivos e valores, celebrando secretamente um acordo em data de 14 de novembro de 1975 que ficou conhecido como “Acordo Tripartite de Madrid” (RUIZ MIGUEL, 1995; LÓPEZ-BARONI, 2014, p. 384; SOROETA LICERAS, 2001, p. 139 e ss.).

ONU, ocorrida em 1955, o Saara Ocidental foi inserido no rol de Territórios Não Autônomos, em virtude da Resolução 66 (I) em 14 de dezembro de 1946 (BARREÑA-DA-BAJO, 2022; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1946). Dado o anseio de ocupação demonstrado pelo Marrocos e pela Mauritânia, ignorando o anseio de Autodeterminação da população local, ambos os países requisitaram, durante a Assembleia Geral de 1974, através da Resolução 3292 (XXIX) de 13 de dezembro daquele ano, após largas e complexas reuniões, à CIJ, a confecção de uma Opinião Consultiva, indagando a) se era o Saara Ocidental, ao tempo da colonização espanhola, *terra nullius*; e caso a primeira questão fosse negativa; b) quais eram os liames vinculativos entre o território do Saara Ocidental, o Marrocos e a Mauritânia (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1974).

Em 16 de outubro do ano de 1975, a CIJ torna público o parecer consultivo das questões levantadas. Com relação ao primeiro questionamento, de que o Saara Ocidental se tratava de *terra nullius* quando da chegada dos espanhóis, a Corte manifestou-se contrariamente. A vinculação territorial espanhola remontava ao ano de 1884 (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1975). Em relação ao segundo aspecto, a Corte rechaçou a possibilidade de, à luz da Resolução da Assembleia Geral que solicitou sua atuação – e que nasceu embebida no anseio de descolonização e autodeterminação –, analisar tão-somente as vinculações de natureza territorial, sem abranger o elemento pessoal do Saara Ocidental, principalmente dado o sabido anseio de anexação do território pelo Marrocos e Mauritânia (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1975).

Para a CIJ, a configuração dos laços de soberania e autoridade necessitaria por parte do país requerente, do exercício de dois elementos precípuos, sendo eles a intenção de assenhorear-se exteriorizando a vontade de agir como soberano, e; efetivar o exercício real ou “de exibição” de autoridade. Nenhum destes fora exercitado pela administração marroquina em períodos anteriores.

Sobre a existência de vínculos jurídicos entre o Saara Ocidental e a Mauritânia expôs a CIJ que, embora ambos compartilhem de numerosos vínculos raciais, linguísticos, religiosos e culturais, os “dados apresentados para análise possibilitaram a conclusão de que as tribos eram independentes e inexistia qualquer instituição ou órgão que lhes fosse comum” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1975). Diante do exposto, não se pôde considerar que as tribos tivessem uma “unidade” ou “entidade” capaz de ser beneficiária de obrigações, às quais incluíssem seus membros de forma comum. Por fim, em sua conclusão, o parecer desautoriza expressamente a postura marroquina e mauritana, de assenhorear-se do território saarai (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1975).

Para certa parte da doutrina, o parecer relativo ao Saara Ocidental é considerado, juridicamente inútil, por não ter aportado nada à resolução do conflito em si, sendo considerada uma opinião salomônica, que utiliza termos correlatos e com conteúdo indeterminado, à luz do contexto descolonizatório e de Autodeterminação – como, por exemplo, os correlatos “vínculos jurídicos”; “vínculos políticos” e “vínculos de soberania”, que prestariam tanto aos interesses anexionistas do Marrocos; quanto em relação ao interesse de desoneração Espanhol; quanto ao anseio de Autodeterminação do povo saarai, representado pela Frente Polisario e pela República Árabe

Saarai Democrática (SOROETA LICERAS, 2020, p. 88-94; HINOJO ROJAS, 1997, p. 99).

Já, para outra parte, a emissão da Opinião Consultiva sobre o Saara Ocidental consiste, além da reafirmação categórica da vigência e da inalienabilidade do Direito de Autodeterminação do povo saarai, também, materializa importante mecanismo legitimador do processo de reconhecimento da personalidade jurídica internacional da República Árabe Saarai Democrática, enquanto Estado, dentro do contexto bélico e fora dele, contando com o reconhecimento expresso de mais de 90 Países.

Para além deste contexto, também se encontra uma visão construtivista, acerca do ditame, no sentido de que, o anseio anexionista marroquino (país terceiro) não se sobrepõe, ante a relação de tutela e território pendente de descolonização (Espanha em relação ao Saara Ocidental), tendo em vista que, a Autodeterminação estaria atrelada, até aquele momento, ao povo que deveria exprimir o seu anseio. Sem nenhuma correlação direta que não derive de ilegalidade para com Estados terceiros (SMOLAREK; ZRUG; 2016, p. 8-15; MOREIRA, 2021; SANTAYANA, 1987).

A Questão de Timor-Leste (1995)

No Caso relativo a Timor-Leste, emitido em junho de 1995, a Corte reconheceu a oponibilidade *erga omnes* do Direito à Autodeterminação dos Povos, passando a interpretá-lo desta forma, a partir de sua inscrição na Carta das Nações Unidas e pela prática institucional; aliado ao desenvolvimento jurisprudencial da CIJ. O reconhecimento do caráter *erga omnes* atribui a consequência lógica de que sua legitimação e proteção “pertence a todos os Estados” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1995; SOROETA-LICERAS, 2020, p. 129-130).

O caso é ilustrativo da relevância do Princípio. Antes da declaração de independência, o território timorense estava abarcado no rol dos territórios não-autônomos. Logo após a ocupação militar, realizada pela Indonésia em dezembro de 1975, tanto o Conselho de Segurança como a Assembleia Geral da ONU em diversas oportunidades deploraram a intervenção armada da Indonésia, sendo que a Assembleia se referiu a Portugal como sendo “poder administrador” do território no âmbito das Nações Unidas.

A Assembleia Geral em diversas oportunidades destacou o direito de Autodeterminação do povo timorense, no entendimento de que este não havia sido exercido. Foi justamente na condição de potência administradora que Portugal apresentou uma reclamação contra a Austrália junto à CIJ, por suposta violação ao Direito de Autodeterminação do povo timorense, em vista de ter a Austrália celebrado um Tratado (Timor Gap) com a Indonésia em que se outorgava a exploração de petróleo no território então equivalente à plataforma continental do Timor-Leste (CANÇADO TRINDADE, 2017, p. 199-200).

Algo que merece destaque na Opinião é a afirmação feita pela Corte de que, para a perfeita manifestação de uma regra *jus cogens* é necessária sua consideração anterior enquanto regra *erga omnes*. Fato que designa sua aplicação a todos os membros daquela referida organização. Pois bem. No referido caso, reconheceu-se que “a afirmação portuguesa de que o Direito dos Povos à Autodeterminação, tal como deriva

da Carta e da prática das Nações Unidas, possui caráter *erga omnes*, é irreprochável”, sendo considerado um “princípio essencial do Direito Internacional Contemporâneo” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1995, p. 16, tradução nossa)⁶. E aqui, cabe uma eloquente crítica desenvolvida por Juan Soroeta Liceras (2020, p. 129-130) acerca da responsabilidade científica da Corte, a partir do voto crítico do juiz malgaxe Raymond Rangeva, que foi além do emitido na sentença, ao afirmar que o Direito de Autodeterminação possui caráter de direito absoluto *erga omnes*, numa interpretação extensiva aberta, acorde com a evolução das normas internacionais e de acordo com as necessidades apresentadas pela comunidade internacional. Coisa que, na opinião do referido autor, na decisão colegiada não ocorreu, tendo a CIJ perdido a chance de emitir um ditame verdadeiramente transcendental sobre a matéria.

A Questão relativa aos Efeitos Jurídicos da Separação do Arquipélago de Chagos de Maurício em 1965 (2009)

No Caso relativo aos Efeitos Jurídicos da Separação do Arquipélago de Chagos de Maurício em 1965, emitido em fevereiro de 2019, a CIJ deu um passo a mais, em relação ao reconhecimento do Direito de Autodeterminação dos Povos, como sendo manifestação de norma imperativa de Direito Internacional, *jus cogens*. Embora não o tenha feito, expressamente, pontua Soroeta Liceras (2020, p. 189), que há razões para pensar que em um futuro não muito distante a Corte modificará sua postura, tendo em vista que, essa já é a postura evidenciada em diversas opiniões individuais, separadas ou anexas aos pareceres da Corte. Neste específico, o aporte dado pelo voto apartado do Juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade é transcendental, no sentido direto de reconhecer o Direito de Autodeterminação, como um pré-requisito para a efetivação dos Direitos Humanos e, em decorrência desta perspectiva, como norma imperativa de Direito Internacional (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2019a).

Cançado Trindade, em uma de suas diversas manifestações apartadas, paralelas ao seu exercício jurisdicional ante a Corte, apresenta um extenso e rico voto, demonstrando a evolução da Autodeterminação ao longo das diversas Resoluções da ONU. Para embasar e direcionar o seu discurso, o magistrado verifica a posição da Comissão de Direito Internacional - CDI da ONU como ente institucional que fornece o substrato necessário para o entendimento comum de uma opinião jurídica (*opinio iuris communis*), afirmando que a Autodeterminação consistiria em norma imperativa. Ele realiza este esforço, ao longo do trâmite do procedimento do Caso Chagos, solicitando aos Estados assistentes, que se posicionassem acerca da seguinte questão: “Em sua opinião, quais são as consequências jurídicas da formação do Direito Internacional Consuetudinário, incluída a presença da *opinio iuris communis*, para garantir o cumprimento das obrigações estabelecidas nas Resoluções da Assembleia Geral”? 16 países emitiram respostas, e foram no sentido de se considerar que tais

6 • Do original: 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. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court it is one of the essential principles of contemporary international law.

consequências consistem em obrigações *erga omnes*, aplicáveis a todos, sendo que, para além disso, a maioria dos Estados reconheceu a característica de *jus cogens* de tais emanações, servindo como instrumento de justificação para o reconhecimento expresso da Autodeterminação dos Povos como sendo norma imperativa. Defendia Cançado Trindade:

*A meu ver, não há razão nem justificativa para a CIJ, nesta Opinião Consultiva, não ter declarado expressamente que o direito fundamental dos povos à autodeterminação pertence ao domínio do jus cogens. 119. Este é um ponto que foi levantado por diversas delegações participantes ao longo do presente processo consultivo, e não foi levado em conta pela CIJ em seu próprio raciocínio. É um assunto que merece uma consideração cuidadosa (...). O direito fundamental dos povos à autodeterminação pertence, de fato, ao domínio do jus cogens, e implica obrigações erga omnes, com todas as consequências daí decorrentes (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, tradução nossa)*⁷.

Á título de conclusão do tópico, pode-se afirmar que a Corte Internacional de Justiça, ainda que sofra por inúmeras limitações de ordem procedimental e do exercício de sua própria competência, prestou ao longo do tempo, para a consolidação do Direito à Autodeterminação dos Povos. Antes, no contexto direto de descolonização e nos casos mais recentes, em um claro caminho em direção ao reconhecimento progressivo de sua característica de norma imperativa de Direito Internacional que produz obrigações *erga omnes* (PIGRAU, 2021, p. 140).

Conforme denota Juan Soroeta Licerias (2020, p. 192), o estado de coisas demonstra que embora não se tenha uma manifestação de reconhecimento expresso, tal opinião está ganhando terreno entre os magistrados da CIJ. Ademais, é importante ressaltar que ao longo do processo de composição deste escrito, foram interpostas duas solicitações de Opiniões Consultivas formuladas pela Palestina sobre a existência ou não de ocupação colonial israelense nas terras do Estado da Palestina, incluindo Jerusalém. O pedido palestino solicita uma manifestação à Corte Internacional de Justiça para que responda sobre a natureza e a forma dessa ocupação ilegal e sobre seus crimes, além de definir as responsabilidades e deveres de Israel, da comunidade internacional, de terceiros e da Organização das Nações Unidas, com vistas a acabar com a ocupação colonial e regime de apartheid, que constitui alicerce para a manutenção das violações e crimes perpetrados contra o Estado e o povo palestino (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2023). Assim, é certo que em breve a Corte Internacional de Justiça terá outra chance de se manifestar acerca da temática.

7 • Do original: In my understanding, there is no reason nor justification for the ICJ, in its present Advisory Opinion, not having expressly held that the fundamental right of peoples to self-determination belongs to the realm of *jus cogens*. 119. This is a point which has been made by several participating delegations throughout the present advisory proceedings, and has not been taken into account by the ICJ in its own reasoning. It is a matter which deserves careful consideration [...] The fundamental right of peoples to self-determination indeed belongs to the realm of *jus cogens*, and entails obligations *erga omnes*, with all legal consequences ensuing therefrom.

Considerações Finais

Com a análise das emanações provenientes da Assembleia Geral e da Corte Internacional de Justiça fica demonstrado o arcabouço geral acerca da Autodeterminação Institucionalizada. Trata-se do marco jurídico necessário para se entender a incidência dos players na construção de sua epistemologia. Assim, atingindo o pressuposto norteador deste trabalho, que foi o de demonstrar que a Autodeterminação foi moldada pela institucionalidade internacional ao longo das últimas décadas, sofrendo com diversos tipos de influências políticas e jurídicas.

Ao longo do tempo o alegado “princípio político” ganha contornos jurídicos e serve, a partir da construção do entendimento no âmbito da Assembleia Geral, como dogma apto a proporcionar justificativa plausível para a legitimação dos anseios por emancipação e descolonização internacional. Neste contexto, e diante das diversas vertentes de pressionamento político, a posição construída pela Corte Internacional de Justiça como órgão jurisdicional mais preponderante do sistema ONU, através de sua jurisprudência, tem auxiliado na sedimentação do entendimento de legitimação decolonizante geradora de sua característica de aplicação *erga omnes*, que tende a ser interpretada como norma imperativa de Direito Internacional, conforme demonstrou-se.

Em que pese o desenvolvimento institucional tenha representado avanço, a desnaturação da Autodeterminação tem sido uma corrente verificável. O apelo dos principais players no estancamento de diversos conflitos internacionais acaba por obstar sua manifestação, gerando cenários de legitimação da opressão, da violação reiterada dos ditames internacionais sobre condutas de guerra e mesmo de imposição do *status quo*. A Corte Internacional de Justiça, ainda que embebida em uma aura de claro tradicionalismo e ritualística, acaba por servir como bastião de imposição normativa e epistêmica do dogma autodeterminativo. Não como instrumento de inovação, tendo em vista a renitência acerca do posicionamento da consideração da Autodeterminação como *jus cogens*, ainda que isso tenda a impor-se pelas circunstâncias do cenário internacional.

De toda forma, a Corte Internacional de Justiça poderá manifestar-se em breve sobre a validade específica do Direito à Autodeterminação dos Povos aplicado ao contexto do conflito Israelense-palestino que produz atozes reflexos para a manutenção da sistematicidade internacional. Por certo, este será um outro capítulo sobre o tema, dotado de um grau seguro de importância para o assunto aqui abordado. Espera-se que no futuro próximo a abordagem histórica, de viés conservador, possa dar lugar à abordagem de refundação autodeterminativa que coloca o indivíduo como centro das reivindicações dessa natureza, dando azo a uma aplicação que possui na dignidade da pessoa humana o eixo comunicante e legitimador de uma Autodeterminação não segregante, mas verdadeiramente emancipatória para indivíduos, povos e Estados.

Referências

ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS. Minnesota: Human Rights Library, University of Minnesota, 2012.

BARREÑADA, Isaías. *Breve Historia del Sahara Occidental*. Madrid: Catarata. 2022.

CONFERENCE ON SECURITY AND COOPERATION IN EUROPE. *Ata final de Helsinque*. 1975. Disponível em: <<http://www.osce.org/>>.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: FUNAG. 2017.

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

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *International Status of Southwest Africa*. Opinião Consultiva de 11 de julho de 1950. 1950. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-00-EN.pdf>>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. Opinião Consultiva de 21 de junho de 1971. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/public/files/caserelated/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Western Sahara*. Opinião Consultiva de 16 de outubro de 1975. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-EN.pdf>>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*. Opinião Consultiva de 27 de junho de 1986. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case concerning East Timor*. Caso Contencioso de 30 de junho de 1995. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf>>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal Consequences of Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*. Caso Contencioso de 25 de fevereiro de 2019. 2019a. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-00-EN.pdf>>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Separate Opinion of the Judge Cançado Trindade*. In: *Legal Consequences of Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*. Caso Contencioso de 25 de fevereiro de 2019. 2019b. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/public/files/caserelated/169/169-20190225-ADV-01-04-EN.pdf>>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*. Opinião Consultiva. Solicitada em 10 de janeiro de 2023. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20230119-REQ-01-00-EN.pdf>>.

DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. Coimbra: Almedina. 1993.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio; SANCHEZ RODRÍGUEZ, Luis; SÁENZ DE SANTA MARÍA, María Paz. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. 1992.

HINOJO ROJAS, Manuel. *A propósito de la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*. Córdoba: UCO. 1997.

MENEZES, Wagner. *Curso de Direito Internacional*. São Paulo: Tirant Lo Blanch. 2023.

MOREIRA, César de Faria Domingues. *A Questão do Saara Ocidental: Meio Século de Conflito Diplomático*. Rio de Janeiro: Letra Capital. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. 26 de junho de 1945.

1945. Disponível em <<https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-dasnacoes-unidas>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 66 (I) da Assembleia Geral, adotada em 14 de dezembro de 1946. Disponível em <<https://digitallibrary.un.org/record/671254?ln=en>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral, adotada em 14 de dezembro de 1960. Disponível em <<https://digitallibrary.un.org/record/206145?ln=en>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2625 (XXV) da Assembleia Geral, adotada em 24 de outubro de 1970. 1970a Disponível em <<https://digitallibrary.un.org/record/202170?ln=en>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 270 (1970) do Conselho de Segurança, aprovada em 30 de janeiro de 1970. 1970b. Disponível em <<https://documents-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/260/75/PDF/NR026075.pdf?OpenElement>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2145 (XXI) da Assembleia Geral, adotada em 27 de outubro de 1966. Disponível em <<https://digitallibrary.un.org/record/203150?ln=en>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 3292 (XXIX) da Assembleia Geral, adotada em 13 de dezembro de 1974. Disponível em <<https://digitallibrary.un.org/record/190206?ln=en>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by human rights treaty bodies. Human Rights Committee. 2006. Disponível em <<https://digitallibrary.un.org/record/576098>>.

PIGRAU, Antoni. Peremptory Norms in the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Decolonization of Mauritius and the Chagos Archipelago. In: BURRI, Thomas; TRINIDAD, Jamie. *The International Court of Justice: New Directions from de The Chagos Advisory Opinion*. Cambridge: Cambridge University Press. 2021.

SANTAYANA, Mauro. *Dossiê da Guerra do Saara*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

SHAW, Malcolm. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

SMOLAREK, Adriano Alberto; ZRUG-LAROSI, Mohamed. A Eficácia da Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça sobre o Saara Ocidental: Uma visão de Estado. In: MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais e as Fontes do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes. 2016.

SOROETA LICERAS, Juan. *La Corte Internacional de Justicia y la Descolonización, 1949-2019*. Madrid: Reus Editorial. 2020.

TORROJA MATEU, Helena. *La Libre Determinación de los Pueblos, ¿Un derecho a la independencia para cualquier pueblo?* Pamplona: Aranzadi. 2022.

UNIÃO AFRICANA. *African Charter on Human and People's Rights*. Disponível em <<https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/04/AFRICAN-BANJUL-CHARTER-ON-HUMAN-AND-PEOPLES-RIGHTS.pdf>>.

¿ES POSIBLE LA CIJ ADOPTAR UNA PERSPECTIVA DECOLONIAL? EN BUSCA DE PRE-ENTENDIMIENTOS: UN ANÁLISIS DE LA PRODUCCIÓN CIENTÍFICA DEL JUEZ LEONARDO BRANT

Jeison Batista de Almeida

Resumen

La teoría hermenéutica contemporánea ha desmitificado la neutralidad del intérprete y la relación entre el sujeto y el objeto. Los pre-entendimientos del intérprete son fundamentales en la elaboración de la norma jurídica. De acuerdo con esa perspectiva teórica, se investiga si los jueces de la Corte Internacional de Justicia más sensibles a las perspectivas decoloniales son más propensos a ejercer la actividad jurisdiccional, de manera que se pueda validar esa perspectiva en sus decisiones. Con el fin de abordar el problema, procederemos a examinar la producción científica del Juez Leonardo Nemer Caldeira Brant y verificar si podría tener un pre-entendimiento decolonial con potencial para influir en su labor en la Corte Internacional de Justicia. Con el fin de lograr tal fin, se lleva a cabo una investigación acerca de su producción científica y las direcciones de tesis disponibles en la “Plataforma Lattes”, así como de su libro “Curso de Direito Internacional”.

Introducción

Los jueces pueden ser “considerados metonímias do perfil da jurisdição constitucional de sua época” (Legale; Dore Fernandes, 2013, p. 23) con potencia de crear una identidad o perfil decisorio de una Corte o Tribunal doméstico o internacional. En medio de esa perspectiva, alguna dogmática sugiere, por ejemplo, una Corte Interamericana de Derechos Humanos - CorteIDH impulsada por el perfil decisorio de Pedro Nikken y A. A. Cançado Trindade (Legale, 2020).

Los jueces con esa capacidad comúnmente utilizan su perspectiva dogmática construida durante largos años en la academia para el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Esto desvanece un paradigma de la hermenéutica jurídica tradicional de la neutralidad del intérprete y la relación entre el sujeto y el objeto. Es decir: los pre-entendimientos del intérprete son fundamentales para la elaboración de la norma jurídica.

Desde ese entendimiento, ¿a la cuestión de investigación es si los jueces de la Corte Internacional de Justicia más sensibles a las perspectivas decoloniales son más propensos a ejercer la actividad jurisdiccional de manera que valide esa perspectiva? Para solucionar en parte el problema, analizaremos si la investigación científica del juez brasileño en la CIJ, Leonardo Nemer Caldeira Brant es sensible a los temas de la investigación de origen decolonial. Para eso, vamos a tratar de responder a los siguientes cuestionamientos: i) ¿Él publicó artículos científicos, artículos de opinión, capítulos de libros y libros en cuyo título evidencia la discusión de temas decoloniales?; ii) ¿Su obra de referencia discute temas decoloniales y cuál es la perspectiva adoptada? iii) ¿Fue director o tutor de tesis de doctorado de discusión de temas decoloniales o con perspectivas decoloniales?

Para abordar el problema planteado, en el primero apartado vamos a discutir algunos aspectos teóricos esenciales a “nueva” hermenéutica jurídica hondamente influenciada por los estudios del constitucionalismo contemporáneo, además de señalar los intérpretes del Derecho internacional codificado y actual función.

Al segundo apartado, examinaremos si la producción académica del juez Leonardo Nemer Caldeira Brant, disponible en la “Plataforma Lattes”, es sensible a la perspectiva decolonial y cuánto eso podría influir en su actividad jurisdiccional en la Corte Internacional de Justicia.

Interpretación de las Normas Jurídico-Internacionales Codificadas

Entre Texto y Norma

Como un primer paso, vamos a diferenciar dos categorías importantes para la comprensión de la teoría de la hermenéutica jurídica contemporánea: definir lo que es texto (o enunciado normativo) y lo que es norma jurídica. El Derecho es lenguaje, más concretamente aquel que prescribe el comportamiento humano y, en el Derecho internacional, el comportamiento de sus sujetos. Como señala Casadevante Romani (2003, p. 121):

Para alcanzar el acuerdo, resultado e instrumento de la cooperación internacional, el lenguaje continúa siendo la herramienta fundamental. Es con el lenguaje como se construyen los derechos y obligaciones internacionales que constituyen la expresión escrita de la voluntad y del consentimiento estatales.

En este sendero, el lenguaje es la herramienta de elaboración de los tratados internacionales⁸. Estos, con sus preámbulos, parte dispositiva y anexos, son un complejo conjunto de signos lingüísticos, organizados por artículos, párrafos y etc. Ese Derecho positivado, escrito y organizado es el texto o enunciado normativo: un acuerdo entre los sujetos de Derecho internacional mediado por el lenguaje que genera un horizonte de posibilidades de interpretación en el futuro. El “texto, dispositivo ou enunciado normativo é o signficante (...). Em outras palavras o texto é algo que se interpreta” (Souza Neto; Sarmiento, 2016, p. 362).

De otro rango, la norma jurídica es resultado de una actividad interpretativa y se produce a partir de los diferentes sentidos contenidos en el texto normativo, implíci-

8 • A este respecto sería erróneo considerar que los Estados, cuando actúan en el orden internacional, lo hacen teniendo como premisa fundamental el objetivo de que impere la claridad en la determinación de los derechos y obligaciones existentes respecto de una determinada situación. Por el contrario, no suele ser así. En consecuencia, en el proceso de formación de las normas internacionales escritas, la voluntad del Estado en obligarse se obtendrá tanto más fácilmente cuanto mayor sea la flexibilidad en orden a satisfacer las propuestas y contrapropuestas, que una vez depuradas, darán origen al texto del acuerdo. En este proceso, el lenguaje, los términos, constituyen el instrumento de trabajo y la obtención del acuerdo será tanto más fácil cuanto mayor sea la generalidad con que se reflejen las obligaciones en el texto que cristaliza ese acuerdo. Este hecho, claramente constatable en la práctica convencional internacional, en especial, respecto de los tratados multilaterales, así como en la práctica institucional, tiene también su contrapartida: la dificultad que presenta en la práctica la determinación del contenido de la obligación como consecuencia del lenguaje difuso, muy discrecional, cuya utilización ha hecho posible el acuerdo. Obviamente, el empleo de términos que comportan una gran vaguedad es el precio que pagan los Estados para hacer posible la cooperación internacional; cooperación que conlleva la limitación progresiva de su soberanía asumida voluntariamente. Pero la utilización de ese lenguaje constituye, también, un terreno abonado para la aparición de discrepancias” (Casadevante Romani, 2003, pp. 121-122).

ta o explícitamente. La norma jurídica, por tanto, no es solamente el enunciado con su conjunto de símbolos lingüísticos que forman el texto. Para descubrir el sentido y alcance de un enunciado normativo, los derechos que garantiza o los deberes que impone, es necesario su debida interpretación (Barroso, 2022) (Mendes; Branco, 2014).

La norma jurídica también se sustenta en una realidad histórica, ya que es el resultado de un período determinado. En cada momento histórico, entonces, puede surgir una nueva norma jurídica que está en constante evolución, a diferencia del enunciado normativo que es estático. La alteración del texto, es decir, de sus signos lingüísticos, está dependiente de otro acuerdo entre los sujetos de Derecho internacional. De otra parte, la norma jurídica se caracteriza por ser dinámica, ya que su alcance y sentido son mutables y variables desde los métodos de interpretación empleados o de la alteración de la realidad subyacente.

Desde esta perspectiva, nos parece equivocada la opinión de la doctrina inspirada en la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional - TPJI, de que algunos tratados podrían aplicarse antes del acto interpretativo, debido a que sus términos sean claros y precisos⁹, pues, en realidad, “todo e qualquer texto normativo é obscuro até o momento da interpretação” (Ferraz Junior, 2010, p. XVIII). Como dice Oliver Döör (2018, p. 567), “[e]very treaty needs interpretation and is open to it. Even if its scope and the meaning of its terms may appear evident and clear, this is a result of an interpretative operation”¹⁰. En este contexto, con base en la Teoría del Derecho contemporánea, resulta ineludible la aplicación de un enunciado normativo a un caso concreto (real o ficticio) antes de su conversión en una norma jurídica, lo cual se logra mediante el proceso interpretativo.

La distinción entre el texto o enunciado normativo y la norma jurídica lleva a una consecuencia práctica importante y para el desarrollo de nuestra investigación. Como apunta Riccardo Guastini (2016, p. 337),

i) Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas alternativamente.

ii) Muchos enunciados normativos (quizás todos los enunciados normativos) tienen un contenido de sentido complejo: expresan y/o implican una pluralidad de normas conjuntamente.

iii) Además, según el sentido común de los juristas, todo sistema jurídico está lleno de normas «implícitas», es decir, normas que no se corresponden con ningún enunciado normativo ya que no han sido formuladas por ninguna autoridad normativa (muchos de los «principios generales del derecho» pertenecen a esta categoría).

9 • Es lo que enseña, por ejemplo, Díez Velasco. Para él “[l]a interpretación es necesaria si los términos y las cláusulas empleados en un negocio jurídico o en una norma – en este caso en los Tratados – no son claros, y tiene por objeto determinar el verdadero sentido y el alcance de tales términos (interpretación de las sentencias relativas a la fábrica de Chorzow. C.P.J.I., Serie A. n.13: 10, e Interpretación de la sentencia de 20 de noviembre de 1950 en el asunto del derecho de asilo. C.U., Rec. 1950: 402)” (Díez de Velasco, 2009, p. 204) (interpolamos). En lo mismo sentido, Valério Mazzuoli al decir que “[n]ão é sempre que as disposições de um tratado são elaboradas de forma clara e precisa, de modo a permitir a sua imediata aplicação. Na grande maioria das vezes, um tratado para ser corretamente aplicado necessita, antes, ser interpretado” (Mazzuoli, 2014a, p. 286) (interpolamos).

10 • “Interpretation is thus not a secondary process, which only comes into play when it is impossible to make sense of the plain terms of a treaty, and it is not superfluous only because the relevant words in their natural and ordinary meaning seem to make sense in their context” (Döör, 2018, p. 567).

De este modo, la actual Teoría del Derecho informa que de un único texto normativo es posible extraer más de una norma jurídica, o sea, tener dos o más sentidos posibles para la interpretación de los signos lingüísticos dispuestos en un artículo, o párrafo de un tratado internacional. Las diferentes normas posibles es resultado de la aplicación de normas, métodos o elementos de interpretación jurídica diversos ¹¹.

Intérpretes y su Función

En este apartado vamos a discutir quién son los sujetos o entidades con capacidad de interpretar el Derecho internacional codificado, es decir, de definir el sentido y alcance de un enunciado normativo y de edificar una norma jurídico-internacional. En la dogmática tradicional, podemos encontrar los siguientes sujetos y entidades con potencia de hermenéutica: los Estados y sus órganos de Derecho interno; los órganos jurisdiccionales internacionales; las organizaciones internacionales y sus órganos y; la dogmática jusinternacionalista (Novak Talavera, 2013).

El primer intérprete de los tratados son los Estados parte, que realizan en conjunto o separadamente una interpretación auténtica, *ab initio* o a posteriori, por medio de una declaración interpretativa, un nuevo tratado interpretativo o por la práctica subsecuente (Menezes, 2023). La interpretación hecha en conjunto vincula todos los Estados parte y a terceros, es decir, produce efectos *erga omnes*. Por otro lado, la interpretación de algunos contratantes (dos o más) solo genera efectos entre ellos y no son oponibles a los otros Estados parte o a terceros.

Los Estados también interpretan unilateralmente los tratados internacionales que son partes por sus órganos de ejercicio de la soberanía interna, como el Poder Judicial (jueces, tribunales y cortes constitucionales), el Poder Ejecutivo (presidentes, primeros ministros, jefes de gobierno en entidades subnacionales y órganos responsables de las relaciones internacionales) y el Poder Legislativo. Cuando la interpretación realizada unilateralmente tiene pretensión de producir efectos en las relaciones internacionales, normalmente se hace por medio de una declaración interpretativa, no vinculante a los otros Estados contratantes. La interpretación realizada para producir efectos domésticamente no es oponible en las relaciones internacionales. Sin embargo, los órganos internos deben aplicar, primordialmente, las reglas y métodos de la hermenéutica jurídica codificada en los artículos 31 al 33 de las Convenciones de Viena, además de aquellas establecidas en el Derecho interno (Mazzuoli, 2014b).

Los diferentes órganos jurisdiccionales internacionales en ejercicio de la competencia contenciosa también llevan a cabo la interpretación. En general, la interpretación

11 • “En la mayor parte de casos (si no es que siempre), un enunciado normativo expresa diferentes significados según sea sometido a uno u otro método interpretativo. Por ejemplo: i) El significado común de las palabras: según el uso común, «cortar la garganta» es un modo de asesinar, de modo que ha cometido asesinato. ii) La (presunta) intención del «legislador»: La ley dice «trabajadores», pero el legislador pretendía referirse también a las trabajadoras y, por tanto, la norma se aplica también a las trabajadoras. iii) El argumento a contrario (en una de sus posibles variantes): el legislador ha dicho «pimientos» y no ha mencionado los «tomates», de modo que la norma no se extiende a los tomates. iv) El argumento análogo: los tomates, aunque no son expresamente mencionados en la ley, son esencialmente similares a los pimientos (desde el punto de vista de la ratio legis), de manera que la norma se aplica también a los tomates. v) El argumento de la disociación: la clase de los «transportes públicos» incluye dos subclases sustancialmente diversas - los transportes urbanos y aquellos extra-urbanos - de modo que, a la luz de la ratio legis, la norma se aplica solo a los transportes urbanos (o solo a aquellos extra-urbanos)” (Guastini, 2016, pp. 338-339).

efectuado por los tribunales internacionales tendrá efectos jurídicos para las partes litigantes y dentro del límite de la demanda – *res iudicata*. Sin embargo, coincidimos con la dogmática que sostiene que la función de los tribunales internacionales ha evolucionado más allá de las disputas habituales entre los litigantes, con el fin generar efectos en las estructuras generales del Derecho internacional y su desarrollo¹².

Adicionalmente, los tribunales internacionales de derechos humanos, especialmente la CorteIDH, ha consolidado el entendimiento de que su jurisprudencia también hace *res interpretata* para Estado terceros. Esto es, los Estados contratantes de la CADH deben interpretarla de conformidad con la jurisprudencia de la CorteIDH y hacer un “control de convencionalidad” del Derecho doméstico.

Los organismos que forman parte de una Organización Internacional Intergubernamental pueden interpretar, de manera auténtica, sus tratados constitutivos. Los Estados pueden conceder a órganos institucionales no judiciales la competencia para interpretar tratados internacionales. En ese sentido, destacase la interpretación hecha por los comités especializados de protección de los derechos humanos, como es el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³.

Finalmente, se hace referencia a la interpretación efectuada por la dogmática jusinternacionalistas, la cual carece de efectos jurídicos inmediatos. No obstante, la dogmática se encuentra ampliamente empleada como refuerzo argumentativo en las interpretaciones efectuadas por los Estados, tribunales y órganos institucionales. De hecho, como expresa el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38.1.d, la dogmática jusinternacionalista es un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.

Después de decir quién son los intérpretes de los tratados internacionales, hay que discutir cuál es su función, especialmente de los tribunales internacionales. La Teoría Hermenéutica contemporánea realizada por la dogmática (neo)constitucionalista ha

12 • Para Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, “creation and development of legal normativity in judicial practice takes place in the context of concrete cases. Judicial decisions settle the particular case between the parties. They apply pertinent norms in view of the facts and legal interpretations presented to them. Owing to the doctrine of *res iudicata*, judgments are taken to prescribe definitely what is required in a concrete situation from the parties of the dispute. At the same time, this practice reaches beyond the case at hand. A judgment, its decisions, as well as its justification can amount to significant legal arguments in later disputes about what the law means. We concentrate precisely on this dimension of judicial lawmaking that we see in the creation and development of actors’ general normative expectations—that is expectations sustained and stabilized by law about how actors should act and, more specifically, how they should interpret the law. Most international judgments reach beyond the dispute and the parties. Courts, at least those that publish their decisions and reasoning, are participants in a general legal discourse with the very decision of the case, with the justification that carries the decision (*ratio decidendi*), and with everything said on the side (*obiter dictum*). For good reasons, actors tend to develop their normative expectations in accordance with past judgments. They will at least expect a court to rule consistently if a similar case arises. Actors in Latin America will expect the Inter-American Court of Human Rights to declare amnesties for generals who ordered torture null and void; a party requesting a provisional measure by the ICJ will expect the court to declare it as binding; and foreign investors, as well as host states, will expect any investment tribunal to consider arbitrary and discriminatory processes, or a lack of due process, as breach of fair and equitable treatment” (Bogdandy; Venzke, 2011, p. 987). Cf. también: (Tams; Tzanakopoulos, 2010).

13 • La capacidad interpretativa de estos comités fue incluso reconocida por la CIJ como formadora de una jurisprudencia a ser valorada, como quedo dicho en el caso Ahmadou Sadio Diallo (2010). Para la CIJ: “Since it was created, the Human Rights Committee has built up a considerable body of interpretative case law, in particular through its findings in response to the individual communications which may be submitted to it in respect of States parties to the first Optional Protocol, and in the form of its “General Comments”. Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty. The point here is to achieve the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled” (ICJ, 2010, p. 29).

desarrollado la idea que ya no son tiempos de los jueces “bouche de la loi” (Souza Neto; Sarmiento, 2016). Por tanto, ¿ese modelo de intérprete tiene espacio en las relaciones internacionales? Es decir, ¿ya no es más tiempo del intérprete la “bouche de la volonté”?

Es necesario señalar que el denominado “giro kantiano” (kantische Wende) y el “giro lingüístico” tuvo un impacto significativo en la hermenéutica jurídica y proporcionó un giro copernicano en la interpretación del Derecho. La “virada kantiana” brindó en la ciencia jurídica una nueva aproximación con la Ética normativa y el interés en los principios de Justicia. Hubo, bajo esa perspectiva, una reaproximación del Derecho con la moralidad pública, que antes fuera alejada por el positivismo normativista. El “giro lingüístico”, a su vez, cambió la percepción de cómo se concibe el conocimiento. El dogma de la separación absoluta (dicotomía) entre sujeto-objeto se rompió¹⁴. Se ha demostrado ahora que existe una conexión intersubjetiva entre el sujeto y el objeto, mediada por el lenguaje que antecede al intérprete y define su horizonte (Bogdandy; Venzke, 2012).

Esos desarrollos teóricos rompieron con la percepción de neutralidad y objetividad del intérprete¹⁵ y su separación absoluta con el objeto de la interpretación (el texto normativo)¹⁶. Los intérpretes no son sujetos despidos de la realidad subyacente con sus valores, ideologías y preferencias. Al contrario, cuando llamados a interpretar textos normativos que exigen integración, como son las normas de textura abierta, ellos son copartícipes en el papel creativo del Derecho.

En esta perspectiva contemporánea, enseña alguna dogmática que además de decir el sentido del enunciado normativo, el intérprete también tiene la función de construcción de sentido (Lupi, 2011). Así:

O intérprete não pode captar o conteúdo da norma de um ponto de vista quase arqui-mediano, situado fora da experiência histórica, mas apenas desde a concreta situação histórica em que se encontra, cuja plasmação conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos. O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que lhe ensaja contemplar a norma sob certas perspectivas, fazer uma idéia do conjunto e esboçar um primeiro projeto ainda carente de comprovação, correção e revisão, por meio de uma análise mais profunda, até que, como resultado da progressiva aproximação da “coisa” nos projetos sucessivamente revistos, a unidade de sentido se fixe claramente (Hesse, 1998, p. 109).

La “interpretação jurídica não se resume à atividade intelectual de extração do sentido subjacente a um texto legal. Ela exprime nosso *ethos*; a nossa inserção numa comunidade já repleta de valores e significados” (Souza Neto; Sarmiento, 2016, p. 401). Esto conduce a una posición creativa del intérprete frente al universo jurídico que no

14 • Como dice Lênio Streck, “[n]em mais o assujeitamento do sujeito às essências e nem o solipsismo do sujeito assujeitador dos (sentido dos) objetos” (STRECK, 2009, p. 178). Además, cf.: (GADAMER, 1994).

15 • “Alentava-se a pretensão de que o conhecimento jurídico pudesse ser também exato, sem espaço para subjetivismo. Intérpretes não participariam da criação do Direito. Os atos de interpretação seriam atos de conhecimento e não atos de vontade. Apurados os fatos do caso concreto, os juízes teriam de aplicar as normas ou os conceitos incidentes, sem que lhes fosse autorizado introduzir qualquer tipo de inovação no ordenamento” (Souza Neto; Sarmiento, 2016, p. 398).

16 • Como dice Luís Roberto Barroso: “[p]ara bem e para mal, a vida não é assim” (2022, p. 109).

puede ser disociada de sus comprensiones previas de la realidad subyacente.

De otro lado, alguna dogmática apunta que la existencia de intérpretes (principalmente jueces) que desempeñan un “papel creativo” en la interpretación del Derecho internacional, principalmente del *corpus juris* de los derechos humanos, lleva a una minimización o desconocimiento de la voluntad de los Estados, lo cual resulta pernicioso para el Derecho de gentes (Drnas de Clément, 2012). Esos autores plantean dudas si la Comunidad Internacional ha transitado desde el imperio de la *lex* (costumbres y tratados internacionales) al “gobierno de los jueces internacionales, esto es, de la *interpretatio*” (Estrada Adán, 2013, p. 147).

La dogmática susodicha, a menudo, olvida los rasgos recientes de la hermenéutica contemporánea y sugiere que el papel creativo del intérprete es lo mismo de aquel que se defendió por las escuelas hermenéuticas antiformalistas, como es ejemplo la Escuela Libre del Derecho y el Realismo Norteamericano: o sea, un auténtico solipsismo. En realidad, el papel creativo del intérprete en la nueva hermenéutica jurídica no es ese ilimitado, pues a él es impedido hacer elecciones político-ideológicas debido a sus preferencias personales. La ciencia hermenéutica actual tiene como objetivo establecer parámetros para la actuación del intérprete, dentro de un marco de coherencia e integridad.

La limitación al ímpetu del solipsismo del intérprete se caracteriza por la metáfora de la Venus de Milo, elaborada por Eros Grau¹⁷ (2009). Para él el mismo razonamiento emplease al intérprete del Derecho, pues distintos juristas pueden originar normas distintas desde el mismo enunciado normativo, pero hay límites, podríamos decir, como son las posibilidades semánticas del texto. Con otras palabras, Konrad Hesse argumenta que la presencia de preconceptos en la comprensión del intérprete no debe aprisionarlo, “ao contrário, consciente delas e explicando-as, atender ao primeiro comando de toda interpretação: evitar a arbitrariedade do instantâneo, prestando atenção às ‘coisas mesmas’” (1998, pp. 109-110).

En nuestra percepción, frente a los avances de la ciencia hermenéutica contemporánea, ya no es coherente defender un intérprete que sea solo “*la bouche de la volonté de l'état*”¹⁸. El intérprete del Derecho de gentes no es esclavo del pasado y de la voluntad estatal. Su papel está más allá de decir el Derecho, porque hay también el labor de edificar¹⁹.

17 • Para él, en la suposición de la contratación de tres escultores para hacer una copia de la Venus de Milo en bloques de mármol. Al fin de la tarea, tendríamos tres Venus de Milo fácilmente identificables, pero, probablemente, distintas una de la otra, pues “em uma a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos” (Grau, 2009, p. 33). Además de las diferencias, todavía serían Venus de Milo y no otra diosa. Dice el autor que los tres escultores “crearan” tres Venus de Milo. Sus comprensiones previas influyeron en la escultura, pero esos preconceptos no podría generar una escultura que no sea aquella encomendada. Había un límite preestablecido a la interpretación de los escultores.

18 • Para una percepción distinta, cf.: (ESTRADA ADÁN, 2013).

19 • Para Ingo Venzke, “[i]n spite of the fact that international lawmaking by way of interpretation is of amplified importance in international law it has received only scant attention. A compelling legal ethos has largely overshadowed the phenomenon of change through interpretation. Actors trying to win any legal dispute need to base their arguments ‘on the law as it is’, everything else would defeat their claims from the outset. Stanley Fish wrote pertinently that ‘every point of the legal enterprise requires that its practitioners see continuity where others, with less of a stake in the enterprise, might feel free to see change’.2 Most actors and observers have remained faithful to the enterprise. Thus changes in the law that are carried by communicative practices have been observed from more distanced outside perspectives. From such standpoints, however, observers of the legal enterprise have either neglected the intrinsic logic of legal interpretation or they have tried to stay attuned to the logic of the legal system but have done so with the consequence of losing an adequate grasp on interpreters as actors”

¿Existe un Pre-entendimiento/Perspectiva Decolonial de los Jueces de la CIJ? Análisis de la Producción Científica del Juez Leonardo Nemer Caldeira Brant

Desde la perspectiva susodicha, se puede inferir que existe una conexión intersubjetiva entre el sujeto y el objeto, mediante el uso del lenguaje que precede al intérprete y establece su análisis (Bogdandy; Venzke, 2012). Como apunta la dogmática,

the linguistic turn has thoroughly tested the relationship between surfaces and contents of expressions. Building on the dominant variant of semantic pragmatism and its principle contention that the meaning of words has to be found in their use, Robert Brandom, one of the recent figureheads of this stream of thinking, has shown that every decision concerning the use or interpretation of a concept contributes to the making of its content (Bogdandy; Venzke, 2011, p. 985).

Hay un universo de pre-entendimientos que forma un horizonte que puede condicionar la actividad hermenéutica del intérprete. Desde esa premisa, la cuestión hecha es: ¿los jueces de la Corte Internacional de Justicia más sensibles a las perspectivas decoloniales son más propensos a ejercer la actividad jurisdiccional de modo a validarla?

La respuesta a la pregunta demanda un hondo estudio con múltiples variables y es posible hacer diversos recortes de investigación (LEGALE; DORE FERNANDES, 2013) (LEGALE, 2020). En ese artículo haremos un recorte específico, formal y objetivo, pues investigaremos si la producción científica del actual juez brasileño en la CIJ, Leonardo Nemer Caldeira Brant²⁰, miembro de la Corte desde 4 de noviembre de 2022, es sensible a los temas decoloniales. Para eso, vamos a buscar responder los siguientes cuestionamientos: i) ¿Él publicó artículos científicos, artículos de opinión, capítulos de libros y libros en cuyo título evidencia la discusión de temas decoloniales?; ii) ¿Su obra de referencia discute temas decoloniales y cuál es la perspectiva adoptada? ¿Él fue director o tutor tesis de doctorado de discusión de temas decoloniales o con perspectivas decoloniales?

Para responder a las primeras y terceras cuestiones, utilizaremos la base de datos de divulgación científica habitual a los investigadores brasileños que es la “Plataforma Lattes”. Para la segunda cuestión, seleccionamos el libro recientemente publicado: “Teoria Geral do Direito Internacional Público. Curso de Direito Internacional, Volume I”.

Con el fin responder a la primera cuestión, consultamos la base de datos de la “Plataforma Lattes”²¹ e identificamos la indicación²² de: i) 38 (treinta y ocho) artículos completos publicados en revistas científicas escritos en portugués, inglés y francés; ii) 60 (sesenta) libros o ediciones publicados/organizados; iii) 41 (cuarenta y uno) capítulos de libros publicados; iv) 57 (cincuenta y siete) textos en periódicos/revistas de noticias;

(2012, p. 17) (interpolamos).

20 • Justificamos la elección del juez Leonardo Nemer Caldeira Brant: primero por su nacionalidad, es decir, es brasileño y del tercer mundo; segundo, él es neófito en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, sea internacional o doméstica y; tercero, el nuevo juez no posee más que un año de judicatura y en ese sentido, existe incertidumbre sobre la postura interpretativa.

21 • Última pesquisa hecha en 10 de noviembre de 2023.

22 • La última actualización del currículo fue hecha em 07 de junio de 2023.

v) 16 (dieciséis) trabajos completos publicados en actas de congresos; vi) 35 (treinta y cinco) presentaciones de trabajos y; vii) 13 (trece) otras producciones bibliográficas.

Desde un análisis formal y objetivo, es decir, solamente de los aproximadamente de 260 (doscientos sesenta) títulos de producción científica, se constata la ausencia de artículos, libros, capítulos de libros u otra producción que aborde temas relacionados con la perspectiva decolonial o la discusión de autores fundamentales. A pesar de ello, observamos títulos que tratan asuntos y problemas desde la perspectiva de Latinoamérica, como el artículo: i) el artículo: “A Integração Econômica da América Latina-Perspectivas de Futuro” (1992); ii) los libros publicados/organizados: “Mineração em Terras Indígenas na América Latina: Desenvolvimento e Meio Ambiente” (2021); “Agenda 2030 y el Desarrollo Sostenible en el contexto Latinoamericano (2021); “Água e Desenvolvimento Sustentável na América Latina e Caribe” (2021); “Agenda 2030 e o Desenvolvimento Sustentável no Contexto Latino-americano” (2020) e; “Sustainable Development and Energy Matrix in Latin America: the universal clean energy accessibility” (2017).

Con respecto a la segunda cuestión, es decir, si la obra de referencia juez Leonardo Nemer Caldeira Brant, “Teoria Geral do Direito Internacional Público. Curso de Direito Internacional, Volume I” publicado al año de 2022 por la Editora Konrad-Adenauer-Stiftung, ¿discute en su contenido temas decoloniales y cuál es la perspectiva adoptada?

El libro en análisis, según el autor, fue “fruto de um longo processo de formação” (Brant, 2022, p. 2). En este libro se discute temas de teoría general del Derecho Internacional Público con mucha densidad, en comparación con otros libros de autores brasileños. Son más de 500 (quinientas) páginas de temas como: “Derecho internacional como sistema normativo”, “fundamentación de la autoridad normativa del Derecho internacional”, “Derecho internacional como sistema normativo autónomo”, “El orden público internacional como elemento generador de un sistema axiológico”, “composición de la Sociedad internacional”, entre otros. Es evidente que él aborda los asuntos desde una perspectiva particular, evitando los lugares habituales de las obras generales de Derecho Internacional.

No obstante, en cuanto a nuestras cuestiones de investigación, se observa que, desde un sumario detallado, no es posible identificar la discusión de temas decoloniales u otras perspectivas críticas del Derecho internacional. En consecuencia, mediante el análisis del contenido quedase confirmada la ausencia de argumentos decoloniales en su libro.

Aún con la “Plataforma Lattes”, vamos a intentar responder la tercera pregunta, es decir, ¿el juez fue director o tutor de tesis de doctorado de discusión de temas decoloniales o con perspectivas decoloniales? En el apartado “Direcciones” de la “Plataforma Lattes” hay dos subapartados con relación a tesis de doctorado: la primera para direcciones o tutela de tesis en desarrollo y la segunda para tesis concluidas.

La única tesis en desarrollo tiene como título: “A natureza definitiva das sentenças proferidas nas jurisdições internacionais permanentes”. Las tesis ya concluidas, fueron: “A dimensão Subjetiva da Comunidade Internacional nas normas de *Jus Cogens*”; “A contribuição dos tribunais híbridos para o desenvolvimento do Direito Internacional Penal”; “Consistência e validade das decisões do sistema de solução de controvérsias da OMC relativas ao Direito Ambiental e sua jurisdição”; “Sensoriamento remoto

e direitos humanos”; “A Responsabilidade internacional dos Estados por crimes internacionais” y; “O sensoriamento remoto e diretrizes fundamentais”.

Una vez más, no se puede apreciar ningún análisis o discusión de la perspectiva decolonial, con los títulos de las tesis como parámetro. A partir de la metodología y base de datos, se concluye que el juez Leonardo Nemer Caldeira Brant no fue director o tutor de tesis con substrato teórico decolonial.

Conclusión

Desde un punto de mirada de la teoría hermenéutica contemporánea, es posible decir que los jueces juegan un importante reto en la elaboración de la normatividad del Derecho en la interpretación del texto normativo internacional. Los jueces, de igual manera, no se encuentran en un vacío, es decir, se encuentran integrados en una comunidad, con sus preferencias, ideologías y conocimiento acumulado durante décadas de estudio de la ciencia internacional.

En el presente estudio buscamos responder si, de acuerdo con esa perspectiva teórica, los jueces de la Corte Internacional de Justicia más sensibles a las perspectivas decoloniales son más propensos a ejercer la actividad jurisdiccional de manera que se pueda validar esa perspectiva en sus decisiones. Para alcanzar ese propósito, se ha realizado una investigación acerca de la producción científica y las direcciones de tesis disponibles en la “Plataforma Lattes”, así como del libro “Teoria Geral do Direito Internacional Público. Curso de Direito Internacional, Volume I” publicado al año de 2022 por la Editora Konrad-Adenauer-Stiftung, del juez brasileño Leonardo Nemer Caldeira Brant.

Sin embargo, antes de empezar el análisis de la producción científica del juez, fue necesario establecer algunos presupuestos teóricos. En este contexto, en el primero apartado hicimos una distinción esencial que es la diferencia entre texto (o enunciado normativo) y norma jurídica; y como la existencia de la norma jurídica es precedida de una actividad hermenéutica del intérprete. Asimismo, discutimos quiénes son los intérpretes del Derecho internacional codificado y su función en la elaboración de la norma jurídica. Comprendemos que ya no es coherente defender un intérprete que solo sea “*la bouche de la volonté de l'état*” y que su papel está más allá de decir el Derecho, ya que también hay la tarea de concretar.

En el segundo apartado empezamos la labor de investigar la producción científica del juez Leonardo Brant. Del análisis hecho percibimos que, desde el método utilizado, es decir, verificación del título de la producción académica e de las direcciones de tesis y del contenido del libro, es posible decir que él no adoptó una perspectiva decolonial. Por cierto, ese resultado no es definitivo, entender si existe un universo de pre-comprensiones decoloniais del juez todavía carece de un estudio más hondo de su vida académica, lo que necesita la lectura de todos aquellos artículos, capítulos de libros y otros documentos indicados en la “Plataforma Lattes”.

No obstante, desde el objetivo establecido en este artículo, se puede definir que, dentro de un marco de coherencia e integridad, al considerar al intérprete como parte de una comunidad (jurídica), no es probable que el juez brasileño Leonardo Brant adopte una perspectiva decolonial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional en la Corte Internacional de Justicia.

Referencias

- BARROSO, L. R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BOGDANDY, A.; VENZKE, I. Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers. *German Law Journal*, v. 12, n. 5, 2011.
- BOGDANDY, A.; VENZKE, I. In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification. *EJIL*, v. 23, n. 1, 2012.
- CASADEVANTE ROMANI, C. F. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Dilex, 2003.
- DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª ed. Madrid: Tecnos, 2009.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. Interpretación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. *Revista de la Facultad y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, v. III, n. 1, 2012.
- DÖRR, O. Article 33. In: DÖRR, O.; SCHMALENBACH, K. (ed.). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary. Second Edition*. Berlin: Springer, 2018.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GADAMER, H. G. *Verdad y Método I*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994.
- _____. *Verdad y Método II*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994.
- GRAU, E. R. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação e Aplicação do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- GUASTINI, R. *La Sintaxis del Derecho*. Trad.: Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- HESE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- ICJ. *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 29. Disponible: << <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>>> [05/10/2023].
- LEGALE, S. A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 80: Uma Corte Pedro Nikken? *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, v. XX, 2020.
- _____; DORE FERNANDES, E. B. O STF nas Cortes Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, v. 17, 2013.
- LUPI, A. L. P. B. Art. 31. In: SALIBA, A. T. *Direito dos Tratados. Comentários à Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados (1969)*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*. 8º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAZZUOLI, V. O. *Direito dos Tratados*. 2ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2014.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENEZES, W. *Curso de Direito Internacional*. Vol. 1. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.
- NOVAK TALAVERA, F. Los Criterios para la Interpretación de los Tratados. *THÉMIS-Revista de Derecho*, v. 63, 2013.
- ESTRADA ADÁN, G. E. *Interpretación Judicial Internacional. Análisis del Papel del Juez en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2013. Tesis. (Doctorado en Dere-

cho) UNAM, DF, 2013.

STRECK, L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2016.

TAMS, C.; TZANAKOPOULOS, A. Barcelona Traction at 40: the ICJ as an agent of legal development. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 4.

VENZKE, I. *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

A EUROPA SE RECUSA A OUVIR: DEBATES SOBRE A JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL DE ASILO À LUZ DE UMA PERSPECTIVA LATINO-AMERICANA

Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff
Laura Marques de Oliveira

Resumo

Após encontrar as raízes do asilo diplomático na tradição latino-americana, este artigo objetiva comparar como a Corte Interamericana e a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) concebem esse instituto e as respectivas obrigações internacionais referentes à proteção extraterritorial do asilado, conforme o princípio do *non-refoulement*. Ademais, ele compreende e critica como a CEDH condiciona a proteção do asilo diplomático aos interesses securitários estatais sem garantir os direitos humanos do asilado, como faz a Corte Interamericana, sugerindo que ela se recusa a “ouvi-la”. Assim, os estudos de B. S. Chimni, sob a matriz do Direito Internacional Crítico, explicam a razão de tal comportamento. Portanto, confirmou-se que a CEDH permite uma grande margem de discricionariedade, especialmente quanto a sujeitos do Sul Global, para Estados europeus decidirem sobre a vida do solicitante de asilo com base em seus interesses securitários, ainda que violando o dever de *non-refouler* – diferentemente da Corte Interamericana, por exemplo.

Introdução

O estudo analítico da aplicação extraterritorial da proteção dos direitos humanos torna-se fundamental em razão da frequente ocorrência de pedidos de asilo em regiões de conflito ou próximas a elas. E como há muitos conflitos no mundo atual, parece oportuno analisar a concessão dessa proteção àqueles que a requerem antes de chegar ao território do próprio Estado. No entanto, nem todos os países concedem asilo diplomático àqueles que buscam sua proteção no exterior, como é o caso dos países europeus. No entanto, há constantes debates entre os tribunais internacionais e regionais, bem como entre os especialistas no assunto no campo do Direito Internacional, sobre se ele deve ser caracterizado como uma obrigação ou não.

Assim, este artigo tem como objetivo mostrar como os Sistemas Europeus de Direitos Humanos concebem o asilo diplomático e as obrigações internacionais que dele decorrem em relação à proteção extraterritorial dos solicitantes de asilo, especificamente no que diz respeito ao princípio do *non-refoulement*²³. Particularmente, esperamos entender como a Corte Europeia condiciona a jurisdição extraterritorial, a fim de compará-la com a visão da Corte Interamericana para ver se esses tribunais estão alinhados ou se um não “escuta” o outro.

23 - O princípio do *non-refoulement* incide tanto sobre o asilo político quanto sobre o refúgio, sendo um princípio “que proíbe o retorno de indivíduos a territórios nos quais a sua vida, segurança ou integridade possam ser ameaçadas” (JUBILUT; LOPES, 2021, p. 224).

Portanto, este artigo testará a hipótese de que, diferentemente da tradição latino-americana trazida não só pela Corte Internacional de Justiça, mas também - e principalmente - pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia amplia o poder discricionário dos Estados europeus para rejeitar a concessão de asilo a solicitantes de asilo não europeus, notadamente do Sul Global. E, com essa confirmação, também buscamos apresentar uma contribuição teórica que nos permita entender as razões pelas quais ela faz isso.

Consequentemente, ao se basear em uma pesquisa de metodologia hipotético-dedutiva, o artigo está dividido em três partes, além da introdução e da conclusão, explorando a tradição latino-americana de asilo, a visão da Corte Europeia e a explicação de uma teoria que poderia ajudar a “transcrever” a posição europeia. E quanto aos procedimentos de pesquisa, estão divididos em duas categorias: documental, referente à jurisprudência dos tribunais acima mencionados; e bibliográfica, principalmente de autores que debatem o assunto, e também de matriz do Direito Internacional Crítico.

A construção da tradição latino-americana de asilo diplomático

O asilo diplomático ou extraterritorial foi uma prática que nasceu inicialmente na Europa, no século XV, juntamente com a criação dos Estados-nação, como consequência da consolidação dos meios de diplomacia entre eles, por exemplo, o estabelecimento de embaixadas e a concessão de privilégios e imunidades pessoais aos embaixadores e às suas propriedades. Enquanto a inviolabilidade das missões diplomáticas se tornou uma regra consuetudinária codificada na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, o asilo diplomático não foi tão delimitado. Começou por ser concedido tanto a delinquentes políticos como a criminosos comuns. Assim, uma vez que os embaixadores recebiam comumente diferentes pessoas nas suas instalações, a prática depressa causou grandes conflitos relativamente às suas normas de funcionamento e caiu em desuso na região (CORTE IDH, 2018).

Não obstante, o asilo diplomático concedido especificamente a criminosos políticos foi incorporado e consolidado na América Latina no final do século XIX, dada a crise política gerada pelo processo de independência desses Estados. Portanto, decorreu da coexistência entre o direito e a política: o primeiro, relativo ao respeito às liberdades individuais e aos princípios democráticos, e o segundo, baseado na inusitada ocorrência de revoluções sociais e guerras civis que colocavam em risco a vida do partido político perdedor. O século XX também enfrentou esse cenário, pois muitos países latino-americanos passaram por períodos de transição de regime de democracias para ditaduras e vice-versa (CORTE IDH, 2018).

O desenvolvimento do asilo diplomático no Direito Internacional não pode ser analisado sem o reconhecimento da contribuição da Opinião Consultiva OC-25/18 (2018) da Corte Interamericana de Justiça (Corte IDH) solicitada pelo Equador, denominada “*La Institución del Asilo y su Reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de Protección*”. A Corte IDH apresentou um apanhado inédito dos ante-

cedentes históricos e da aceitação normativa do asilo e de suas diferentes formas²⁴, como o asilo territorial, o refúgio²⁵ e o asilo diplomático, nos países latino-americanos. Para além de deliberar sobre vários tratados internacionais e as leis nacionais dos Estados membros, a Corte IDH prestou especial atenção à jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ) emitida em meados do século XX (CORTE IDH, 2018).

Em 20 de novembro de 1950, a Colômbia submete uma disputa contra o Peru perante a CIJ para deliberar sobre a legalidade de tal prática. No caso em apreço, o embaixador colombiano encontrava-se em Lima, capital do Peru, tendo concedido asilo diplomático ao Sr. Victor Raúl Haya de la Torre em 3 de janeiro de 1949, após a eclosão de um golpe de Estado militar no país em outubro, que instituiu o estado de sítio e suspendeu determinados direitos constitucionais. Assim, o Sr. Haya de la Torre, fundador e dirigente na altura do partido político “Aliança Popular Revolucionária Americana”, de oposição à ditadura militar do Presidente em exercício Manuel Odría (1948-1950), foi procurado e acusado judicialmente de incentivar e comandar o movimento (CIJ, 1950a).

O julgamento de 1950 fez observações históricas sobre as diferenças entre o asilo territorial e o asilo diplomático/extraterritorial da época. Desde que a pessoa se encontre territorialmente localizada no Estado que a protege, a proteção concedida enquadra-se no instituto do asilo territorial e resulta de uma ação no interior da soberania do Estado. Por outro lado, quando a ação tem lugar, por exemplo, em legações diplomáticas do Estado protetor, situadas no território do Estado do qual a pessoa pretende ser protegida, é definida como asilo diplomático/extraterritorial e resulta de uma derrogação à soberania do Estado territorial (CIJ, 1950a).

Por conseguinte, de acordo com a CIJ (1950a), mesmo que a pessoa esteja sob a jurisdição do Estado protetor, cada caso deve ser legalmente justificado nos termos da lei. Se a base legal não for provada, o asilo concedido torna-se ilegal porque se opõe e interfere com o funcionamento da justiça do Estado territorial, sendo contrário à aplicação das leis internas e à jurisdição dos tribunais internos constitucionalmente legalizados (CIJ, 1950a).

24 • Conforme o artigo 109 do Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017, o asilo político possui duas modalidades: “diplomático, quando solicitado no exterior em legações, navios de guerra e acampamentos ou aeronaves militares brasileiros; ou [...] territorial, quando solicitado em qualquer ponto do território nacional, perante unidade da Polícia Federal ou representação regional do Ministério das Relações Exteriores”. Assim, segundo Ceschini e Squeff (2021), além da concessão extraterritorial, a diferença entre as modalidades decorre do caráter passageiro do asilo diplomático, pois o indivíduo que recebe a concessão da proteção pela autoridade diplomática deve ser retirado do território do Estado contra o qual deseja se proteger e ser transportado para o Estado para o qual solicitou o asilo. Essa movimentação, denominada como salvo-conduto (safe passage), é prevista apenas na Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954. A concessão deve ser autorizada pelo Estado no qual a embaixada se situa territorialmente e visa preservar a vida e a integridade física do solicitante, impedindo de ser preso ou de ser desembarcado em um local da jurisdição do Estado territorial durante o trajeto (CESCHINI; SQUEFF, 2021).

25 • O refúgio possui um escopo mais amplo do que o asilo político, “seja quanto aos motivos (não apenas políticos, mas também ligados a raça, religião, nacionalidade e pertencimento a um grupo social), seja quanto ao grau de perseguição que pode dar ensejo à sua incidência (bastando o bem-fundado temor da mesma). É regulado por normas internacionais que datam do início do século XX, decorrentes dos fluxos maciços gerados pela Revolução Russa e pelas duas Guerras Mundiais. O reconhecimento do status de refugiado tem caráter de obrigação convencional, sendo um direito a ser invocado perante a comunidade internacional (e não contra um Estado específico) por quem se encontra sem proteção do Estado (Convenção de 1951, artigo 1427), pelo qual, uma vez satisfeitos os requisitos normativos, a condição de refugiado deve necessariamente ser reconhecida. Contrário sensu, não preenchidos os requisitos da Convenção de 1951, não deve haver o reconhecimento da situação de refúgio” (JUBILUT; LOPES, 2021, p. 223).

Depois de receber o Sr. Haya de la Torre nas instalações da embaixada, a Embaixada da Colômbia solicitou ao Peru que iniciasse o processo de salvo-conduto de acordo com as facilidades habituais associadas ao direito de asilo diplomático para garantir a inviolabilidade da pessoa, conforme previsto na Convenção de Havana de 1928, ratificada por ambos os países. Ao abrigo desta disposição, a Colômbia solicitou ao Tribunal que julgasse e declarasse a competência colombiana para qualificar o crime de que o Sr. Haya de la Torre era acusado. Para a Colômbia, o crime tinha natureza política, enquanto que, para o Peru, era classificado como crime comum; assim, a Colômbia não teria direito a invocar o salvo-conduto (CIJ, 1950a).

Para sustentar a argumentação, os representantes colombianos invocaram uma série de casos de asilo diplomático para provar a existência de um costume regional ou local peculiar aos Estados da América Latina relativo a um direito unilateral e definitivo do Estado protetor de qualificar a natureza da infração. No entanto, de acordo com a CIJ, esses factos revelaram “tanta incerteza e contradição, tanta flutuação e discrepância” (CIJ, 1950a, p. 277, tradução minha) e a rápida sucessão de convenções sobre asilo expôs tanta inconsistência, uma vez que alguns Estados as ratificaram e outros as rejeitaram, que não se considerou possível reconhecer um uso constante e uniforme, aceite como lei, de uma regra de qualificação unilateral e definitiva da infração (CIJ, 1950a).

Embora a Corte tenha rejeitado, por quatorze votos contra um, a exigência da Colômbia, o juiz chileno Manuel Alvarez e o juiz colombiano Ad Hoc Caicedo Castilla, ambos latino-americanos, contrariaram esta posição nas suas opiniões dissidentes. De acordo com o juiz Alvarez, “se ela [a competência] pertencesse ao Estado territorial, a instituição do asilo tornar-se-ia inútil, porque bastaria a esse Estado afirmar que o refugiado era culpado de um crime comum e ele teria então de ser entregue” (ALVAREZ, 1950, p. 297; tradução nossa).

Ademais, o Juiz Ad Hoc Caicedo Castilla afirmou que o Estado protetor deve possuir o direito de qualificar unilateral e definitivamente a infração, em conformidade não só com as obrigações derivadas do costume latino-americano de asilo diplomático, mas também com a própria natureza da instituição no continente. Para provar o argumento, apresentou uma declaração do governo peruano de outubro de 1948, na qual se admite que todos os países da América aceitam e reconhecem que o direito de qualificação pertence ao Estado protetor (CASTILLA, 1950).

Além das opiniões dos juízes, o Caso de Asilo da CIJ (1950a) foi duramente criticado por estudiosos do asilo diplomático de todo o mundo e, especificamente, da América Latina, por não fornecer uma solução adequada ao caso, mas apenas respostas específicas às questões das partes, deixando lacunas interpretativas sobre o escopo protetivo do asilo diplomático e o reconhecimento de jure dessa prática como um costume regional latino-americano. Ao focar nas obrigações suscitadas apenas pelos tratados invocados, a Corte desconsiderou a relevância do Direito Internacional Americano e a “necessidade de uma abordagem menos formal” (GOODWIN-GILL, 2017, p. 172; tradução nossa). Foi apenas um ano depois, no caso Haya de la Torre (1951), que a CIJ fez referência a uma prática comum de asilo diplomático na América Latina.

Esse caso deu continuidade aos debates sobre a situação de 1949²⁶, em que a Colômbia apresentou uma petição depois de se recusar a devolver o Sr. Haya de la Torre a pedido do Peru, alegando que não tinha a obrigação de entregar um criminoso político, uma vez que a CIJ havia concordado com a Colômbia que Haya de la Torre não era acusado de um crime comum, mas sim de um crime político, já que o Peru não havia provado o contrário na sentença de 20 de novembro de 1950. Essa decisão subsequente, proferida em 13 de junho de 1951, reconheceu a existência de uma tradição latino-americana de asilo, apesar de não descrever explicitamente as normas que a regiam.

Embora tenha decidido que o Peru tinha o direito de exigir a cessação do asilo concedido devido à sua ilegalidade, a Corte decidiu a favor da Colômbia, destacando que interpretar a imposição de uma obrigação de entrega de um asilado, mesmo que tal status tenha sido concedido irregularmente, seria contrário ao espírito da tradição latino-americana que animou a Convenção de Havana (particularmente o art. 2[2]), e cujo desenvolvimento foi profundamente sustentado por fatores extrajurídicos, por exemplo, considerações de conveniência ou de simples conveniência política dos Estados. Em outras palavras, a CIJ concluiu que nenhum Estado é obrigado a devolver um infrator político ao Estado territorial (mas apenas criminosos comuns), nem mesmo quando o asilo é concedido irregularmente, pois há maneiras alternativas (políticas) de encerrá-lo (CIJ, 1951).

Os casos de 1950 e 1951 foram cruciais para expor a falta de uma consolidação normativa do instituto do asilo diplomático na América Latina, especialmente no que diz respeito às três discussões acima mencionadas: a diferença entre asilo territorial e asilo diplomático; o direito de qualificar o delito da pessoa que solicita proteção; e a não obrigação de entregá-la ao Estado territorial. Por conseguinte, meses após a publicação da decisão, em 1950, a Organização dos Estados Americanos (OEA) recomendou à Comissão Jurídica Interamericana que aprofundasse a pesquisa sobre o tema, o que levou à adoção da Convenção de Cartagena sobre Asilo Diplomático (1954), com a ratificação de 14 Estados, sendo um deles o Peru, e da Convenção sobre Asilo Territorial (1967), com 12 Estados (CORTE IDH, 2018).

Assim, embora o asilo diplomático já estivesse consubstanciado em uma série de tratados multilaterais da região, ambas as convenções são conhecidas, segundo a Corte IDH (2018), por serem os instrumentos mais completos sobre o tema. A Convenção de 1954 regulamenta o asilo diplomático como um direito dos Estados, apesar de destacar que eles não são obrigados a concedê-lo, e estabelece a competência para qualificar a natureza da ofensa ao Estado protetor. Além disso, a convenção estabelece a obrigação do Estado territorial de conceder salvo-conduto sempre que requerido pelo Estado protetor (CORTE IDH, 2018).

No que tange a entrega da pessoa a pedido do Estado territorial, este *ratio deciden-*

26 • Cabe ressaltar que houve um pedido de interpretação apresentado pela Colômbia em 27 de novembro de 1950 com o objetivo de saber se a decisão de 20 de novembro de 1950, ao estipular que o Estado territorial - Peru - não era obrigado a conceder salvo-conduto, também implicava uma obrigação do Estado protetor - Colômbia - de entregar o solicitante de asilo, mas a Corte declarou o pedido inadmissível, uma vez que a Colômbia não provou adequadamente que tinha uma visão divergente do Peru sobre esse ponto, mas estava tentando indiretamente "obter [...] uma decisão sobre questões que a Corte não foi chamada pelas Partes a responder" (CIJ, 1950b, p. 11, tradução nossa). Devido a essa inadmissibilidade, a Colômbia entrou com outra ação em 13 de dezembro de 1950 - o Caso Haya de La Torre.

di da jurisprudência da CIJ estabeleceu parâmetros que foram seguidos por outros tratados e declarações bilaterais e multilaterais criados na segunda metade do século XX. Ao tratar da extradição, ou seja, da devolução de um acusado para ser julgado pelo Estado que tem competência para julgá-lo, os tratados latino-americanos e internacionais normalmente incorporam uma exceção aos acusados de crimes políticos, ou crimes conexos ou crimes comuns processados por motivos políticos. No entanto, não existe um conceito uniforme do que é um crime político em termos de lei. Assim, cabe a cada Estado determiná-lo internamente (CORTE IDH, 2018).

A Corte IDH reconheceu algumas particularidades da tradição latino-americana de asilo, por exemplo, que o direito de buscar e receber (“*buscar y recibir*”) asilo sob a forma de refúgio e asilo territorial constitui um direito humano nos termos da Convenção (ACHR) e da Declaração Americana de Direitos Humanos (ADHR). No que se refere especificamente ao asilo diplomático, afirmou que este não é abrangido como direito humano por estes instrumentos, nem como direito internacional consuetudinário. Nem todos os Estados membros da OEA fazem parte dos tratados sobre o assunto e eles não fornecem disposições e terminologia uniformes sobre como conduzi-lo. Portanto, o instituto deve ser regido como um sistema por essas convenções de caráter interestatal e pelas leis nacionais (CORTE IDH, 2018).

Não obstante, muitas obrigações internacionais derivadas da CADH e do DIDH estão consagradas em certos deveres fundamentais de caráter *erga omnes*, por exemplo, para que os Estados respeitem e garantam a proteção e a efetividade dos direitos humanos daqueles que estão sob sua jurisdição/controle/autoridade, em especial, desde que o princípio da não discriminação foi elevado ao status de norma *jus cogens* (SQUEFF; ROSA, 2018). Portanto, os Estados têm a obrigação de não devolver, de forma alguma, uma pessoa a um território em que ela corra risco de perseguição (CIDH, 2013). Tal regra, conhecida como princípio do *non-refoulement*, é a pedra angular da proteção internacional de refugiados e solicitantes de asilo (CIDH, 2014). Não é, contudo, exclusivo desse regime, pois é essencial não apenas para o direito de asilo, mas também para preservar o direito à vida, à dignidade e à liberdade de qualquer pessoa estrangeira que esteja sob a jurisdição/controle/autoridade de um Estado (CIDH, 2018).

Em outras palavras, a conclusão a que se pode chegar é que o asilo diplomático existe, embora não seja abertamente aceito por todos os Estados. No entanto, as normas de direitos humanos, que incluem o princípio da não rejeição, não são aplicáveis apenas no território de um Estado, mas em qualquer lugar em que ele tenha jurisdição/controle/autoridade, que também pode ser no exterior, em uma embaixada ou consulado. Com isso, não pode ser derogado por um Estado sob a alegação de que não reconhece o instituto do asilo diplomático devido não apenas ao escopo aberto de sua aplicação (qualquer não nacional), mas também devido ao caráter de *jus cogens* de tal regra. Essa visão, entretanto, não parece ter chegado à Europa.

A perspectiva da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre asilo diplomático

No século XXI, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) foi chamada di-

versas vezes para deliberar sobre casos de Estados europeus que se recusaram a conceder asilo ou a permitir a entrada de estrangeiros em suas fronteiras, gerando, conseqüentemente, possíveis violações perante a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ela também foi solicitada para julgar casos relacionados à proteção extraterritorial, seja em legações diplomáticas ou em navios em águas internacionais. O artigo em questão se concentra em dois casos específicos em que as supostas vítimas se encontravam na embaixada do Estado acusado: em um deles, as supostas vítimas foram detidas pelas autoridades e contidas nas instalações, enquanto no outro, elas solicitavam um visto humanitário para entrar no país. Não obstante, ambos os casos geraram discussões sobre o escopo e a extensão do asilo diplomático e do *non-refoulement* extraterritorial nos termos da Convenção Europeia.

De acordo com a jurisprudência da CEDH, a noção de jurisdição está essencialmente ligada ao território, por conseguinte, emiti-la de forma extraterritorial envolve provar a existência de uma justificativa legal excepcional para ela (CEDH, 2001; CEDH, 2012). Para aplicá-la fora dos limites territoriais, Estados europeus devem exercer um “controle efetivo” sobre não-nacionais para que eles estejam sob sua jurisdição. Esse controle somente surge quando exercido sobre o território e seus habitantes como consequência de ocupação militar ou mediante o consentimento, convite ou aquiescência do governo do território, podendo assim exercer todos ou alguns dos poderes públicos que o governo normalmente detinha (CEDH, 2001). A CEDH estendeu essa aplicação da jurisdição aos funcionários diplomáticos ou consulares quando eles exercem sua autoridade extraterritorialmente sobre não-nacionais do Estado territorial e seus bens (CEDH, 2011).

Essa perspectiva restritiva teve grande impacto na jurisprudência europeia referente aos asilados. O primeiro caso a ser analisado diz respeito ao processo *Al-Saadoon e Mufáhi v. The United Kingdom* de 2010, no contexto da invasão dos Estados Unidos, juntamente com tropas britânicas e australianas, ao Iraque em 2003. Nele, dois iraquianos foram presos por autoridades britânicas na embaixada britânica para serem posteriormente entregues ao Iraque, onde seriam condenados à pena de morte, sem qualquer tentativa britânica de negociar seu destino. A CEDH não categorizou o caso como uma solicitação de asilo diplomático porque os requerentes não o solicitaram no local.

Ao abordar a questão do asilo diplomático, a CEDH destacou a exigência de que o asilado fosse julgado por um delito “político” em um sistema judicial subordinado à ditadura política, que desconsiderava as garantias individuais judiciais. Ademais, ela remeteu ao caso de Asilo (“*Asylum case*”) da CIJ e corroborou com sua opinião de que esse tipo específico de asilo exigia base legal em uma análise caso a caso, uma vez que não configurava uma norma costumeira para o Direito Internacional e, como resultado, os Estados não eram sequer obrigados a concedê-lo.

A Corte reconheceu que, pela interpretação dos tribunais domésticos britânicos, poderia haver um dever de proteção internacional mediante prova de que o Estado territorial estava submetendo o requerente de asilo a um tratamento tão severo que constituísse um crime contra a humanidade (CEDH, 2010), mas considerou que não poderia aplicar a *non-refoulement* a eles como asilados porque, se eles não solicitaram asilo, não poderiam ter tido tal status recusado (CEDH, 2010). A Corte, no

entanto, considerou o Reino Unido culpado por violar o direito das vítimas à vida e à proteção contra a tortura, pois estavam sob a jurisdição do país após terem sido detidas à força por suas autoridades por um período de tempo, e por não demonstrar “qualquer tentativa real de negociar com as autoridades iraquianas para evitar a pena de morte” (CEDH, 2010, para. 141, tradução nossa) – mas não por violar os direitos das vítimas *como* solicitantes de asilo.

O segundo caso refere-se ao processo de *M. N. e outros v. Bélgica* de 2020, referente a um casal sírio e seus dois filhos que solicitaram um visto por razões humanitárias na embaixada da Bélgica em Beirute, Líbano, e pretendiam pedir asilo na Bélgica. Eles alegaram que estavam em um estado de emergência absoluta devido ao conflito armado na Síria que causou bombardeios em Aleppo, destruindo sua casa. O Departamento de Estrangeiros da Bélgica os orientou a solicitar outro visto, o que lhes permitiria permanecer no território belga por 90 dias. Mas, embora os requerentes tenham cumprido tal orientação, tiveram seu visto rejeitado em razão de suas intenções de pedir asilo quando estivessem na Bélgica (CEDH, 2020).

Desse modo, eles procuraram a CEDH argumentando que a recusa do visto os expôs a uma situação que poderia submetê-los a tortura ou a tratamento ou punição desumana ou degradante, impondo, assim, a aplicação do *non-refoulement* (CEDH, 2020). Entretanto, embora a CEDH tenha aceitado que as autoridades belgas exerciam um poder público sobre eles enquanto tomavam decisões para a entrada dos requerentes no “território” belga (ou seja, na embaixada), não considerou suficiente considerá-los sob a jurisdição do Estado em virtude das ações/omissões dos agentes diplomáticos, uma vez que eles eram livres para ir e vir (CEDH, 2020), diferente dos fatos do caso *Al Saadoon e Mufdhi v. Reino Unido* de 2010, discutido anteriormente.

Além disso, a Corte considerou que a não devolução era aplicável somente se houvesse um vínculo jurisdicional (CEDH, 2020). Além disso, argumentou-se que, se o princípio fosse mantido nessa situação de quase-jurisdição, ele criaria uma obrigação internacional para os Estados admitirem, de modo geral, quaisquer estrangeiros potencialmente em risco (e nem mesmo onde eles especificamente estão, como no Líbano, no caso em questão) (CEDH, 2020). Em outras palavras, a sentença endossa a condição de haver um risco de tortura ou tratamento degradante para que surja tal obrigação; no entanto, não apenas parece expandir a interpretação da proteção, pois não restringe o tratamento a um crime contra a humanidade, como fez em 2010, mas também considera o vínculo com o Estado potencialmente protetor uma pré-condição essencial para esse argumento (CEDH, 2020).

Consequentemente, esse caso estabeleceu o precedente de que a presença e o pedido de proteção em uma embaixada não invocam a jurisdição do Estado protetor per se. Exige-se que o solicitante de asilo esteja fisicamente sob o controle do Estado e sujeito ao seu tratamento, independentemente se ele ficaria doente ou seria cruelmente tratado ao ser entregue de volta ao Estado. Deve-se notar que essas deliberações foram emitidas em conformidade com muitos comentários de terceiros europeus apresentados ao caso, denotando sua vontade de não expandir o entendimento da solicitação de asilo e do direito de controlar a entrada, a residência e a expulsão de estrangeiros pela Corte Europeia (CEDH, 2020), como faz a Corte Interamericana, por exemplo. Por esse motivo, é possível afirmar que esses casos dão uma grande

margem de discricionariedade jurídica/procedimental para os Estados europeus decidirem sobre a vida do solicitante de asilo e outros direitos humanos com base em seus próprios interesses (de segurança). Além disso, essa visão pode ser entendida como legal/procedimental, permitindo um processo seletivo para pessoas do Sul Global, como será argumentado abaixo.

Compreendendo, porém, criticando a Europa sobre a seleção discricionário de solicitantes de asilo

Embora o asilo territorial seja uma prática muito recorrente na história da humanidade (ANDRADE, 2001), o asilo diplomático não o é. Como demonstrado no primeiro ponto do desenvolvimento deste texto, trata-se de uma tradição latino-americana cujo alcance tem sido cada vez mais desenvolvido pelo entendimento da CIDH em suas decisões relativas ao tratamento dos migrantes no continente (ver lista em SILVA; PALUMA; ESIS, 2020), especialmente sob a perspectiva dos direitos humanos que decorre da humanização do direito internacional (CANÇADO TRINDADE, 2006; 2007), inaugurada com a Organização das Nações Unidas e os diversos regulamentos e órgãos ali estruturados visando à proteção da pessoa humana sem distinção²⁷, além, é claro, do surgimento de tribunais regionais (BICUDO, 2003). Os tribunais regionais, como o europeu e o interamericano, por sinal, têm um papel fundamental para a proteção dos direitos humanos de forma mais efetiva, na medida em que é possível buscar a efetiva punição do Estado por meio da obtenção de sentenças judiciais vinculantes que determinem a reparação integral do dano decorrente da violação desses direitos.

Contudo, é inegável que os temas que serão objeto de ações nesses tribunais refletirão muito o que acontece nos Estados que os compõem. Assim, questões como a dos povos originários são muito mais comuns no sistema da OEA (sobre o tema, ver JUNQUEIRA NETO; SQUEFF, 2022), enquanto o tratamento discriminatório e degradante cometido contra pessoas LGBTQIA+ é muito mais comum no Conselho da Europa (sobre o tema, ver SILVA; SQUEFF; FREITAS, 2022). A questão migratória, entretanto, dado o crescente fluxo de pessoas que se deslocam de um Estado para outro, notadamente nos últimos 30 anos, é considerada uma agenda comum²⁸, com grande número de decisões em ambas as regiões. É fato, porém, que a forma de interpretação dos direitos desses migrantes é diferente, especialmente nos casos de asilo extraterritorial e na aplicação do *non-refoulement*, como visto no segundo ponto do desenvolvimento deste texto.

27 • Aqui nos referimos especificamente não apenas aos 10 principais tratados de direitos humanos que foram construídos com base em diferentes diretrizes, como Genocídio (1948), Discriminação Racial (1965), Direitos Cívicos e Políticos (1966), Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Direitos da Mulher (1979), Tortura e Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984), Direitos da Criança (1989), Direitos dos Trabalhadores Migrantes (1990), Desaparecimento Forçado (2006) e Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), mas também aos comitês que compõem os últimos nove tratados citados para fiscalizar a implementação e a conduta dos Estados, sem falar na própria humanização da Corte Internacional de Justiça (SQUEFF; BORGES, 2023).

28 • Apesar do crescente fluxo migratório Sul-Sul (SQUEFF; SCHUBERT; PINTO NETO, 2020), a Europa e a Ásia “abrigam 61% do estoque internacional global, cujos números mais recentes são de 281 milhões de pessoas” (OIM, 2022, tradução nossa). Essas regiões são seguidas pela América do Norte, África e América Latina, nessa ordem.

A grande questão é: por que isso está acontecendo? Certamente não se trata de uma falha com relação à prescrição dos direitos humanos, já que ambos os regulamentos que são a base desses sistemas regionais protegem os migrantes²⁹. Talvez seja uma questão de interpretação decorrente do próprio conceito/imagem do migrante. Por exemplo, quando Buphinder S. Chimni (1998) discute o conceito de refugiado, ele faz referência ao mito da diferença no qual “a natureza e o caráter dos fluxos de refugiados no Terceiro-Mundo foram representados como sendo radicalmente diferentes dos fluxos de refugiados na Europa” (CHIMNI, 1998, p. 351, tradução nossa), dando origem ao “refugiado normal” e às “pessoas deslocadas”.

Enquanto o primeiro seria o europeu e/ou o “branco, do sexo masculino e anti-comunista”, cujos direitos estariam garantidos onde quer que estivesse, desde que tivesse deixado a Europa antes de 1º de janeiro de 1951, conforme prescreve a Convenção de Genebra de 1951 relativa ao conceito de refugiado; o segundo seria qualquer outra pessoa que não viesse da Europa e que estivesse apenas “buscando uma vida melhor no Norte afluente” (SQUEFF, 2021), não sendo abrangidos por tratados específicos, mas por um regime de non-entré (CHIMNI, 2000), que, conforme demonstrado pelos precedentes da CEDH, subsiste até os dias atuais.

De fato, essa é a crítica que Chimni – autor vanguardista dos estudos críticos de direito internacional – faz em relação ao conceito de refugiado, de que se não fosse aquela pessoa cujo padrão seria determinado ou perseguido pelo europeu, ela não poderia ser considerada como tal. E, portanto, se enquadraria automaticamente naquelas pessoas que “abusam da hospitalidade”, representando um risco ao *modus vivendi* europeu, e cujo “número é grande demais” para oferecer proteção especial (CHIMNI, 2000), deixando à margem do sistema todos aqueles que eventualmente quisessem se deslocar para o Velho Continente, que passou a receber migrantes seja em razão de perseguições não vinculadas à Guerra Fria (em alusão ao fator “anticomunista”), seja em razão da violação de direitos decorrente de conflitos resultantes do processo de descolonização (como ocorreu na África a partir da década de 1950) ou mesmo das instabilidades políticas dos Estados (como ocorreu na América Latina entre as décadas de 1960 e 1980).

Embora esse argumento se refira ao refúgio, entende-se que é possível estender o mesmo debate para o atual asilo extraterritorial/diplomático. Primeiro, o refúgio, assim como o asilo territorial e o asilo diplomático, é uma espécie do gênero asilo (*asylon*), como ponderou indiretamente a CIDH na OC 25/18 (2018). Em segundo lugar, o europeu ainda hoje persiste em rejeitar a entrada de estrangeiros específicos em seu continente mediante o argumento de que não atenderiam aos requisitos legais/procedimentais, mesmo quando já existe toda uma argumentação voltada à proteção dos direitos humanos em nível internacional em geral e dos migrantes em particular (como no debate sobre o *non-refoulement*). O que antes era o homem, branco e anticomunista, agora é o sujeito do Sul Global (ou seja, aquele que não é homem cisgênero, branco, europeu, cristão, heterossexual, patriarcal, proprietário e anticomunista).

29 • As violações que ocasionalmente estão relacionadas à migração estão nos arts. 20 e 22 da ACHR. Na Europa, entretanto, elas estão incluídas nos debates relativos aos arts. 3, 5 e 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como – e especificamente – nos arts. 2 e 4 do Protocolo 4 da Convenção (consulte ECHR, 2022).

munista, como diz a teoria decolonial).

Isso fica bastante claro quando se estuda a política de asilo na Europa por meio das regulamentações de Dublin, que têm se tornado cada vez mais excludentes e seletivas, como se pode ver nos debates em torno da eventual Dublin IV (CUNHA, 2022), ou mesmo do Acordo de 2016 entre a União Europeia e a Turquia, voltado para barrar a migração para as ilhas gregas. Não bastasse esse ponto, exemplos como a fácil aceitação de estrangeiros ucranianos em detrimento de sírios e afegãos na Alemanha (PACKROFF, 2023), e o contínuo descaso com os migrantes do Paquistão, Eritreia, Líbia e Sudão que tentam entrar na Europa pelo Mediterrâneo (WAMSLEY, 2023; SAIFI, 2023) denotam justamente uma prática de seletividade que também se encontra nos debates atuais sobre asilo diplomático, como visto no ponto dois acima, na medida em que alguns tentam obter a proteção de um Estado europeu dentro dos limites de sua jurisdição, seja ela marítima (como discutido no caso *Hirsi Jamaa e outros v. Itália*, de 2012), seja a embaixada/consulado (como nos casos indicados no ponto acima), para citar apenas alguns.

A partir dessa análise, portanto, é possível compreender a ação da Europa, ainda que não concordemos com ela. Isso porque essa seletividade empregada a partir de um fechamento jurídico-epistêmico não apenas desconsidera os avanços obtidos em outros espaços (como na OEA), mas os próprios povos em sua individualidade, remetendo à opressão e à subalternidade então vivenciadas nos tempos coloniais, sustentando-as até os dias atuais “no plano ideológico-discursivo e nas relações intersubjetivas, que constroem um cenário de imperialidade no âmbito político-econômico dos países do Sul” (SQUEFF, 2021, p. 151-152).

Conclusão

O artigo em questão analisou as diferentes perspectivas sobre o asilo diplomático, partindo de suas origens como uma tradição latino-americana, conforme colocado pela CIJ, até a discussão sobre seu uso na América Latina e na Europa. Quanto a isso, embora tanto a Corte Interamericana quanto a Corte Europeia de Direitos Humanos concebam o asilo diplomático como um poder discricionário dos Estados diante de uma solicitação de proteção por parte de um estrangeiro, verificamos que a primeira limita essa discricionariedade em razão de alguns direitos básicos da pessoa humana, como a não discriminação e a não devolução, que são considerados normas *jus cogens* no sistema da OEA. No entanto, o segundo parece não concordar com essa visão.

A partir da jurisprudência analisada, fica claro como a posição europeia permite que essa discricionariedade justifique o impedimento da entrada de indivíduos do Sul Global em território europeu. Por um lado, a concessão de asilo diplomático nos termos da CEDH se baseia na perspectiva limitada da extensão da jurisdição extraterritorial, que, como regra processual, deve ser levada em conta antes de qualquer consideração relativa à não devolução ou a qualquer outro direito humano. Por outro lado, pesa na decisão os interesses do Estado, especialmente os de segurança, de rejeitar aqueles que não são procurados, ou seja, que não se enquadram no padrão europeu, ainda que em violação ao dever de não-repulsão do solicitante de asilo.

É por isso que apresentamos no título deste artigo que a Europa não ouve. Afinal,

se ouvisse, não permitiria que os Estados invocassem tal discricionariedade diante da presença de obrigações de caráter *erga omnes* e *jus cogens* pela simples presença de um não nacional na embaixada do Estado. Mas não o faz, e isso se deve, em grande parte, aos resquícios de um passado colonial, quando a Europa subjugou o indivíduo das margens, que sempre foi considerado um objeto - e não uma pessoa humana, portadora de direitos como ele, que poderiam até mesmo levar a um asilo. Afinal, nem mesmo em situações de flagrante violação de direitos, perseguição e discriminação, esses sujeitos (estrangeiros) poderiam receber a justa proteção, uma vez que simplesmente não preenchiam os requisitos estabelecidos pelos próprios europeus.

Referências

- ANDRADE, José H. Fischel de. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2017.
- BICUDO, Helio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. Estudos Avançados, v. 17, n. 47, pp. 225-236, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Emancipation of the Individual from His Own State: the Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations. In: BREITENMOSE, S. et al. (Edts.). Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Liber Amicorum L. Wildhaber. Zürich/Baden-Baden: Dike/Nomos, 2007.
- CESCHINI, Roberta de Paula e Silva; SQUEFF, Tatiana Cardoso. O instituto do asilo em debate: Análise do caso Julian Assange à luz do direito internacional. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). Asilo Político: Discussões teóricas e casos emblemáticos. Londrina, PR: Editora Thoth, 2021.
- CESCHINI, Roberta de Paula e Silva; SQUEFF, Tatiana Cardoso. O instituto do asilo em debate: Análise do caso Julian Assange à luz do direito internacional. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). Asilo Político: Discussões teóricas e casos emblemáticos. Londrina, PR: Editora Thoth, 2021.
- CHIMNI, Bhupinder S. The geopolitics of refugee studies: a view from the south. Journal of Refugee Studies, v. 11, n. 4, p. 350-374, 1998.
- CHIMNI, Bhupinder S. Globalization, Humanitarianism and the Erosion of Refugee Protection. Journal of Refugee Studies, v. 13, n. 3, pp. 243-263, 2000.
- CUNHA, Roberta B. O atual regulamento migratório europeu Dublin III e o possível 'Dublin IV'. In: SQUEFF, Tatiana C.; PALUMA, Thiago; SILVA, Bianca G. Migrações Internacionais: Integração, pandemia e novos desafios. Belo Horizonte: Arraes, 2022, pp. 91108.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS – CEDH. Case of Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom (Application no. 61498/08). Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Strasburg, 4 out. 2010.
- CEDH. Case of Al-Skeini and Others v. The United Kingdom (Application no. 557721/07). Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Strasburg, 7 jul. 2011.

CEDH. Case of Bankóvic and Others v. Belgium (Application no. 55207/99). Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Strasburg, 12 dez. 2001.

CEDH. Case of M.N. and Others v. Belgium (Application no. 3599/18). Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Strasburg, 5 mar. 2020.

CEDH. Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy (Application no. 27765/09). Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Strasburg, 23 fev. 2012.

CEDH. Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights: immigration. Strasburg, 31 Ago. 2022. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Immigration_ENG. Acesso em 01.07.23.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. Advisory Opinion - OC-21/14 requested by the Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay: rights and guaranteed of children in the context of migration and/or in need of international protection. Costa Rica, 19 Aug. 2014.

CORTE IDH. Case of the Pacheco Tíneo Family v. Plurinational State of Bolivia. Judgment of Nov. 25, 2013 (preliminary objections, merits, reparations and costs).

CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-25/18 solicitada por la república del Ecuador: La Institución Del Asilo y su reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de Protección. Costa Rica, 30 Mai. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA – CIJ. Asylum Case (Colombia v. Peru). Corte Internacional de Justiça: Haia, 20 nov. 1950a.

CIJ. Haya de la Torre Case (Colombia v. Peru). Corte Internacional de Justiça: Haia, 13 jun. 1951.

CIJ. Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru). Corte Internacional de Justiça: Haia, 27 nov. 1950b.

GOODWIN-GILL, Guy S. Asylum (Columbia v. Peru), 1949 and request for interpretation of the judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru), 1950. In: SOREL, Jean-Marc; ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz (Edts.). Latin American and the International Court of Justice: Contributions to international law. Nova Iorque: Routledge Research of International Law, 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra; LOPES, Rachel de Oliveira. Considerações sobre a opinião consultiva 25/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o asilo enquanto direito humano. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). Asilo Político: Discussões teóricas e casos emblemáticos. Londrina, PR: Editora Thoth, 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES – OIM. World Migration Report. s/d, 2022. Disponível em: <https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2022-interactive/>. Acesso em 01.07.23.

JUNQUEIRA NETO, Antônio T.; SQUEFF, Tatiana C. O Sistema Interamericano como locus de enfrentamento às violações dos direitos de pessoas marginalizadas, em especial, de refugiados LGBTI. In: MAIA, Catherine; MOREIRA, Thiago O; GURGEL, Yara P. (Org.). Direito internacional dos direitos humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade. Vol. 3. Natal: Polimatia, 2022, pp. 189-232.

PACKROFF, Jonathan. Germany faces debate on ‘first and second-class’ refugees’. Euractiv, 27 abr. 2023. Disponível em: <https://www.euractiv.com/section/europe-s-east/news/germanyfaces-debate-on-first-and-second-class-refugees/>. Acesso em: 01.07.2023.

SAIFI, Sophia et al. Hundreds of Pakistanis dead in Mediterranean migrant boat disaster.

CNN, 19 jun. 2023. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2023/06/18/asia/pakistan-deathsmigrant-boat-disaster-greece-intl-hnk/index.html> Acesso em: 01.07.2023.

SILVA, Bianca G.; PALUMA, Thiago; ESIS, Ivette. Os parâmetros de proteção das migrações no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Jurídica - Unicuritiba*, v. 02, pp 423-459, 2020.

SILVA, Vitor R.; SQUEFF, Tatiana C.; FREITAS, Felipe S. Categorizando violações contra pessoas não heterossexuais e não cisgêneras na Rússia: uma análise dos casos submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos. In: MOREIRA, Thiago O.; GURGEL, Yara P. (Org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*. Vol. 2. Natal: Polimatia, 2022, pp. 191-230.

SQUEFF, Tatiana C. O Status de Refugiado enquanto um Conceito Europeu: reflexos de uma construção hegemônica. In: JUBILUT, Liliana et al. (Orgs.). *Direitos Humanos e Vulnerabilidade e o Direito Internacional dos Refugiados*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2021, pp. 139-169.

SQUEFF, Tatiana C.; ROSA, Marina. Jus cogens: An european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 15, n. 1, pp.123-137, 2018.

SQUEFF, Tatiana C.; BORGES, Murilo. O papel da Corte Internacional de Justiça na consolidação do cosmopolitismo humanista. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 14, n. 2, pp. 115-143, 2023.

SQUEFF, Tatiana C.; SCHUBERT, Bruna; PINTO NETO, Romeu. Tendências regionais em matéria migratória: interpretações a partir do sistema interamericano. In: GUERRA, Sidney; SQUEFF, Tatiana C. (Orgs.). *Novos olhares sobre as Migrações Internacionais: enfrentamentos locais, regionais e globais*. Curitiba: Instituto Memória, 2020, pp. 69-104.

WAMSLEY, Laurel. Nearly 2,000 migrants have died crossing the Mediterranean this year. NPR, 28 jun. 2023. Disponível em: <https://www.npr.org/2023/06/28/1184581187/migrantdeaths-mediterranean-crossing>. Acesso em: 06.07.23.

DECOLONIAL PRACTICES IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: INDIGENOUS COMMUNAL PROPERTY

Luiza Pederzoli Braga

Abstract

This work examines the practice of the Inter-American Court of Human Rights in recognizing indigenous communal properties, interpreting the concept of property protected by international law extensively. The study is based on the analysis of theoretical literature, legal instruments, and jurisprudence³⁰ related to decoloniality and indigenous rights. It concludes on the relevance of interpreting communal property for the construction of decolonial practices in international law in Latin America, taking into account the region's specificities shaped by the colonial process.

Introduction

There is a trend – though not so current – within the Inter-American Court of Human Rights to treat the lands of indigenous peoples as communal properties, a concept that is diverse and more complex than traditional private property, encompassing aspects beyond the purely material realm of the land. This land holds a unique significance for indigenous peoples, being linked to their ancestry and their very survival. Beyond questioning why there is an extensive interpretation of the concept of property, this work seeks another reflection: the relevance of this interpretation concerning a traditional people in a region marked by colonization.

Through jurisprudential research in the databases of the African, European, and Inter-American courts, it is evident that indigenous peoples are particularly relevant to the Inter-American System of Human Rights compared to other regional systems – disregarding procedural and accessibility issues in each system. Despite having a working group for Indigenous Communities in Africa, the African Court has only one judgment involving the rights of indigenous peoples: “African Commission on Human and Peoples’ Rights v Kenya.” In the realm of the European Court of Human Rights, forty-four cases mentioning indigenous peoples were found. The Inter-American Court of Human Rights, on the other hand, has an impressive number of two hundred and twenty judgments addressing indigenous rights.

In this context, the importance of an extensive interpretation of a right that, given the colonizing circumstances of the region and its consequential impact on colonized peoples, serves as a significant vector for the construction of a decolonial international law in Latin America is questioned.

30 • The electronic jurisprudence databases of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights were used, searching for the word “indigenous” and filtering the results by “judgments” in a research conducted in November 2023. To search for cases within the African Court on Human and Peoples’ Rights, the research involved searching for the word “indigenous” in the jurisprudence reports available on the Court’s website.

The processes of colonization in the Americas and their current imprints

The expansion of international law is intertwined with the imperialism that shaped international society in the late 15th century. Dinh, Daillier, and Pellet (2003) observe that the emergence of international law often intertwines with the history of Europe itself. Mello agrees, stating that “International law is still, to a large extent, a Western law, not having yet shed the vices of its origin from Western Europe” (MELLO, 2000, p. 304, our translation). From this perspective, it is necessary to question the universal and decentralized nature of international law based on its original cosmopolitan and civilizational premises.

The Universal Declaration of Human Rights, formulated in 1948 in the aftermath of the horrors of World War II, aims to institutionalize human rights as universal. However, there is skepticism about the paternalistic bias of this universalization, through a top-down approach. Chimni, in this regard, questions this homogenizing ambition of international law:

Today, international law prescribes rules that deliberately overlook phenomena of uneven development in favor of prescribing uniform global standards. It has more or less cast into the flames the principle of special and differential treatment. (CHIMNI, p. 3-27, 2006).

Introducing the myth of the “discovery” of the Americas in 1492 – considering that the land was already inhabited by indigenous tribes – Amorim and Teixeira (2018) highlight the hostility of this event towards the peoples inhabiting the region. The colonial enterprise was responsible for the widespread massacre of the populations residing there, in addition to the enslavement of thousands of indigenous people. Regarding this colonization context, Dussel explains that “it will be the moment of the birth of Modernity as a concept, the concrete moment of the ‘origin’ of a very particular ‘myth’ of sacrificial violence, and, at the same time, a process of covering over the non-European” (DUSSEL, 1993, p. 8, our translation).

Building on this process, Amorim and Teixeira point out that colonialism culminates in coloniality: a paternalistic and hierarchical bias between cultures and regions, imposing social standards among peoples. Decoloniality emerges as an alternative to this pattern, giving voice to the subaltern and seeking a more effective and legitimate application of International Human Rights Law, especially regarding the rights of indigenous peoples in Latin America. We quote the authors:

The construction of the Modern State occurred through a hegemonic project, where one culture is imposed upon another considered inferior. After the “discovery” of America, Europeans faced the challenge of dealing with the indigenous populations, employing coercive methods to “domesticate” and “civilize” them. Thus, one of the major challenges for the American States is related to recognizing the diversity of traditional peoples. (Amorim and Teixeira, 2018, p. 22, our translation).

In the article “The contribution of international human rights courts to (de) colonial thinking: challenges and advances for Brazil” (2022), authored by the Human Rights Courts subgroup of NETI (USP), the authors explain that decoloniality is not only linked to the idea of the national independence of colonized states but also to the emancipation of cultures and ideals imposed by the process of colonization. In the same vein, advocating for a post-colonial construction of International Human Rights Law, Pahuja (2005) argues for a human rights approach that takes into account the multiculturalism of peoples and promotes their inclusion, ensuring a practical universality based on shared values, rather than a universality grounded in cosmopolitan and exclusionary premises.

Considering the points discussed up to this point, it is possible to conclude that decoloniality can serve as an epistemological tool to address human rights in the Latin American context in a revised and adapted manner, taking into account the region’s peculiarities caused by its history of colonization, which demand a reinterpretation of its social relations.

Indigenous property: a reconceptualization

As Flávia Piovesan explains, International Human Rights Law consists of the global system (or UN system, constituted by the United Nations) and regional systems (namely the African, European, and Inter-American Systems of Human Rights), functioning under a logic of “international accountability” (PIOVESAN, 2008, p. 157), which pertains to the responsibility of states to fulfill human rights instruments ratified through a sovereign act. In this sense, the jurisdiction of an international body over a state depends on its consent, which, once expressed, subjects the country to legal obligations imposed by the organization.

Considering the aforementioned history of discrimination against indigenous peoples and their connection to colonization processes, ensuring their rights through global and regional protection instruments is a crucial milestone for more effective protection of indigenous rights. Therefore, a brief contextualization regarding the creation and evolution of international human rights instruments addressing these rights is necessary.

Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples is a document elaborated in 1989 by the International Labour Organization (ILO), guaranteeing the active participation of indigenous and tribal peoples in relation to state public policies concerning their rights and fundamental freedoms. Article 13³¹ of Convention No. 169 already addresses the unique relationship of indigenous peoples with their land. In the global system, there is also the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007), which addresses peculiar issues related to indigenous rights, such as the need for prior consent and the preservation of indigenous culture.

The American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2016) is an ins-

31 • ARTICLE 13 1. In applying the provisions of this Part of the Convention, governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned, their relationship with the lands or territories, or both, as the case may be, that they occupy or use for other purposes, and particularly the collective aspects of this relationship. (OIT, 1969, our translation).

trument created within the framework of the inter-American regional system that addresses issues related to the recognition of the multiculturalism of indigenous peoples and their importance for the Americas. The American Convention on Human Rights, although not containing specific provisions related to indigenous rights, is an important instrument that ensures the observance of human rights in the Americas and is even interpreted extensively to encompass the peculiarities of indigenous peoples, as will be discussed later.

Beyond instruments specifically addressing indigenous rights, it is important to note that all other human rights norms in international law also apply to these groups. In this sense, the right to property is mentioned, recognized both by the global human rights system through Article 17³² of the Universal Declaration of Human Rights and by the inter-American regional system through Article 21³³ of the American Convention on Human Rights. Despite not having the central goal of safeguarding indigenous rights, the application of this right concerning indigenous property holds a peculiar connotation. Drawing a parallel between the aforementioned colonization process and the concept of property, Koskenniemi makes an interesting comparison that reflects the relationship of traditional private property to colonial possession:

They understood colonization as a perfectly natural impulse; just as property was a projection of the owner's person into the material world, colonial possession was an aspect of the identity and self-respect of a healthy state. One of the early German studies argued that international law considered the state's pursuit of territory a justified expression of its life force ("eine berechtigte Äusserung seine Lebensenergie") and protected it as long as it did not conflict with the legal spheres of other (European) states. (KOSKENNIEMI, 2001, p. 109)

The ownership of indigenous lands holds a significantly different meaning from the predominantly recognized ownership – namely, private property exploited for economic purposes. The indigenous relationship with their land goes beyond the purely material aspect, involving sustenance and being tied to ancestral and spiritual connections. Therefore, the proper protection of indigenous property not only encompasses the property itself but also ensures various other rights outlined in international texts that are linked to the indigenous people's relationship with their land.

The recognition of indigenous communal property: a path to decolonization in the Inter-American court of human rights?

In contrast to the colonialist development of international law stemming from

32 • Article 17: 1. Everyone has the right to own property, alone or in association with others. 2. No one shall be arbitrarily deprived of their property. (ONU, 1948, our translation)

33 • Article 21. Right to private property: 1. Every person has the right to the use and enjoyment of their property. The law may subject this use and enjoyment to social interest. 2. No one shall be deprived of their property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and manner established by law. 3. Both usury and any other form of exploitation of man by man must be suppressed by law. (OAS, 1969, our translation)

the European context, Menezes (2007) identifies Latin American countries as pioneers in constructing a regional system based on common interests and shared issues in the Americas. The author conceptualizes regionalism as:

The international action of states that, due to geographical proximity, as well as their historical and cultural identity, enter into an international agreement to strategically coordinate their actions in pursuit of solutions to issues specific to them and the achievement of common objectives previously established in the treaty. (MENEZES, 2007, p. 97, our translation)

The Inter-American Human Rights System, resulting from a predominantly Latin American regional movement, consists of two main protection bodies provided for by the American Convention on Human Rights: the Court and the Inter-American Commission on Human Rights. It is the responsibility of the Court and the Commission to monitor the member states' compliance with the obligations set forth in the Convention, as stated in Article 33 of the document.

The Inter-American Court of Human Rights, through its contentious jurisdiction, has innovated by extensively interpreting the right to property in cases of indigenous rights violations, recognizing the so-called right to collective property. Indigenous land, unlike traditional property, is owned by that collective group of people and justified by their unique relationship with the occupied space, requiring equally unique – and more comprehensive – protection.

It is based on the premise that human rights are historical, not natural, so that there is no dominant element determining their content, but rather their historicity – their development over the years. In this sense, Amorim and Teixeira argue:

It should be kept in mind that Human Rights, as cultural processes, cannot be viewed as neutral situations arbitrarily defined by a dominant power. On the contrary, they should be seen as a necessary path for unveiling the different, that is, with the aim of reclaiming diversity and transforming the uniformizing and homogenizing rationality present in Western modernity. (Amorim and Teixeira, 2018, p. 7, our translation)

Moving on to an analysis of contentious cases judged by the Inter-American Court in which the body addressed indigenous communal property, we mention the Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (2001). On this occasion, the Court not only recognized indigenous communal property but also held the State of Nicaragua responsible for not demarcating the land of the indigenous people. It is interesting to note that, in this case, the Court used an interpretation of Nicaragua's own Constitution to recognize communal property:

The Court considers that, according to the provisions of Article 5 of the Political Constitution of Nicaragua, the members of the Awas Tingni Community have a communal property right over the lands they currently inhabit, without prejudice to the rights of other indigenous communities. However, the Court warns that the boundaries of the territory on which this property right exists have not been effectively delimited and demarcated

by the State. (Inter-American Court of Human Rights, 2001, § 153, our translation).

In the Case of the Yakye Axa Indigenous Community vs. Paraguay (2005), the Court, for the first time, utilizes Convention No. 169 in recognizing communal property. Furthermore, due to the unique relationship that indigenous populations have with their lands, the Court acknowledged that indigenous property is not solely related to the aspect of possession but also to the traditions and customs of that people, making the observance of this right distinctive:

The assurance of the right to communal property for indigenous peoples must take into account that land is closely linked to their traditions and oral expressions, customs and languages, arts and rituals, knowledge and practices related to nature, culinary arts, customary law, attire, philosophy, and values. Depending on their environment, integration with nature, and history, members of indigenous communities transmit this intangible cultural heritage from generation to generation, which is constantly recreated by the members of these communities and indigenous groups. (Inter-American Court of Human Rights, 2005, § 154, our translation).

An interesting point observed in the analysis of the judgments in the Awas Tingni Community and Yakye Axa Community Cases is the Court's recognition of the importance of an extensive interpretation of human rights treaties with the aim of a more beneficial and comprehensive application of the norm to the specific case, adapting to the context and evolution of social relations. The decision in the Awas Tingni Case states, in paragraph 146, the understanding that "human rights treaties are living instruments whose interpretation must be adapted to the evolution of the times and, in particular, to current living conditions" (Inter-American Court of Human Rights, 2001, § 146, our translation). The judgment in the Yakye Axa Case reaffirms this "living instruments" character of human rights treaties (Inter-American Court of Human Rights, 2005, § 125). This perspective adopted by the Court aligns with the aforementioned need for adaptability of International Human Rights Law to promote more legitimate and effective norms.

In the Saramaka People vs. Suriname Case (2007) and Kichwa Indigenous People of Sarayaku vs. Ecuador Case (2012), the Court, in addition to reiterating the protection of indigenous communal property, recognized the need for prior and informed consultations for the use of indigenous territory for economic exploitation, safeguarding the rights of the inhabitants to their natural resources.

In the Xucuru vs. Brazil Case (2018), Brazil's first condemnation in the Inter-American Court for violations of indigenous rights, the Court reiterated the collective nature of indigenous property through the extensive interpretation of Article 21 of the American Convention:

The Court recalls that Article 21 of the American Convention protects the close connection that indigenous peoples maintain with their lands as well as with their natural resources and the intangible elements originating from them. Among indigenous and tribal peoples, there is a communal tradition regarding a form of collective ownership of

the land, in the sense that its possession is not centered on an individual but on the group and its community. These notions of dominion and possession over the lands do not necessarily correspond to the classical concept of ownership, but the Court has established that they deserve equal protection under Article 21 of the American Convention. Disregarding the specific versions of the right to use and enjoy property, given by the culture, customs, and beliefs of each people, would be equivalent to asserting that there is only one way to use and dispose of property, which, in turn, would render illusory the protection of these collectives through this provision. Failing to recognize the ancestral right of members of indigenous communities to their territories could affect other basic rights, such as the right to cultural identity and the survival of indigenous communities and their members. (Inter-American Court of Human Rights, 2018, § 115, our translation).

Based on the theories presented and the practice of the Inter-American Court of Human Rights, a movement is observed where the body seeks to apply international human rights norms in accordance with regional specificities, taking into account the unique relationship of indigenous peoples with their land and striving for a more legitimate and effective realization of the law.

Conclusion

The colonial process is a historical reality for many nations within contemporary international society that still carry aspects caused by power relations and exploitation. In the case of Native Americans, there is a profound mark caused by colonization, giving rise to a history of discriminations and systemic rights violations that consequently require a differentiated and specialized perspective within international law. The construction of a decolonial practice within the framework of human rights legal norms represents, as observed throughout the paper, a tool to give voice to these groups historically marginalized culturally, materially, and socially.

The paper aimed to demonstrate how the (re)interpretation of private property, a concept even interconnected with the idea of colonial possession, represents a significant advancement toward a more inclusive law in the Latin American context. Similarly, the repeated interpretation by the Court in analyzing human rights treaties as “living instruments,” emphasizing their adaptability to a society in constant evolution, represents a trend to break with sedimented values that do not always effectively address the reality of society.

This departure of the inter-American practice from an international law that claims to be “universal” – but which can often be exclusionary – signifies progress toward a more plural and effective law. It can be interpreted as a path toward the decolonization of international law in Latin America – a region that still bears marks of the colonial process.

References

AMORIM, André Ricci de; TEIXEIRA, Sílvia Gabriel. A Evolução do Direito Internacional dos Direitos dos Povos Tradicionais: uma análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Ciências do Estado*. Belo Horizonte: v. 4, n. 1, e12889.

ISSN: 2525-8036.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. Caso Del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de Agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de Febrero de 2018. Serie C No. 346.

CHIMNI, B.S Third World approaches to international law: a manifesto. In: *Direito Internacional: Leituras Críticas*. Tradução de Ricardo Flores Filho, Julia Cesar Veiga Bezerra e Alessandro Hippler. Editora Almedina. 2019.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho, revisão de M^a Irene Gouveia, Filipe Delfim Santos. Imprenta: Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUSSEL, Enrique. 1492 - O Encobrimento do outro - A origem do “mito da modernidade”. Petrópolis: Vozes, 1993.

European Court of Human Rights. HUDOC Data Base. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22indigenous%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22indigenous%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}>)>. Acesso em: 08 de nov. de 2023.

KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional*. Rio de Janeiro. Renovar, 2000.

MENEZES, Wagner. *A contribuição da América Latina para o Direito Internacional: o Princípio da Solidariedade*. 2007. 342 f. Tese (Doutorado). Programa de Integração na América Latina – PROLAM, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007.

Organização das Nações Unidas. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Nações Unidas. Rio de Janeiro, 2008.

Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)*. 1969.

Organização dos Estados Americanos. *Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. 2016.

Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*. 1989.

PAHUJA, Sundhya. *The postcoloniality of international law*. In: *Direito Internacional: Leituras Críticas*. Tradução de Gabriel Antonio Silveira Mantelli e Sinuhe Nascimento e Cruz. Editora Almedina. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Pretoria University Law Press. *Report of judgments, advisory opinions and other de-*

cisions of the African Court on Human and Peoples' Rights. African Court Law Report Volume 1 (2006-2016). PULP, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa, 2019.

Pretoria University Law Press. Report of judgments, orders and Advisory opinions of the African Court on Human and Peoples' Rights. African Court Law Report Volume 2 (2017-2018). PULP, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa, 2019.

Subgrupo de Cortes de Direitos Humanos - NETI/USP. A contribuição das cortes internacionais de direitos humanos para o pensamento (des) decolonial: desafios e avanços para o Brasil. Tribunais Internacionais e Decolonização. Coord: Wagner Menezes. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Internacional, 2022.

O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS À AUTONOMIA E À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO ELEMENTOS DA AUTODETERMINAÇÃO EM PERSPECTIVA DECOLONIAL: UMA LEITURA A PARTIR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Rickson Rios Figueira
Luisa Giannini

Resumo

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos identifica seis elementos indispensáveis para a concretização do direito à autodeterminação. A partir dessa construção, o presente capítulo examina o direito de autodeterminação dos povos indígenas. Mais especificamente, fazemos uma leitura dos elementos trazendo para análise um deles: o exercício de autonomia e de participação política pelos povos indígenas. O objetivo do capítulo, nesse sentido, é compreender o que envolve o direito dos povos indígenas à autonomia e à participação política como elementos da autodeterminação e, em seguida, analisar esses quesitos à luz da perspectiva decolonial. Para isso, o capítulo está dividido em três seções: na primeira, é feita uma avaliação panorâmica dos elementos que constituem o direito à autodeterminação; na segunda, detemo-nos da autonomia indígena e na participação política como aspectos fundamentais do referido direito; na terceira, fazemos um exame do objeto desde uma perspectiva decolonial.

Introdução

O princípio da autodeterminação dos povos representa um dos fundamentos do direito internacional. A filosofia política já o mencionava desde o século XVII, mas ele foi amiúde politicamente mobilizado mais tarde, pelos movimentos nacionalistas do século XIX e, no entre Guerras, por líderes liberais e socialistas (Abulof, 2023). Mais tarde seria previsto na Carta das Nações Unidas e insculpido como direito humano no artigo 1º comum a ambos os Pactos de Direitos Humanos de 1966, o de direitos civis e políticos e o de direitos econômicos, sociais e culturais. Foi um fundamento jurídico básico para o processo de descolonização do pós-II Guerra (Laoutides, 2023). No entanto, o reconhecimento expresso de que povos indígenas têm o direito à autodeterminação foi mais difícil de ser alcançado. A inclusão de uma norma que estatuisse o direito à autodeterminação dos povos indígenas no direito internacional só viria a acontecer em 2007, por meio da adoção pela Assembleia Geral da ONU da Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas. Mais tarde, o direito à autodeterminação também seria previsto na Declaração Americana sobre Direito dos Povos Indígenas, de 2016.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, contudo, tanto em manifestações da Comissão de Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), quanto em sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte

IDH), diversos elementos considerados indispensáveis para a concretização do direito à autodeterminação foram objeto de análise. Isso permitiu a consolidação de um *corpus iuris*, cuja embocadura encontrava o direito à autodeterminação, jogando luz ao modo como deveria ser mobilizado pelos povos indígenas e tribais³⁴, assim como observado pelos Estados americanos.

O presente capítulo se dedica à análise do direito de autodeterminação dos povos indígenas, centrando-se, de forma mais específica, na exploração dos elementos que compõem esse direito. Para isso, examinamos os elementos que, segundo a CIDH, compõem o direito à autodeterminação dos povos, considerando os standards que foram elaborados pela Comissão ao longo dos anos e as sentenças da Corte IDH. Nosso olhar mira a autonomia e autogoverno indígena e participação política como fundamento da autodeterminação. O propósito fundamental deste capítulo é aprofundar a compreensão acerca do significado do direito dos povos indígenas à autonomia e à participação política, considerando-os como elementos essenciais da autodeterminação. Posteriormente, analisamos tais componentes à luz da perspectiva decolonial, visando refletir sobre as condições para a autonomia dos povos indígenas.

O artigo está organizado em três seções. Na primeira, são apresentados os elementos reunidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos que compõem o direito de autodeterminação dos povos indígenas. Em seguida, analisa-se as condições que envolvem o exercício do direito de autonomia e de participação política a partir dos relatórios da Comissão e jurisprudência da Corte Interamericana. Por fim, na terceira seção, fazemos uma análise da autonomia e da participação políticas como elementos da autodeterminação dos povos indígenas a partir da perspectiva decolonial.

Elementos do direito à autodeterminação e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Na perspectiva construída ao longo dos anos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o direito à autodeterminação é composto por elementos sem cuja observância não se pode concretizá-lo com plenitude. Daí que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) organizou certos standards, fundamentados no direito internacional dos povos indígenas, mas que não devem ser tomados como predefinidos ou uniformizantes. Segundo a CIDH, o conteúdo do direito se manifesta por meio de seu exercício e se modifica em face de transformações nas relações históricas, condições políticas e mudanças culturais (CIDH, 2021, p. 14). Seis são os elementos componentes do direito à autodeterminação destacados pela CIDH. Nessa seção explicaremos brevemente a noção de cada um deles, com exceção do que se refere aos direitos políticos e de participação, que serão analisados mais cuidadosamente na seção seguinte, já que se comunicam diretamente com o objeto principal do presente trabalho.

34 • O conceito de povo indígena e de povo tribal utilizado nesse artigo é baseado no que consta do artigo 1º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O primeiro elemento apresentado pela CIDH (2021, p. 52) como parte do direito à autodeterminação é o da autoidentificação, que se relaciona à autodeterminação de um povo por entender-se existir este independentemente do reconhecimento por parte de qualquer Estado – ainda que tal reconhecimento facilite o exercício de sua autonomia. A Corte IDH (2010)³⁵ já se manifestou no caso *Xákmok Kásek vs. Paraguai* sobre o tema, afirmando que a autoidentificação de um povo é expressão de sua autonomia. Assim, a negativa de reconhecimento de um grupo que se autoidentifique como povo por parte do Estado – ou o reconhecimento em figuras que não lhe garantam o exercício de seus direitos como povo, por exemplo, identificando-o somente como etnia – é contrária ao direito internacional e aos padrões e jurisprudência dos SIDH.

Outro elemento destacado pela Comissão como componente do direito à autodeterminação é a identidade cultural, necessariamente acompanhada de um dever de não discriminação. A identidade cultural é aspecto essencial na identificação de grupos étnico-culturais, mas que se modifica em razão dos processos históricos a que se submetem. Não é, portanto, qualidade estanque e imodificável. É direito fundamental que tanto se adere ao indivíduo como à coletividade à qual pertence (Corte IDH, 2012, p. 68). A identidade cultural de povos indígenas e tribais é protegida por instrumentos internacionais como a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre povos indígenas. A CIDH (2021, p. 55-6) reconhece os conhecimentos indígenas como chave para a autonomia e diversidade cultural, alertando para a perda irreparável se não houver as devidas garantias para a proteção da propriedade coletiva. O território igualmente é vital para a sobrevivência cultural, e interferências não consentidas podem causar danos irreversíveis. Além disso, a Comissão relembra a importância do direito à prática religiosa e ao próprio idioma como expressões culturais, além da necessidade de remover obstáculos ao acesso dos povos indígenas aos meios de informação (CIDH, 2021, p. 57).

A proibição de discriminação relaciona-se à identidade cultural e é essencial para o gozo pleno do direito à autodeterminação dos povos indígenas. A Comissão (CIDH, 2021, p. 58) destaca a discriminação racial histórica como a causa fundamental das violações dos direitos humanos dos povos indígenas. A negação sistemática do direito à autodeterminação resultou na perda de território, restrição de acesso a recursos, supressão de instituições políticas e culturais, ameaçando a coesão cultural. Ainda persiste uma discriminação estrutural o que impõe a necessidade de se transformarem as estruturas sociais na busca pela concretização de um Estado intercultural, por exemplo, superando legislações monoculturais e a exclusão política dos indígenas. A CIDH (2021, p. 60) destaca a importância da erradicação do racismo para fortalecer a democracia, promovendo medidas educativas e estruturais para garantir efetivamente o direito à autodeterminação e construir sociedades mais inclusivas. A Corte IDH (2005, p. 61), por sua vez, sustentou que, para garantir condições de igualdade e proteção efetiva de direitos dos povos indígenas, necessário é observar suas especificidades. Além disso, a Corte determinou em julgado, como medida essencial

35 • O direito que um povo indígena tem ao reconhecimento de sua personalidade jurídica igualmente foi abordado pela corte (Cf. Corte IDH, 2006, para. 189; 2007, para. 167).

para combater o racismo contra os povos indígenas, a incorporação nos currículos nacionais de programas que objetivem a erradicação da discriminação racial e étnica e estereótipos em relação a indígenas.

A CIDH (2021, p. 61) aponta ainda outro elemento da autodeterminação: a propriedade coletiva, terras, território e recursos naturais. O território, para os povos indígenas³⁶, é considerado como herança ancestral e fundamental para o exercício da livre determinação. Normas internacionais reconhecem o direito preexistente ao território indígena. Ademais, a Corte IDH (2001, p. 78; 2020, p. 92-98.) já manifestou que a autodeterminação pode concretizar-se pelo reconhecimento, delimitação, titulação e demarcação de terras indígenas. No entanto, a falta de garantias territoriais ameaça a identificação e a existência de grupos indígenas, configurando-se como uma injustiça histórica que se manifesta ainda nos dias de hoje. O direito à autodeterminação vai além da propriedade coletiva. Ele compreende o autogoverno territorial, exercido por meio de autoridades próprias. A falta de reconhecimento e implementação desses direitos gera lacunas, prejudicando a autonomia e a identidade cultural. Os processos de titulação podem ter efeitos sobre as terras indígenas, já que muitas vezes não consideram as concepções indígenas sobre seu território. Ademais, delimitações territoriais são frequentemente impostas, ocasionando, não poucas vezes, fragmentações. A pressão pela adoção de distritos e outros modelos, sem observar a autonomia indígena sobre seus territórios, podem ser consideradas soluções que reeditam o colonialismo. Também a fragmentação de territórios indígenas cortados por fronteiras estatais impõe desafios pela falta de cooperação interestatal ou pela adoção de medidas migratórias restritivas. Por fim, ainda relacionado à propriedade de terras, territórios e recursos naturais dos povos indígenas, especialmente diante das mudanças climáticas, o direito ao desenvolvimento lhes garante que efetivamente possam determinar os modos e caminhos a serem tomados para seu desenvolvimento.

Compõe também a autodeterminação o direito à consulta da qual poderá (ou não) decorrer um consentimento que deve ser livre, prévio, informado e de boa-fé. Esse elemento tem sido central na relação entre os povos indígenas e os Estados. A autodeterminação é uma premissa dos direitos à consulta e ao consentimento. Ademais, o direito à consulta já foi reconhecido pela Corte IDH (2012, p. 45-49) como um princípio geral de Direito Internacional.

A multiplicidade de povos impõe igualmente que sejam distintas as formas pelas quais cada povo indígena ou tribal quer ser consultado. Em razão disso, o protocolo de consultas, elaborado por cada povo, com as regras formais e procedimentais que devem orientar a consulta, tem sido o método mais comumente empregado. Como ensina Souza Filho (2019, p. 42-45), os protocolos são obrigatórios para os Estados, com base no artigo 6º da Convenção 169 da OIT. E suas regras são vinculantes, já que a consulta é feita pelo Estado para verificar que direitos materiais e intangíveis poderão ser afetados pela medida proposta. A CIDH (2021, p. 83) enfatiza que é

36 • Veja-se, por exemplo, a parte II da Convenção 169 da OIT, assim como os artigos 8o, 10, 25 a 30 e 32 da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas e os artigos VI, XVIII, XIX, XXV, XXVI, XXIX e XXX da Declaração Americana de Direitos dos Povos Indígenas.

do Estado o dever de garantir que a consulta e o consentimento tenham todas as condições para expressar adequadamente a autodeterminação do povo consultado. Nesse sentido, o Poder Judiciário tem um papel fundamental, inclusive ao promover o controle de convencionalidade.

O último elemento da autodeterminação de que vamos tratar nessa seção refere-se aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais dos povos indígenas e tribais. É que o direito à autodeterminação implica uma série de autonomias dos povos, tais como as atividades econômicas a que se dedicam, a educação que implementam em suas comunidades, as práticas de saúde que querem preservar, entre outras. Além disso, a Corte IDH (2020, p. 54, 85 et seq) asseverou que existe uma interdependência entre os direitos ao meio ambiente saudável, à alimentação adequada, à água e à identidade cultural e que todos eles estão relacionados ao desfrute de um território coletivo. A CIDH (2021, p. 89) organiza a autonomia vinculada aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais em duas dimensões, uma interna, outra externa. A dimensão interna está vinculada à autonomia territorial dos povos indígenas e tribais. Quando têm acesso e controle sobre suas terras, eles podem desenvolver práticas de autoabastecimento e autossustentabilidade para atender às necessidades básicas e práticas alimentares. A CIDH (2021, p. 90) destaca o direito desses povos à administração de programas próprios de saúde, educação e habitação, conforme reconhecido em declarações internacionais. Esse direito abrange estratégias sanitárias para a sobrevivência física e cultural, como a autonomia na decisão de permanecer isolado, respaldada pelo princípio de não contato. A pandemia de COVID-19 destacou a importância do reconhecimento e apoio às estratégias desenvolvidas por esses povos.

A CIDH (2021, p. 90) observa que a forma como os povos indígenas dão conteúdo a certos direitos nem sempre coincide com a perspectiva ocidental. Por exemplo, o direito à educação para eles pode envolver a leitura da natureza e não necessariamente o aprendizado formal em uma escola. Essa interpretação exige uma releitura à luz de suas cosmovisões e inclusão de seus saberes. As manifestações da autodeterminação desses povos em seus direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais são protegidas contra interferências ilegítimas do Estado. A CIDH (2021, p. 91) destaca a necessidade de respeitar práticas como as das parteras indígenas e reconhece que o direito à autodeterminação também se aplica à saúde reprodutiva. O controle sobre seus próprios sistemas está ligado à conservação ambiental, sustentabilidade e práticas tradicionais, sendo crucial para garantir que seus territórios preservem recursos hídricos e contribuam para o equilíbrio ambiental. Além disso, a CIDH ressalta que os povos indígenas são desproporcionalmente afetados pelos efeitos das mudanças climáticas, sublinhando que sua capacidade de contribuir para soluções requer a garantia dos direitos à autodeterminação, autonomia e autogoverno.

A dimensão externa da autonomia vinculada aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais dos povos indígenas e tribais envolve o acesso a serviços públicos culturalmente adequados, como educação e saúde interculturais. Essa participação demanda a inclusão dos coletivos indígenas no planejamento e implementação desses programas, respeitando suas identidades, costumes e instituições. A CIDH (2021, p. 93) observa a falta de mecanismos institucionais em vários Estados que

permitam aos indígenas promover e controlar seus próprios programas nessas áreas, destacando a ausência de cargos institucionais ocupados por autoridades indígenas para adequar a atenção às necessidades específicas de seus povos.

Autonomia e participação política: elementos da autodeterminação dos povos indígenas

As relações dos povos indígenas e tribais com os Estados nacionais e as sociedades varia consideravelmente entre os países que conformam as Américas, influenciadas pelos contextos jurídicos e políticos locais. Igualmente, tanto as formas com que expressam sua autonomia, como os modos com que participam da vida política em instituições do Estado apresentam amplo espectro de configurações. A autonomia dos povos indígenas e tribais não pode ser entendida de forma única. Deve ser determinada por eles mesmos, enquanto cabe aos Estados cumprir as obrigações decorrentes de seu reconhecimento. A autonomia pode se concretizar de maneiras diversas, com a preservação de estruturas tradicionais ou pelo estabelecimento de mecanismos recentes de tomada de decisões. E isso independe da administração nacional.

A autonomia é reconhecida no artigo 4º da Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas, que proclama o direito desses povos à autonomia e ao autogoverno em assuntos internos e locais, bem como o direito que têm aos meios para financiar suas funções autônomas (ONU, 2007). Ademais, a Declaração também reconhece o direito que têm os povos indígenas de participarem da vida política, econômica, social e cultural do Estado, assim como de participarem de todas as decisões que os afetem ou aos seus direitos (ONU, 2007, arts. 5º, 18 e 19).

No âmbito do sistema interamericano, a Declaração Americana sobre Direito dos Povos Indígenas reconhece expressamente o direito à autonomia (OEA, 2016, art. XXI). A CIDH (2021, p. 74) considera que a interpretação destes documentos implica entender que o artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo XXI da Declaração Americana sobre Direito dos Povos Indígenas protegem o caráter coletivo da participação política, especificamente o direito à autonomia.

A dimensão interna do direito à participação política dos povos indígenas e tribais envolve o reconhecimento e manutenção de suas próprias instituições de decisão, incluindo a livre escolha de suas autoridades tradicionais, as formas próprias de organização político-social dos povos indígenas, fundamentadas em sistemas consuetudinários ligados à sua identidade. O direito à autonomia se concretiza por meio das instituições políticas e jurídicas próprias desses povos, que representam formas de resistência e sobrevivência diante de ameaças históricas.

Os Estados têm o dever geral de não interferir no funcionamento dessas instituições. Observa-se que em alguns ordenamentos, uma autoridade estatal certifica a eleição da autoridade indígena, mas a Comissão considera que tal certificação é declaratória e não constitutiva da vontade do povo, expressa em suas assembleias territoriais ou comunitárias (CIDH, 2021, p. 75). A falta de legislação específica não deve ser um impedimento para o exercício do direito à autonomia e autogoverno. E se a legislação existir, deve antes facilitar e garantir seu exercício pelos povos indígenas e tribais.

Os Estados devem estabelecer mecanismos que fortaleçam e garantam os direitos à autonomia e autogoverno, facilitando o desenvolvimento ou a melhoria das estruturas políticas autônomas dos povos indígenas e tribais. As decisões tomadas em suas assembleias, expressando sua vontade no exercício do direito à autodeterminação, devem ser respeitadas pelas autoridades estatais.

O direito ao autogoverno implica o direito de autodeterminar instituições, mecanismos e modelos administrativos para o uso e desfrute da terra e dos recursos, sem interferências externas. Isso inclui o direito de escolher e definir mecanismos de representação em consultas e processos de consentimento, de acordo com o direito próprio do povo indígena. Para garantir o funcionamento das instituições indígenas de autogoverno, o Estado deve fornecer assistência financeira e técnica. A resistência de alguns Estados em alocar recursos econômicos para esse fim, em conformidade com o disposto nos artigos 4 e 39 da Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas e no artigo XXI (1) da Declaração Americana congênere, vem sendo interpretada como expressão de viés colonial sobre o desenvolvimento desses povos (CIDH, 2021, p. 77).

O Mecanismo de especialistas sobre os direitos dos povos indígenas, que assessora o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, relata que, por influência de estruturas contemporâneas, em muitos casos tem caído em desuso o Conselho de Anciãos. Com isso, somente o chefe, cacique ou tuxaua da comunidade ou aldeia tem a legitimidade de administrá-la, recaindo, porém, apenas sobre ele a responsabilidade pelos erros e acertos. Ademais, da extinção do conselho de anciãos resulta a erosão de instituições participativas e democráticas próprias do povo indígena o tribal (ONU, 2010, p. 14).

A criação de governos ‘paralelos’ promovida por ação ou omissão, que mina as estruturas tradicionais, é considerada uma violação do direito ao autogoverno. Isso enfraquece lideranças tradicionais, facilitando o despojo de terras e recursos naturais. Essa prática pode resultar em violência e divisão dentro das comunidades. Além disso, a interferência na escolha de autoridades tradicionais pode debilitar as formas de organização tradicional e defesa do território, gerando conflitos sociais. A determinação discricionária de autoridades pelos Estados pode resultar em episódios violentos e divisões dentro dos povos e comunidades, sendo contrária às formas tradicionais de decisão e ao exercício do autogoverno (CIDH, 2021, p. 77).

A dimensão externa da participação política dos povos indígenas e tribais compreende o direito de, por meio de suas autoridades e instituições, incidir nos processos de tomada de decisões que os afetem. Instrumentos internacionais como a Convenção 169 da OIT, a Declaração da ONU e Americana sobre direitos dos povos indígenas reconhecem essa dimensão de forma abrangente³⁷.

Para que se realize efetivamente o direito à autodeterminação na dimensão externa da participação política, necessário é que não haja solução de continuidade na participação de lideranças indígenas em instâncias governamentais cujas decisões afetem os povos e as comunidades que representam. Somente a estabilidade desse

37 • Artigos 2, 7, 15, 18, 22, 23 e 27 da Convenção 169 da OIT; Artigos 5, 18 e 23 da Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas; Artigo XXI da Declaração Americana sobre Direito dos Povos Indígenas.

direito, e a não submissão a humores e mudanças governamentais, é que pode garantir a concretização das escolhas feitas por cada povo indígena e tribal.

A participação das autoridades indígenas em espaços de decisão está relacionada à legitimidade das decisões tomadas. A Comissão destaca a necessidade de conceber instituições que permitam aos povos indígenas tomar decisões sobre assuntos internos e locais, além de participar coletivamente em processos externos de tomada de decisões, de acordo com os critérios de direitos humanos (CIDH, 2021, p. 79). A Comissão destaca que é necessário garantir um aparato legal que promova a representação de povos indígenas e tribais em todos os níveis do governo, por meio de mecanismos que garantam sua participação política (CIDH, 2021, p. 80). A efetividade do direito à participação política é crucial devido às históricas desigualdades sociais e estruturais que enfrentaram e que ainda persistem. Ações afirmativas, como a reserva de assentos ou a criação de circunscrições eleitorais indígenas, são propostas para assegurar a participação de povos tradicionais nas instituições de eleição popular.

Na Nova Zelândia, por exemplo, um arranjo que compreende cadeiras reservadas e representação proporcional possibilita melhor representação dos interesses do povo Maori no parlamento (ONU, 2010, p. 20). Soluções como essa coincidem com decisões da Corte IDH. No caso *Yatama Vs. Nicarágua*, a Corte asseverou que o Estado deve adotar as medidas necessárias à participação de representantes indígenas em instâncias que definam políticas que possam afetar os direitos ou o desenvolvimento de suas comunidades. E que, além disso, possam tais representantes participar de maneira direta e proporcional à sua população, fazendo-o desde suas tradições, costumes e instituições, desde que acordes com os direitos humanos (Corte IDH, 2005, p. 95).

A Corte IDH igualmente afirmou que é obrigação dos Estados não somente reconhecer o direito à participação política, mas também garantir positivamente as condições e mecanismos necessários para o exercício dos direitos políticos (Corte IDH, 2008, p. 43). Igualmente afirmou a Corte IDH que o acesso a cargos públicos deve observar os princípios de igualdade e não discriminação, não sendo, contudo, estes suficientes. Há de haver também alguma estabilidade para que a pessoa investida no cargo possa agir com liberdade perante tentativas de ingerência ou pressões políticas (Corte IDH, 2011, p. 43).

Por outro lado, em alguns casos, medidas como cotas em candidaturas políticas não têm garantido uma representação política efetiva dos povos indígenas, já que, por vezes, os partidos cumprem as cotas mínimas legais de candidaturas, sem investir nos candidatos indígenas. Em outros casos, situações de cooptação partidária e ideológica podem levar à perda de autonomia política dos povos indígenas e tribais (CIDH, 2021, p. 79).

O direito à participação política não é apenas coletivo, mas também individual, assegurando que autoridades indígenas e tribais possam exercer seus direitos políticos de maneira efetiva e livre de interferências arbitrárias. Isso inclui proteção à vida e integridade das autoridades que estejam em risco. A Comissão enfatiza que, nos casos de dirigentes indígenas, é crucial que possam participar nas decisões que afetam seus direitos, integrando instituições estatais e, ao mesmo tempo, mantendo suas próprias instituições e formas de organização (CIDH, 2021, p. 81). A privação

desse direito não afeta apenas individualmente, mas prejudica a comunidade como um todo (Corte IDH, 2014, p. 128).

A autodeterminação dos povos indígenas em perspectiva decolonial

O direito de autodeterminação dos povos indígenas destaca a necessidade de reconhecer e respeitar as formas de vida, sistemas de conhecimento e governança que são próprios desses povos, em contraste com as imposições culturais e legais provenientes do colonialismo. O crescente movimento pela afirmação e resultante gozo (em diferentes formatos) da autodeterminação pelos povos indígenas cria o espaço para um novo cenário político, “abrindo rachaduras nas formas hegemônicas de dominação” (Zibechei, 2012, p. 267, tradução livre). Ao reconhecer o direito de autogovernança dos povos indígenas e a desnecessidade de que essa seja confirmado pelas autoridades do Estado, as instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Corte IDH e CIDH – vêm dando um importante passo na luta anti-(neo) colonialismo.

Propomos, aqui, todavia, uma perspectiva que leva esse exercício de autodeterminação enquanto autonomia ao escrutínio. Utilizando-nos do raciocínio de Raúl Zibechei (2012), ao conceber a nova governança estabelecida a partir dos movimentos sociais, podemos compreender os diferentes exercícios da autodeterminação interna pelos povos indígenas como um fenômeno complexo, já que, apesar de importantes avanços, não podem ser concebidos como a resposta. Esses exercícios de autodeterminação interna ocupam a interseção entre as formas de autogovernança indígena e os Estados:

[E] desse ‘ponto de encontro’ novas formas de gerir estados e populações estão sendo formadas. E mais do que um único ponto ou pontos de interseção, quero transmitir a ideia de algo móvel e em permanente construção e reconstrução; as novas formas de governança nem sequer são uma construção unilateral e não ocupam um local fixo (Zibechei, 2012, p. 267, tradução livre).

Essas formas de autodeterminação interna não são o puro exercício de uma autonomia dos povos indígenas e, ao mesmo tempo, também não são parte da governança estatal. Representam, nesse sentido, um entrelace do Estado com a autonomia, ou seja, “uma construção conjunta em espaço/tempo compartilhado” (Zibechei, 2012, p. 287, tradução livre). Esse processo representa um “reconhecimento dual”: por um lado, o Estado reconhece essas formas de autogestão e, ao fazer isso, a elas confere legitimidade e uma série de direitos/obrigações que daí resultam; de outro lado, os povos em exercício de alguma forma de autodeterminação interna confirmam esse novo papel do Estado, que representa a preservação do próprio Estado pois previne qualquer ruptura mais brusca. Esse encontro testa uma conjuntura onde autodeterminação é a reprodução em alguma medida do Estado, como indicado na seção anterior apontando para o papel ocupado pelos chefes, caciques ou tuxauas, em detrimento de conselhos de anciãos. A autodeterminação interna, portanto, se desenvolve como uma prática de governo. E nesse lugar de entrelaçamento parece estar a

posição das instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ao passo em que se fala reiteradamente em ‘seus próprios meios’ ou ‘suas próprias concepções’, os arranjos cabíveis de reconhecimento ainda perpassam as estruturas que se assemelhem ao e possam ser compreendidos pelo Estado liberal.

Isso representa um movimento do (neo)colonialismo: faz “a transição de uma estrutura de dominação mais ou menos oculta para um modo de governamentalidade colonial que funciona através das liberdades limitadas proporcionadas pelo reconhecimento e acomodação do Estado” (Coulthard, 2014, p. 15-16, tradução livre, grifo no original). Através de uma leitura da obra de Frantz Fanon, *Peles negras, máscaras brancas*, Coulthard (2014) argumenta que esse reconhecimento representa “o campo de poder através do qual as relações coloniais são produzidas e mantidas” (Coulthard, 2014, p. 17, tradução livre, grifo no original). Isso significa que as demandas de reconhecimento dos povos indígenas se encontram, ao mesmo tempo, sendo construídas dentro e contra o aparato institucional do Estado e sendo elemento importante na forma através da qual esses requerentes indígenas envolvidos no processo se entendem. Nessa segunda dimensão reside o problema, considerando que esses mecanismos não são nada neutros. Pelo contrário, estão profundamente imersos em noções de hierarquia, o que implica em formas assimétricas de conceber qualquer governança produzida a partir desse aparato. A partir dessa simbiose, a autogovernança indígena, portanto, forma suas concepções sobre si, sobre os demais e sobre suas terras, e consequentemente sobre suas reivindicações, a partir desse lugar de interseção que produz uma classe de ‘cidadãos’ indígenas, “cujos direitos e identidades foram definidos mais em relação ao Estado colonial e ao seu aparato jurídico do que à história e às tradições das próprias nações indígenas” (Coulthard, 2014, p. 42, tradução livre).

Defendemos, porém, alinhados a Coulthard, que, por mais que o que foi até aqui apresentado nos leve a crer que o reconhecimento aponta para uma submissão, o caminho da emancipação não está na confirmação da liberdade pelo colonizador. A autonomia “reside em uma forma quase nietzschiana de autoafirmação pessoal e coletiva” (Coulthard, 2014, p. 43, tradução livre). Trata-se de um processo de descolonização que perpassa o autorreconhecimento como livre, autônomo e, por conseguinte, envolve um esforço pela autonomia em seus próprios termos e valores. Genuína autonomia requer colocar a verdade em cheque e, com isso, retrabalhar a compreensão e significados atribuídos ao mundo como “ritos de ressurgimento”, um processo de “autodeterminação espiritual” (Alfred, 2005, p. 282). Em outras palavras, a autonomia dos povos indígenas não depende apenas “de viver sem o governo, cultura e sociedade não indígena, mas de viver contra eles” (Alfred, 2005, p. 282, tradução livre), enquanto alternativas ao projeto colonial e não uma maneira que se adapte ao formato por ele exigido. Contrariamente, a transformação desses espaços em exemplos de exercício da autonomia deve vir de dentro, de uma práxis decolonial.

Conclusão

O princípio do direito de autodeterminação dos povos indígenas é uma pedra angular que reconhece a prerrogativa inalienável dessas comunidades em determinar

autonomamente seu status político, desenvolvimento econômico, social e cultural, além de exercer o direito de escolher sua própria forma de governo. Este é um tema de extrema complexidade e importância, que aborda não apenas aspectos legais, mas também questões éticas e culturais profundas. O respaldo jurídico para o direito de autodeterminação encontra-se em instrumentos internacionais notáveis, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Entretanto, a implementação prática desse princípio enfrenta desafios significativos em níveis tanto nacional quanto local. Em muitos países, a legislação nacional não reflete de maneira integral os compromissos internacionais assumidos, resultando em uma aplicação inconsistente dos direitos indígenas.

Nesse contexto, é imperativo compreender o direito à autodeterminação como intrinsecamente ligado à luta contra as persistentes sequelas do colonialismo. As comunidades indígenas enfrentam desafios decorrentes de uma história marcada por processos coloniais que impactaram profundamente suas terras, recursos e modos de vida tradicionais. Assim, o direito de autodeterminação não apenas representa um instrumento legal, mas também um veículo essencial na busca por justiça e reconhecimento das identidades culturais, línguas e práticas ancestrais desses povos. A compreensão e ação concertada em relação ao direito de autodeterminação tornam-se, assim, elementos fundamentais na construção de sociedades mais justas e inclusivas, onde as riquezas culturais dos povos indígenas são respeitadas e preservadas.

A necessidade de descolonização, porém, vai além do reconhecimento formal e envolve uma autonomia definida a partir dos termos e valores intrínsecos à própria (e cada) comunidade indígena. Refletir sobre o direito de autodeterminação dos povos indígenas, portanto, implica não apenas reconhecer sua importância fundamental, mas também considerar o que representa uma verdadeira transformação desses espaços de exercício de autonomia.

Referências

ABULOF, Uriel, *The Emergence and Evolution of Self-Determination*, in: GRIFFITHS, Ryan D.; PAVKOVIĆ, Aleksandar; RADAN, Peter (Orgs.), *The Routledge handbook of self-determination and secession*, Abingdon; New York: Routledge, 2023.

ALFRED, Gerald R. *Wasa se: indigenous pathways of action and freedom*. Peterborough; Orchard Park: Broadview Press, 2005.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 28 de diciembre de 2021. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>>. Consulta em 10 de outubro de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de

2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Membros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.

COULTHARD, Glen Sean. *Red skin, white masks: rejecting the colonial politics of recognition*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2014.

LAOUTIDES, Costas, *Self-Determination and Decolonization*, in: GRIFFITHS, Ryan D.; PAVKOVIĆ, Aleksandar; RADAN, Peter (Orgs.), *The Routledge handbook of self-determination and secession*, Abingdon; New York: Routledge, 2023.

ONU. Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Informe sobre la marcha del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones. A/HRC/15/35. 23 de agosto de 2010.

SOUZA FILHO, C.F.M. et al. (Org.) *Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

ZIBECHI, Raul. *Territories in resistance: a cartography of latin american social movements*. Oakland: AK Press, 2012.

A TENSÃO ENTRE O DIREITO DE REGULAR E O DIREITO DE INVESTIDORES ESTRANGEIROS NAS ARBITRAGENS DE INVESTIMENTOS

Caio César Ovelheiro Menna Barreto

Resumo

A autodeterminação dos povos é um dos interesses mais fundamentais da comunidade internacional contemporânea. O presente artigo busca examiná-lo sob um prisma pouco estudado: a sua faceta econômica. Nessa perspectiva, o princípio da autodeterminação fundamenta a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais, o direito ao desenvolvimento e o direito de regular as atividades econômicas empreendidas dentro de seus territórios. Este último tem sido invocado de maneira cada vez mais frequente como argumento de defesa de Estados em arbitragens de investimentos, ramo do direito internacional que costuma contrapor de um lado o interesse do Estado receptor de investimentos de estabelecer regras a serem observadas sob sua jurisdição com vistas a proteger o interesse público nacional e, de outro, os interesses dos investidores estrangeiros de terem garantias de segurança para seus investimentos. Nesse cenário, este estudo procura observar o direito de regular como importante manifestação contemporânea do viés econômico do princípio da autodeterminação. Para tanto, estuda-se a interpretação e a aplicação do direito/poder de regular por arbitragens de investimentos.

Introdução

Embora seja possível identificar antecedentes já na Idade Média (SPARKS, 2023, p. 40-63), a noção contemporânea de autodeterminação dos povos começou a ser construída com os ideais iluministas e os movimentos revolucionários do fim do século XVIII, nos Estados Unidos e na França (SPARKS, 2023, p. 63-83; OETER, 2012, p. 317-319; SAUL, 2011, p. 610-612). Ainda assim, o princípio da autodeterminação dos povos somente adquiriu feição jurídica em 1945, com a sua inclusão, por pressão soviética (OETER, 2012, p. 318-319), nos artigos 1(2) e 55 da Carta das Nações Unidas, que se referem ao “princípio da igualdade de direitos [entre as nações] e da autodeterminação dos povos”.

A partir de então, seu desenvolvimento histórico foi muito associado à descolonização formal. Porém, considerando que o princípio da autodeterminação dos povos foi inserido no capítulo da Carta das Nações Unidas que trata da Cooperação Econômica e Social Internacional, além do fato de ele inaugurar os dois Pactos Internacionais de 1966 sobre direitos humanos, resta claro que a autodeterminação possui um papel central no direito internacional contemporâneo que não se restringe apenas à independência dos povos sob dominação colonial.

Nesse contexto, o princípio da autodeterminação possui uma importante vertente econômica, que fundamenta a soberania dos Estados sobre seus recursos natu-

rais, o direito ao desenvolvimento e o direito de regular as atividades econômicas empreendidas dentro de seus territórios. Este último tem sido invocado de maneira cada vez mais frequente como argumento de defesa de Estados em arbitragens de investimentos, ramo do direito internacional que costuma contrapor dois interesses antagônicos: de um lado, o interesse do Estado receptor de investimentos de estabelecer regras a serem observadas sob sua jurisdição com vistas a proteger o interesse público nacional; e, de outro, os interesses dos investidores estrangeiros de terem garantias de segurança para seus investimentos.

Diante disso, o presente artigo se propõe a estudar o direito de regular como manifestação do princípio da autodeterminação dos povos sob o prisma econômico e como tem sido a sua aplicação nas arbitragens de investimento. Para tanto, inicialmente será estudado como o princípio da autodeterminação dos povos se insere no sistema da Carta das Nações Unidas e como ele foi desenvolvido na prática dos órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU), sobretudo pela Assembleia Geral. Em seguida, abordar-se-á como o direito de regular manifesta o viés econômico da autodeterminação. Por fim, será estudada a aplicação do direito de regular e a interpretação quem lhe tem sido dada pelos tribunais de investimentos, com foco especial nas arbitragens realizadas com esteio no sistema do Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimentos – CIRDI (*International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID* – no inglês).

O princípio da autodeterminação dos povos na Carta das Nações Unidas

O princípio da autodeterminação é mencionado duas vezes no texto da Carta das Nações Unidas. O artigo 1º o elenca como um dos objetivos das Nações Unidas, o que lhe confere um caráter programático para a Organização das Nações Unidas (ONU) e seus Estados-membros (OETER, 2012, p. 315). Já o artigo 55, que se insere no Capítulo IX, intitulado *Cooperação Econômica e Social Internacional*, enumera ações a serem adotadas com o fim de se atingir “condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as nações”. Assim, esse dispositivo coloca o princípio da autodeterminação como pressuposto e fundamento para medidas que conduzam todos os Estados ao progresso e ao desenvolvimento econômico e social (OETER, 2012, p. 316).

Com base nas diretrizes estabelecidas na Carta, em 1960, a Assembleia Geral adotou a Resolução 1514 (XV), nomeada *Declaração sobre a Concessão de Independência a Países e Povos Coloniais*. Essa Resolução elevou o princípio à condição de um direito coletivo (OETER, 2012, p. 320) ao afirmar que “todos os povos têm direito à autodeterminação; em virtude desse direito, eles determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Sendo assim, “a sujeição de povos à subjugação, dominação e exploração estrangeira constitui uma negação de direitos humanos fundamentais, é contrária à Carta das Nações Unidas e é um entrave à promoção da paz e da cooperação mundiais”. Dessa forma, a Resolução vinculou o direito dos povos sob dominação colonial à independência ao princípio da autodeterminação. Estabeleceu, ainda, que todos esses povos têm direito à autodeterminação, condenando quaisquer ações armadas e medidas

repressivas dirigidas contra os povos que estivessem em busca de sua independência. O reconhecimento da autodeterminação como um direito de todos os povos foi reafirmado e codificado no artigo 1 comum aos dois Pactos Internacionais de 1966 (OETER, 2012, p. 322).

Em 1970, a Assembleia Geral adotou a Resolução AGNU 2625 (XXV), que desenvolve os objetivos e princípios fixados principalmente nos artigos 1 e 2 da Carta. Sobre o princípio da autodeterminação, a Resolução, além de reiterar aquilo que fora estabelecido na Resolução de 1960, indica também, em seu preâmbulo, que esse princípio “constitui uma contribuição significativa para o direito internacional contemporâneo e a sua aplicação efetiva é de importância fundamental para a promoção de relações amigáveis entre Estados, baseadas no respeito ao princípio da igualdade soberana”. Em seguida, além de reafirmar o direito de todos os povos de definirem seus estatutos políticos e de buscarem seu desenvolvimento econômico, social e cultural sem interferência externa, a Resolução prevê que todos os Estados têm o dever de promover, por meio de ação conjunta ou separada, a realização do princípio da igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos.

Ou seja, o direito à autodeterminação não significa apenas o direito de todos os Estados de determinarem seus estatutos políticos e assegurarem seu desenvolvimento econômico, social e cultural livres de qualquer interferência externa, conforme estabelecido na Resolução 1514 (XV); ele impõe também deveres a todos os Estados de agirem em prol da garantia desse direito. Em outras palavras, a realização plena do direito à autodeterminação exige ações de todos os Estados para assistirem e auxiliarem os povos na busca por sua autodeterminação. Trata-se, portanto, de um direito oponível e exigível *erga omnes*, conforme, inclusive, afirmado pela Corte Internacional de Justiça em 1995 no caso *East Timor* (CIJ, 1995, p. 102, para. 29).

No mesmo sentido, no âmbito de seus trabalhos sobre responsabilidade internacional, a Comissão de Direito Internacional (CDI), órgão vinculado à AGNU que possui a função de codificar e promover o desenvolvimento progressivo do direito internacional, considerou o direito à autodeterminação um *interesse fundamental da comunidade internacional*, propondo, em determinado momento, que uma “grave violação a uma obrigação internacional de importância essencial para a [sua] salvaguarda” constituiria um *crime internacional* (CDI, 1997). Mais recentemente, a CDI concluiu que o direito à autodeterminação é uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*) (CDI, 2022).

Como se pode perceber, o princípio da autodeterminação dos povos sempre esteve bastante associado ao (combate ao) colonialismo. A ênfase quase exclusiva dada na prática da ONU à faceta anticolonialista desse princípio pode conduzir à conclusão equivocada de que ele se resumiria a isso. Como observa Oeter, ao mesmo tempo em que o processo de descolonização permitiu transformar a autodeterminação em um efetivo direito subjetivo de caráter coletivo, ele também suscitou dúvidas sobre se esse princípio teria alguma aplicação além do âmbito anticolonial (OETER, 2012, p. 321).

Ocorre que, se assim fosse, nos dias atuais, o princípio da autodeterminação já não teria nenhuma aplicabilidade prática, haja vista a extinção quase que da totalidade dos territórios sob dominação colonial. Limitar o princípio da autodetermina-

ção dos povos ao processo de descolonização formal vai de encontro ao espírito da Carta das Nações Unidas. Com efeito, o fato de a autodeterminação ser mencionada expressamente no capítulo da Carta que trata da *Cooperação Econômica e Social Internacional* demonstra que, desde a sua gênese, as Nações Unidas não encaravam esse princípio como circunscrito apenas a fundamentar a independência dos povos sob dominação estrangeira. Ainda, a inclusão do direito à autodeterminação no artigo 1 comum aos dois Pactos Internacionais de 1966, sobre direitos humanos, reforça a ideia de uma ampliação do princípio para além de seu caráter exclusivamente político e territorial (OETER, 2012, p. 322). Dessa forma, o direito à autodeterminação não está restrito à independência formal; ele, na realidade, fundamenta o direito à livre escolha do sistema político e econômico de um Estado bem como das práticas sociais e culturais de sua população (GUNTRIP, 2016, p. 844).

Nesse sentido, para além de seu aspecto político tradicional, a doutrina identifica relações do princípio da autodeterminação com outros ramos do direito internacional, como o direito internacional dos direitos humanos (McCORQUODALE, 1994), o direito econômico internacional (BEDJAOUI, 1979; FARMER, 2007; LIENAU, 2020) e o direito ambiental internacional (BOSELDMANN, 1997). Mais especificamente, o princípio da autodeterminação tem sido apontado como fundamento para os direitos das minorias e dos povos indígenas (SPROAT, 2016), o direito ao desenvolvimento econômico (ABDULLAH, 2006), o direito dos Estados de regular as atividades econômicas sob suas jurisdições (GUNTRIP, 2016) e o combate à mudança do clima (FRERE, MULALAP e TANIÉLU, 2020; ROSS, 2019).

Nessa perspectiva, a autodeterminação passa a assumir o caráter de um princípio abrangente (*overarching principle*) do direito internacional contemporâneo que garante, de maneira ampla, o direito à expressão livre e genuína da vontade de todos os povos (CIJ, 1975, p. 32, para. 55), estabelece a necessidade de cooperação econômica e social entre os Estados e justifica a adoção de medidas tendentes a combater as desigualdades entre os diversos povos do mundo. Dessa forma, para além da sua acepção política, relacionada ao direito de todos os povos à independência e à livre escolha de seu sistema político, econômico, social e cultural e à formulação de sua política externa, a autodeterminação possui também um viés econômico e social, referente ao direito de todos os povos atingirem níveis satisfatórios e adequados de desenvolvimento econômico e social, superando, assim, as marcas deixadas por séculos de dominação colonial³⁸.

Parte-se, assim, da premissa de que, com o fim da colonização formal, os novos países, agora independentes, se viram inseridos em um sistema econômico internacional que privilegia os interesses (e o capital) de países desenvolvidos – que, em sua grande maioria, correspondem às antigas potências coloniais – e que acaba por obs-

38 • Segundo Mohammed Bedjaoui, “o direito internacional tradicional ajudou a tornar a independência um fenômeno completamente superficial, debaixo da qual velhas formas de dominação sobrevivem e os impérios econômicos das corporações multinacionais, e as potências que as protegem, prosperam”. E prossegue: “independência política fictícia e subordinação econômica efetiva são, assim, características por excelência do estado de subdesenvolvimento em que o neocolonialismo e o imperialismo tentam manter muitos países do Terceiro Mundo” (BEDJAOUI, 1979, p. 81). O autor argelino conclui, então, que, ao embasar a descolonização e conduzir ao aumento do número de Estados no mundo, o princípio da autodeterminação dos povos deu origem a uma nova comunidade internacional aberta e universal e é por isso esse princípio que deve governar a própria essência dessa nova comunidade internacional aberta e universal (BEDJAOUI, 1979, p. 184-185).

taculizar o crescimento econômico dos países em desenvolvimento. Nesse sentido, no que tange ao direito internacional dos investimentos, os Tratados Bilaterais de Investimentos (TBIs) tendem a priorizar os interesses dos investidores estrangeiros que buscam expandir seus negócios para outros países (em geral, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento), garantindo-lhes direitos que lhes protegem de ações arbitrárias do Estado receptor. Nesse cenário, o chamado direito de regular, enquanto importante manifestação contemporânea do viés econômico do princípio da autodeterminação, vem assumindo grande relevância.

O direito de regular como manifestação do viés econômico do princípio da autodeterminação

Há tempos a doutrina aponta um aspecto econômico no princípio da autodeterminação. Ainda no final do século XX, Antonio Casesse lembrava a relação entre a autodeterminação e a soberania sobre os recursos naturais (CASSESE, 1998, p. 99-100), cristalizada na *Declaração sobre a Soberania Permanente sobre Recursos Naturais*, adotada pela Assembleia Geral em 1962, e posteriormente codificada no artigo 1(2) comum aos dois Pactos Internacionais de 1966. De acordo com esses diplomas normativos, “para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do direito internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência”.

Além da soberania sobre recursos naturais, sob sua vertente econômica e social, o princípio da autodeterminação está associado também ao direito ao desenvolvimento. Nesse sentido, a *Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados*, adotada pela Assembleia Geral em 1974, prevê que as relações econômicas e políticas entre Estados devem ser regidas, entre outros, pelo princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos. Além disso, seu artigo 16 estabelece que “[é] direito e dever de todos os Estados, individual e coletivamente, eliminar o colonialismo, o apartheid, a discriminação racial, o neocolonialismo e todas as formas de agressão, ocupação e dominação estrangeira, bem como suas consequências econômicas e sociais, como um pré-requisito ao desenvolvimento”.

Ademais, a *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*, adotada pela mesma Assembleia Geral em 1986, é clara ao afirmar que “o direito humano ao desenvolvimento também implica a realização plena do direito dos povos à autodeterminação” (artigo 1(2)). Estabelece ainda que todos os Estados devem agir para eliminar violações massivas e flagrantes de direitos humanos dos povos e seres humanos decorrentes, entre outros, do colonialismo e a negativa de reconhecimento do direito fundamental dos povos à autodeterminação (artigo 5).

Há, pois, uma clara relação entre o princípio da autodeterminação dos povos e a soberania. De maneira mais óbvia, essa relação se dá na medida em que o princípio da autodeterminação serviu de fundamento para a emancipação dos povos sob dominação colonial, justificando a sua luta por independência e, conseqüentemente, por soberania. Além disso, em sua vertente econômica, o princípio da autodetermi-

nação estabelece que todos os povos têm direito à *soberania* sobre seus respectivos recursos naturais.

Como materialização dessa soberania sobre os recursos naturais, os Estados definem a forma de exploração desses recursos com vistas à satisfação do interesse público nacional e, em última instância, à busca pelo desenvolvimento econômico e social. Os Estados devem ser livres para decidir se irão explorar seus recursos diretamente por meio de ações estatais, por delegação à iniciativa privada nacional ou, ainda, pela atração de investimentos estrangeiros. Em outras palavras, após cotejar os diversos métodos à sua disposição para exploração desses recursos, o Estado irá livremente escolher aquele que melhor atender os interesses nacionais a fim de atingir o seu pleno desenvolvimento.

A autodeterminação econômica significa, assim, o poder de todos os povos (organizados em Estados soberanos) criarem políticas econômicas independentes para a produção de bens, a garantia de recursos necessários e a (re)distribuição da riqueza (LIENAU, 2020, p. 675). Ou seja, a autodeterminação econômica se manifesta não apenas na soberania sobre os recursos naturais; ela significa também a liberdade e a independência de os Estados estabelecerem regras (econômicas e regulatórias) a serem observadas dentro de seus territórios com o objetivo de assegurar o seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Nesse contexto, emerge o *direito de regular*. Este se refere à prerrogativa de o Estado soberano editar regras sobre as atividades econômicas exercidas em seu território e de adotar medidas coercitivas preventivas e repressivas tendentes a regulamentar essas atividades. A regulação envolve, pois, sempre uma interferência estatal na liberdade privada, seja por meio de limitações às atividades privadas sob pena de sanção (normas de comando e controle) ou de estímulos a determinadas condutas (normas de indução) (BINENBOJM, 2017, p. 152-157). Nesse sentido, a regulação empreendida pelo Estado pode se manifestar de diversas formas, como pela edição de leis ambientais, trabalhistas, tributárias ou econômicas, entre outras, ou pela instituição de incentivos regionais e/ou setoriais com o fim de fomentar ou desestimular determinada atividade econômica. Por isso, o direito de regular está intimamente associado ao poder de polícia em sentido amplo do Estado, estudado no direito administrativo³⁹.

O direito de regular tem ganhado centralidade no direito dos investimentos, sendo certo que este é um ramo do direito econômico internacional que com frequência contrapõe dois interesses antagônicos: de um lado, o interesse do Estado receptor de investimentos de exercer sua soberania e estabelecer regras de conduta a serem observadas sob sua jurisdição com vistas a proteger o interesse público nacional; e, de outro, os interesses dos investidores estrangeiros de terem garantias de segurança para seus investimentos (CASSESE, 1998, p. 100).

Esses interesses contrapostos, por sua vez, têm como base duas visões distintas da soberania estatal. Por um lado, o Estado soberano é livre para criar normas gerais e vinculantes aplicáveis dentro do seu território que devem ser observadas e seguidas por todos aqueles que se encontrem sob sua jurisdição. Isso inclui, sem dúvidas, o

39 • Segundo Rafael Oliveira, poder de polícia em sentido amplo “compreende toda e qualquer atuação estatal restritiva à liberdade e à propriedade que tem por objetivo a satisfação de necessidades coletivas” (OLIVEIRA, 2017, p. 265).

poder do Estado de regular as atividades econômicas empreendidas em seu território. Por outro lado, como corolário do princípio *pacta sunt servanda*, ao assinar e ratificar um TBI, o Estado receptor de investimentos se compromete a observar as regras nele contidas e a respeitar os direitos conferidos a qualquer investidor estrangeiro oriundo do outro Estado contratante. A soberania é, pois, restringida voluntariamente pelo próprio Estado ao assumir um compromisso internacional materializado em um TBI e qualquer medida regulatória subsequente deve observar os limites e os direitos dos investidores estrangeiros estabelecidos no tratado (GUNTRIP, 2016, p. 829-830).

Assim, com base em seu direito de regular, muitas vezes Estados adotam medidas regulatórias sob o pretexto de proteger o interesse público nacional que podem colidir com direitos e interesses de investidores estrangeiros garantidos em compromissos internacionais assumidos em tratados de investimentos. Por exemplo, a edição de uma nova legislação ambiental mais rígida pode acabar por impor novos deveres ou encargos a um investidor estrangeiro – que levava seus investimentos para aquele Estado com base em um TBI –, criando novas condições e potencialmente entraves para o desempenho de suas atividades, o que, em determinado caso concreto, pode violar os direitos que lhe são garantidos pelo tratado. Em situações como essa, é comum que o Estado tenha o dever de indenizar o investidor estrangeiro pelos prejuízos sofridos. Ocorre que, por vezes, os Estados veem esse dever de indenizar como uma limitação à sua soberania na medida em que acaba por restringir o seu direito de regular em favor de interesses privados que frequentemente não estão alinhados com os interesses nacionais (TITI, 2022, p. 84).

Diante desse cenário, controvérsias a respeito da tensão entre o direito de regular dos Estados e os direitos de investidores estrangeiros assegurados em TBIs têm se tornado mais frequentes em tribunais internacionais, com destaque para o CIRDI. As disputas a respeito do direito de regular em arbitragens de investimentos costumam se centrar na discussão sobre se, ao adotar determinada medida regulatória, o Estado tem o dever de indenizar investidores estrangeiros ou não (TITI, 2022, p. 21-22).

O direito de regular na jurisprudência do ICSID

Em *ADC v. Hungary*, embora tenha reconhecido que os Estados têm um *direito inerente* de regular seus negócios internos, o Tribunal concluiu que, ao ratificar um TBI, o Estado se torna obrigado a respeitar os compromissos nele contidos, não podendo adotar medidas que contrariem os seus termos em prejuízo de investidores estrangeiros albergados pelo tratado (CIRDI, 2006, p. 77-78, para. 423; TITI, 2022, p. 19-20).

Dessa forma, os tribunais arbitrais costumam reconhecer, ao menos em abstrato, o poder dos Estados de regular as atividades econômicas sob suas jurisdições. Porém, esse poder deve ser sopesado com os direitos dos investidores estrangeiros, assegurados em tratados de investimentos, sendo certo que o Estado não pode, somente com base no seu poder-direito geral de regulação, ignorar direitos privados convencionalmente estabelecidos.

De maneira geral, as arbitragens de investimentos tendem a dar preferência aos termos dos TBIs em detrimento dos poderes regulatórios dos Estados (GUNTRIP, 2016, p. 830). Nesse sentido, é comum que uma determinada medida regulatória es-

tatal seja reputada como violadora dos termos do tratado, sendo imposto ao Estado o dever de indenizar os investidores estrangeiros.

Apesar disso, é possível encontrar casos em que o tribunal arbitral entendeu que medidas regulatórias não violam direitos de investidores estrangeiros assegurados em tratados de investimento quando forem gerais e não discriminatórias. Nesse sentido, em *Tecmed v. Mexico*, o tribunal afirmou que “o princípio pelo qual o exercício do poder soberano do Estado com base em seu poder de polícia pode causar prejuízo econômico àqueles sujeitos a esse poder enquanto administrador sem dar-lhes direito a qualquer indenização é indiscutível” (CIRDI, 2003, p. 45, para. 119). Da mesma forma, o tribunal em *Philip Morris v. Uruguay* considerou que não há dever de indenizar quando uma medida regulatória estatal for expressão de “regulação não-discriminatória de boa-fé dentro do poder de polícia do Estado”, ainda que tal medida tenha causado danos econômicos (CIRDI, 2016, p. 83-84, para. 294-295), concluindo que, com base no direito internacional geral, medidas não discriminatórias adotadas por um Estado com vistas a proteger um objetivo de bem-estar público legítimo, como saúde, segurança e meio ambiente, são válidas e não dão direito a indenização (CIRDI, 2016, p. 85-86, para. 300-301; TITI, 2022, p. 17).

Frise-se, todavia, que o dever de indenizar somente poderá ser afastado quando o Estado exercer seu direito de regular de boa-fé, de maneira legítima e não discriminatória com base em seu poder de polícia. Se a medida regulatória adotada pelo Estado for arbitrária ou discriminatória, haverá o dever de indenizar (CIRDI, 2011, p. 58, para. 148; TITI, 2022, p. 80). Conforme o tribunal em *Bahgat v. Egypt*, o poder de polícia não dá carta branca para o Estado; as medidas regulatórias estatais, sobretudo aquelas que causem prejuízos a investidores privados, devem observar o devido processo legal e devem ser proporcionais aos riscos que o Estado visa a minimizar ou combater com tal medida (CPA, 2019, p. 58-59, para. 230-232).

Em *Magyar v. Hungary*, o tribunal identificou duas hipóteses em que o dever de indenizar pode ser afastado: (i) quando a medida regulatória tem como objetivo implementar regras vigentes contra atos ilícitos praticados pelo próprio investidor estrangeiro, como a imposição de sanções penais, administrativas ou tributárias; e (ii) quando a medida regulatória objetiva reduzir os riscos que as atividades do investidor podem causar à saúde, ao meio ambiente ou à ordem pública, como o enrijecimento das regras sobre comercialização de tabaco e outras substâncias potencialmente nocivas (CIRDI, 2019, p. 103-104, para. 366).

Diante disso, é possível perceber que, embora tradicionalmente os tribunais arbitrais tendam a dar prevalência aos termos de TBIs, decisões mais recentes vêm abordando a questão do direito de regular com a complexidade que o tema merece. O direito de regular tem sido reconhecido nas arbitragens de investimentos. Entretanto, os tribunais ainda demonstram cautela na sua aplicação de modo a não eximir os Estados do dever de indenizar investidores privados estrangeiros que tenham sido prejudicados por medidas regulatórias arbitrárias ou desproporcionais que contrariam tratados de investimentos.

Nada obstante, a “jurisprudência”⁴⁰ a respeito do tema ainda é errática, não sendo

40 • O termo “jurisprudência” é utilizado aqui fora de seu emprego técnico – para se referir ao conjunto de decisões arbitrais

possível identificar uma uniformidade no que diz respeito aos limites do direito/poder de regular dos Estados face aos direitos dos investidores estrangeiros amparados por TBIs. Por sua própria natureza, o sistema arbitral impede – ou, no mínimo, não estimula – uma maior coesão e uniformidade entre as decisões a respeito do tema, uma vez que não há vinculação formal nem sequer uma necessidade de consistência entre os diferentes casos submetidos ao sistema do CIRDI. Como observado por Gleason e Titi, “a deferência dada ao Estado em controvérsias regulatórias (...) fica à mercê da interpretação discricionária do tribunal que irá julgar a causa” (GLEASON e TITI, 2022, p. 11).

Justamente por conta dessa ausência de uniformidade, alguns TBIs mais modernos já vêm inserindo cláusulas de salvaguarda expressas que excluem o dever de indenizar dos Estados por medidas (legislativas ou administrativas) adotadas com base em seu direito de regular ou que, pelo menos, eliminam a possibilidade de controvérsias a respeito desse direito da apreciação de tribunais internacionais (TITI, 2022, p. 31-63). Com isso, os Estados buscam sanar a insegurança atualmente existente no que diz respeito à extensão e aos limites de seus direitos de regular à luz do direito internacional dos investimentos e do direito internacional geral.

Conclusão

O princípio da autodeterminação é um valor fundamental da comunidade internacional que, apesar de ter tido um desenvolvimento especialmente voltado para o processo de descolonização formal, não está restrito a essa faceta política territorial tradicional. O princípio da autodeterminação deve ser encarado como um princípio abrangente (*overarching principle*) do direito internacional contemporâneo, que garante, de maneira ampla, o direito à expressão livre e genuína da vontade de todos os povos, estabelece a necessidade de cooperação econômica e social entre os Estados e serve de base para a adoção de medidas tendentes a combater as desigualdades entre os diversos povos do mundo.

Em sua vertente econômica, o princípio da autodeterminação representa a liberdade e a independência de os Estados estabelecerem regras (econômicas e regulatórias) a serem observadas dentro de seus territórios com o objetivo de assegurar o seu desenvolvimento econômico, social e cultural. E uma das principais manifestações dessa autodeterminação econômica é o chamado *direito de regular*, que se refere à prerrogativa de o Estado soberano editar regras sobre as atividades econômicas exercidas em seu território e de adotar medidas coercitivas preventivas e repressivas tendentes a regulamentar essas atividades.

Como este artigo buscou demonstrar, a aplicação do direito de regular tem sido inconstante nas arbitragens de investimentos. Embora os tribunais, de maneira geral, reconheçam que os Estados são soberanos para adotar medidas regulatórias com base em seu poder de polícia, essa prerrogativa não os exime automaticamente do dever de indenizar os prejuízos que essas medidas possam eventualmente causar a investidores privados, sobretudo quando esses investidores são estrangeiros e estão

proferidas sob a égide do CIRDI –, haja vista a inexistência de uma doutrina de *stare decisis* na arbitragem internacional.

amparados por tratados de investimentos.

Nesse cenário, a tensão entre direito/poder de regular dos Estados de um lado e direitos e interesses de investidores estrangeiros protegidos por TBIs tende a permanecer sem solução clara e uniforme.

Referências

ABDULLAH, Maya. The Right to Self-Determination in International Law: Scrutinizing the colonial aspect of the right to self-determination. 73 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – School of Economics and Commercial Law, University of Gothenburg, Gotemburgo, 2006.

BEDJAOUI, Mohammed. Towards a new international economic order. Nova York: Holmes & Meier Publishing Inc., 1979.

BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BOSELMANN, Klaus. The Right to Self-Determination and International Environmental Law: An Integrative Approach. New Zealand journal of environmental law. Auckland: New Zealand Centre of Environmental Law, v. 1, nº 1, 1997.

CASSESE, Antonio. Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS DE INVESTIMENTOS. Case No. ARB(AF)/00/2 (Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States), Award, 2003.

_____. Case No. ARB/03/16 (ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited Claimants v. The Republic of Hungary), Award, 2006.

_____. Case No. ARB/07/6 (Señor Tza Yap Shum v. La República del Perú), Laudo, 2011.

_____. Case No. ARB/10/7 (Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), Award, 2016.

_____. Case No. ARB/17/27 (Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft, and Inícia Zrt v. Hungary), Award, 2019.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft Articles on State Responsibility with Commentaries thereto adopted by the International Law Commission on First Reading, January 1997. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_1996.pdf>. Acesso em: 29 set 2023.

_____. Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), with commentaries, 2022. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_14_2022.pdf>. Acesso em: 28 set 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90.

_____. Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. Case No. 2012-07 (Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. The Arab Republic of Egypt), Final Award, 2019.

FARMER, Alice. Towards a Meaningful Rebirth of Economic Self-Determination: Human Rights Realization in Resource-Rich Countries. New York University Journal of Interna-

tional Law and Politics. Nova York: New York University, v. 39, n° 2, 2007.

FRERE, Tekau; MULALAP, Clement Yow; TANIELU, Tearinaki. Climate Change and Challenges to Self-Determination: Case Studies from French Polynesia and the Republic of Kiribati. *The Yale Law Journal Forum*. New Haven: Yale Law School, fev. 2020.

GLEASON, Ted; TITI, Catharine. The Right to Regulate. *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2022/2*. Oslo: University of Oslo, 2022.

GUNTRIP, Edward. Self-Determination and Foreign Direct Investment: Reimagining Sovereignty in International Investment Law. *International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge: Cambridge University Press, v. 65, n° 4, 2016.

LIENAU, Odette. The Multiple Selves of Economic Self-Determination. *The Yale Law Journal Forum*. New Haven: Yale Law School, fev. 2020.

McCORQUODALE, Robert. Self-Determination: A Human Rights Approach. *International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge: Cambridge University Press, v. 43, n° 4, 1994.

OETER, Stefan. Self-Determination. In: SIMMA, Bruno et al. (ed.). *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROSS, Nathan Jon. Low-Lying States, Climate Change-Induced Relocation, and the Collective Right to Self-Determination. 307 f. Tese (Doutorado em Direito) – Victoria University of Wellington, Wellington, 2019.

SAUL, Matthew. The Normative Status of Self-Determination in International Law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of the Right?. *Human Rights Law Review*. Oxford: Oxford University Press, v. 11, n° 4, 2011.

SPARKS, Tom. *Self-Determination in the International Legal System: Whose Claim, to What Right?*. Londres: Hart Publishing, 2023.

SPROAT, D. Kapua’ala. An Indigenous People’s Right to Environmental Self-Determination: Native Hawaiians and the Struggle Against Climate Change Devastation. *Stanford Environmental Law Journal*. Palo Alto: Stanford University, v. 35, n° 2, 2016.

TITI, Catharine. The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited). *Courses of the Summer School on Public International Law*. Moscou: International and Comparative Law Research Center, v. 18, 2022.

AS FORMAS CONTEMPORÂNEAS DE ESCRAVIDÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: DISCUSSÕES DECOLONIAIS SOBRE O CONCEITO DE TRÁFICO DE PESSOAS A PARTIR DO “CASO FAZENDA BRASIL VERDE VERSUS BRASIL”

José Lucas Santos Carvalho

Resumo

O presente artigo analisa, em perspectiva decolonial, a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no julgamento do Caso Fazenda Brasil Verde versus Brasil, quanto à proibição do “tráfico de escravos e do tráfico de mulheres”, prevista no art. 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A partir de investigação jurídico-histórica sobre os tratados internacionais que tratam da proibição do tráfico de pessoas e dos fundamentos da decisão da Corte IDH, compreende-se que a interpretação e a aplicação das normas de direitos humanos precisam considerar o dado de que a América Latina é a região com o mais alto grau de desigualdade no mundo e o sistema jurídico deve atuar para realizar a justiça social, base da democracia, em movimento de descolonização do direito. Nessa perspectiva, a atividade da jurisdição internacional é um relevante instrumento para fortalecer o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Em relação aos aspectos metodológicos, optou-se por uma pesquisa bibliográfico-documental, de abordagem qualitativa, com a técnica de análise de conteúdo.

Introdução

A escravidão é um fenômeno amplamente presente na história das civilizações, um tipo de relação social que existiu em todas as regiões do mundo em todas as épocas (Dorigny; Gainot, 2017) e, na modernidade, apresentou-se sob os horrores das multiformes violências empregadas contra pessoas africanas retiradas à força de África e submetidas a trabalhos forçados, torturas e extermínios sistemáticos, físicos e simbólicos, sendo, hoje, uma “ferida colonial” (Kilomba, 2019) viva na memória social das nações ocidentais. Historicamente, entre os séculos XVI e XVII, o direito internacional serviu de amparo legal para justificar a escravidão e a realização dos negócios em torno do tráfico de pessoas e da escravização. Com as mudanças e os conflitos socioeconômicos, a partir do século XIX, a prática da escravidão perdeu seu status jurídico e passou a ser condenada pelos Estados, em um cenário de domínio das potências colonialistas europeias.

A literatura aponta que tratados internacionais contra o fim do tráfico de escravizados foram seguidos por tratados que também visavam o fim da escravidão, no entanto, os documentos internacionais trataram separadamente o tráfico relacionado à exploração da força de trabalho e o tráfico para outras finalidades, especialmente a exploração sexual e a prostituição (Roman, 2023; Stoyanova, 2017), o que pode evidenciar a existência de motivações diversas para o seu combate. Ao longo do século

XX, diversos tratados internacionais foram celebrados, evidenciando que o tráfico de pessoas não é uma categoria sociológica, mas jurídica, que “nasceu dentro da discursividade da necessidade de policiamento das fronteiras transnacionais” (Venson; Pedro, 2013, p. 63), constituindo-se em práticas datadas e dimensionadas por relações de poder, e não um dado em essência.

Para além dessa dicotomia sobre o tráfico de pessoas, a escravidão adaptou-se às transformações das relações de capital, trabalho e produção ocorridas no sistema capitalismo e continua disseminada pelo mundo (ONU, 2004), inclusive como forma de manutenção de estruturas coloniais. A preocupação da comunidade internacional com esses fenômenos repercutiu em diversos tratados e declarações de direitos que têm sido interpretados pelos Tribunais Internacionais em seus casos concretos. Em 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no julgamento do “Caso Fazenda Brasil Verde versus Brasil”, condenou o Estado brasileiro pela violação do direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, previsto no art. 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Ao estabelecer o conteúdo da proibição da escravidão e do tráfico de pessoas, a Corte IDH utilizou-se da jurisprudência internacional e da interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos, ao considerá-los, na mesma linha do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Nessa perspectiva, a atividade da jurisdição internacional é um dos instrumentos mais relevantes para fortalecer o sistema internacional de proteção dos direitos humanos (Carvalho; Ávila, 2019).

Nesse artigo, centra-se a análise, em perspectiva decolonial (Quijano, 2002; Bucci et. al. 2022; Mantelli, et. al., 2017), da proibição do “tráfico de escravos e do tráfico de mulheres”, constante no mencionado art. 6.1 da CADH. A partir de investigação jurídico-histórica sobre os tratados internacionais que tratam da proibição do tráfico de pessoas e dos fundamentos da decisão da Corte IDH, compreende-se que a interpretação e a aplicação das normas de direitos humanos precisam considerar o dado de que a América Latina é a região com o mais alto grau de desigualdade no mundo e o sistema jurídico deve atuar para realizar a justiça social, base da democracia, em movimento de descolonização do direito internacional.

A presente pesquisa utiliza, no âmbito da vertente teórico-metodológica das ciências sociais aplicadas, a linha jurídico-teórica (Gustin; Dias, 2006), por se aproximar da teoria dos direitos humanos, da filosofia e da hermenêutica jurídica ao estudar conceitos, interpretação e aplicação de normas. Ademais, optou-se por uma pesquisa bibliográfico-documental, de abordagem qualitativa, com a técnica de análise de conteúdo, que trabalha as mensagens contidas na documentação e nas demais fontes pesquisadas, com o objetivo de “[...] evidenciar os indicadores que permitam inferir sobre outra realidade que não a da mensagem” (Bardin, 1995, p. 46).

A Proibição do Tráfico de Pessoas no Direito Internacional

Historicamente, a proibição do tráfico de pessoas no âmbito do direito internacional ocorreu de forma separada entre o tráfico relacionado à exploração da força de trabalho, referido como tráfico de escravos, e o tráfico para outras finalidades,

especialmente a exploração sexual e a prostituição.

O primeiro instrumento internacional a condenar a prática da escravidão foi a Declaração de 1815 relativa a abolição universal do tráfico de escravos, adotada pelo Congresso de Viena em 8 de fevereiro de 1815. Desde o século XIX foram estabelecidos diversos acordos multilaterais e bilaterais dispendo sobre a proibição da prática da escravidão tanto em tempo de guerra como de paz. Estima-se que entre 1815 e 1957 foram estabelecidos 300 acordos relativos à abolição da escravidão, todavia, nenhum foi totalmente efetivo (ONU, 2002).

No século XX, a proibição do tráfico de escravos continuou associada à própria proibição da escravidão. Assim, na primeira Convenção universal a tratar do tema, a Convenção sobre a Escravatura (*Slavery Convention*), adotada em Genebra, em 25 de setembro de 1926, da Liga de Nações, predecessora das Nações Unidas, impôs-se obrigações para os Estados abolirem esta prática “progressivamente logo que possível” (art. 1º).

Para os fins dessa Convenção, o tráfico de escravos compreende o “ato de transportar ou tentar transportar escravos de um país a outro, por qualquer meio de transportes, ou a cumplicidade nesse ato constituirá infração penal segundo a lei dos Estados Partes à Convenção, e as pessoas reconhecidas culpadas de tal informação serão passíveis de penas muito rigorosas.” (art. 3.1). A *Slavery Convention* foi emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, adotada em Genebra, em 7 de setembro de 1956, que repetiu o conceito⁴¹ e ampliou o foco para instituições e práticas análogas à escravidão, nomeando expressamente a servidão por dívidas e a servidão, bem como o casamento forçado de uma mulher em troca de vantagem econômica para seus pais ou terceiros; a entrega, onerosa ou não, de uma mulher casada pelo seu marido, sua família ou seu clã a terceiro; os direitos hereditários sobre uma mulher viúva; a entrega, onerosa ou não, de menor de 18 anos, a terceiro, para exploração (art. 1º).

Além da obrigação dos Estados Partes de estabelecer medidas de natureza administrativa e civil visando modificar as práticas análogas à escravidão, de mulheres e crianças, a Convenção fixou a obrigação de definir como crimes, entre outras, a conduta de transportar ou de tentar transportar escravos de um país a outro, de mutilar ou aplicar castigos, de escravizar alguém ou de incitar alguém a alienar sua liberdade ou de quem esteja sob sua autoridade (art. 3º).

Ademais, os Estados partes ficam obrigados a tomar todas as medidas necessárias para impedir que navios e aeronaves autorizados a arvorar suas bandeiras transportem escravos, bem como para punir os responsáveis por esse ato ou por utilizar o pavilhão nacional para essa finalidade. Os Estados Partes deverão, ainda, tomar as medidas necessárias para que seus portos, seus aeroportos e suas costas não possam servir para o transporte de escravos. Como medida para garantir o objetivo da Convenção, estabeleceu-se que toda pessoa escravizada que se refugiar a bordo de um navio de Estado Parte será livre ipso facto.

41 • Artigo 7º. Para os fins da presente Convenção: [...] 3. “Tráfico de escravos” significa e compreende todo ato de captura, aquisição ou cessão de uma pessoa com a intenção de escravizá-la; todo ato de aquisição de um escravo para vendê-lo ou trocá-lo; todo ato de cessão, por venda ou troca, de uma pessoa adquirida para ser vendida ou trocada, assim como, em geral, todo ato de comércio ou transporte de escravos, seja qual for o meio de transporte empregado. (Liga das Nações, 1956)

Em paralelo, o combate ao tráfico para outras finalidades, especialmente o tráfico para exploração sexual e a prostituição, ocorria com outra ideologia em sua construção. Durante o século XX, a proibição do tráfico de mulheres e de crianças foi objeto de vários tratados internacionais e consolidou-se com a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, de 1949, da Organização das Nações Unidas (ONU) (CORTE IDH, 2016).

O primeiro Acordo internacional para a repressão do tráfico de mulheres brancas, firmado em Paris, em 18 de maio de 1904, possuía como preocupação inicial a proteção das mulheres europeias, principalmente do leste europeu, e das crianças, sem distingui-las. Em seu preâmbulo, os representantes das principais nações ocidentais da época se comprometem a protegê-las do “tráfico de brancas”:

[...] animados do desejo de assegurar quer ás mulheres de maior idade, induzidas ou constrangidas, quer ás de menor idade, virgens ou não, protecção efficaz contra o trafico criminoso conhecido sob o nome de trafico de brancas, resolveram concluir um Accordo para a adopção de medidas capazes de attingir esse fim [...] (Liga das Nações, 1904, p. 1)

A criação da categoria “tráfico de mulheres brancas” traz consigo uma perspectiva racista e de manifestação do patriarcado ao estabelecer certo ideal de pureza das mulheres não racializadas que precisa ser protegida. Verson e Pedro (2013) explicam que as teorias eugenistas e evolucionistas, no século XIX, marcaram a constituição da ciência sexual que tomou a prostituição como objeto do saber médico e entendida enquanto doença e desvio social, ameaça ao corpo, à família, ao casamento, ao trabalho e à propriedade. As ideias sobre tráfico foram engendradas nessa construção acerca da “migração de mulheres sozinhas para o exterior, e sobre a captura e escravização de mulheres para prostituição em terras estrangeiras” (Kempadoo, 2005). Todavia, o Acordo de 1904 não trouxe a definição de tráfico, constou apenas o compromisso de reprimi-lo e de preveni-lo com sanções administrativas.

Após o Acordo de 1904⁴², nas décadas seguintes, foram celebrados tratados que passaram a conceituar tráfico e exploração da prostituição: 1) Convenção Internacional de 4 de maio de 1910, relativa à repressão do tráfico de mulheres brancas; 2) Convenção Internacional de 30 de setembro de 1921 para a repressão do tráfico de mulheres e crianças; 3) Convenção Internacional de 11 de outubro de 1933 relativa à repressão do tráfico de mulheres maiores. Esses tratados foram, posteriormente, modificados pelo Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de outubro de 1947, em Lake Success, Nova Iorque.

A Convenção de 1910 definiu o tráfico e o favorecimento à prostituição como o aliciamento, induzimento ou descaminho, ainda que com seu consentimento, de mulher casada ou solteira menor, para a prostituição. No caso de mulher casada ou

42 • Em suas investigações, Verson e Pedro (2013) encontraram referências a um instrumento inglês de 1885, o Criminal Law Amendment Act, que mencionava o tráfico de mulheres para prostituição, mas que não se constituía como uma norma específica sobre a questão.

solteira maior, a conduta só deveria ser punida se aquelas condutas tivessem sido praticadas “com fraude ou por meio de violências, ameaças, abuso de autoridade ou qualquer outro meio de constrangimento”. Era permitido, porém, aos Estados Partes dar a mesma proteção à mulher casada ou solteira maior, independentemente da fraude ou constrangimento. A maioria ocorria aos 20 anos. A Convenção de 1921 alterou o art. 1º para incluir “crianças de um e do outro sexo” e aumentou a maioria para 21 anos completos. A regra geral era de que o consentimento de mulheres casadas ou solteiras maiores excluía a infração (Castilho, 2007, p. 11).

A Convenção de 1933 modificou a orientação em relação ao consentimento e previu em seu artigo 1º, §1º que: “Quem quer que, para satisfazer as paixões de outrem, tenha aliciado, atraído ou desencaminhado, ainda que com o seu consentimento, uma mulher ou solteira maior, com fins de libertinagem em outro país, deve ser punido, mesmo quando os vários atos, que são os elementos constitutivos da infração, forem praticados em países diferentes.”

Os Protocolos de Emenda ao Acordo de 1904 e às Convenções de 1910, 1921 e 1933, aprovados pela ONU em 1947 e 1948, mantiveram a orientação sobre o tráfico independente do consentimento. Nesses tratados, o elemento-chave da proibição da exploração da prostituição e do tráfico de pessoas para esse fim é o “consentimento”, discussão que permeia todos os tratados internacionais na matéria.

Castilho (2007) explica que essa sucessão normativo-histórica pode ser dividida em duas fases, marcadas pela Convenção de 1949, que estabeleceu um novo tratamento ao tema. Na primeira fase, referente às Convenções tratadas anteriormente, a prostituição era considerada um atentado à moral e aos bons costumes. A segunda fase, a partir da Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, firmada em Lake Success, Nova Iorque, em 1949, passou-se a valorizar a dignidade e o valor do ser humano como bens afetados pelo tráfico, o qual põe em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade. A partir de então, a vítima pode ser qualquer pessoa, independentemente de sexo e idade.

A Convenção de 1949, expressamente, anulou e substituiu as normas anteriores (art. 28). De acordo com o seu art. 1º, as partes se comprometem em punir toda pessoa que, para satisfazer às paixões de outrem, “aliciar, induzir ou descaminhar, para fins de prostituição, outra pessoa, ainda que com seu consentimento”, bem como “explorar a prostituição de outra pessoa, ainda que com seu consentimento”. Acordou-se também a punição a toda pessoa que “Mantiver, dirigir ou, conscientemente, financiar uma casa de prostituição ou contribuir para esse financiamento.” e “Conscientemente, der ou tomar de aluguel, total ou parcialmente, um imóvel ou outro local, para fins de prostituição de outrem.” (art. 2º). A Convenção orientou, ainda, a punição da tentativa e dos atos preparatórios com o fim de cometer as referidas infrações (art. 3º).

Ao longo das décadas seguintes, a Convenção de 1949 passou a ser duramente criticada por ignorar outras formas de tráfico, como o destinado ao trabalho doméstico, as noivas por correspondência, os trabalhos na indústria têxtil e na agricultura, além de não considerar tráfico dentro de um mesmo país e as crueldades em outros trabalhos (Venson; Pedro, 2013). Nesse cenário, em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), estabeleceu a obrigação de os Estados Partes tomarem medidas apropriadas para suprimir todas

as formas de tráfico e de exploração da prostituição de mulheres (art. 6º). Idêntica preocupação também apareceu na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada em 1989, em que insta os países a tomarem providências para proteger a criança do trabalho suscetível de ser perigoso à sua saúde, à sua educação ou ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social (art. 32), proteger a criança contra todas as formas de exploração sexual e abuso, incluindo a prostituição e o envolvimento em pornografia (art. 34), bem como tomar todas as medidas necessárias para evitar a venda, o tráfico e o sequestro de crianças (art. 35).

Venson e Pedro (2013, p. 72) afirmam que os debates internacionais sobre o tráfico de mulheres ampliaram-se na agenda internacional em meados da década de 1980, “em meio a uma nova onda de campanhas feministas e discussões sobre prostituição infantil, pornografia e turismo sexual”, demonstrando a inefetividade dos tratados internacionais sobre a temática e a necessidade de ampliar a discussão sobre as condições de vida e de trabalho em que as mulheres poderiam se encontrar. A década de 1990 também foi marcada por intensos debates em torno da questão do “tráfico de mulheres” e que resultaram no entendimento atual de tráfico de pessoas⁴³.

Sobre esse período, Castilho (2007) enumera conjunto de ações das Nações Unidas, tais como: 1) Programa de Ação para a Prevenção da Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, em 1992; 2) Declaração e Programa de Ação de Viena que salientaram a importância da “eliminação de todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres”, em 1993; 3) Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 1994, que definiu o tráfico como o movimento ilícito ou clandestino de pessoas através das fronteiras nacionais e internacionais, principalmente de países em desenvolvimento e de alguns países com economias em transição, com o fim de forçar mulheres e crianças a situações de opressão e exploração sexual ou econômica, em benefício de proxenetas, traficantes e organizações criminosas, assim como outras atividades ilícitas relacionadas com o tráfico de mulheres, por exemplo, o trabalho doméstico forçado, os casamentos falsos, os empregos clandestinos e as adoções fraudulentas; 4) Programa de Ação da Comissão de Direitos Humanos para a Prevenção do Tráfico de Pessoas e a Exploração da Prostituição, em 1996.

Em 1998, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI), foi o primeiro tratado que aproximou os conceitos de tráfico de pessoas e de escravidão. O art. 7º, 1, “c”, previu a escravidão como crime contra a humanidade e incluiu o tráfico de pessoas em sua descrição, definindo-a como “o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças” (art. 7º, 2, “c”). O art. 7º, 1, “g”, e o art. 8º, 2, “b”, XXII, incluíram a escravidão sexual e a prostituição forçada como crimes contra a humanidade e crimes de guerra, respectivamente, sujeitos à jurisdição do TPI.

43 • Kamala Kempadoo (2005) explica que as mudanças substanciais no entendimento global sobre o tráfico de pessoas foram fortemente influenciadas por dois discursos feministas claramente diferentes, o feminismo radical e o feminismo transnacional. Em suas pesquisas, a autora ressalta que a atual agenda de guerra ao tráfico possui complexas nuances, que precisam ser discutidas com a participação de todos, diante das consequências problemáticas para comunidades pobres ao redor do mundo, e suas implicações em termos de raça e de gênero. Neste artigo, não se abordará os debates em torno dessas definições por não fazer parte dos objetivos da pesquisa. Sobre o tema: Kempadoo (2005); Venson; Pedro (2013); Piscitelli (2008).

A terceira fase do controle jurídico internacional em matéria de tráfico e de prostituição iniciou-se em 2000, com o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecido como “Protocolo de Palermo”. Nessa nova fase, as vítimas são os seres humanos, mantida a preocupação especial com mulheres e crianças. A definição de tráfico de seres humanos encontra-se no artigo 3º:

- a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;*
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);*
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo [...]*

Se os tratados anteriores colocavam a vítima numa posição ambígua, como se fossem criminosas (Castilho, 2007), com o Protocolo de Palermo buscou-se garantir o tratamento de vítimas de graves abusos, estabelecendo aos Estados-membros o dever de assistência e de criação de mecanismos de denúncia. O conceito da finalidade do tráfico também foi ampliado para todos os casos que objetivam fins ilícitos e não apenas a exploração do trabalho e a prostituição, conforme estabeleciam as convenções anteriores.

Contudo, há críticas no sentido de que a definição foi pensada em um contexto de preocupações com o controle de fronteiras nacionais (Verson; Pedro, 2013), pois o Protocolo foi negociado durante uma assembleia geral da ONU promovida para discutir formas de combater o crime organizado transnacional, em que foram deliberados três tratados adicionais específicos: um sobre tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças; outro sobre contrabando de pessoas, para lidar com pessoas que atravessam fronteiras nacionais sem documentação; e outro sobre tráfico de armas e munição. Assim, a preocupação com a proteção das vítimas não é o foco central de suas normas.

Formas Contemporâneas de Escravidão: a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no “Caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil” sobre a escravidão e o tráfico de pessoas

Em 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) julgou o

“Caso Fazenda Brasil Verde vs. República Federativa do Brasil” e condenou o Brasil pela violação do direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, previsto no art. 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em prejuízo dos 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000 na Fazenda Brasil Verde, no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica desses trabalhadores.

Textualmente, a Convenção distingue o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres, ao prever, em seu artigo 6.1, que “Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as formas” (CADH, 1969), além disso, não faz a definição material desses direitos, inexistindo, em âmbito americano, outros instrumentos que tratem especificamente da matéria. Nesse cenário, a Corte utilizou-se dos tratados e da jurisprudência internacional para atualizar os conceitos sobre a matéria e delimitar o alcance do artigo 6.1 da CADH.

Na definição do conteúdo material do direito a não ser submetido ao tráfico de pessoas, a Corte IDH apresentou a definição prevista no artigo 3º do Protocolo de Palermo e as obrigações estatais sobre a proibição do tráfico de seres humanos (art. 4º do Protocolo), e fundamentou-se no Caso Rantsev *versus* Chipre e Rússia, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Nesse julgamento, ocorrido no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu afirmou que, apesar de não haver previsão expressa na Convenção Europeia de Direitos do Homem, a definição de tráfico de pessoas do Protocolo de Palermo está incluída na proibição da escravidão, servidão e trabalho forçado do artigo 4º⁴⁴ da Convenção. Segundo o Tribunal, o tráfico de seres humanos, pela sua própria natureza e finalidade de exploração, se baseia no exercício dos poderes inerentes ao direito de propriedade⁴⁵.

Essa identificação da escravidão e do tráfico de pessoas, também foi mencionada por vários Mecanismos Especiais das Nações Unidas vinculados ao tema, citados na sentença interamericana⁴⁶. Desse modo, concluiu que a finalidade do tráfico de escravos e de mulheres é a exploração do ser humano, portanto, a interpretação do artigo 6.1 da CADH não pode se limitar à proteção conferida por esse artigo unicamente às mulheres ou aos chamados “escravos”, sob a ótica da interpretação mais favorável ao ser humano e do princípio pro personae. Assim, a proibição contida no referido artigo 6.1 refere-se a:

44 • Convenção Europeia de Direitos do Homem, artigo 4: Proibição da escravatura e do trabalho forçado 1. Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão. 2. Ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório [...]

45 • “The Court considers that trafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership. It treats human beings as commodities to be bought and sold and put to forced labour, often for little or no payment, usually in the sex industry but also elsewhere [...]. It implies close surveillance of the activities of victims, whose movements are often circumscribed [...]. It involves the use of violence and threats against victims, who live and work under poor conditions.” (Corte Europeia de Direitos Humanos, 2010, p. 68)

46 • O Grupo de Trabalho sobre Formas Contemporâneas de Escravidão declarou que o tráfico de mulheres e de crianças para fins de exploração é uma forma contemporânea de escravidão e que os tratados internacionais contra a escravidão incluem o tráfico. Em 2009, a Relatora Especial sobre Formas Contemporâneas de Escravidão, suas Causas e Consequências, afirmou que o tráfico de pessoas no contexto de servidão (bonded labour) e de pagamentos antecipados seria uma forma de escravidão através da qual o traficante está em uma posição dominante (CORTE IDH, 2016).

- i) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas;
- ii) Recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à uma situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios, para obter o consentimento de uma pessoa a fim de que se tenha autoridade sobre ela. Para os menores de 18 anos estes requisitos não são condição necessária para a caracterização de tráfico;
- iii) Com qualquer fim de exploração. (Corte IDH, 2016, p. 76)

Na atual fase de desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Convenção Americana protege “as ‘pessoas’ traficadas para submissão a várias formas de exploração sem o seu consentimento” (2016, p. 76), pois o elemento vinculante das proibições de tráfico de escravos e de mulheres é o mesmo, qual seja, o controle exercido pelos perpetradores sobre as vítimas durante o transporte ou traslado com fins de exploração. E, na linha dos debates especializados na temática, a Corte consolidou que o termo “escravidão” envolve, atualmente, uma série de violações de direitos humanos em que o controle da autonomia do indivíduo é determinante para a sua completa vulnerabilidade, dentre elas, o tráfico de pessoas.

Perspectivas Decoloniais sobre a Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Conceituação das Formas Contemporâneas de Escravidão

No julgamento do Caso Fazenda Brasil Verde, a Corte IDH (2016), na mesma linha do TEDH, afirmou que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Além disso, considerou que, de acordo com o artigo 29, “b”, da CADH, e das regras gerais de interpretação dos tratados estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a Convenção Americana pode ser interpretada em relação a outros instrumentos internacionais.

Apesar do consenso internacional acerca da proibição da escravidão e as suas formas análogas, considerada norma imperativa do direito internacional, *jus cogens*, e de obrigação *erga omnes*, sendo imposto aos Estados quando, “tomam conhecimento de um ato constitutivo de escravidão, servidão ou tráfico de pessoas, nos termos do disposto no artigo 6 da Convenção Americana, devem iniciar *ex officio* a investigação pertinente” (2016, p. 93) (parágrafo 362 da sentença sobre o dever de devida diligência), as variadas formas contemporâneas de escravidão ainda não são objeto desse mesmo consenso. Diante disso, a jurisprudência internacional assume relevante papel na atualização dos conceitos previstos nos tratados e de sua adequação à realidade atual.

Segundo o Global Slavery Index 2023 (Walk Free, 2023), estima-se que, em 2021, 50 milhões de pessoas viviam em situação de “escravidão moderna”, um aumento de 10 milhões de pessoas em relação ao ano de 2016. No conceito da *Walk Free*, a escravidão moderna possui formas e nomenclaturas diversas, e, essencialmente, refere-se

a situações de exploração que incluem trabalho forçado, casamento forçado ou servil, servidão por dívida, exploração sexual forçada, tráfico de seres humanos, práticas análogas à escravidão e venda e exploração de crianças.

Bales (2012), ao analisar o fenômeno da escravidão contemporânea em todos os continentes, afirma que os elementos comuns são a vulnerabilidade da vítima e a capacidade de reinvenção do sistema capitalista, que torna a vida descartável com a maximização da renda para eliminação dos custos de produção, que revela maior lucratividade em comparação com a antiga escravidão. Se esta, apesar de ter sido legalmente permitida, possuía alto custo e lucros baixos, bem como apresentava dificuldades para no processo de captura e sequestro das pessoas escravizadas, a escravidão contemporânea tem baixo custo de recrutamento e maior lucro em razão da rotatividade, ao considerar os indivíduos como descartáveis devido ao grande contingente de pessoas desempregadas e em situação de miserabilidade. Interpreta-se, assim, que a escravidão é parte integrante da economia capitalista mundial, a revelar “a arraigada assimetria, desigualdade e tensão entre histórias locais particulares e as diferentes, porém unificadas extensões espaciais e ritmos dos processos econômicos mundiais” (Tomich, 2011, p. 17).

Segundo Quijano (2002), as marcas da colonização não foram apagadas na contemporaneidade, elas estão presentes na colonialidade do poder, isto é, um padrão de dominação global próprio do sistema-mundo moderno/capitalista que divide o planeta em norte/sul de maneira desigual na distribuição de riquezas, acessos a direitos e vida digna, estabelecendo a forma como o trabalho, o conhecimento, o sexo, a autoridade coletiva, a subjetividade e as relações intersubjetivas se articulam entre si no capitalismo mundial. Se a retórica da modernidade possibilitou o tráfico de pessoas do continente africano para escravização, além da exploração dos povos originários da América, a perpetuação, na contemporaneidade, da lógica da exploração violenta da vida humana, revela as marcas da colonialidade no presente.

Analisando-se os dados do *Counter Trafficking Data Collaborative* (CTDC), banco de dados colaborativo e global sobre o tráfico de pessoas (2021), verifica-se que a maioria dos países “de destino” são supostamente os países ocidentais pós-industriais, considerado o norte global, enquanto as nações mais pobres são os locais de origem da ampla maioria das vítimas de tráfico, caracterizadas por altos índices de desemprego estrutural e de concentração de renda. O cenário, portanto, demanda que a abordagem global de combate às formas contemporâneas de escravidão seja gerada a partir da perspectiva de justiça social e de direitos humanos.

Nesse sentido, Moreira (2016) explica que o discurso jurídico pode ser compreendido como uma forma de narrativa que nos permite identificar as ideologias que estruturam argumentos utilizados por todos aqueles que participam de um processo judicial. Esses embates jurídicos refletem-se na sociedade, com consequências diretas na vida dos sujeitos, estabelecendo projetos e visões de mundo. Para o autor, a validade do discurso jurídico deve ser medida a partir do potencial que ele tem na promoção da justiça social ou não.

A manutenção das condições colonizadas da epistemologia e do discurso jurídico contribuem para a continuação de estruturas de desigualdade e de exploração, agindo enquanto “mecanismo colonial” (Mantelli et al., 2021) que inviabiliza pers-

pectivas de hermenêutica e de aplicação do direito de sujeitos que estão à margem da força política e decisória. Assim, o enfrentamento do sistema colonial envolve a participação dos atores do sistema de justiça interno e internacional, como a Corte Interamericana que, a partir de sua jurisprudência, pode contribuir para a construção de um pensamento decolonial.

Bucci *et. al.* (2022, p. 24), em análise sobre a decolonialidade na Corte IDH em casos de proteção dos direitos das mulheres, afirmam que, ainda que não mencione diretamente ou expressamente termos como “decolonial” ou “decolonialidade”, ao destacar o caráter de *jus cogens* atribuído aos princípios da igualdade e não discriminação, e ao abordar a interseccionalidade para compreender os reflexos da discriminação estrutural na vida das mulheres do continente americano, 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” e contribui para a “desconstrução dos resquícios do pensamento colonial aplicado às mulheres” (p. 19), ampliando a proteção dos direitos das mulheres.

Conforme afirmou o Juiz Eduardo Ferrer MacGregor Poisot (2016, p. 32), em seu voto no Caso Fazenda Brasil Verde, “a escravidão, em suas formas análogas e contemporâneas, tem origem e consequência na pobreza, na desigualdade e na exclusão social, repercutindo nas democracias substantivas dos países da região”. Portanto, a interpretação e a aplicação das normas de direitos humanos precisam considerar o dado de que a América Latina é a região com o mais alto grau de desigualdade no mundo e o sistema jurídico deve atuar para realizar a justiça social, base da democracia, em movimento de descolonização do direito.

Considerações Finais

A atuação dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos demanda protagonismo diante da necessidade de se analisar conceitos que estejam em coerência com as demandas da sociedade internacional e, no caso da escravidão – incluindo o tráfico de pessoas, na perspectiva dos fenômenos sociais contemporâneos –, o seu trabalho interpretativo exige a atenção ao avanço do Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao princípio *pro personae*.

Em sua atuação jurisdicional, a Corte IDH tem visibilizado problemas estruturais da sociedade latino-americana, que afetam diretamente a democracia e a efetividade dos direitos humanos. Na sentença do Caso Fazenda Brasil Verde, o Tribunal reconheceu a discriminação estrutural histórica da sociedade brasileira, em razão da posição econômica das vítimas, os trabalhadores submetidos à escravidão, e estabeleceu conteúdo às normas jurídicas em consonância com a promoção da justiça social, ao adotar interpretação mais protetiva às vítimas e de acordo com a jurisprudência internacional e as discussões sobre a matéria. Configura-se, assim, verdadeiro movimento de descolonização do direito internacional.

Referências

BALES, Kevin. Disposable People: new slavery in the global economy. 3. ed. Berkeley: University of California Press, 2012.

BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1995.

BUCCI, Daniela; SIMINI, Danilo Garnica; PERES, Bruna Lopes. A contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o pensamento pós-colonial e o direito das mulheres. In: FILHO, Aldo Nunes; RODRIGUES, Mônica Nogueira; GIANNINI, Luisa (Org.). Tribunais internacionais e decolonização. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Internacional, 2022.

CARVALHO, José Lucas Santos; ÁVILA, Flávia de. O Conceito de Trabalho Escravo Contemporâneo para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Direitos humanos fundamentais: 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 20 anos do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as mudanças na aplicação do direito no Brasil: coletânea de artigos – Brasília: MPF, 2019.

CASTILHO, Ela. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Política Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Brasília, 2007. https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_enfrentamento_trafico_pessoas.pdf

COUNTER TRAFFICKING DATA COLLABORATIVE. Counter Trafficking Data Collaborative Global Hub on Human Trafficking. Disponível em: <<https://www.ctdatacollaborative.org/>>. Acesso em: 20 out. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Rantsev vs. Chipre e Rússia. Julgado em 7 de jan. 2010. Disponível em: https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/case-law/2010/case_of_rantsev_v__cyprus_and_russia_application_no._2596504.html/Rantsev_vs._Cyprus_and_Russia.pdf. Acesso em: 10 nov. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 22 abril 2023.

DORIGNY, Marcel; GAINOT, Bernard. Atlas das escravidões. Da Antiguidade até nossos dias. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KEMPADOO, Kamala. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres (Shifting the debate on the traffic of women). Cadernos Pagu, Campinas, n. 25, jul-dez, 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/cpa/a/JpswpnsvLZfWZWFycvwyFPD/?format=pdf&lang=pt->>. Acesso em: 18 nov. 2023.

KILOMBA, Grada. Memórias da plantação. Episódios de racismo cotidiano. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

LIGA DAS NAÇÕES. Convenção Internacional Relativa à Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, firmada em Genebra, a 11 de outubro de 1933. Disponível em: <http://mail.nepp-dh.ufrj.br/sociedade_nacoes3.html>. Acesso em: 18 nov. 2023.

LIGA DAS NAÇÕES. Acordo para Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas. Disponível em: <<https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/7714>>. Acesso em: 5 nov. 2023.

MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira et. al. Confluir para descolonizar: aportes afro dias-

póricos e ameríndios para a crítica do direito. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 8, p. 380-424, 2021.

MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. *Revista Direito e Práxis*, v. 08, n° 2, p. 830-868, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/21460>>. Acesso em: 30 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Abolishing slavery and its contemporary forms. Nova York: ONU, 2002. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/slaveryen.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Trabalho Escravo. Brasília, abr. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/position-paper-trabalho-escravo.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Sobre a Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58563.html>. Acesso em: 30 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 jan. 2023.

PISCITELLI, Adriana. Entre as “máfias” e a “ajuda”: a construção de conhecimento sobre tráfico de pessoas, Dossiê: Gênero no Tráfico de Pessoas, Caderno Pagu, Campinas, n° 31, dez., 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/cpa/a/3S3KVXPNd88BwYjzP6cXdPd/?lang=pt>>. Acesso em: 18 nov. 2023.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. *Novos Rumos*, 2002, n. 37. Disponível em: <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/novosrumos/article/view/2192/1812>>. Acesso em: 15 out. 2023.

ROMAN, Ana Carolina. Escravidão e Tráfico de pessoas no Direito Internacional de DH: o que aprender com o Caso Fazenda Brasil Verde. In: FIGUEIRA, Ricardo Rezende; et. al.. *Trabalho Escravo Contemporâneo: fenômeno global, perspectivas acadêmicas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2023.

STOYANOVA, Vladislava. *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, Cambridge University Press, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2876259>. Acesso em: 18 nov. 2023.

TOMIC, Dale W. *Pelo Prisma da Escravidão: Trabalho, Capital e Economia Mundial*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2011.

VENSON, Anamaria Marcon; PEDRO, Joana Maria. Tráfico de pessoas: uma história do conceito. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 33, n° 65, p. 61-83, 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbh/a/MgZq9J5tCzs7ZXkDy5H68Wm/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 18 out. 2023.

WALK FREE. *The Global Slavery Index 2023*. Disponível em: <<https://www.walkfree.org/global-slavery-index/>>. Acesso em: 18 nov. 2023.

A SUPERAÇÃO DA IMUNIDADE ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO DIANTE DA PRÁTICA DE GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS: A POSIÇÃO BRASILEIRA

Thiago dos Santos Almeida
Sibele Walkíria Lopes

Resumo

A imunidade de jurisdição refere-se à proteção legal que impede que certas entidades ou indivíduos sejam processados em determinadas jurisdições. Isso significa que certos governos, organizações internacionais, representantes diplomáticos e outros assuntos específicos podem ser isentos da jurisdição de certos tribunais ou autoridades judiciais e visa proteger a soberania dos Estados e promover relações diplomáticas. As imunidades dividem-se entre atos de gestão e de império. Os atos de império são considerados absolutamente imunes de jurisdição estrangeira em razão de exprimir o exercício absoluto da soberania dos Estados. Apesar disso, as imunidades de jurisdição são normas costumeiras de Direito Internacional e devem submeter-se a norma hierarquicamente superior. Logo, quando o ato de império viola norma imperativa ela reveste-se de crime internacional e, portanto, não estão protegidos pela imunidade de jurisdição. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal do Brasil firmou a tese que os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos, dentro do território nacional, não gozam de imunidade de jurisdição.

Introdução

Em 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao decidir sobre o tema nº 944, superou o entendimento acerca da imunidade absoluta de jurisdição dos Estados, relativizando esse instituto jurídico quando o caso versar sobre atos que geraram graves violações a direitos humanos.

O caso em comento tratava sobre os atos praticados pelo Reich Alemão contra um pequenino barco pesqueiro brasileiro, as vítimas alegavam que os atos praticados pelo odioso Estado Nazista não estariam imunes de jurisdição enquanto a República Federal Alemã, mesmo reconhecendo a sua responsabilidade, alegava que os atos estariam cobertos pela imunidade absoluta de jurisdição em razão de se tratar de atos de império.

Apesar da decisão do STF ser relativamente nova, o tema não é tão recente. Podem ser localizadas decisões desde a Corte Permanente de Justiça Internacional até decisões da Corte Internacional de Justiça sobre o tema.

Assim, apesar de minoritário nos Tribunais Internacionais, o tema vem sendo controvertido e, por vezes, provido pelos tribunais nacionais, demonstrando uma grave controvérsia entre as jurisdições nacionais e internacionais sobre o tema.

Diante deste cenário, podemos apontar, para além da visão de controvérsia judicial uma certa tendência de emancipação do Direito Internacional de suas raízes

estritamente europeias⁴⁷.

O presente artigo visa justificar-se principalmente sobre três enfoques: (a) a grave controvérsia que pode ser estabelecida entre a jurisdição nacional e internacional; (b) o valor entre o instituto das imunidades de jurisdição no Direito de forma geral e (c) a disrupção da matriz soberanista eurocêntrica.

Observando a problemática a partir do seguinte questionamento: A imunidade absoluta de jurisdição prevalece sobre os atos de império mesmo diante de graves violações de Direitos Humanos?

O primeiro tópico vai tratar das imunidades de jurisdição a partir de uma contextualização histórica, apontando para o que poderia ser uma relativização das imunidades dentro de um contexto ainda colonialista.

Na sequência serão abordadas algumas das decisões judiciais de Cortes Internacionais, em especial da Corte Internacional de Justiça, que versaram sobre as imunidades de jurisdição diante de violações de direitos humanos com enfoque nos casos *Alemanha v. Itália*.

Por fim, o será apreciado o Recurso Extraordinário com Agravo nº 954858/RJ, *leading case* do Tema de Repercussão Geral nº 944 e o seu enfoque disruptivo da imunidade absoluta de jurisdição diante de atos de império severamente violadores de Direitos Humanos.

Através do método dedutivo a metodologia utilizada será essencialmente bibliográfica, a partir da doutrina nacional, seguindo para doutrina internacional, além de sustentar-se no estudo de casos dos Tribunais Internacionais, especialmente a Corte Internacional de Justiça e dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal.

As imunidades estatais de jurisdição: uma abordagem histórico-conceitual a partir de uma visão decolonialista

As imunidades estatais decorrem do costume elementar de paridade e soberania entre os Estados consubstanciado no princípio de “*par in parem non habet imperium*” e subdividem-se em imunidades de jurisdição e de execução. Em linhas gerais a imunidade de jurisdição prescreve exatamente a impossibilidade de um Estado não se submeter a jurisdição de outro.

Para DOLINGER e TIBÚRCIO (2020), a imunidade de jurisdição, por decorrer do Princípio Soberano dos Estados (DUMBAR, 1971), era sempre interpretada de maneira absoluta, contudo, em razão das relações comerciais dos Estados, este princípio passou a ser relativizado. Este movimento de relativização foi encabeçado pela Bélgica em 1878 e endossado na sequência por França, Alemanha, Itália e Suíça.

Em 1812, a Suprema Corte Americana no caso *Schooner Exchange v. McFaddon* afirmou o costume da imunidade absoluta de jurisdição no caso que envolvia um barco

47 • La descolonialidad no consiste en un nuevo universal que se presenta como el verdadero, superando todos los previamente existentes; se trata más bien de otra opción. Presentándose como una opción, lo decolonial abre un nuevo modo de pensar que se desvincula de las cronologías construidas por las nuevas epistemes o paradigmas (moderno, posmoderno, altermoderno, ciencia newtoniana, teoría cuántica, teoría de la relatividad, etc.). No es que las epistemes y los paradigmas resulten ajenos al pensamiento decolonial. No podrían serlo; pero han dejado de ser la referencia de legitimidad epistémica. (MIGNOLO, 2014, p..24-25)

de propriedade do Estado Francês. A embarcação saiu da Filadélfia com destino a Espanha, sendo capturado por Napoleão Bonaparte, que a transformou em embarcação militar. A posteriori, o barco retornou à Filadélfia para reparos e seus antigos proprietários reclamaram a embarcação judicialmente. O caso foi decidido definitivamente na Suprema Corte que reafirmou a posição absolutista de jurisdição, negando a ação dos antigos proprietários em favor do Imperador Francês (EUA, 1812).

Existem registros desde 1820, de que as Cortes Inglesas passaram a se debruçar sobre o tema das imunidades, decidindo em conformidade com a posição de imunidade absoluta. São os precedentes: *The Prins Frederik* de 1820; *The Duke of Brunswick v. The King of Hanover* de 1848; *De Haber v. The Queen of Portugal* de 1852 (SINCLAIR, 1980). A primeira dissonância britânica pode ser observada no caso *The Charkieh* de 1873, no qual a Corte Inglesa nega a imunidade de jurisdição ao Quênia do Egito, por entender, dentro outros argumentos, que ele não seria um soberano. Apesar disso nos casos *The Parlement Belge* de 1880 e *The Porto Alexandre* de 1920 ainda mantinham a posição absoluta de imunidade (FOX, 2010).

Apesar da posição firme da jurisprudência britânica sobre a matéria, na Bélgica era possível observar uma firme jurisprudência no sentido contrário. Desde 1840, a Procuradoria-Geral Belga já trazia a relativização das imunidades com a célebre dicotomia entre atos de império e atos de gestão⁴⁸.

Nos casos *Etat du Perou v. Kreglinger*, de 1857; *Peruvian Loans*, de 1877; *Rau, Vanden Abeele et Cie v. Duruty*, de 1878; e *Peruvian Guano Co v Dreyfus*, de 1881 a Bélgica inaugurou a relativização de imunidade de jurisdição lançando a distinção de atos de império e de gestão (ONU, 1991). Todos os casos de relativização contrários a um Estado latino-americano.

Em todos estes casos belgas a imunidade foi afastada em razão dos estados estarem agindo como se fossem particulares, negociadores. Os casos belgas de 1857, 1877 e 1881 foram todos decididos em desfavor do Estado Peruano onde a imunidade de jurisdição foi relativizada ainda que a empresa que estava envolvida no litígio fosse uma empresa estatal (*Peruvian Guano Co*).

O que nos chama a atenção é que a unicidade da imunidade absoluta de jurisdição aparenta ser muito “conveniente” se compararmos o caso *The Parlement Belge* de 1880 com o caso *Peruvian Guano Co v Dreyfus*, de 1881. Os ingleses reconheceram a imunidade de jurisdição do Rei Belga enquanto a Bélgica afastou a imunidade da empresa estatal peruana.

A partir dos casos belgas, as imunidades de jurisdição passaram a ser relativizadas e subdivididas entre os chamados atos de império e de gestão (HIGGINS, 1991, p.117). Em apertadíssima síntese, nos atos de gestão os Estados agem como se fossem pessoas de direito privado, ou seja, executam as suas atribuições como se fosse uma pessoa jurídica. E nestes atos a imunidade não seria absoluta podendo o Estado figurar, portanto, no polo ativo ou passivo de uma demanda dentro da jurisdição do Estado em que ele se encontra (AMARAL JUNIOR, 2015). Apesar dessa definição acerca da con-

48 • Nas palavras de HIGGINS under the restrictive doctrine of immunity a distinction was to be made between *acta jure imperii* – acts in public authority in respect of which there would still be immunity – and *acta jure gestionis* – commercial or private acts in respect of which no immunity now lies.

duta ser de pessoa jurídica ainda há uma elevada complexidade nesta definição.

Nos atos de império o Estado estaria agindo enquanto Estado Soberano, titular de atos de soberania. LALIVE (1953) aponta como atos típicos de império: (a) os atos legislativos; (b) os atos da atividade diplomática; (c) os atos que envolvam as forças armadas; (d) atos de administração interna dos Estados e (e) os empréstimos públicos contraídos no estrangeiro.

Contudo, existe uma aguda fluidez acerca da valoração do que seriam os atos de gestão e de império. Por exemplo, em decisões que apuravam empréstimos públicos, eis que alguns casos obtiveram qualificações diferentes a depender das características que envolvem os atos celebrados (TIBURCIO, 2019, p. 297).

A situação agrava-se ainda mais quando se discute as imunidades de jurisdição e execução em atos que apuram a responsabilidade civil do Estado (PHILLIMORE, 1925). Em tese, os atos estatais estrangeiros estariam abarcados como uma exceção as imunidades.

Essa exceção é aplicável a indivíduos que tenham sofrido danos pessoais, morte, dano ou perda de propriedade como resultado de ações ou omissões atribuíveis a um Estado estrangeiro. Quando o ato prejudicial ou a omissão ocorre no território do Estado onde o processo está sendo conduzido, a lei aplicável é a *lex loci delicti commissi*, e o tribunal mais apropriado seria aquele localizado no Estado onde ocorreu o delito. Portanto, um tribunal que não esteja na jurisdição onde o delito ocorreu pode ser considerado um local inadequado para conduzir o processo. Além disso, a vítima ficaria desprovida de acesso à justiça se o Estado pudesse alegar imunidade de jurisdição.

A questão do acesso a justiça frente as imunidades de jurisdição é uma preocupação recorrente na doutrina e pela jurisprudência. Segundo DOLINGER e TIBURCIO (2020), por vezes as imunidades de jurisdição significam a denegação da justiça visto que em algumas demandas os vulneráveis envolvidos não conseguem acesso a jurisdição estrangeira para verem seus direitos satisfeitos.

A exceção a imunidade de jurisdição para responsabilização civil já foi enfrentada por duas convenções internacionais e por algumas leis internas. No âmbito convencional tem-se a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus bens e a Convenção Europeia sobre Imunidades Estatais. No âmbito interno dos Estados, Austrália, Argentina, Estados Unidos e Reino Unido editaram leis que afastam a imunidade de jurisdição dos Estados para responsabilização civil. (DOMINICÉ, 1984).

O *Foreign Sovereign Immunity Act* (FSIA) (EUA, 1976) alterou o Código dos Estados Unidos e estabeleceu na seção 1.605, letra “a”, nº 5 que um Estado estrangeiro não está imune à jurisdição dos tribunais norte-americanos em qualquer caso que se reivindique indenização contra um Estado estrangeiro por danos pessoais ou morte, danos ou perdas materiais ocorridos nos Estados Unidos causados por atos ou omissões ilícitos do Estado estrangeiro.

Este dispositivo foi o utilizado no Caso *Letelier* (ONU, 1991) para responsabilizar o Estado Chileno pelo assassinato de seu ex-embaixador. Na ocasião o Estado Chileno negou o homicídio, mas apelou para a dicotomia entre os atos de império e de gestão e afirmou que um ato de “assassinato político” seria ato de soberania.

(HURST,1926). A alegação foi prontamente afastada sendo reconhecido que o Estado não teria o direito de negar a humanidade de alguém.

Diante deste contexto preliminar, depreende-se que as imunidades de jurisdição já não são absolutas e comportam significativas relativizações. Em situações eminentemente comerciais, onde o Estado esteja agindo no mesmo cenário de igualdade de uma pessoa jurídica particular estas imunidades já foram de há muito superadas. Não obstante, ao tratarmos de situações que envolvam a violação de direitos humanos a tendência de alguns casos também é apontar para a relativização destas imunidades de jurisdição.

A jurisprudência estrangeira e internacional sobre imunidades de jurisdição frente as violações de direitos humanos: breves lineamentos

As imunidades de jurisdição exsurgiram como princípio de direito internacional (TROOBOFF,1986), estabelecendo-se e miscigenando-se aos ordenamentos jurídicos nacionais. A construção jurisprudência foi fundamental para a evolução do tema, para o delineamento das imunidades absolutas e das relativas, contribuindo para a construção do arcabouço normativo nacional dos Estados acerca das imunidades de jurisdição.

Cumprе mencionar, que algumas decisões foram bastante emblemáticas para observarmos o comportamento das imunidades de jurisdição atinente às questões que versam sobre os direitos humanos. Abordaremos apenas três como argumentos indutivos da tese posteriormente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, serão os casos: *Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã*; *Al-Adsani v. Kuwait*; e o caso *República Federal da Alemanha v. República Italiana*.

O primeiro, é o caso canadense *Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã* trata da imunidade de jurisdição dos Estados sobre a responsabilidade civil por atos de tortura (CANADA, 2014). Numa síntese muito objetiva, a Sra. Kazemi fotografava uma manifestação em frente a prisão de Evin em Teerã, quando o Procurador-Geral de Teerã viu a cena e determinou a prisão da jornalista. Enquanto estava presa, a jornalista permaneceu incomunicável, foi espancada, estuprada e torturada. O relatório médico apontou lesões corporais de amplo espectro: nariz fraturado, tímpano esmagado, feridas semelhantes a faixas nas costas e na parte de trás das pernas, ossos fraturados, unhas quebradas nas mãos e nos pés, e trauma extenso na área genital e ao redor dela.

Nem a família nem a autoridade consular foram comunicados. Os familiares souberam informalmente o estado de Kazemi e contactaram a autoridade canadense no Irã. A autoridade foi informada da morte cerebral da vítima. A família tentou trazer Kazemi para o Canadá, o que foi negado e os aparelhos desligados pelos médicos iranianos sem consentimento da família.

Após sua morte, o governo iraniano ordenou uma autópsia sem consultar a família. Os resultados da autópsia foram omitidos pelo Governo iraniano e o corpo da vítima sepultado no Irã, apesar dos pedidos da família para sepultar o corpo no Canadá.

Diante deste quadro tétrico, a família buscou no Canadá a reparação civil do Esta-

do Iraniano, alegando que a República Iraniana ao violar normas de *Jus Cogens* (GÓMEZ ROBLEDO, 1981) não estaria imune da jurisdição canadense, inclusive diante da interpretação do *Canada State Immunity Act* (SIA).

A intensão era alargar o disposto no art. 6(a): “Um Estado estrangeiro não está imune à jurisdição de um tribunal em quaisquer processos relacionados com qualquer morte ou lesão corporal ou pessoal, que ocorre no Canadá.” (CANADÁ, 1985, tradução livre). Com o acolhimento da pretensão da família das vítimas afastar-se-ia a exigência territorial. A pretensão não foi acolhida.

A decisão da Corte Canadense é enfática ao afirmar que era impossível que a Sra. Kazemi obtivesse justiça no Irã. De fato, a posição trazida por DOLINGER e TIBÚRCIO (2020) retratam a realidade que as imunidades de jurisdição e execução trazem: uma precária resposta judiciária muito aquém do acesso à Justiça (CANADA, 2014). E apesar disso a pretensão de reparação foi afastada.

De certa forma o Caso Kazemi tratava, além da reparação pelos danos sofridos pela Sra. Kazemi, a reparação moral do filho da jornalista, o Sr. Stephan Hashemi. Em primeiro grau de jurisdição foi reconhecido o dano moral sofrido pelo Sr. Stephan Hashemi, contudo em segundo grau e na Suprema Corte essa reparação também restou afastada pela imunidade do Estado Iraniano.

Na ementa da decisão a maioria da Suprema Corte entendeu que numa interpretação teleológica e sistemática do SIA a imunidade deveria permanecer em razão do dano não ter ocorrido em solo canadense.

O entrave, portanto, foi de ordem exclusivamente processual. A Suprema Corte entendeu que as regras de exceção a imunidade, por serem restrições ao exercício de soberania deveriam ser interpretadas restritivamente.

Entretanto não houve unanimidade na decisão, a posição dissidente entabulada pela Ministra Rosalie Silberman Abella estabeleceu que os atos de tortura alcançaram status de norma cogente o que derogou de todos os Estados a prática destes atos. De certa forma, os Estados ao ratificarem a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes não constituíram uma posição, mas reconheceram sua aceitabilidade universal.

A Ministra respalda sua fundamentação, apontando que o Senado Norte-Americano lançou na edição do *Torture Victim Protection Act* que menciona que, em razão de nenhum Estado apoiar a tortura de maneira oficial as práticas quando amoldadas no conceito de tortura estariam instantaneamente afastadas do conceito de “atos oficiais”.

Para as imunidades de jurisdição, (SUCHARITKUL, 1976) a posição é realmente salutar, o que a Ministra sedimenta é que não se discute os atos de gestão ou atos de império. A conduta de violação de *jus cogens* não assenta sobre outra posição que não a de ato ilegal.

Desta forma, em razão da conduta de um Estado contra o nacional de um outro Estado ser reconhecido como um crime internacional, haveria uma jurisdição universal do Estado para reparação do seu nacional infligido. A conclusão da Ministra parte da interpretação gramatical do art. 14 da Convenção Contra a Tortura que menciona que todos os Estados devem garantir o direito de reparação por práticas de tortura sem indicar a necessidade da prática ter ocorrido em território nacional.

Pelo contrário, durante a edição do art. 14 da Convenção chegou-se a mencionar a inclusão desta condicionante que foi afastada.

Em síntese, a Ministra assume que há uma jurisdição universal cível (HIGGINS, 1991) que não viola os princípios de cortesia internacional quando a prática do Estado está embalada reconhecidamente num ato ilegal (CANADA, 2014).

Outro caso paradigmático foi analisado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, é o caso *Al-Adsani v. Kuwait* acerca da aplicabilidade das imunidades de jurisdição em casos de graves violações de Direitos humanos praticados em tempos de guerra. Sulaiman Al-Adsani foi um piloto britânico-kwaitiano que lutou durante a Guerra do Golfo na defesa do Kwait. Depois da invasão do Kwait pelo Iraque, Al-Adsani juntou-se à resistência. Enquanto estava no Kwait, Al-Adsani foi preso e torturado. No período de resistência, o requerente obteve vídeos de conteúdo sexual envolvendo o Sheik Jaber Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah, que é parente do Emir do Kuwait, Jaber Al-Ahmad Al-Sabah, e detém supostamente uma posição de influência no Kuwait. Esses vídeos de alguma forma foram divulgados publicamente, o que levou Al-Adsani a ser responsabilizado pelo Sheik.

O requerente Ad-Adsani alegou que em 02 de maio de 1991 foi espancado pelo Sheik e outros dois comparsas. Al-Adsani foi sequestrado e levado até uma prisão estatal. onde permaneceu preso, foi novamente espancado e forçado a assinar uma confissão falsa. Durante o período que esteve preso, o requerente também foi afogado numa piscina com cadáveres e teve 25% do seu corpo queimado. Em 17 de maio de 1991. voltou a Inglaterra, onde permaneceu em tratamento. Nesse período, Al-Adsani foi ameaçado para não dar publicidade ao caso.

Al-Adsani então ingressou com uma ação de reparação no Reino Unido e os tribunais reconheceram a imunidade do Estado do Kuwait e rejeitou seus argumentos. Inconformado o requerente ingressou com uma reclamação junto a Corte Europeia de Direitos Humanos alegando como violações a Convenção Europeia de Direitos humanos: proibição da tortura; obrigação de respeitar, e assegurar em sua jurisdição, os direitos humanos previstos na convenção; direito a um recurso efetivo contra violações da Convenção perante uma autoridade nacional, independentemente da violação sofrida ter sido cometida por um agente do governo; e direito a um julgamento justo, público, em um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial criado por lei.

Ao seu recurso foi negado provimento. A Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu, por 09 votos a 08, que não houve violação do acesso à justiça, apesar de terem reconhecido que a proibição da tortura é norma cogente. Na dissidência, os juízes manifestaram-se apontando que a Corte ao considerar a separação da tortura como uma norma de *jus cogens*, concorda que essa regra possui uma posição hierarquicamente superior a todas as outras normas do direito internacional, sejam gerais ou específicas, consuetudinárias ou convencionais, com a exceção, é claro, de outras normas de *jus cogens* (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

Assim, a utilização de um preceito hierarquicamente inferior não poderia ser utilizada para superação de uma norma superior, logo as imunidades de jurisdição não poderiam ser consideradas. A característica fundamental de uma norma de *jus cogens* é sua posição como fonte primária no atual sistema jurídico internacional vertical,

prevalecendo sobre qualquer outra norma que não detenha o mesmo status. Em situações de conflito entre uma norma de *jus cogens* e qualquer outra norma de direito internacional, a primeira prevalece. A consequência dessa primazia é que a norma em conflito é considerada nula ou, em todo o caso, não produz efeitos legais que entrem em contradição com o conteúdo da norma imperativa. (GÓMEZ ROBLEDÓ, 1981).

A Corte Internacional de Justiça, tribunal internacional, com competência consultiva e contenciosa (MENEZES, 2013), foi instada a se manifestar acerca de um caso muito relevante, que comporta a discussão acerca da imunidade de jurisdição. O caso Alemanha v. Itália trata de uma decisão da Corte de Cassação Italiana que condenou o Estado alemão a indenizar familiares das vítimas de trabalhos forçados no período do Reich Nazista. Na ocasião a decisão da Corte Italiana reconheceu a violação de normas imperativas contra o trabalho forçado e condenou o Estado Alemão. Inconformada, a República Federal Alemã ajuizou ação na Corte Internacional de Justiça visando o reconhecimento da sua imunidade perante as cortes italianas.

Na CIJ, os juízes decidiram por 14 votos a 01 que os atos praticados pela Alemanha durante o período da guerra eram atos de império e, portanto, imunes de jurisdição estrangeira. Contudo, o Juiz Cançado Trindade apresentou um longo voto dissidente reconhecendo a legitimidade da decisão italiana.

A colação do voto de Cançado Trindade é paradigmática na fundamentação, eis que reconhece que os Estados devem ter a sua imunidade mitigada quando da violação de direitos humanos por alguns aspectos.

O primeiro aspecto tratado pelo juiz é de que as situações de violação de normas cogentes não se tratam de atos de gestão ou de império e sim de práticas de crimes de Estado. Enquanto crimes praticados pelos Estados estes não poderiam ser protegidos pela imunidade de jurisdição (CIJ, 2012).

Em razão desses crimes, a Alemanha não mais teria proteção da sua imunidade de jurisdição, afinal as violações de *jus cogens* não estão sob o pálio pelas imunidades de *iure gestionis* e *imperii* (DOLINGER, 1982) por serem exatamente o que são: crimes e não atos estatais (CIJ, 2012) e, por isso, Cançado afirma que a imunidade de jurisdição em situações de crimes acabaria por agravar ainda mais as violações sofridas pelas vítimas, pois afastaria delas o direito de acesso imediato a justiça (CIJ, 2012).

A construção e o entendimento que Cançado Trindade acerca da restrição da imunidade absoluta a partir do acesso à justiça é relevantíssima quando este direito é analisado na sua dimensão global, vez que o acesso à justiça passa pela garantia possível de demandar em toda a sua extensão jurisdicional e executória onde: “a realização da justiça é em si uma forma de reparação, concedendo satisfação à vítima. Nesse sentido, os vitimados pela opressão terão o seu *droit au Droit* devidamente realizado” (CIJ, 2012).

Observemos que a leitura trazida pelo juiz passa antes pelo prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos para então atingir as formalidades do direito internacional dos Estados e os seus privilégios. Na visão de Cançado Trindade pondera-se o interesse do indivíduo violado nos seus Direitos Humanos (LAUTERPACHT, 1947) em detrimento dos critérios formais do direito internacional onde sua excelência ainda assevera: “A constatação de graves violações dos direitos huma-

nos e do direito internacional humanitário é um critério bastante valioso para a remoção de qualquer barreira à jurisdição, dado o imperativo de se buscar a realização da justiça.” (CIJ, 2012, p. 205).

A disrupção soberanista estabelecida para proteção do indivíduo decidida pelo Supremo Tribunal Federal

No ano de 1943, a Segunda Guerra Mundial assolava a humanidade com os atos de barbárie ímpar, “industrializando” o extermínio de povos, de minorias. O barco pesqueiro Changri-lá estava na Costa de Cabo frio no Estado do Rio de Janeiro em 22 de julho de 1943, quando foi torpedeado pelo submarino U-199, da Alemanha nazista, comandado por Hans Werner Kraus. Do ataque foram vitimados todos os seus 10 tripulantes (BONALUME NETO, 2001).

Em 31 de julho de 1943, a Força Aérea Brasileira (FAB) em atuação conjunta com a Força Aérea Americana. afundaram o U-199. vitimando 49 alemães, 12 sobreviveram, dentre eles, o comandante da embarcação (BONALUME NETO, 2001). A República Federal da Alemanha foi demandada, mas o juízo da 14ª Vara Federal do Rio de Janeiro extinguiu o processo sem resolução de mérito, motivado na imunidade absoluta de jurisdição do Estado Alemão. Em segundo grau de jurisdição, o Recurso Ordinário Constitucional foi improvido sob o mesmo argumento. Não obstante, interposto Recurso Extraordinário este foi denegado sob a fundamentação de haver apenas violação indireta da Constituição. Por conseguinte, foi oposto Agravo Regimental, o qual foi dado este foi provimento, razão pela qual o Recurso Extraordinário foi recebido com Repercussão Geral (BRASIL, 2021).

No Recurso Extraordinário, o ministro relator Edson Fachin votou pelo provimento ao recurso, lastreando a sua decisão em alguns pontos: o relator inicia o seu voto apontando a superação da máxima “par in parem non habet iudicium” (entre iguais não há jurisdição), no que concerne exatamente o entendimento atual de que as imunidades de jurisdição absoluta atingiriam apenas os atos de império e, corrobora sua fundamentação nas recentes decisões brasileira em matéria trabalhista.

De fato, por não serem atos decorrentes da soberania do Estado, os atos de mera gestão submetem-se a jurisdição do Estado onde os atos se deram. Neste compasso, TIBÚRCIO (2019) ressalta que nas demandas ajuizadas por funcionários que ocupam cargos não políticos exercidos nos consulados e embaixadas estas ações não estariam abarcadas por esta imunidade. (GIULIANO, 1960).

Contudo, ao tratar de situações onde os atos de império violam direitos humanos, o ministro defendeu a relativização da imunidade, mesmo nos atos de império em razão de serem atos violadores de direitos humanos. Ademais, afirmou que diante de situações de ato de império, a imunidade de jurisdição fundada internacionalmente no direito costumeiro (MENDELSON,1998), não deve ser observada de maneira sempre hermética e já considerou o ato ilícito (BRASIL, 2021).

O ministro relator perpassou pela decisão internacional da Corte Internacional de Justiça (CIJ), que manteve a imunidade absoluta dos Estados nos seus atos de império mesmo quando estes violadores de direitos humanos. Contudo, o ministro ressaltou, a ausência de eficácia *erga omnes* e vinculante da referida decisão interna-

cional, bem como a sistemática crítica dos internacionalistas sobre a decisão, razão pela qual divergiu do decisum internacional: reconheceu a pertinência dos pedidos, votou pelo provimento ao recurso e afastou a imunidade de jurisdição da República Federativa da Alemanha.

Em voto dissidente, o Ministro Gilmar Mendes invocou os fundamentos da decisão prolatada pela CIJ e manifestou-se pelo indeferimento dos pedidos, mantendo a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a imunidade absoluta por atos de império. O ministro Marco Aurélio Mello acompanhou o voto dissidente. Por fim, outros cinco ministros da Corte Excelsa acompanharam o voto do relator: Rosa Weber, Dias Toffoli, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso. Os ministros Cassio Nunes Marques e o presidente Luiz Fux divergiram da relatoria.

É evidente que o caso Changri-lá - cujos fatos são anteriores à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e as Convenções de Genebra (1949) - está distante no tempo das normas cogentes de direitos humanos vigentes atualmente. Todavia, conforme explicita REZEK (2018), no que se refere ao caso Changri-lá, já existiam já àquela época normas de conteúdo cogente, a saber: (a) os não-combatentes não serem assolados nos combates; (b) a imunidade dos locais que não apresentam interesse militar; (c) a vedação de armas que causem sofrimento excessivo.

Ainda mais no que diz respeito às embarcações, as normas não eram apenas principiológicas, mas positivas onde aqueles navios que não apresentassem interesse militares, como os barcos de pesca, não deveriam ser molestados (MELLO, 2004).

Por todo o exposto, depreende-se, conforme ressaltou o Ministro Luis Felipe Salomão, que o Estado Alemão ao violar as normas do direito humanitário em vigor na época e negligenciar os direitos fundamentais da pessoa humana, a ação comprometeu diretamente valores e princípios essenciais reconhecidos pela comunidade internacional (STJ, 2016).

Assim, a imunidade de jurisdição comporta restrições e critérios de observação, sendo que os tratados, princípios, costumes e práticas internacionais que versem sobre direitos humanos devem ser o ponto central das análises judiciais quando verificadas as suas violações.

Verifica-se, dos casos delineados supra, que em situações muito menos gravosas, que não envolviam violações de Direitos Humanos, as imunidades foram relativizadas. A decisão proferida pela Corte Excelsa brasileira, em que pese ter por base a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e de ser o instituto jurídico da imunidade de jurisdição, originárias de normas costumeiras, ter sua gênese como imunidade absoluta, verifica-se uma diversidade epistêmica delineada no decisum do caso Changri-lá, denotando uma emancipação intelectual, portanto, decolonial, das perspectivas já esposadas acerca desta temática de imunidade de jurisdição. (MIGNOLO, 2014, p.24-25).

Conclusão

A ordem jurídica está estabelecida numa unidade de princípios jurídicos essenciais e elementares e são estes que nutrem os institutos jurídicos estabelecidos. A partir disso um instituto jurídico deve ser avaliado de maneira sistêmica com os demais

elementos que integram a ordem jurídica e a partir de seus princípios norteadores.

As imunidades de jurisdição dos Estados estabelecem-se, num primeiro momento, de maneira consuetudinária como forma de pacificação da comunidade internacional e garantia da soberania absoluta dos Estados. Contudo, com o avanço das relações internacionais a posição absoluta é afastada e passa-se a observar as imunidades a partir do ato que está sendo praticado.

Diante dos chamados atos de império prevalece a posição absoluta de imunidade visto que o estado estaria agindo de acordo com a sua plena soberania o que afastaria a submissão de seus atos a qualquer jurisdição.

Contudo, mesmo os atos de império submetem-se a ordem normativa global e devem ser praticados de acordo com a proteção das normas imperativas do Direito Internacional.

A resistência para o afastamento das imunidades de jurisdição nos casos apresentados deu-se em razão de pressupostos exclusivamente processuais, sem dar, data vênia, a devida importância as questões de direito material. Afastando por vezes o reclamante do seu direito humano fundamental de acesso à justiça negando-lhe o acesso a uma jurisdição.

Imunidades de jurisdição não podem ser entendidas como impunidades por violação. Normas cogentes quando violadas, estabelecem crimes internacionais que não podem ser observados como um exercício legítimo de soberania.

Neste sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal do Brasil ao afirmar que os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos, dentro do território nacional, não gozam de imunidade de jurisdição é um avanço civilizatório na construção de um Direito Internacional Humanitário coerente e fundamenta a importância da visão de países colonizados opinarem em institutos que, por vezes, apresentam-se como escudos à efetivação da justiça.

Referências

AMARAL JUNIOR, Alberto do. Curso de direito internacional público. São Paulo: Atlas, 2015.

BONALUME NETO, Ricardo. Alemanha afundou o pesqueiro Shangri-lá na Segunda Guerra. Folha de São Paulo, São Paulo, 5 ago. 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u23152.shtml>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário nº 60/RJ – Distrito Federal. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200702799038. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 954858/RJ – Distrito Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4943985>. Acesso em: 19 nov. 2021.

CANADA (2014). Supreme Court. Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran. 2014 SCC 62, Judgment of 10 October 2014. Disponível em: <https://www.scc-csc.ca/>. Acesso em: 05 set. 2023.

CANADA. Canada State Immunity Act. RSC, 1985, c. S-18. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-18/page-1.html#h-440032>. Acesso em: 10 set. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (2001-a). Caso Al-Adsani v. The United Kingdom. Application n. 35763/97, Judgment of 21 November 2001. ILR, v. 123, p. 24-53. (International Law Reports). Disponível em: <http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/eresources/databases/>. Acesso em: 13 set. 2023.

DOLINGER, Jacob. A imunidade jurisdicional dos Estados. In: Revista de Informação legislativa, vol. 76, 1982.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito internacional privado. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (1812). Supreme Court. The Schooner Exchange v. McFaddon. Judgment of 24 February 1812. (Oxford Public International Law). Disponível em: <http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

DOMINICÉ, Christian. L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye, V. 187, 1984, p. 145-238.

DUMBAR, N.C.H.. Controversial aspects of sovereign immunity in the case law of some states. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye, V. 132, p. 1971, p. 177-362.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA (1976). Foreign Sovereign Immunities Act. US Code, Title 28, Part IV, Sections 1330, 1332, 1391 (f), 1441 (d) and 1602 to 1611. Disponível em: <http://uscode.house.gov>. Acesso em: 05 set. 2023.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Al-Adsani v. The United Kingdom, 35763/97, (Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić). Tradução livre. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=E-CHR&id=002-6220&filename=002-6220.pdf&TID=ihgdqbxnfi>. Acesso em: 30 jul. 2023.

FOX, Hazel. International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States. In: EVANS, Malcolm D. International Law. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. 340-79, p. 344.

GIULIANO, Mario. Les relations et immunités diplomatiques. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye V. 100,1960, p. 75-202.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye.V.172, 1981, p. 9-218.

HIGGINS, Rosalyn. International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes: General Course on Public International Law. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye, V. 230,1991, p.9-341.

HURST, Cecil. Les immunités diplomatiques. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye,V.12, 1926, p. 115-245.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdiction Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece Intervening). Judgement of 3 February 2012. Disponível em: www.icj-cij.org. Acesso em: 19 nov. 2023.

LALIVE, Jean-Flavien. L'immunité de juridiction des états et des organisations internationales. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye, V. 84, 1953,p. 205-396.

LAUTERPACHT,, H.. The international protection of human rights. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye, V.70, 1947, p. 1-108.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. v. II. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDELSON, Maurice H.. The formation of customary international. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye, V. 272, 1998, p. 155-410.

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

MIGNOLO, Walter. DESAFIOS DECOLONIAIS HOJE. In: BORSANI, María Eugenia; QUINTERO, Pablo (orgs.). Los desafíos decoloniales de nuestros días: pensar en colectivo. 1a ed. Neuquén: EDUCO - Universidad Nacional del Comahue, 2014. Disponível em: <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/332.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Yearbook of the International Law Commission. Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries., Nova Iorque, v. II, 1991. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

PHILLIMORE, Georg Grenville. Immunité des états au point de vue de la juridiction ou de l'exécution forcée. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye, V. 8, 1925, p. 343-412.

REZEK, Francisco. Direito internacional público: curso elementar. Editora Saraiva, 2018.

SINCLAIR, Ian. The Law of Sovereign Immunity. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1980.

SUCHARITKUL, Sompong. Immunities of foreign states before national authorities. Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye. V. 149, 1976, p. 87-216.

TIBURCIO, Carmen. Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição. Salvador: JusPODIVM, 2019.

TROOBOFF, Peter D.. Foreign state immunity: emerging consensus on principles, Recueil des de l'Académie de Droit International de la Haye V.200, 1986, p. 235-432.

JUS COGENS REGIONAL: UMA ANÁLISE INTERAMERICANA DOS DIREITOS INDERROGÁVEIS

Nathalia Penha Cardoso de França
Júlia Garrido Franco
Angélica Bologna Martins

Resumo

Este artigo examina a possibilidade de se considerar *jus cogens* a nível regional de proteção dos direitos, focalizando em sua posição na hierarquia normativa, desafios da universalidade e as complexidades contemporâneas. O *jus cogens*, enquanto norma imperativa, ocupa o topo da pirâmide do direito internacional, visando a proteção de direitos fundamentais e a manutenção da paz. No entanto, sua universalidade é desafiada pela diversidade cultural e tradições jurídicas, demandando abordagens sensíveis à multiplicidade de valores. Pelo método hipotético-dedutivo, pretende-se analisar se é possível falar em um *jus cogens* regional interamericano a partir da visão decolonial do direito internacional. Conclui-se pela possibilidade de se contar com o instrumento de *jus cogens* aos reconhecidos direitos do sistema interamericano de direitos humanos.

Introdução

O *jus cogens* representa um pilar fundamental no ordenamento jurídico internacional, pois é a categoria normativa que transcende acordos bilaterais entre Estados, assumindo status de imperatividade e indisponibilidade. Este artigo propõe uma análise sobre três aspectos essenciais relacionados a esse fenômeno jurídico: sua posição na hierarquia das fontes do direito internacional, o desafio da busca pela universalidade em um contexto culturalmente diverso sob perspectiva decolonial, e os desafios contemporâneos que permeiam sua aplicação a nível regional. Pelo método hipotético-dedutivo, pretende-se analisar se é possível falar em um *jus cogens* regional interamericano a partir da visão decolonial do direito internacional.

Para tanto, primeiro, analisar-se-á que no contexto da hierarquia das fontes do direito internacional, o *jus cogens* ocupa uma posição singular, situando-se no ápice da pirâmide normativa. Essa característica confere-lhe uma supremacia incontestável, destacando-se como norma imperativa que prevalece sobre tratados e costumes, por mais que estes expressem a vontade dos Estados. Sua função primordial é a proteção de direitos fundamentais e a preservação da paz, visando evitar os horrores das guerras mundiais que inspiraram sua consagração no pós-Segunda Guerra.

Contudo, a universalidade do *jus cogens* é um a regra geral, ainda que desafie as tradições jurídicas dos Estados. A transferência de princípios de direitos humanos, muitas vezes enraizados em contextos nacionais específicos, para o âmbito internacional suscitou questionamentos sobre a imposição de valores universais. O presente artigo buscará explorar como o *jus cogens* enfrenta essa tensão, considerando

abordagens que reconheçam as nuances culturais e promovam uma perspectiva decolonial na construção desses princípios.

Por fim, a análise se estenderá aos elementos que permitem a consideração de um *jus cogens* interamericano, portanto, regional, tendo em vista a inegável eficácia dos sistemas regionais de direitos humanos. Assim, o artigo se propõe a examinar como o *jus cogens* regional pode ser um instrumento de enfrentamento de desafios ao se revelar como instrumento apto a lidar com as complexidades da contemporaneidade.

***Jus cogens* no ordenamento jurídico internacional**

O *jus cogens* é a norma imperativa do Direito Internacional. A tradução da expressão em latim para o português tem como significado “direito cogente”, pois ele está acima não somente de todas as fontes do Direito Internacional, como também da necessidade de consentimento dos Estados. Sua missão principal é manter a paz entre as nações, através do estabelecimento de direitos vitais dos Estados e da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento positivo legal dessa norma teve início na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em 1969. De acordo com o artigo 53 da principal norma sobre direito dos tratados, o *jus cogens* foi definido como “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza” (BRASIL, 2009).

Outra definição para o *jus cogens*, de acordo com Thomas Weatherall, passa por reconhecer que é uma das doutrinas mais complexas no direito internacional contemporâneo, pois “o *jus cogens* é o resultado imediato da socialização da comunidade internacional após a Segunda Guerra Mundial. No entanto, a doutrina ressoa em uma tradição legal centenária que restringe as dinâmicas de voluntarismo que caracterizam o direito internacional convencional.” (WEATHERALL, 2015, p. 3). É válido lembrar que gerações inteiras foram dizimadas pelas tragédias relacionadas à 1ª e à 2ª Guerras Mundiais, como dito por Weatherall. Portanto, o *jus cogens* faz parte de uma tentativa desesperada dessas vítimas de não permitir que esse tipo de catástrofe acontecesse novamente.

Além disso, ainda segundo a Convenção de Viena, conforme o artigo 64, “se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma (*jus cogens*) torna-se nulo e extingue-se.” (BRASIL, 2009). Portanto, o *jus cogens* possui superioridade em relação a todo e qualquer Tratado, e qualquer país que descumpra essa norma passa ao estado de ilicitude internacional.

Como dito, entende-se que o *jus cogens* envolve um conjunto de normas situadas no topo da hierarquia das fontes do direito internacional contemporâneo (PEREIRA & QUADROS, 2015, p. 277). Nesse contexto, também é essencial citar o conceito de suprallegalidade internacional, criado por Dominique Carreau e Philippe Jahyr (CARREAU & JAHYR, 2016, p. 106), que engloba a comunidade internacional, os estados e, fundamentalmente, a proteção da pessoa humana. Não se pode confundir, valendo-se a menção, a suprallegalidade internacional com a suprallegalidade doméstica

brasileira adotada pelo STF em 2008, no julgamento do RE nº 466.343/SP, quando se entendeu que a Constituição de 1988, pelo art. 5º, LXVII da Constituição Federal tinha aparente antinomia com o art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica, ou a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, quando então foi aceito que essa norma deveria prevalecer, acima de toda outra, como todo tratado de direitos humanos que não seja incorporado pelo quórum de emenda constitucional.

De outro lado, fala-se da supralegalidade internacional, considerando-se toda as normas internacionais em análise de hierarquia. Sabe-se que, a princípio, nenhuma norma internacional tem superior hierarquia em comparação às demais, exceto, justamente, o *jus cogens*, que tem o poder, inclusive, de revogar tratados ou torná-los nulos desde o nascimento, caso contradigam suas disposições.

Atualmente, não existe consenso doutrinário acerca do escopo de atuação do *jus cogens*, pois diversos doutrinadores e jus internacionalistas mencionam divisões, ou subclassificações. Segundo Tatyana Friedrich, por exemplo, existem duas principais subdivisões do *jus cogens*: “em primeiro lugar, aquelas relacionadas mais diretamente aos Estado, contidas em determinadas provisões da Carta da ONU, tais como paz e segurança mundiais, interesses essenciais da comunidade internacional, prescrição do uso ou ameaça da força, direitos espaciais (terrestre, aéreo, do mar, soberania sobre recursos naturais), direitos vitais dos Estados (direito diplomático, liberdade contratual, inviolabilidade dos tratados); em segundo lugar, as regras relacionadas à dignidade dos indivíduos ou seja, os direitos inerentes à pessoa humana, individualmente, e aos povos, coletivamente.” (FRIEDRICH, 2002, p. 76)

Evidentemente a visão de Tatyana é visionária e revolucionária, visto que busca expandir os limites do que pode ser considerado *jus cogens*. A jurista acredita que o Tratado da carta da ONU deve ser apontado por inteiro como *jus cogens*, sob uma perspectiva completamente inovadora. Através desse ponto de vista teoricamente seria possível estabelecer a paz e a segurança mundiais, ademais, diminuiria a ameaça do uso da força. Além de reiterar a relevância de direitos dos povos, como o princípio da autodeterminação dos povos, sendo este já considerado juridicamente como *jus cogens*.

Para outros doutrinadores, como Perdomo Caicedo (1975, p. 261-274), Antonio Robledo (2003, p. 156-158), e Wladimir Brito (2014, p. 220), as normas imperativas de direito internacional estão inseridas em cinco grandes grupos, referentes: i) aos direitos soberanos dos estados e dos povos, perspectiva que abrange os princípios de igualdade, integridade territorial, e autodeterminação dos povos; ii) à manutenção da paz e da segurança internacionais, que se referem a proibição da ameaça ou do uso da força, a resolução pacífica dos conflitos e os princípios relativos ao direito diplomático; iii) à liberdade da vontade contratual e à inviolabilidade dos tratados, ponto que se refere, por exemplo, ao princípio da boa-fé iv) ao uso do espaço terrestre e ultraterrestre pertencente à comunidade internacional, o que envolveria as liberdades em alto mar, espaço extra-atmosférico, etc. e v) aos direitos relacionados a dignidade humana, como a proibição do tráfico de escravos e de mulheres, do genocídio e da tortura.

Apesar das divergências doutrinárias, alguns exemplos de normas de *jus cogens* que têm sido reconhecidas pela Comissão Internacional de Direitos Humanos como integrantes do *jus cogens* são: a proibição de uso agressivo da força, a proibição da tortura, o direito de legítima defesa, o direito à autodeterminação de cada povo, a

proibição de genocídio, os crimes contra a humanidade, a proibição de escravidão, a proibição de hostilidades direcionadas à população civil em tempos de guerra, a proibição de pirataria, e a proibição de discriminação racial. (ILC, 2003, p. 283-284)

Conforme o Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU, existe uma importante prática que já é considerada até como costume, que consiste em enxergar algumas normas como mais importantes que outras e que, em casos de confronto, as consideradas superiores devem prevalecer. Ao contrário dos casos do direito em que podemos utilizar, por exemplo, a famosa teoria kelseniana para orientação quanto à dinâmica das normas jurídicas (KELSEN, 1998), na ausência de uma teoria geral sobre de onde tirar esse “sentimento de importância”, ao contrário dos casos a prática tem vindo a desenvolver um vocabulário que dá expressão a algo como uma hierarquia informal no direito internacional (KOSKENNIEMI, 2006, p. 167).

Na Teoria do Direito Internacional Público contemporâneo, diversas manifestações de *jus cogens* têm sido efetivas no que se refere a maneira em que muitos tratados de direitos humanos têm sido interpretados e aplicados: como por exemplo, nas restrições nessas previstas, sobre direitos humanos que são reconhecidos e protegidos, e que são interpretados de forma restritiva, em função da continuidade do Estado de Direito, fato que demonstra que os direitos humanos não são somente meros dispositivos da Lei, e não podem ser considerados simplesmente negociáveis.

Um dos maiores desafios do *jus cogens*, desde sua criação e até os dias atuais, é o mesmo do direito internacional pós humanização de 1945, ou seja, a universalidade. Além de ter dificuldade em ser aceito mundialmente, como todo o direito internacional interligado a direitos humanos e humanitários, ainda desafia a soberania dos estados ao ignorar seus consentimentos ou manifestações expressas de vontade. Isso porque, por óbvio, existem diferentes tipos de sociedades, nações, e países ao redor do mundo, com seus próprios conceitos culturais e socioeconômicos, e que, na maioria das vezes, por possuírem suas singularidades como diferentes povos que vivem em realidades distintas, apresentam problemas estruturais que os acompanham desde os primórdios.

Nesse sentido, afirma Salem Nasser que “transferir um conceito típico dos direitos nacionais para uma sociedade tão diferente, e tão heterogênea, como a internacional, e tentar identificar nesta um coro de valores comuns não é tarefa fácil” (NASSER, 2005, p. 176). No entanto, adiciona o autor que “por outro lado, já que se trata de conceito fluido e incerto, tampouco parece necessariamente impossível.” (NASSER, 2005, p. 176)

Portanto, certamente ainda há um longo processo na consolidação de um agrupamento realmente comum de valores fundamentais da comunidade internacional, e de sua transformação em um sistema normativo, de modo coerente e funcional para todos os estados, nações e povos. O mais recente debate, pouquíssimo encontrado na produção científica jus internacionalista, é a junção dos conceitos de regionalismo da proteção humana e de *jus cogens*, o que será enfrentado nos itens a seguir.

O regionalismo da proteção humana sob a perspectiva decolonial

Em breve retomada histórica, sabe-se que no ano de 1215, na Inglaterra, foi im-

posta por João Sem Terra a conhecida Magna Carta, o primeiro instrumento que concedia ao povo certos direitos individuais, como a cobrança de impostos, somente mediante aprovação prévia do Parlamento. Em por vezes imperdoável viagem a alguns séculos mais tarde, em 1689, foi instituída a Declaração de Direitos, ou *English Bill of Rights*, que teve o poder de reduzir ainda mais o absolutismo dos monarcas, concedendo mais direitos ao povo inglês, assim como defende Antonio Carlos Wolkmer e Daniela Lippstein o fato de se “reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis”. (WOLKMER & LIPPSTEIN, 2017, p. 286)

Alguns séculos mais tarde, concretiza-se, no ano de 1776, a Revolução Americana onde o povo americano deixa de ser colônia da Inglaterra, a partir da imposição de direitos individuais, que tais acreditavam ser inerentes ao homem. Na mesma toada política, a Revolução Francesa de 1789 colocou a queda da Bastilha como um instrumento de resistência para o povo e, assim como as outras revoluções da época, trouxe o ideal da universalidade dos direitos individuais, junto do princípio da igualdade, ainda que sua concretude tenha sido, em muitos lugares, ainda não alcançada.

Porém, a ideia de internacionalização dos direitos humanos e de humanização do direito internacional teve início após a catástrofe global da Segunda Guerra Mundial, em 1945, como narrado no primeiro item deste texto, quando da fundação da Organização das Nações Unidas, cuja carta fundadora determina proteção a direitos individuais. Também, em 1948, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, é possível ver tal defesa dos direitos humanos, principalmente no que diz respeito a tratamentos cruéis, no artigo 5º, da carta citada logo acima, que diz em seu texto: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Tudo isso porque, durante os regimes nazifascistas, o direito e a dignidade da pessoa humana foram plenamente descartados em prol da manutenção do aparelho estatal e da defesa de ideologias genocidas engendradas pelo governo. Nos regimes totalitários, o povo é visto apenas como uma célula pertencente ao corpo, ao todo e, se caso essa célula esteja danificada ou cause problemas, é passível de retirada, ou seja, pode ser eliminada.

É possível exemplificar, utilizando a teoria da “raça ariana” ou “raça pura”, em que Hitler, para atingir esse ideal completamente utópico e abominável, previu a aniquilação do seu próprio povo, tal qual que, para ele, não condizia com seus requisitos de “raça pura”, como judeus, ciganos, homossexuais, comunistas, deficientes físicos e mentais, entre outros grupos que “ameaçavam a segurança nacional”. Tal foi a defesa jurídica de Carl Schmitt, que enfrentou os conceitos de inimigo, homogeneidade e força do soberano que decide sobre a exceção. (SCHMITT, 2006, p. 334) Em suma, àqueles que vão ou são contra ao que é pregado dentro de governos totalitários, são simplesmente eliminados em prol da unidade, como objetos meramente descartáveis.

Nesse momento, o Direito Internacional Público pouco conseguiu intervir, visto que não possuía forte teor de proteção dos direitos individuais, mas se preocupava principalmente com a relação entre Estados, e não entre eles e seu próprio povo,

como foi feito durante os mencionados regimes. Foi pela compreensão de que parte de tais direitos inerentes ao ser humano eram naturais, independentes de lei positivada anterior, inclusive tipificação de crimes que pudessem gerar punições, que se entendeu a importância da proteção internacional do ser humano como objetivo do sistema. No Tribunal de Nuremberg, de acordo com Ana Cecília Sabba Colares, houve a concretização desta interpretação, pois, “segundo o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade previstos pelo Acordo de Londres” (COLARES, 2014, p. 11), conseguiu-se responsabilizar aqueles que participaram formalmente da máquina genocida.

Nesse sentido, defende Miguel Ângelo Marques que, “dentro dessa perspectiva, podemos afirmar que no contexto atual, os Estados, ainda que amparados pelo manto da soberania, já não são mais livres para pactuar entre si acordos que violem valores essenciais preconizados pela sociedade internacional.”

Até o momento, tão somente se enfrentou o patamar mínimo de direitos a nível universal, isso porque ao tratar da igualdade perante os Estados signatários de um Tratado, é abordado pela própria ONU, em seu art. 2.1, que “A Organização é baseada na igualdade de todos os seus Membros”, ou seja, ser um Membro, é ser igual. Junta-se a visão de mundo como comunidade de nações formalmente igualitárias à necessidade de se prever obrigações sempre com tal pretensão de universalidade.

Decolonialismo, segundo Tatiana Squeff:

[é o] método de abordagem destinado a compreender o mundo atual através de outras visões que não a europeia/ocidental (do Norte Global), exaltando diferentes paradigmas epistemológicos anteriormente negados por cátedras europeizadas. É uma atividade recente, especialmente na área do direito e vem conquistando especial atenção em certas áreas do direito, particularmente nos direitos humanos, pois é usado para justificar a necessidade de outras perspectivas, além daquelas que geralmente eram asseguradas como única base para defender e exigir sua proteção⁴⁹ (SQUEFF, 2021, p. 24).

O olhar decolonial que permeia o direito internacional permite entender que houve, historicamente, uma “catástrofe metafísica, ligada à civilização ocidental e à guerra, que leva à naturalização do combate, explica porque as condições coloniais na modernidade se assemelham a zonas de guerra perpétuas” (MALDONADO-TORRES, 2008), em que a violência recorrente e cruel tem como alvo as populações colonizadas, seus descendentes, seus bens, sua cultura e sua história.

Tais ideias instigam o desafio de enxergar *jus cogens* como um conceito também regional, visto à sua inerente pretensão de universalidade desde o nascimento do conceito, como visto. Tais povos carregam consigo preconceitos que estão, de alguma forma, enraizados desde o período colonial e que, são de certo modo esquecidos

49 • Tradução livre de “Decolonialism as a method of approach aimed to understand the current world through other views rather than the European/Western (of the Global North), extolling diferente epistemological paradigms previously denied by Europeanized academic chairs. It is a recent activity, especially in the area of law and it has been accomplishing special attention in certain areas of law, particularly in human rights, as it is used to justify the need for Other perspectives, apart from those that were generally assured as the only basis for defending and demanding their protection.”

pela comunidade Internacional. Para Antonio Carlos Wolkmer e Daniela Lippstein, “o caráter universal dos Direitos Humanos enfrenta alguns paradoxos quando depara-se com princípios como a soberania dos Estados ou a autodeterminação dos povos, onde os mesmos por vezes são utilizados para legitimar violações aos Direitos Humanos.” (WOLKMER & LIPPSTEIN, 2017, p. 288) Na Declaração Universal de Direitos Humanos, é possível analisar certas desigualdades ou até mesmo exclusões, como pondera Rubio:

quando, por exemplo, afirma-se que a personalidade, a cidadania e a capacidade de trabalhar, são qualidades que classificam o indivíduo com detentor ou legítimo de proteção por aquilo que se entende direitos humanos, o ‘todos’ estende-se apenas à pessoas classificadas nessas qualidades, lhes concedendo o reconhecimento de direitos fundamentais normativamente reconhecidos. (RUBIO, 2009, p. 24)

Sendo assim, é possível se filiar à parte da doutrina que afirma que os direitos humanos não possuem necessário caráter universal, mas sim alusivo, visto que certas minorias não são reconhecidas como iguais, logo estas, estão sujeitas a uma desigualdade sem fim, como pontuam Antonio Carlos Wolkmer e Daniela Lippstein, “mestiços, escravos, mulheres, imigrantes, dentre outros que não preenchem tais qualidades, estão condenados à exclusão e as desigualdades, porque lhes é negado a mesma identidade de uma pessoa com capacidade de trabalhar e ter cidadania.” (WOLKMER & LIPPSTEIN, 2017, p. 288)

Desse modo, há setores sociais e regionalmente especiais, considerada a história local e continental, que são tratados de modos distintos em comparação àqueles que têm direitos reconhecidos e positivados universalmente, pois, alheios à sua vontade, tais grupos não possuem. A perspectiva teórica que permite tal visão é a correspondência do pensamento eurocêntrico dos direitos humanos à universalização do direito internacional, que, historicamente, decorre do processo colonial. De acordo com Enrique Dussel, “a fundação da modernidade se dá no ano de 1492, que marca a data do ‘descobrimento’ da América. Toda a construção do pensamento moderno relaciona-se com a exploração e subjugação dos povos ‘descobertos’, da sua afirmação como não humanos depende a própria construção da cultura europeia como hegemônica.” (BRAGATO & CASTILHO, 2013, p. 9)

A partir de então, ilustra-se o cenário da alteridade, da desmistificação do pensamento decolonial eurocêntrico, acerca dos direitos humanos. Como afirma Fernanda Bragato Frizzo e Natália Martinuzzi Castilho, “A desconstrução de tal encobrimento mostra-se fundamental devido à necessidade de afirmação de concepções de direitos humanos construídas a partir da história do Outro, dos sujeitos subalternos, trabalhando-se, por exemplo, desde a perspectiva de certos movimentos sociais latino-americanos que trazem em seu discurso a práxis de libertação.” (BRAGATO & CASTILHO, 2013, p. 10)

Entender os Direitos Humanos a partir dos colonizados é, com certeza, um passo de extrema relevância para a libertação destas ideias que, de certa forma, foram monopolizadas pelos colonizadores. Assim, tal expressão se reformula, e passa a ser contada a partir das lentes daqueles que foram oprimidos, a partir de suas histórias e

perspectivas, pelas palavras das autoras citadas acima, “pelos que tiveram historicamente sua dignidade negada, subjugada, como forma de condição para o ‘progresso’ moderno.” (BRAGATO & CASTILHO, 2013, p. 12)

Uma perspectiva de *jus cogens* regional

Como o conceito de *jus cogens* abordado anteriormente, passa-se à possibilidade de se regionalizar tal conceito. De acordo com o CDI (Comissão de Direito Internacional), em seu artigo 3º, “normas peremptórias de Direito Internacional geral (*jus cogens*) refletem e protegem valores fundamentais da comunidade internacional, e são hierarquicamente superiores às demais regras de Direito Internacional e aplicáveis universalmente”. Isso nos mostra que, para a CDI, as normas *jus cogens* são apenas universais, não cabendo base regional. Luis Carlos Lima e Loris Marotti defendem que “a CDI parece ter fechado as portas para a possibilidade de um *jus cogens* regional, afirmando a ideia de que as normas de *jus cogens* são universalmente aplicáveis pela sua própria natureza” (LIMA & MAROTTI, 2023, p. 146).

Ainda segundo Lima e Marotti, o Relator Especial da CDI, no primeiro relatório, afirmou que a ideia de debater um *jus cogens* regional, trata-se de uma exceção ao “princípio geral da aplicação universal das normas de *jus cogens*”. (LIMA & MAROTTI, 2023, p. 146) A Comissão Interamericana de Direitos Humanos faz referência a um famoso *jus cogens* regional em 1987, ao indicar que entre os Estados membros da Organização dos Estados Americanos há uma norma de *jus cogens* reconhecida a qual proíbe a execução de crianças por Estados.

É importante ressaltar que, todos os Estados, de acordo com a CDI, apresentam certa dúvida ao conceito de *jus cogens* regional e, é de extrema relevância que possamos tentar entender o motivo de tal ceticismo. Talvez a explicação desta suspicácia acerca da regionalização, esteja nas incertezas dos Estados, no que diz respeito a como será instaurado e identificado o *jus cogens* regional, pois “a pouca afeição dos Estados pelo conceito de *jus cogens* regional pode ser explicada especialmente pelas incertezas em relação ao papel do consentimento e sobre o processo de identificação das normas de *jus cogens* de modo geral” (LIMA & MAROTTI, 2023, p. 147).

Isso acontece porque essas normas têm o poder de produzir obrigações aos Estados sem o seu consentimento, pelo fato de “serem fundamentais para a comunidade internacional, universal por natureza”, como afirma a CDI (A/CN.4/727, para. 28). Assim sendo, o universalismo surge como uma válvula de segurança, de modo que apenas quando valores fundamentais universais estão em risco haveria a possibilidade de se cristalizar uma norma de *jus cogens*.

Um índice que também pode auxiliar no radicalismo dos Estados a aceitarem um *jus cogens* regional, está relacionado com certas perplexidades do impacto no âmbito normativo, ou seja, “a passagem ao nível regional pode ser a porta de entrada para um reconhecimento mais amplo” (LIMA & MAROTTI, 2023, p. 148).

Para a jurista e ex-comissária da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Flávia Piovesan, a ideia de regionalização dos direitos humanos como *jus cogens* seria importante para o que ela pontua como “justicialização dos direitos humanos”, em que tal, busca contribuir de forma positiva para a sua promoção e proteção. (PIOVE-

SAN, 2006) Eis o ponto de inflexão com os tribunais internacionais – a possibilidade de *jus cogens* internacional abre a perspectiva de justicializar casos de graves violações de direitos que tratem de problemas tipicamente regionais.

Ainda, segundo a autora, há de se ressaltar que existem alguns proveitos de manter tais sistemas regionais, pois, como defende Tatyana Friedrich, “ao menos na teoria, as decisões dessas Cortes refletiriam com maior autenticidade às peculiaridades e os valores históricos de cada povo, resultando numa aceitação mais espontânea por parte da população” (FRIEDRICH, 2013, p. 25).

Assim sendo, a existência de jurisdição internacional apenas a nível universal que cuide da garantia e da preservação dos direitos humanos, mostrou-se efetiva, mas não totalmente, visto que uma regionalização já trouxe, pela experiência dos sistemas regionais de direitos humanos, o cuidado de certas peculiaridades. O mesmo pode-se entender para *jus cogens*, já que nas palavras de Tatyana Friedrich:

a prática demonstra que uma única jurisdição internacional não é suficiente para garantir que sejam cumpridos e preservados os direitos constantes nos tratados internacional, principalmente quando se tratam de países sob regimes ditatoriais e autoritários, sendo imperioso a adesão dos Estados aos sistemas regionais. (FRIEDRICH, 2013, p. 26)

Como afirma Flávia Piovesan, tendo em vista o contexto latino-americano marcado por acentuada desigualdade social e violência sistêmica, é crucial avançar na afirmação dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região. Ao enfrentar os desafios das sociedades pós-coloniais latino-americanas, nas quais os direitos humanos tradicionalmente representavam uma agenda contra o estado, o sistema interamericano se empodera e, com sua força invasiva, contribui para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região. (PIOVESAN, 2017, p. 1356-1388)

O sistema interamericano rompe com o paradoxo de sua origem, pois, ainda que nascido num contexto regional marcado por regimes ditatoriais, inicialmente esperava-se um impacto limitado por parte das então autocracias, mas o sistema se consolida e fortalece como um ator regional democratizante, impulsionado por estratégias competentes de litigância da sociedade civil em uma rede transnacional que confere alta legitimidade social.

Conforme evidenciado pelos estudos da efetividade do sistema interamericano, seu funcionamento possibilitou a desestabilização dos regimes ditatoriais, exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas, e demanda o fortalecimento das instituições democráticas, juntamente com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Inegável seu impacto transformador na região, principalmente devido ao papel vital da sociedade civil organizada em sua luta por justiça e direitos, é impulsionado pela efetividade do diálogo regional e local em um sistema multinível com abertura e permeabilidade mútuas. O sistema interamericano baseia-se no princípio pro ser humano, por meio de regras convencionais interpretativas fundamentadas no princípio da norma mais protetiva e favorável à vítima, endossando parâmetros protetivos mínimos. Por isso, tais parâmetros podem ser gênero da espécie *jus cogens* regional.

Neste contexto, o sistema interamericano tem a potencialidade de exercer um extraordinário impacto na pavimentação de um *ius constitutionale commune* latino-americano, como defende Flávia Piovesan, contribuindo para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região mais desigual e violenta do mundo. (PIOVESAN, 2017, p. 1356-1388)

Assim, pela experiência do regionalismo dos direitos humanos com grande grau de efetividade, a tomar de exemplo as centenas de sentenças e resoluções do sistema regional interamericano, não é grande esforço afirmar que uma compreensão de direito comum interamericano abarca também o reconhecimento de *jus cogens* para a região. O conteúdo desse *jus cogens* será objeto de estudo subsequente pelos autores deste texto.

Conclusão

Como regra geral, os Estados permanecem como os principais atores do Direito Internacional. Portanto, é extremamente delicado alargar obrigações aos estados sem contar com suas manifestações soberanas de vontade, como se faz no conceito de *jus cogens*. No entanto, a análise do *jus cogens* no Direito Internacional revela sua importância incontestável na proteção de valores fundamentais e na preservação da ordem global e também regional.

Embora enfrentando desafios significativos em sua busca pela proteção humana, é pertinente considerar a viabilidade do *jus cogens* regional, em tentativa de criação de instrumentos para proteção dos direitos das pessoas, seja a nível universal, seja a nível regional, que ao tema dos sistemas interamericanos já se mostrou efetivo.

A diversidade cultural e as distintas tradições jurídicas sugerem que, em determinados contextos regionais, normas imperativas podem adquirir relevância, refletindo a peculiaridade das preocupações e valores locais. Esta abordagem regionalizada não apenas respeita a diversidade global, mas também pode fortalecer a aplicação efetiva do *jus cogens* em diferentes partes do mundo. No entanto, a implementação bem-sucedida do *jus cogens* regional exigirá uma cuidadosa consideração das nuances culturais e jurídicas específicas de cada região, garantindo, ao mesmo tempo, a preservação dos princípios fundamentais subjacentes a esse instrumento jurídico.

Em última análise, a discussão sobre o *jus cogens* regional abre novas perspectivas para a adaptação flexível desse conceito no cenário internacional, promovendo uma coexistência harmoniosa entre normas globais e preocupações regionais.

Referências

BRAGATO Fernanda Frizzo e CASTILHO Natália Martinuzzi. O pensamento descolonial em Enrique Dussel e a crítica ao paradigma eurocêntrico dos direitos humanos. Revista Direitos Culturais, 2013, p. 9 apud DUSSEL.1492: O encobrimento do Outro - a origem do “mito da modernidade”, p. 113.

BRASIL. Decreto n. 7030, de 14 de dezembro de 2009 - Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. STF. RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, P, j. 3-12-

2008, DJE 104 de 5-6-2009.

BRITO, Wladimir. Direito Internacional Público. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 220.

CARREAU, Dominique ; JAHYR, Philippe Bichara. Direito Internacional. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 106.

COLARES, Ana Cecília Sabba. A proteção do indivíduo através do *jus cogens* - Uma análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional 2014, p. 11 apud MAZZUOLI. Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 942-943.

Comissão de Direito Internacional. Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (*jus cogens*) por Dire Tladi: Rapporteur Especial (A/CN.4/727). paras. 28.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 108.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. As normas de *jus cogens* sob a perspectiva do sistema interamericano de direito. Curitiba: Repositório Institucional - Rede Paraná Acervo, 2013, pg. 25 apud PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRIEDRICH, Tatyana. *Jus Cogens* Internacional. Curitiba, UFPR. agosto de 2002. p. 76.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. El Ius Cogens International, Estudio histórico-crítico. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2003. p. 156 e 158.

ILC. Official Records of the General Assembly, 5ª e 6ª sessões, 2003, UN Doc A/56/10.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. de João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. 2006.

LIMA, Luis Carlos e MAROTTI, Loris. Dossiê - História do Direito Internacional no Brasil Parte II. Revista de Direito Internacional, vol. 20, 2023.

MARQUES, Miguel Ângelo. *Jus Cogens* Pro Homine. São Paulo: DIGE - Direito Internacional e Globalização Econômica, 2018, p. 70 apud RAMOS, André de Carvalho, Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

NASSER, Salem. *Jus Cogens*: Ainda esse desconhecido. Revista FGV. V. 1. N. 2. JUN-DEZ 2005.

PERDOMO, Caicedo J. La Teoría del Ius Cogens en Derecho Internacional a la Luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, enero-jun. 1975.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. Manual de Direito Internacional Público. 3. ed. 11. reimpressão. Lisboa: Almedina, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. Direito & Práxis, v. 8, n. 2, 2017, p. 1356-1388.

SCHMITT, Carl. Teologia política. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WEATHERALL, Thomas. *Jus Cogens: International Law and Social Contract*. Cambridge. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos e LIPPSTEIN, Daniela. Por uma educação Latino-Americana em direitos humanos: Pensamento Jurídico crítico contra-hegemônico. Rio de Janeiro: Revista de Direitos e Garantias Individuais, vol. 18, 2017.

MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS: O COLONIALISMO VERDE E AS NOVAS ANÁLISES SOBRE JUSTIÇA AMBIENTAL NO OLHAR INTERAMERICANO

Graziela Tavares de Souza Reis

Daniela Bucci

Resumo

Analisa-se se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tanto em suas decisões advindas da Corte IDH, ou por meio das medidas cautelares da CIDH, ou ainda, sobre sua evolutiva interpretação da CADH, e recentemente, sobre a elaboração da Opinião Consultiva solicitada pela República da Colômbia e da República do Chile sobre emergência climática e direitos humanos tem sido um mecanismo jurídico descolonial para que se concretize a justiça ambiental. O colonialismo verde é uma nova categorização que envolve as análises sobre justiça global e geopolítica e surge a partir do pensamento eco social e dos seus impactos no próprio direito. Discute-se o direito ao clima estável como patrimônio da humanidade, o que exige a defesa de direitos humanos e a busca pela prevenção e garantias de cumprimento de regras que assegurem a humanidade que a vida seja sustentável neste planeta, que possa ser uma realidade habitável e que permita às pessoas dignidade. Reconhece-se um momento crítico em que novas iniciativas e movimentos envolvem propostas de transformações profundas e isso requer diálogos coletivos e globais a ponto de falar em um pacto eco social e intercultural do sul. As inúmeras catástrofes vêm provocando a necessidade de novas posturas: o aquecimento global; a extinção de espécies; a destruição de vegetação; os desmatamentos ilegais; a contaminação dos rios por indústrias e mineradoras; o assoreamento dos rios pelas atividades do agronegócio; o grande depósito de plásticos no ambiente marinho, além de tantas outras práticas degradantes e continuadas, o que faz com que se reconheça que as condições ambientais devem ser modificadas de modo a promoverem a vida digna. Nesse contexto, também a preocupação do sistema interamericano de direitos humanos, que reconhece o direito dos povos indígenas à proteção de seus recursos naturais e lhes outorga um controle exclusivo sobre suas terras, territórios e recursos naturais.

Introdução

O direito ao meio ambiente sadio é afirmado como um Direito Humano, que precisa ser desenvolvido. Nossa região latinoamericana e caribenha passou por um processo de colonização usurpador, de retirada de riquezas, em especial a mineral, e trouxe a concepção que tudo por aqui foi “descoberto” por essa intrusão europeia, por meio de um processo de invasão violenta, epistemicida e desconsiderando territorialidades e culturas dos povos pré-hispânicos ou pré-lusitanos. Esse processo ainda se repete, de modo que o Brasil, por exemplo, junto aos conflitos agrários e ambientais que enfrenta, assiste a luta de povos tradicionais pela

regularização de seus territórios, como as discussões jurídicas e sociais de comunidades quilombolas, de ponta a ponta no país, buscando o reconhecimento burocrático e documentação da existência de comunidades e territorialidades seculares. Nossa região como um todo ainda assiste a um modelo desenvolvimentista predatório, onde o avanço do agronegócio, ou da exploração mineral e ainda a exploração ecoturística seguem, muitas vezes, sem qualquer preocupação com a sustentabilidade.

Não sem razão, há uma crescente atenção voltada para os vínculos do meio ambiente com os Direitos Humanos. Para combater o que já se categoriza como colonialismo verde, medidas cautelares são emanadas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e sentenças são proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos abrangendo questões sobre os povos indígenas, pessoas afrodescendentes, defensores ambientais, além de medidas e decisões que envolvem direitos econômicos sociais e culturais.

O presente estudo, portanto, aborda o tema da justiça ambiental, a integração entre a proteção dos Direitos Humanos e a proteção ambiental, bem como expõe o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com foco na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dessa maneira, este estudo considera a interpretação dos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, avalia se protege o meio ambiente e identifica que é atribuída uma dimensão ambiental ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao reconhecer o direito ao meio ambiente sadio e o direito à propriedade comunal, com destaque ao reconhecimento da estreita relação que os povos indígenas têm com a terra compreendendo-na como a base fundamental de suas culturas, de sua vida espiritual, de sua integridade e de sua sobrevivência econômica.

A metodologia adotada foi a escolha de análise de dois casos paradigmáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a análise das interpretações evolutivas da Convenção Americana de Direitos Humanos no Tema, bem como, da observação da Opinião Consultiva solicitada pela República da Colômbia e da República do Chile sobre emergência climática e direitos humanos. Assim, o estudo proposto situa-se de forma mais ampla dentro do campo teórico das Ciências Sociais e Jurídicas, e de forma mais específica, pelo recorte dos campos de investigação dos estudos decoloniais, meio ambiente e direitos humanos. Utiliza-se o método de análise *indutivo*, pois se pretende inferir da análise dos dados das próprias decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e das medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Os resultados foram atingidos por meio de uma análise de natureza *qualitativa* dos dados, tendo em vista que se objetiva realizar uma compreensão descritiva, analítica e crítica da realidade do trabalho realizado pelo direito interamericano, sob a perspectiva teórica do colonialismo verde e do pacto eco social.

Tratados Internacionais e a Decolonialidade

O Brasil tem como ratificados tratados internacionais universais em matéria ambiental, com status de supralegalidade, tais como, a Convenção-Quadro sobre Mudança Climática (1992), a Convenção-Quadro sobre Biodiversidade (1992) e o Acor-

do de Paris (2015). O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação CNJ nº 123/2022, indica que os órgãos do Judiciário observem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, bem como a jurisprudência da Corte IDH, para exercerem o controle de convencionalidade, o que reforça a responsabilidade internacional do Estado brasileiro em relação à proteção ambiental e equipara os tratados internacionais ambientais aos tratados de direitos humanos.

Sobre os tratados interamericanos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José) não prevê em seu texto originário, adotado em 1969 e em vigor desde 1978, o direito ao meio ambiente sadio. Somente em 1988, com o Protocolo Adicional à Convenção em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Protocolo de San Salvador -, o sistema interamericano passou a reconhecer o direito a viver em um ambiente sadio e o dever de as partes promoverem a proteção, preservação e melhoria ambientais (art. 11).

No âmbito da CIDH e da Corte IDH, a proteção ambiental e do direito ao meio ambiente sadio tem se dado de modo reflexo ou indireto, derivada da necessidade de assegurar outros direitos e garantias convencionais, especialmente a vida (art. 4º), a integridade pessoal (art. 5º), saúde (OEA, 1948, art. 11) a proteção da família (art. 17), a liberdade de religião (art. 12) e expressão (art. 13), a propriedade (art. 21), a circulação e residência (art. 22), a informação (art. 13.3), a participação (art. 23) e o acesso ao Judiciário (arts. 8.1 e 25).

Na Opinião Consultiva nº 23/2017⁵⁰, solicitada em 14 de março de 2016 pela República da Colômbia, foi apresentado um pedido sobre as obrigações dos Estados em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal. A Corte IDH estabeleceu que o direito a um meio ambiente saudável é “um interesse universal” e “um direito fundamental para a existência da humanidade” (Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), art.26, combinado com o que prevê o art.11 do Protocolo de São Salvador, no tema de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA)). A Corte IDH evidenciou que existe uma interdependência, uma relação intrínseca e necessária, portanto, indissociável, entre a ideia de direitos humanos, meio ambiente e o desenvolvimento sustentável.

Vale destacar que as Opiniões Consultivas, como jurisprudência da Corte, devem ser internalizadas, impactando, portanto, o direito interno. Aliás, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708, 1º de julho de 2022, no Caso Fundo Clima ou Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, caso emblemático no litígio ambiental que envolve recursos financeiros bilionários provenientes da Europa, e.g. Noruega e Alemanha, e se destinam à proteção, ao controle e ao enfrentamento do desmatamento na Amazônia. Houve uma indicação do necessário diálogo com a jurisprudência recente da Corte IDH em matéria ambiental.

Protege-se o direito à propriedade dos povos tradicionais e indígenas e a Corte

50 • A Opinião Consultiva OC-23/17 refere-se às obrigações do Estado em relação ao meio ambiente, neste âmbito proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Você pode consultar o resumo oficial do parecer consultivo em seguinte link: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_23_esp.pdf

IDH relaciona-os, direito e proteção, à defesa dos seus direitos territoriais, abrangendo os povos indígenas e quilombolas, principalmente o direito à demarcação de suas terras. Em alguns deles, afirmou-se que tanto a exploração dos recursos naturais dependia de consentimento prévio dos povos envolvidos (Caso Kichwa de Sarayaku vs. Equador de 2012, por exemplo), quanto ao dano ambiental por sua exploração (Caso Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua de 2001) era atentatório a tais direitos.

A Corte Interamericana reconhece a obrigação dos Estados de proteção ao meio ambiente, como decorrência natural da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal, conforme o destaque da Opinião Consultiva OC-23-17:

Corte Interamericana. Meio ambiente e direitos humanos (obrigações do Estado em relação com o meio ambiente no âmbito da proteção e garantia dos direitos à vida e integridade pessoal – interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos Humanos) (Parecer Consultivo OC-23/17 de 15 de novembro de 2017. Série A No.2. 3. 4. 5)

Neste instrumento, sinaliza-se o bom propósito de que os Estados respeitem e garantam os direitos à vida e à integridade das pessoas sob a sua jurisdição, Nesse sentido:

os Estados têm a obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora do seu território, para o que devem regular, fiscalizar e supervisionar atividades sob sua jurisdição que possam causar danos significativos ao meio Ambiente; realizar estudos de impacto ambiental quando houver risco de danos significativos para o meio ambiente; estabelecer um plano de contingência, a fim de ter medidas e procedimentos de segurança para minimizar a possibilidade de acidentes graves ambientais e mitigar os danos ambientais significativos que possam ter sido produzidos [...].

Torna-se notória a obrigação dos Estados de agirem de acordo com o princípio da precaução, agindo de boa-fé e em cooperação, sem medir esforços contra os danos fronteiriços:

6. Os Estados devem agir de acordo com o princípio da precaução, para efeitos de proteção do direito à vida e à integridade pessoal diante de possíveis danos graves ou irreversíveis ao meio ambiente, mesmo na ausência de certeza científica [...]. 7. Com o propósito de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade das pessoas sob a sua jurisdição, os Estados têm a obrigação de cooperar, de boa fé, para a proteção contra os danos transfronteiriços significativos ao ambiente. Para o cumprimento desta obrigação, os Estados devem notificar os Estados potencialmente afetados quando tomam conhecimento de que uma atividade planejada sob sua jurisdição poderia criar um risco de danos transfronteiriços e de emergência significativa para questões ambientais, bem como consultar e negociar, de boa fé, com potenciais afetados por danos transfronteiriços significativos [...]

Resta para os Estados um dever de resguardar o direito ao acesso à informação relativa a possíveis danos e efeitos ao meio ambiente, decorrentes de decisões, em-

preendimentos e políticas implementadas:

8. Com o objetivo de garantir os direitos à vida e à integridade das pessoas sob seu controle e jurisdição, em relação à proteção do meio ambiente, os Estados têm a obrigação de garantir o direito de acesso à informação relativa a possíveis efeitos no meio ambiente; o direito à participação pública das pessoas sob sua jurisdição na tomada de decisões e políticas que possam afetar o meio ambiente, bem como o direito de acesso à justiça em relação às obrigações ambientais afirmados neste parecer [...].

Essa proteção internacional do meio ambiente deve repercutir internamente nos países da nossa região, justamente, como uma proteção contra práticas culturais arraigadas, desde o séc. XVI, decorrentes do próprio processo colonial, que trouxe o modelo patriarcal e capitalista.

Há movimentos que buscam romper com esse modelo que repetem as dinâmicas em que as geografias destinadas à acumulação - os colonizadores - aproveitam-se de outras geografias, hoje, os colonizados que assumiram a posição de economicamente dependentes, usurpando-as. Contudo, o “*pacto ecossocialismo del sur*”, por exemplo, é um movimento que desde 2022 procura confrontar essa realidade, alertando para o que já se denominou colonialismo verde. Há reações internas que necessitam da força da proteção internacional de direitos como aliada para mudanças que desagradam os interesses de países economicamente e belicamente mais fortes.

O fato é que, o colonialismo verde, forma contemporânea de colonialismo, continua explicando a expropriação de matérias-primas e recursos naturais e reproduzindo as relações coloniais, ao momento em que reage negativamente ao lhe ser requisitado respeito com o meio ambiente como essencial para garantir um futuro à humanidade. Apesar de nefastas, tais práticas são altamente lucrativas e por essa razão, se perpetuam com lastros nas cúpulas dos poderes.

Por essa razão se afirma uma real “rapina dos recursos naturais” legitimada pela força político-militar do Estado colonizador. Até hoje há o discurso da “disponibilidade das terras vazias” atraindo investidores internacionais no interesse mineral e do agronegócio, porém, em terras habitadas por povos tradicionais. Nesse sentido:

no colonialismo histórico, a rapina dos recursos naturais se legitimava pela força e supremacia político-militar do Estado colonizador, no contexto de colonialidade na apropriação da natureza, há outros mecanismos de poder que promovem a aceitabilidade da exploração territorial, dentre os quais se destacam: consideração, como vantagem comparativa no mercado mundial, a extração de riquezas naturais; discurso da disponibilidade de terras vazias, degradadas e inexploradas; necessidade de tornar o território economicamente produtivo; criação da ideia-força de que o progresso e o crescimento econômico se atrelam à extração de riquezas naturais; conciliação e harmonia entre exploração capitalista da natureza e preservação ambiental; e integração dos produtos primários à economia global como forma de pavimentar o caminho para era moderna. (Assis, 2014).

Miriam Lang, Breno Bringel e Mary Ann Manahan (2023), organizadores da obra coletiva *Más allá del colonialismo verde: justicia global y geopolítica de las transiciones*

ecosociales trazem que o colonialismo verde⁵¹ desdobra-se em dimensões diferentes das relações geopolíticas Norte-Sul. O que se pretende é que essas relações sejam remodeladas, e.g., na procura de matérias-primas ilimitadas na nova corrida mundial para a segurança energética, o que acrescenta uma camada “verde” adicional às pressões extrativas já existentes. Devem ser urgentes as mudanças estruturais nos processos de produção poluentes localizados nas economias do Norte. Estas práticas neocoloniais são alimentadas pela falsa ideia de “espaços vazios” e assim, governos e empresas, muitas vezes com interesses multinacionais, tomam territórios ocupados por povos tradicionais e inserem atividades altamente impactantes, margeando pessoas desses territórios, e violando suas comunidades e culturas, muitas vezes pelo uso de violência militarizada (Massacres em comunidades Maya na Guatemala, por exemplo). Como exemplos, podemos citar as construções de usinas hidrelétricas (ou atividades mineradoras (Yanomamis no Brasil) ou avanços do agronegócio (Raposa Serra do Sol, no Brasil).

Como solução, têm sido propostas mudanças de paradigma em direção a um novo modelo ambiental e socioeconômico. Propõe-se a transformação dos aparelhos do Estado, suas estruturas, processos, seletividades e burocracias que redundem em uma transformação política com vistas à sustentabilidade e ao reconhecimento e concretização de proteção dos territórios dos povos tradicionais, indígenas e quilombolas, verdadeiros guardiões da natureza até então. Uma diversificação planejada das economias, seguindo critérios ecossociais estritos, o que inclui mudanças das próprias formas e modos materiais de (re)produção das sociedades, bem como uma reconversão de infra-estruturas materiais, por exemplo, transportes, fornecimento de energia e água, para infra-estruturas sociais e ecossociais que, em princípio, permitam uma boa vida para toda a comunidade, e não à custa de outras pessoas ou dos recursos naturais. Mas, para que políticas assim sejam concretizadas, é necessária uma mudança em toda a sociedade, uma mudança nas relações de poder existentes que abrangem o estado internamente e as suas relações internacionais com Estados mais fortes economicamente e com grupos estrangeiros que se interessam em “investir” internamente.

Nesse sentido, desenvolve-se o constitucionalismo latino-americano no propósito de proteção do bem viver, o que vem expresso na Constituição da Bolívia e do Equador, assumindo o caráter de Estados Plurinacionais e delineando o propósito de desenvolvimento conectado com a proteção do meio ambiente. Enfatizam mais o bem estar acima da rentabilidade. A interculturalidade e a plurinacionalidade justificam a abordagem do Bem Viver como categoria simbólica que carrega um conjunto de valores com o intuito de dar sentido à vida em uma sociedade que tem sido refém do eurocentrismo, que repreendeu com muita violência uma cosmovisão jamais compreendida, sendo por essa razão, epistemicida e cruel. Nossa região tenta resistir

51 • El colonialismo verde se despliega en al menos cuatro dimensiones diferentes de las relaciones entre los Nortes y los Sures geopolíticos a medida que se remodelan y actualizan en el contexto del Consenso de la Descarbonización. En primer lugar, en la reivindicación de materias primas ilimitadas en la nueva carrera mundial por la seguridad energética, que añade una capa “verde” adicional a las presiones extractivistas ya existentes. En segundo lugar, en la imposición de ciertos formatos de conservación en los territorios del Sur en el contexto de esquemas de compensación de carbono, que al mismo tiempo permiten posponer aún más los cambios estructurales urgentes en los procesos de producción contaminantes ubicados en las economías del Norte (Lang et al., 2023, introducción).

ao provocar um novo constitucionalismo que proteja o seu modo de viver.

Do mesmo modo, a proteção regional de direitos humanos por meio do direito interamericano realiza um importante papel nessa busca por defesa de territórios e culturas.

Nesse contexto, serão estudados dois casos em que a Corte Interamericana lida com a questão dos direitos humanos e o direito ambiental.

Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua,

Sobre o tema, no caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, a Corte Interamericana analisou a ausência de reconhecimento pelo Estado da Nicarágua a respeito dos direitos da Comunidade Awas Tingni, notadamente acerca da inexistência de demarcação das terras de propriedade da Comunidade.

A Corte, ao interpretar o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, destaca que o direito à propriedade - e aqui destacada a propriedade nas comunidades indígenas - está protegido e abarca “a tradição comunitária sobre uma forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a sua propriedade não concentra-se em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade” (§§ 148-149).

A Corte reconhece que os povos indígenas têm o direito de viver livremente nos seus territórios, mas assevera que eles possuem estreita ligação com a terra e que isso é “base fundamental das suas culturas, da sua vida espiritual, da sua integridade e sobrevivência econômica”. É um “elemento material e espiritual que devem desfrutar plenamente, mesmo para preservar o seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras”. Essa relação com a terra para as comunidades indígenas, não diz respeito à posse e produção (§ 149).

No caso, a Corte chama a atenção para o fato de que a Nicarágua, apesar de reconhecer a propriedade comunal em sua legislação nacional, não regulamentou o procedimento a ser dado (§ 150). Além disso, o Estado não delimitou e tampouco demarcou referidas terras, gerando incertezas para os membros da comunidade, prejudicando o uso e a fruição dos respectivos bens (§ 150). A Corte considera as terras das comunidades indígenas inalienáveis: ou seja, essas terras não podem ser doadas, vendidas, apreendidas ou tributadas. Além disso, seus habitantes têm direito a lotes de trabalho dentro dessas terras e consequente o usufruto dos bens gerados pelo trabalho realizado nelas (§ 150).

Trata-se de um direito consuetudinário dos povos indígenas que precisa ser reconhecido oficialmente, sendo a Comunidade Awas Tingni considerada a verdadeira proprietária das terras comunais (§§ 151-152). A Corte entendeu que a ausência de demarcação e delimitação pelo Estado da Nicarágua gerou incerteza sobre qual área devem os membros da comunidade usar e usufruir, devendo o Estado, portanto, delimitar, demarcar e titular o território de propriedade da Comunidade. Até que isso ocorra, a Corte determinou que o Estado não pode intervir na existência, valor, uso ou gozo dos bens localizados na área geográfica onde a comunidade reside e exerce suas atividades (§ 153).

O Caso LHAKA HONHAT v. ARGENTINA

Caso semelhante ao anterior, Lhaka Honhat v. Argentina versa sobre o direito

de propriedade comunitária sobre o território ancestral das comunidades indígenas agrupadas na Associação Lhaka Honhat ou a denominada propriedade comunal ou comunitária.

A Corte, com base na sua jurisprudência consolidada nos diversos casos já decididos, tem reconhecido que há uma espécie de propriedade centrada no grupo e na comunidade e não no indivíduo e que constitui uma tradição entre os povos indígenas (§§ 92-93). Além disso, tal qual o caso anterior, a Corte relaciona o direito de propriedade aos recursos naturais, de modo que o direito de propriedade protege igualmente os recursos utilizados tradicionalmente para “garantir a sobrevivência, desenvolvimento e continuidade de um estilo de vida” ou um *modus operandi* daquelas comunidades (§§ 94-95). Constitui no direito de usar e gozar das terras permanentemente (§ 95), o que compreende o direito de delimitar, demarcar e titular as terras (§§ 96-98). Nesse sentido, a Corte entende que cabe ao Estado garantir a propriedade efetiva desses povos, considerando a delimitação de terras e a concessão da titularidade comunitária das terras. Referido título garante a segurança jurídica e é exatamente sobre esse aspecto que versa o caso, uma vez que não há discussão a respeito do direito de propriedade das terras ancestrais das comunidades indígenas (§§ 114-115).

A Corte buscou analisar se o Estado conferiu segurança jurídica adequada contra condutas de terceiros e do próprio Estado, com a previsão de mecanismos eficazes, adaptando a legislação interna para que as comunidades indígenas possam controlar suas terras e defenderem-se de quaisquer interferências estatais ou de terceiros (§ 116), bem como se tomou todas as medidas, de qualquer natureza, para efetivar tais direitos (§ 120). Outro aspecto que traz complexidade ao caso, diz respeito à transferência da população crioula que coabita parte das terras e que é marcada pela pobreza e vulnerabilidade (§§ 135-139).

A Corte entendeu que apesar dos evidentes esforços do Estado, a garantia da propriedade comunal também abarca o “respeito à autodeterminação e autonomia das comunidades indígenas sobre suas terras” e não apenas o “seu reconhecimento nominal” (§153). A construção de obras em terras indígenas deve observar os limites impostos ao direito de propriedade de modo geral. Em caso de utilidade ou interesse público e social, mediante uma compensação. Além disso, é preciso, para proteger a íntima relação que esses povos têm com suas terras, garantir a sua participação efetiva no processo e nos benefícios que serão auferidos pela comunidade, observando seus costumes e tradições e realizando um estudo prévio de impacto ambiental (§§ 173-176). No caso, as obras executadas em terras comunitárias não consideraram o direito de participação. Tampouco foram aplicados pelo Estado mecanismos de consulta gratuita, prévia e informada (§§ 184-185).

A Corte afirma que o presente caso versa pela primeira vez sobre o direito a um ambiente saudável, alimentação adequada, à água e à participação na vida cultural com base no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (§ 201), o que representa um marco importante na evolução interpretativa no âmbito da Corte a respeito da ampliação de direitos contidos na Convenção e no Protocolo de San Salvador.

A Corte ressaltou a importância de os Estados realizarem um *due diligence* “pro-

porcional e apropriado ao grau de risco de danos ambientais” (§ 208). Além disso, de um modo geral, a Corte destacou a relação do meio ambiente e outros direitos, entendendo que riscos ao meio ambiente podem “impactar a alimentação, água e a vida cultural”. Assim, como a alimentação é essencial para o gozo de outros direitos. Falar em alimentação adequada, de fato, exige a análise de outros fatores, tais como ambiental, social e cultural (§ 274). Assevera a Corte:

A comida é, em si, uma expressão cultural. Nesse sentido, a alimentação pode ser considerada um dos “traços distintivos” que caracterizam um grupo social, estando incluída, portanto, na proteção do direito à identidade cultural através da salvaguarda de tais características, sem que isso implique negar o caráter histórico, dinâmico e evolutivo da cultura.

Nesse sentido, a Corte destaca que essa expressão cultural é mais clara quando se trata de comunidades ou povos indígenas, tendo em vista que a “manutenção de sua cultura” está ligada à proteção do ambiente e da capacidade produtiva das suas terras e recursos, já que esses povos têm como atividades tradicionais a economia de subsistência, tais como a caça, por exemplo. Restrições de acesso aos territórios e aos recursos naturais, portanto, violam direitos humanos, trazendo sofrimento e impactando a preservação do modo de vida, costumes e língua desses povos, daí porque os Estados precisam garantir a preservação da íntima relação que as comunidades indígenas têm com suas terras que constituem “projeto de vida” individual e coletivo (§ 275).

A Corte analisa os impactos que as terras indígenas têm sofrido com a pecuária e a exploração madeireira e com a ocupação de famílias crioulas (§§ 280-282), por exemplo, e a relação desses impactos com a modo de vida, costumes e cultura indígenas; reconhece também a Corte o caráter “dinâmico” da cultura, mas eventuais modificações dos padrões culturais não descaracterizam esses povos e, ao mesmo tempo, também não podem servir de justificativa para permitir “danos reais à identidade cultural”, até mesmo porque boa parte dessas mudanças não são consentidas e decorrem de interferências causadas pelo Estado e por moradores não indígenas, bem como de atividades distintas dos costumes tradicionais indígenas, impactando a alimentação das comunidades indígenas e o acesso à água (§§ 283-284).

Por fim, a Corte reconheceu a responsabilidade do estado argentino pela violação dos direitos das comunidades indígenas de participar da vida cultural, em relação à identidade cultural, um ambiente saudável, à alimentação adequada e à água, nos termos do artigo 26 da Convenção Americana (§ 288-289).

Conclusão

O presente artigo procurou analisar se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio da interpretação evolutiva de suas decisões tem podido concretizar a justiça ambiental e se tem aplicado mecanismos jurídicos decoloniais e que reconheçam o clima estável como patrimônio da humanidade, pressupondo não apenas a efetiva proteção de direitos, mas a prevenção de violações ao meio ambiente e à vida sustentável no planeta. Em razão da própria natureza dos direitos em jogo, exigem-

-se diálogos coletivos e globais ou os denominados “pacto eco social e intercultural”.

Nessa perspectiva, o sistema interamericano de direitos humanos se torna protagonista desse processo, reconhecendo, por exemplo, os direitos dos povos indígenas e exigindo que o acesso aos recursos naturais, por meio do controle exclusivo sobre suas terras, seja garantido pelos Estados da região, a fim de efetivamente garantir direitos essenciais a esses povos (como alimentação, água), como também religiosos e culturais, conectando-os todos à garantia de um meio ambiente saudável.

Como foi possível verificar nos dois casos analisados, a Corte decidiu exatamente nessa linha, asseverando ainda que a ausência de reconhecimento oficial pelo Estado da propriedade das terras comunais às comunidades indígenas viola a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois não garante a segurança jurídica necessária para que esses povos continuem exercendo seus direitos. Assim a delimitação e a demarcação de terras são essenciais para que os membros das comunidades indígenas possam usar e usufruir dos bens não apenas para a sua subsistência, mas para garantir a autodeterminação e autonomia desses povos, e preservar sua cultura ancestral e transmiti-la para as novas gerações.

Além disso, a Corte traz à baila o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado, relacionando-o aos outros direitos. A proteção da cultura indígena, para a Corte, está relacionada igualmente à proteção desse meio ambiente e da exploração de recursos considerando a sua capacidade produtiva.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem sido, portanto, um forte mecanismo de alerta às práticas coloniais que se repetem. Nesse sentido, tem se dedicado em suas decisões a alertar sobre a necessária proteção dos territórios, culturas e por conseguinte, dos recursos naturais no ambiente de áreas ocupadas ancestralmente por povos originários das américas ou por povos tradicionais, que por séculos se organizaram em quilombos e comunidades preservando seus modos de vida e saberes.

O norte global ainda lida com as geografias do sul como se as terras aqui estivessem disponíveis ou não ocupadas, em uma relação que desumaniza populações do sul global impactadas e menosprezadas, por ocupações que lhes deterioram, alteram, poluem, assoreiam, rios, paisagens, corpos e populações inteiras. É assim que os elementos são reproduzidos hoje, com coincidentes elementos constitutivos do colonialismo, do patriarcado e do capitalismo que existem desde o século XVI: as geografias destinadas a acumulação aproveitam outras geografias, destinadas a serem saqueadas (Machado Araújo apud in Lang et al., 2023).

O atual colonialismo verde continua expropriando materiais e plantas, desmatando e reproduzindo as relações coloniais, ao momento em que envolve resistência aos discursos que o proclamam respeitoso com o meio ambiente e essencial para garantir um futuro e desenvolvimento à humanidade. Em nossa região, cabe ao próprio constitucionalismo latino-americano que já busca a proteção aos Estados Plurinacionais e à cultura e ao modo do bem viver e ao direito interamericano, a tarefa de aplicar regras convencionais protetivas do direito à vida, à saúde, aos territórios, protegendo as suas populações sobretudo as tradicionais e racializadas, das invasões legitimadas burocraticamente pelos Estados, a margem de estudos fidedignos sobre os reais impactos sócio-ambientais.

O fato é que o “descobrimento” das américas trouxe o “encobrimento” de seu modo de viver, de sua cosmovisão e o direito ao perceber as violações de direitos humanos decorrentes desse modelo colonial que se perpetua e tem sido predatório. A sociedade pode e deve intervir, de modo que outras propostas sejam implementadas com vistas ao crescimento equitativo e sustentável, preservando vidas, saberes, territórios e culturas. O direito é um necessário instrumento para legitimar e fomentar essas necessárias mudanças, com novas epistemologias jurídicas que enfatizem o direito ao meio ambiente protegido como decorrência óbvia da proteção de direitos humanos.

Referências

- ARAUZ, Andrés. Post-crecimiento y buen vivir: las relaciones de poder del crecimiento para el buen vivir. In: ENDARA, Gustavo. Post – crecimiento y buen vivir. Propuestas globales para la construcción de sociedades equitativas y sustentables. Quito: FRIEDRICH-EBERT-STIFTUNG (FES-ILDIS), 2014. Disponível em: Acesso em: 18 nov 2023.
- ASSIS, W. F. T. Do colonialismo à colonialidade: expropriação territorial na periferia do capitalismo. Caderno CRH, v. 27, n. 72, p. 613–627, set. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/mT3sC6wQ46rf4M9W7dYcwSj/#>. Acesso em 18 nov 2023.
- CASCAES, Barbara de Sousa. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Cartografia Social e Política da Amazônia - PPGCSPA/Centro de Ciências Sociais e Aplicadas da Universidade Estadual do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Cartografia Social e Política. <https://www.ppgcspa.uema.br/wp-content/uploads/2017/03/MIRANDA-ERA-ESSAS-PEDRAS%E2%80%9D-ESTADO-MINEIRA%C3%87%C3%83O-E-CONFLITOS-EM-UMA-COMUNIDADE-QUILOMBOLA..pdf>
- 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.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO EQUADOR. Disponível em https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em 20 nov 2023.
- CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO ESTADO DA BOLÍVIA. Disponível em https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em 20 nov 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva nº 23/2017. Disponível em
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH, 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pedido de Parecer Consultivo da República da Colômbia e da República do Chile à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Emergência Climática e Direitos Humanos. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_pt.pdf. Acesso em: 11 set. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociacion Lhaka Honhat (Nuestra Terra) vs. Argentina. Sentencia de 6

de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 06 nov. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

DUSSEL, Enrique. 1492 o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993; GATTI, L. V. et al. Amazonia as a carbon source linked to deforestation and climate change. *Nature*, v. 595, n. 7867. Disponível em https://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/45.1492_O_encobramento_do_outro.pdf. Acesso em 15 nov 2023.

IPCC. Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>> acesso em.

LANG, Miriam; BRINGEL, Breno e MANAHAN, Mary Ann. Más allá del colonialismo verde: justicia global y geopolítica de las transiciones ecosociales / Miriam Lang... [et al.] ; editado por Miriam Lang ; Breno Bringel ; Mary Ann Manahan. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2023.

SILVA, Luciana Monteiro da. A proteção do meio ambiente pela atuação do sistema interamericano de direitos humanos. Universidade Federal do Pará (UFPA). 2013.

ONU. Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a relação entre a mudança climática e os direitos humanos. Relatório do escritório do alto comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a relação entre a mudança climática e os direitos humanos, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEDY, Gabriel; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Climático. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

UNITED NATIONS. RES 76/300. The human right to a clean, healthy and sustainable environment: resolution / adopted by the General Assembly. <https://digitallibrary.un.org/record/3983329?ln=en#record-files-collapse-header>. 7 out

WAGNER, Daize Fernanda; SOUZA, Felipe Sakai de. O “ESVERDEAMENTO” DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: povos indígenas e proteção ambiental em convergência. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.19, n.43, p.381-401, jan/abril, 2022. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/2159>. 7 out.

ZANBRANO, Digno José Montalván. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO COMO UN DERECHO AUTÓNOMO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Vol. 1 Núm. 37 (2020): Núm. 37 (2020) -Anales de la Facultad de Derecho.

JUSTIÇA CLIMÁTICA INTERNACIONAL E DECOLONIALIDADE – UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO LHAKA HONHAT V. ARGENTINA

Nathalia Penha Cardoso de França

Stephan Chiaroni

Ana Beatriz Oliveira Costa

Resumo

O texto analisa o papel da jurisdição internacional para a proteção climática e ambiental como perspectiva decolonial, utilizando o caso Lhaka Honbat vs. Argentina como estudo de caso. Destaca-se a conexão ainda crucial entre povos indígenas e meio ambiente, reconhecida pela Corte Interamericana como fundamental para a proteção ambiental, que ainda impede sua justiciabilidade autônoma. Pelo método hipotético dedutivo, pretende-se enfrentar o questionamento quanto à suficiência da justiça climática atual para a proteção do meio ambiente sob uma perspectiva decolonial. No entanto, o estudo conclui que, apesar da importância reconhecida da relação entre povos indígenas e meio ambiente, ainda há desafios para tornar a jurisdição internacional um instrumento eficaz no enfrentamento das ameaças ambientais à humanidade, sobretudo na justiciabilidade autônoma dos direitos ambientais a nível internacional.

Introdução

A comunidade humana vive em uma era permeada por incertezas, destacando-se especialmente a incerteza sobre o destino da nossa espécie. Essa apreensão está intrinsecamente ligada ao fenômeno do aquecimento global e das mudanças climáticas no geral, que já está manifestando seus efeitos de maneira evidente. Eventos catastróficos como inundações no Sul do Brasil, temperaturas extremas no Sudeste e secas prolongadas no Nordeste, são incontestavelmente resultados de atividades humanas.

A humanidade emerge como uma influência geofísica planetária, que continuará desencadeando diversas transformações, seja pelo aumento no consumo, o uso indiscriminado de agrotóxicos, a expansão da criação de gado na alimentação, e a crescente emissão de gases como dióxido de carbono e metano contribuem para a acidificação dos oceanos e a diminuição da camada atmosférica que naturalmente protege a Terra, resultando, por si só, em um aumento significativo das temperaturas.

Os impactos das mudanças climáticas não afetam todos os países nem todos os grupos sociais dentro de um mesmo país de maneira uniforme. Aqueles mais vulneráveis, cujos direitos humanos são menos garantidos, são os mais prejudicados pelas transformações decorrentes do aquecimento global, estando, assim, mais propensos a verem seus direitos fundamentais à vida, saúde e subsistência violados por tais mudanças. Além disso, nem todos os países – para não se dizer nenhum – contribuíram no mesmo nível para a atual situação. No entanto, a conta tem vindo de forma

universal, ainda que com mais impacto em determinadas regiões;

Diante desse cenário, os países adotam estratégias de mitigação e adaptação na era das mudanças climáticas. Essas estratégias visam, respectivamente, reduzir a emissão de gases de efeito estufa, estabelecendo limites para o aquecimento global, e lidar com as mudanças climáticas presentes ou futuras, minimizando seus impactos. O desenvolvimento deste trabalho segue uma abordagem hipotética dedutiva, baseada na análise de documentos e na revisão bibliográfica relacionada aos temas associados à justiça climática, com hipótese a ser enfrentada que afirma “a justiciabilidade climática é instrumento decolonial de proteção dos direitos humanos.” Para tanto, será explorado num primeiro momento a visão dos efeitos das mudanças climáticas no contexto dos direitos humanos; depois, a perspectiva decolonial de se manter uma jurisdição internacional sobre o tema, sob a ótica da justiça climática; e, por fim, a análise de um caso paradigmático corrido na Corte Interamericana de Direitos Humanos, para se demonstrar a ainda insuficiente hermenêutica ambiental.

Justiça climática internacional em relação aos direitos humanos

Os direitos humanos fundamentais são preceitos universais da garantia da dignidade humana, que norteiam o desenvolvimento e o contínuo progresso da civilização. Não sendo fundamentados a partir de preceitos ideológicos, religiosos ou frutos de uma simples implementação e regulação de lei. São na verdade princípios que devem perpassar todo tipo de relação humana no presente e no futuro. Neste aspecto, as cortes internacionais foram estabelecidas com o intuito de balizar as diretrizes que países signatários passaram a estabelecer em seu ordenamento jurídico, sob o prisma do contínuo desenvolvimento da justiça, das políticas públicas e do desenvolvimento humano.

Após as diversas guerras que ocorreram nos últimos 100 anos, os representantes de Estado buscavam diretrizes sólidas e coerentes que estabelecessem do cessar fogo a até mesmo, a cooperação em matéria de transferência de tecnologia. Somente em 1945, com a consolidação da Organização das Nações Unidas (ONU), os países deram o primeiro passo que, décadas após, se mostrou sólida e consistente para a manutenção da paz, bem como a autodeterminação dos povos e a garantia dos direitos individuais. A posteriori, as cortes em diversos âmbitos do direito público e privado, foram sendo a peça-chave para a implementação de diretrizes que seriam consolidadas no país signatário, ganhando um status jurídico coercitivo para julgar e sentenciar os Estados membros, caso houvesse o descumprimento dos tratados assinados. como por exemplo: a Corte Interamericana de Direito Humanos, foco central da nossa discussão.

Os tratados assinados, sempre expressam a vontade daquele Estado membro de implementar determinada política pública em benefício do ser humano, preservando e acrescentando elementos em sua personalidade civil. É de se destacar que a vontade do Estado membro é o único meio a qual faz ele adentrar ao sistema interamericano de direitos humanos, como a qualquer jurisdição internacional.

Os estudos sobre os impactos presentes e futuros no âmbito do clima e meio-ambiente são datados desde os anos de 1940, demonstrando através de estudos públicos e privados, as projeções e tendências que o mundo sofreria com as políticas de

estado voltadas à industrialização em massa, de modo desordenado, não observado os problemas que isso causaria em diversas áreas da sociedade, como também, impactos econômicos gigantescos em diversas áreas, como o agronegócio por exemplo.

As tentativas feitas através das conferências sobre o clima, em sentido de conscientização e desenvolvimento de acordos econômicos a fim de implementações mais sustentáveis, ambientais e menos poluentes, tiveram imenso apelo e aceite dos Estados que participaram, principalmente os mais abastados, membros do G7, como o Estados Unidos da América (EUA), Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália e Canadá e demais potências.

A partir da implementação do painel IPCC (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas), diversas conferências e acordos foram formados na tentativa de contenção da temperatura por medidas mais sustentáveis, principalmente na geração de energia limpa. Contudo, devido a constantes problemas geopolíticos, econômicos, principalmente sobre o ponto de vista industrial, tais medidas foram negligenciadas, principalmente no que se diz respeito a conferência das Partes (COP21), 2017. As expectativas da manutenção da temperatura em +1,5° C, foram frustradas com os recentes anúncios de que ultrapassamos já está marca. Recentes estudos mostram ainda que os países subdesenvolvidos aumentaram exponencialmente a emissão de Co2, a Índia triplicou em dados coletados de 2006 a 2022.

A humanidade poderá cruzar um ponto de não retorno, e a liberação de CO2 e metano aprisionado no permafrost, nas geleiras e outros sítios ecológicos elevaria a temperatura do Planeta e levaria o mundo a um colapso ambiental, que, também, poderá significar um colapso civilizacional. (QUÉRÉ et al., 2018)

Diversos eventos climáticos têm ocorrido devido aos constantes efeitos desse aumento de temperatura, bem como aumento dos níveis do mar, seca em regiões áridas, tufões e demais eventos da natureza. É preciso estender a compreensão dos direitos humanos para além do indivíduo e seu meio, pois as demandas nestes últimos 20 anos deste novo século, acrescentaram elementos e perigos a vida humana que antes eram somente observados a partir de projeções científicas, longe da realidade observada no dia a dia.

O Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em 2009, apresentou um relatório específico abordando a interligação entre a mudança climática e os direitos humanos (ONU, 2009, p. 30). Este documento, construído com base em discussões realizadas tanto no IPCC quanto no UNFCCC, examinou diversas implicações dos efeitos da mudança climática no contexto dos direitos humanos, abrangendo tanto uma perspectiva geral quanto considerações mais específicas sobre a vulnerabilidade de grupos e direitos particulares, além de analisar como tais impactos contribuem para conflitos e deslocamentos forçados. O OHCHR ressaltou que os efeitos da mudança climática não apenas resultam na violação direta de certos direitos humanos, mas também desencadeiam violações indiretas, intensificando vulnerabilidades e deslocamentos forçados (ONU, 2009, p. 30).

A argumentação sobre a violação dos direitos humanos decorrente dos efeitos da mudança climática também tem sido empregada em casos de litigância climática

em vários países, vinculando-se principalmente à responsabilidade dos Estados de proteger seus cidadãos, o que será abordado neste artigo a nível internacional, mas também ocorre a nível doméstico. Na Holanda, por exemplo, o tribunal favoreceu a solicitação apresentada pela organização da sociedade civil Urgenda, buscando um compromisso mais ambicioso e eficaz por parte do Estado na redução de gases de efeito estufa (GEE), fundamentando-se especialmente na capacidade do Poder Judiciário de avaliar o respeito aos direitos fundamentais (JUSCLIMA, 2021A). No caso Leghari contra a Federação do Paquistão, houve o reconhecimento explícito de que as omissões e negligências do Estado paquistanês em sua abordagem aos efeitos da mudança climática resultavam em violações de direitos humanos, especialmente no que diz respeito às medidas de adaptação (JUSCLIMA, 2021B).

A injustiça originada pelas mudanças climáticas desempenha atualmente um papel crucial no cenário da justiça ambiental. Pode-se afirmar que a luta pela justiça ambiental teve sua origem nos Estados Unidos na década de 1960, associado à luta pelos direitos civis e políticos, quando os movimentos sociais perceberam que a população mais vulnerável em termos de direitos econômicos e sociais também era a mais suscetível aos riscos ambientais. (FAGUNDEZ et al., 2020, p. 232). Inicialmente vinculado ao combate à contaminação tóxica e à resistência ao racismo ambiental, o termo “justiça ambiental” abrange uma gama mais ampla de temas. Questões sociais, territoriais e ambientais em geral fazem parte do ativismo nessa área (SCHLOSBERG, 2007, p. 46).

Os movimentos contra a contaminação tóxica, com o caso emblemático de Love Canal como símbolo de sua luta (DAROS, 2018, p. 82), destacam-se pela descoberta de dejetos químicos no canal onde um condomínio habitacional foi construído, representando sérios riscos à saúde. Em 1980, a população local reagiu contra a poluição por lixo tóxico, resultando na evacuação do prédio. Na mesma toada, o conceito de racismo ambiental, conforme definido por Schlosberg (2007, p. 47), refere-se aos riscos ambientais desproporcionais enfrentados por comunidades de cor. Historicamente, o movimento pela justiça ambiental começou como uma resposta ao racismo ambiental.

A essência dos movimentos de justiça ambiental, conforme afirmam Acsehrad, Mello e Bezerra (2009, p. 15), resume-se à oposição à concentração dos benefícios do desenvolvimento para um grupo específico, enquanto os riscos ambientais são desproporcionalmente atribuídos a outros, como pessoas e grupos desprovidos e posses e rendas.

Entretanto, à medida que a comunidade humana se desenvolve e enfrenta as consequências tecnológicas e os impactos ambientais globalizados, a justiça ambiental transcende as duas temáticas inicialmente apontadas por Schlosberg. A questão climática hoje assume extrema importância nesse contexto, com a emergência da justiça climática a partir da justiça ambiental. A efetivação de uma ampla gama de direitos humanos protegidos internacionalmente já está sendo minada pelas mudanças climáticas, o que demanda ação por parte dos atores internacionais sob pena de se permitir um efeito dominó de violação de direitos.

O meio ambiente se estabeleceu como protagonista na garantia dos direitos. Novas doenças advindas do uso irregular da flora, vírus milenares sendo descongelados

devido aos constantes descongelamentos das calotas polares, evidenciam um futuro possível inimigo da vida. O constante surgimento de superbactérias, tem como estímulo a variação constante de temperatura no ambiente. Portanto, a judicialização internacional do tema ambiental é de suma importância para a manutenção e contínuo progresso da vida humana no mundo.

Perspectiva decolonial da jurisdição internacional

A perspectiva decolonial, também referida como pós-colonial por Galindo (2013, pp. 46-68), destaca os amplos eventos históricos da descolonização e a persistente busca pela soberania. Ela também aborda as realidades de nações e povos emergindo em um novo contexto imperialista de dominação econômica e, por vezes, política. Segundo esse autor, o fenômeno do colonialismo, que abrange aspectos históricos, políticos, jurídicos e todas as esferas da vida, e sua posterior ressignificação como pós-colonialismo, continuam a produzir efeitos na ordem jurídica internacional até os dias atuais.

A visão decolonial também se reflete na jurisprudência internacional, como evidenciado no caso *Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* da Corte Interamericana de Direitos Humanos (LOUREIRO, 2018, p. 47) e no caso *Certain Phosphate Lands in Nauru* (*Nauru v. Austrália*) perante a Corte Internacional de Justiça, que trata da reabilitação das terras de fosfato em Nauru após sua independência (CIJ, 1992, para. 31).

Os estudos conhecidos como TWAIL (abordagens terceiro-mundistas do direito internacional), iniciados em 1997, começaram criticando o direito internacional colonial por legitimar a subjugação e opressão dos povos do terceiro mundo. Eles buscaram identificar estratégias para o futuro, destacando a insuficiência de princípios jurídicos como a igualdade soberana dos Estados e a não-intervenção para garantir a liberdade dos Estados do terceiro mundo após a simples declaração de independência. Esse debate está intrinsecamente relacionado ao tema da repatriação de bens e artefatos culturais retirados por países colonizadores de suas colônias.

De acordo com Galindo (2013, p. 56), a cultura exerce uma influência óbvia nas relações entre colonizadores e colonizados. Em uma abordagem crítica, destaca-se a “essencialização da cultura europeia”, ou seja, a simplificação das complexidades e a reprodução de estereótipos para construir uma identidade europeia. A postura da Europa em relação ao que não era europeu moldou a identidade desse continente, tanto politicamente, culturalmente quanto juridicamente. Isso levou, como aponta Rajagopal (2003, p. 416), a uma visão do direito internacional como operando em um campo de política cultural, onde atores sociais, influenciados por diferentes significados e práticas, entram em conflito uns com os outros.

Parte da estratégia decolonial perante o direito internacional é utilizar-se da jurisdição para trazer a responsabilidade estatal de muitos países perante os demais no tema de danos ao meio ambiente e as consequentes mudanças climáticas. Isso porque já se demonstrou efetiva, ainda que conte com falhas, como todo sistema jurídico, seja no âmbito comercial na OMC, de direito internacional público na CIJ e na CPA, de direito do mar no TIDM, de direitos humanos nas CIDH, CEDH e CADHP, de direito internacional penal no TPI e no demais *ad hoc*, de direito comunitário no

TJUE, dentre tantos outros.

Por isso, analisar-se-á um caso paradigmático em que tal visão decolonial da jurisdição internacional será perceptível, sobretudo quando ao tema de abordagem do presente estudo, o meio ambiente e as mudanças climáticas.

O caso Lhaka Honhat v. Argentina à luz da decolonialidade climática

O caso se inicia com a suposta responsabilidade do Estado Argentino pela violação dos direitos de 132 comunidades indígenas residentes do Departamento de Rivadavia, Províncias de Salta, Argentina. A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos foi acionada após uma ação conjunta das comunidades indígenas membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra), segundo as quais, por consequência de atividades de terceiros na região de Rivadavia, tiveram seu espaço violado, além de presenciarem a fomentação da exploração e degradação ambiental na terra em que viviam, o que acabou culminando na saúde das populações, consumindo água contaminada e tendo a dieta fortemente impactada devido à limitação de fontes de nutrientes e vitaminas diante do ecossistema degradado.

A reivindicação indígena foi iniciada em 1991. Ao longo dos mais de 28 anos desde então, a política estatal em relação à propriedade indígena passou por mudanças, e o Estado tomou diversas medidas em relação às terras em questão. No dia 4 de agosto de 1998 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a petição inicial contendo alegações de violações ao art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Associação Lhaka Honhat contou com o patrocínio do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS).

Vale mencionar que o art. 26 está presente no capítulo III da Convenção, que aborda direitos econômicos, sociais e culturais:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, art. 26).

Além disso, ao longo dos 28 anos, também houve alegações de supostas violações tangenciais ou paralelas aos artigos 3º, 13, 16, 21 e 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que envolvem reconhecimento da personalidade jurídica, liberdades de pensamento e expressão, associação, circulação e residência.

No que tange o artigo 3º da Convenção Americana de Direitos Humanos, vinculada à personalidade jurídica, foi declarado pela Corte Interamericana o direito a que o Estado “reconheça [a] personalidade jurídica é uma das medidas especiais que se deve proporcionar aos grupos indígenas e tribais, a fim de garantir que possam usufruir de seus territórios segundo suas tradições”. Vale ressaltar que os artigos 13 e 16 foram introduzidos à petição do caso dentro da alegação de violação do direito ao

reconhecimento da personalidade jurídica, da liberdade de associação, da liberdade de circulação e residência e dos direitos à identidade.

No contexto dos artigos 21 e 22, a entrada de terceiros em Rivalia poderia ser considerada como invasão de propriedade privada, além disso, as atividades econômicas realizadas no local prejudicaram o direito à circulação e de residência das comunidades indígenas.

Cumpre salientar que a garantia adequada da propriedade comunitária não implica somente seu reconhecimento nominal, mas também abrange a observância e o respeito da autonomia e da autodeterminação das comunidades indígenas sobre suas terras. (CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA, N°11, p. 17)

O Estado demonstrou insatisfação contra a Corte através do argumento de “exceção preliminar” em decorrência de eventos posteriores à data do Relatório de Mérito No. 2/11, ou seja, eventos oriundos do dia 26 de janeiro de 2012. Houve a alegação por parte do Estado em relação ao não esgotamento dos recursos internos.

Também apontou que “é necessário considerar a complexidade que a aparição de novas comunidades traz, que no futuro não desejem fazer parte de um título único e surjam conflitos intercomunitário, pois todas teriam a propriedade compartilhada e o uso de recursos naturais”. Em seguida, contestou a autenticidade da natureza posterior da última lista de comunidades indígenas apresentada pela Comissão.

O Estado Argentino foi responsabilizado pela violação, da sua obrigação de respeitar e garantir os direitos estabelecidos no artigo 1.1, 21, 8.1 e 25.5. bem como a obrigação de adotar disposições de direito interno conforme estipulado no artigo 2, 21, 23.1, 26 e 8.1. Segundo compreensão da Corte, os Decretos 2786/07 e 1498/14 asseguram atos de reconhecimento de propriedade comunitária sobre a terra reivindicada. A Corte também considerou que as comunidades indígenas não contaram com uma tutela efetiva do Estado Argentino e, por consequência, reivindicaram durante 28 anos o reconhecimento de seus direitos.

Assim, vê-se que o caso em apreço envolvia o desenvolvimento de atividades agropecuárias degradantes por terceiros, com contaminação da água, desertificação do solo, consumo por animais dos alimentos necessários à subsistência indígena, supressão de espécies utilizadas para fins medicinais e comprometimento da biodiversidade necessária ao desenvolvimento de práticas ancestrais. Tem-se, como visto, uma proteção tangencial ou transversal do meio ambiente por dentro da proteção dos povos indígenas, já que a Corte IDH reconheceu a ocorrência de violação ao direito ao meio ambiente saudável e, em virtude dela, a ameaça ou o comprometimento dos direitos dos povos indígenas às suas fontes de alimento tradicionais, à água e à identidade cultural.

A justiciabilidade direta dos DESCA – direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais – sobretudo este último, é o tema de maior premência dos dias de hoje, o que se vê pela crítica à abordagem do caso em apreço, que, recentemente julgado (2020), ainda teve que contar com a transversalidade da proteção. Tal perspectiva pode estar em mudança, pois em 2022 a Corte Interamericana reconheceu a justiciabilidade direta do direito ao trabalho com base no art. 26 da CADH, em sentença contra a Costa

Rica (CORTE IDH, 2022), mas nada ainda quanto aos direitos ambientais.

Em Lhaka Honbat, se contou com a relação entre povos indígenas e natureza, sem a qual não seria possível a proteção ambiental pela jurisdição internacional. A Corte assinalou que o dever estatal de proteção ao meio ambiente deve incluir respeito ao princípio da precaução, regulação, supervisão e fiscalização de atividades capazes de produzir dano ambiental, requerimento de estudos de impacto ambiental e estabelecimento de planos de contingência e de mitigação, para os casos de ocorrência de dano ambiental. Tudo isso em relação à ainda existente necessidade de se enxergar a proteção ambiental e a mitigação de mudanças climáticas sob a perspectiva do ser humano, mais especificamente, apenas quanto aos povos indígenas. É necessário transcender tal vínculo, que ainda serve de pretexto para não se discutir autonomamente o meio ambiente na jurisdição internacional, para que possamos contar com esse instrumento no combate à dizimação da espécie humana.

Conclusão

Ao examinarmos os eventos sociais globais ao longo de nossa evolução civilizatória, torna-se evidente o surgimento de uma nova agenda moldada pelas circunstâncias e fatores que definem as preocupações e desafios centrais da humanidade. Questões como o aquecimento global e as mudanças climáticas que causam catástrofes pelo planeta demandam abordagens e mecanismos que correspondam e ofereçam respostas aos novos paradigmas sociais.

Nesse contexto, surge um novo direito internacional, uma lógica interpretativa normativa que rompe com os padrões tradicionais da disciplina, superando simples perspectiva de uma comunidade de soberanias que se encontram no mesmo nível, com as mesmas responsabilidades e obrigações. Progressivamente, esse novo paradigma se aproxima da realidade dos indivíduos e povos, utilizando instrumentos que possibilitam a proteção de direitos e a efetivação material de um direito voltado para a humanidade como um todo.

O papel da jurisdição internacional é primordial para trazer à baila a responsabilidade dos estados perante seus cidadãos e os demais estados da comunidade internacional ao tema climático, já que se sabe quais são os maiores poluidores e os maiores afetados pela ação humana danosa, e os nomes de tais listas não se correspondem.

No caso estudado de Lhaka Honbat, foi reconhecida pela Corte Interamericana apenas a conexão essencial entre povos indígenas e o meio ambiente, uma ligação sem a qual a proteção ambiental pela jurisdição internacional seria inviável. A Corte destacou que o dever do Estado de preservar o meio ambiente deve abranger o respeito ao princípio da precaução, a regulamentação, supervisão e fiscalização de atividades com potencial para causar danos ambientais, a exigência de estudos de impacto ambiental, bem como a implementação de planos de contingência e mitigação em caso de ocorrência de danos ambientais. Todos esses elementos devem ser considerados tendo em vista a necessidade persistente de abordar a proteção ambiental e a mitigação das mudanças climáticas do ponto de vista humano, mais especificamente, centrando-se nos povos indígenas.

A conclusão deste estudo é que ainda não é possível contar com a jurisdição inter-

nacional para o tema do meio ambiente e das mudanças climáticas, o que se impõe como desafio atual. É imperativo transcender o vínculo apenas entre povos indígenas e terra para se proteger o ambiente, que, apesar de extremamente importante e real, ainda serve como pretexto para evitar uma discussão autônoma sobre o meio ambiente na jurisdição internacional, a fim de que possamos utilizar plenamente esse instrumento no enfrentamento da ameaça à sobrevivência da espécie humana.

Referências

- ACSELRAD, H.; MELLO, C. C. do A.; BEZERRA, G. das N. O que é Justiça Ambiental. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- CORTE IDH. Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica (2022). Disponível em: https://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf. Acesso em: 18 out. 2023.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Austrália). Julgamento de 1992, para. 31.
- FAGUNDEZ, Gabrielle; ALBUQUERQUE, Letícia; FILPI, Humberto. Violação de direitos humanos e esforços de adaptação e mitigação: uma análise sob a perspectiva da justiça climática. RIDH. Bauru, v. 8, n. 1, p. 227-240, jan./jun., 2020.
- FARACO DAROS, L. Delineando uma compreensão da justiça ecológica para a perspectiva do direito ambiental ecologizado. In: CAVEDON-CAPDEVILLE, F. et al. (org.) A ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2018.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “A volta do terceiro mundo ao direito internacional”. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, v. 119-24, pp. 46-68, 2013.
- HAUSTEIN, K.; ALLEN, M. R.; FORSTER, P. M.; OTTO, F. E. L.; MITCHELL, D. M.; MATTHEWS, H. D.; FRAME, D. J. A real-time Global Warming Index. Scientific Reports, [S.L.], v. 7, n. 1, p. 1-7, 13 nov. 2017. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1038/s41598-017-14828-5>. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41598-017-14828-5>. Acesso em: 22 out. 2023.
- JUSCLIMA. Asghar Leghari x Federação do Paquistão (Paquistão). 2021B. Disponível em: <https://jusclima2030.jfrs.jus.br/caso-similar/asghar-leghari-x-federacao-do-paquistao-paquistao/>. Acesso em: 12 out. 2023.
- JUSCLIMA. Urgenda Foundation v. State of the Netherlands. 2021A. Disponível em: <https://jusclima2030.jfrs.jus.br/caso-similar/urgenda-foundation-v-state-of-the-netherlands/>. Acesso em: 12 out. 2023.
- LOUREIRO, Claudia. A Decolonialidade Decorrente da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma Análise da Sentença do Caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil sobre Trabalho Escravo Contemporâneo. In: Wagner Menezes (org.). Direito Internacional em Expansão, vol. XIII, Belo Horizonte: Arraes, 2018.
- MATTHEWS, H. Damon; WYNES, Seth. Current global efforts are insufficient to limit warming to 1.5°C. Science, [S.L.], v. 376, n. 6600, p. 1404-1409, 24 jun. 2022. American Association for the Advancement of Science (AAAS). <http://dx.doi.org/10.1126/science.abo3378>.
- Naciones Unidas (org.). Septuagésimo sétimo período de sesiones. 2023. A/77/L.58. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N23/063/86/PDF/N2306386.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 out. 2023.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório do Alto Comissariado das Na-

ções Unidas para os Direitos Humanos sobre a relação entre mudança climática e direitos humanos (A/HRC/10/61). 2009. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/44/PDF/G0910344.pdf?OpenElement>. Acesso em: 12 out. 2023.

QUÉRÉ, Corinne Le; ANDREW, Robbie M.; FRIEDLINGSTEIN, Pierre; SITCH, Stephen; PONGRATZ, Julia; MANNING, Andrew C.; KORSBAKKEN, Jan Ivar; PETERS, Glen P.; CANADELL, Josep G.; JACKSON, Robert B.. Global Carbon Budget 2017. *Earth System Science Data*, [S.L.], v. 10, n. 1, p. 405-448, 12 mar. 2018. Copernicus GmbH. <http://dx.doi.org/10.5194/essd-10-405-2018>. Disponível em: <https://essd.copernicus.org/articles/10/405/2018/>. Acesso em: 20 out. 2023.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. "International law and social movements: Challenges of theorizing resistance." *Columbia Journal of Transnational Law*. New York. Vol. 41. Nº 2, 2003.

SCHLOSBERG, D. *Defining environmental justice: theories, movements, and nature*. United Kingdom: Oxford University Press, 2007.

SCHLOSBERG, David; COLLINS, Lisette B. From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. *WIREs Climate Change*, Hoboken, NJ (EUA), v. 5, p. 363, 2014.

SOLON, Clara Martins. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL AGRAVADA DO ESTADO: VIOLAÇÕES GRAVES DE NORMAS DE *JUS COGENS* E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. *Instituto Brasileiro de Direito Humanos*, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 59-79, jun. 2016. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/13>. Acesso em: 22 out. 2023.

SUMMIT MOBILIDAD ESTADAO (org.). Conferências ambientais: quais foram as principais da história? 2023. Disponível em: <https://summitmobilidade.estadao.com.br/sustentabilidade/conferencias-ambientais-quais-foram-as-principais-da-historia/>. Acesso em: 20 out. 2023.

COLONIALISMO OU JUSTIÇA CLIMÁTICA?

Danielle Mendes Thame Denny
Douglas de Castro

Resumo

O texto discute a relação entre colonialismo e justiça climática, argumentando que no sul global as pessoas são as menos responsáveis pelas mudanças climáticas, mas são as mais vulneráveis aos seus efeitos adversos. O colonialismo é descrito como um sistema deliberado e sistemático de exploração que destrói as estruturas e os meios de vida pré-existentes, subjulgando ou mesmo aterrorizando para então implementar meios desiguais de integração com o sistema econômico que beneficia apenas alguns. Esse conceito é aproximado ao de colonialismo ambiental sistema no qual os recursos naturais preservados dos países periféricos são usados para beneficiar países centrais que, na sua maioria, já depredaram seus recursos e pretendem manter seus padrões de vida e consumo. O conceitual é então discutido sob a perspectiva da precificação, do conceito de responsabilidade comum porém diferenciada e das tecnologias para a transição energética que demonstram a dimensão empírica em que se manifesta a interseção entre colonialismo e justiça ambiental. Trata-se de uma análise qualitativa cujo método foi análise bibliográfica e legislativa.

Introdução

Estamos em um contexto de policrises, do ponto de vista ambiental são mudanças climáticas, perda de biodiversidade, poluição e degradação ambiental. Enquanto isso as instituições políticas necessárias para o enfrentamento dessas crises estão enfraquecidas, as democracias liberais enfrentam uma perda crescente de credibilidade, à medida que são desmanteladas por forças autoritárias e negacionistas em muitas partes do mundo. Em termos de pobreza e fome, a pandemia anulou os avanços de décadas e para distribuição da riqueza, nunca houve tanta desigualdade. Em suma, a modernidade não cumpriu sua promessa de que a mobilização orientada pela racionalidade traria um período de progresso que, *ultima ratio*, levaria a um estado de felicidade para a humanidade.

Parece que a despeito de poucas iniciativas e da ameaça existencial que enfrentamos, não encontramos meios para colocar limites à tendência destrutiva do meio de produção e consumo altamente dependente de hidrocarbonetos, concentrador de renda, coordenado por alguns grandes conglomerados de empresas transnacionais que acabam por privatizar os ganhos econômico e socializar as perdas ambientais. Os regimes internacionais tem falhado em distinguir o uso do meio ambiente para a sobrevivência, que é necessária principalmente nos países periféricos, da superexploração dos recursos naturais para manter os meios de vida luxuosos nos países ricos baseados no consumismo com alta produção de resíduos.

Historicamente, há injustiças sendo replicadas, os países que mais usaram os recursos

ambientais do planeta e que, portanto, são os mais responsáveis pelas emissões de gases de efeito estufa (GEE) no caso os Estados Unidos e a Europa, usufruem do mais alto bem estar para as suas sociedades, justamente em virtude do uso dos recursos naturais para gerar produção, consumo e desenvolvimento. Em contrapartida as consequências ambientais como por exemplo as mudanças climáticas são socializadas entre todos os países do mundo em um caso de privatização dos ganhos e socialização das perdas.

Tal como aconteceu com o colonialismo de antigamente, há uma retórica moral, subjacente à contínua replicação das estruturas de poder assimétricas. À medida que esses novos colonizadores procuram resolver as alterações climáticas, convenientemente esquecem a verdadeira origem do problema (BACHRAM, 2004) e assim o curso recomendado de drástica transformação do que é praticado pelas empresas e pelo governo não é analisado criticamente.

O debate transforma-se de modo a transferir a culpa para as massas pobres do Sul global, que, como já salientamos, são os e menos responsáveis, porém mais vulneráveis aos efeitos adversos das mudanças climáticas. Esta realidade coloca em cena dois conceitos que pouco são explorados na academia e que estão intimamente ligados: colonialismo ambiental e justiça ambiental⁵².

Colonialismo como sistema

O colonialismo tem várias particularidades não é um sistema homogêneo único, diverge de lugar para lugar, de um momento para outro de acordo com condições políticas. Porém em todas as diferenças pode-se identificar uma forma deliberada e sistemática de exploração (SARTRE, 2001). Ele é marcado em primeiro lugar por disputas para superar a resistência, destruir a estrutura e os meios de vida pré-existent, subjulgando ou mesmo aterrorizando para então ser implementado meios desiguais de integração com o sistema econômico que beneficia apenas alguns.

O conceito de colonialismo está associado indelevelmente ao de imperialismo, e, em alguns casos, tratados como sinônimos. Young (2016, p.16) apresenta o conceito de imperialismo, que nos auxilia a distingui-lo do colonialismo:

The term 'empire' has been widely used for many centuries without, however, necessarily signifying 'imperialism'. Here a basic difference emerges between an empire that was burocratically controlled by a government from the centre, and which was developed for ideological as well as financial reasons, a structure that can be called imperialism, and an empire that was developed for settlement by individual communities or for commercial purposes by a trading company, a structure that can be called colonial⁵³.

52 • Aqui se faz necessário fazer um alerta: os dois temas são bem explorados, separadamente. Assim, a inovação neste texto está na ligação ontológica e epistemológica que se faz com estes conceitos, buscando, assim, contribuir para o debate acadêmico.

53 • Tradução livre feita pelos autores: "O termo "império" tem sido amplamente utilizado há muitos séculos sem, no entanto, significar necessariamente "imperialismo". Aqui emerge uma diferença básica entre um império que foi burocraticamente controlado por um governo do centro, e que foi desenvolvido por razões ideológicas e também financeiras, uma estrutura que pode ser chamada de imperialismo, e um império que foi desenvolvido para colonização por comunidades individuais. ou para fins comerciais por uma empresa comercial, estrutura que pode ser chamada de colonial."

No plano do sistema internacional, nasce uma retórica dos Estados que constitui uma luta ideológica promovida para justificar a expansão europeia no período das grandes navegações sob o argumento da missão civilizadora, que ainda é utilizado em nossos dias pelas grandes potências mundiais. O racional utilizado para a continuidade desta expansão é a ideia dos valores e verdades universais que a lei natural impõe a todos, que posteriormente impregnou as instituições internacionais, principalmente do Direito. Segundo Immanuel Wallerstein, o apelo ao universalismo assume três formas básicas em nossos dias: a política seguida pelos líderes ocidentais defende os Direitos Humanos e a democracia; há um choque civilizacional; e a economia de mercado é a única alternativa para o desenvolvimento, restando somente aos governos aceitar (WALLERSTEIN, 2004; ESCOBAR, 2004).

A este respeito Young (2003, p. 3) confirma:

When national sovereignty had finally been achieved, each state moved from colonial to autonomous, postcolonial status. Independence! However, in many ways this represented only a beginning, a relatively minor move from direct to indirect rule, a shift from colonial rule and domination to a position not so much of independence as of being independence. It is striking that despite decolonization, the major world powers did not change substantially during the course of the 20th century. For the most part, the same (ex-)imperial countries continue to dominate those countries that they formerly ruled as colonies. The cases of Afghanistan, Cuba, Iran, and Iraq, make it clear that any country that has the nerve to resist its former imperial masters does so at its peril. All governments of these countries that have positioned themselves politically against western control have suffered military interventions by the west against them⁵⁴.

A universalização proposta, diferentemente do que se pode imaginar, exclui cada vez mais os países em desenvolvimento de uma ordem internacional mais justa em termos de distribuição de riquezas, o que gera instabilidade permanente, o que vale dizer que a promoção do desenvolvimento baseada na estrutura de dominação Norte-Sul tem o condão de gerar maior insegurança econômica para o sistema, portanto, fazendo com que todos caiam numa espiral de insegurança e paranoia que aumentará a cada tentativa de sair dela (RODNEY e DAVIS 2018).

De forma mais contundente, Mutua e Anghie (2000, p.31) explicam a relação entre o colonialismo e o direito internacional e como ela se manteve ao longo da história, a despeito das mudanças das narrativas:

The regime of international law is illegitimate. It is a predatory system that legitimizes,

54 • Tradução livre feita pelos autores: "Quando a soberania nacional foi finalmente alcançada, cada estado passou do estatuto colonial para o estatuto autônomo, pós-colonial. Independência! Contudo, em muitos aspectos, isto representou apenas um começo, uma passagem relativamente pequena do domínio directo para o indirecto, uma mudança do domínio e dominação colonial para uma posição não tanto de independência, mas de independência. É surpreendente que, apesar da descolonização, as principais potências mundiais não tenham mudado substancialmente durante o século XX. Na maior parte, os mesmos países (ex-)imperiais continuam a dominar os países que anteriormente governavam como colônias. Os casos do Afeganistão, de Cuba, do Irão e do Iraque deixam claro que qualquer país que tenha a coragem de resistir aos seus antigos senhores imperiais fá-lo por sua conta e risco. Todos os governos destes países que se posicionaram politicamente contra o controlo ocidental sofreram intervenções militares do Ocidente contra eles."

*reproduces and sustains the plunder and subordination of the Third World by the West. Neither universality nor its promise of global order and stability make international law a just, equitable, and legitimate code of global governance for the Third World. The construction and universalization of international law were essential to the imperial expansion that subordinated non-European peoples and societies to European conquest and domination. Historically, the Third World has generally viewed international law as a regime and discourse of domination and subordination, not resistance and liberation*⁵⁵.

Neste sentido, observa-se a emergência do direito internacional e a sua utilização de forma instrumental pelas grandes potências e as instituições por elas formadas para justificar a empreitada colonial, que para Mattei (2013, p.268) funciona da seguinte maneira:

*The rhetorical artifice used in the process of curbing deviant behavior and claiming, as universal and inevitable, the Western modalities of social organization and economic development centered on individualism and social fragmentation, is usually an explicitly juridical concept: "international human rights." In the interests of these rights, a doctrine of "limited sovereignty" has threatened the traditional nature of international law as a decentralized system based on territoriality and has advocated the need for decentralization in order to make it more like any other West national legal system*⁵⁶.

Assim, a retórica do Direito Internacional justifica o colonialismo, que para Castro (2017, p.175) constitui-se em uma violência simbólica, conforme conceituação de Žižek, em que a violência simbólica é aquela encarnada na linguagem e nas formas que conduz à dominação ou impõe um certo significado universal, e a violência sistêmica está relacionada com o bom funcionamento das instituições econômicas e políticas dominantes. Castro (2017, p.189) conclui o estudo afirmando que existe evidências suficientes que apontam para a existência de uma:

*[...] disconnection in the political agenda of developed and Third World countries, which results in a body of law that (1) increases the vulnerability and inequality, (2) does not allocate properly the responsibility (3) promotes super-development of the already developed countries and (4) imposes externalities only to Global South countries*⁵⁷.

55 • Tradução livre feita pelos autores: "O regime do direito internacional é ilegítimo. É um sistema predatório que legitima, reproduz e sustenta a pilhagem e a subordinação do Terceiro Mundo pelo Ocidente. Nem a universalidade nem a sua promessa de ordem e estabilidade globais fazem do direito internacional um código justo, equitativo e legítimo de governação global para o Terceiro Mundo. A construção e a universalização do direito internacional foram essenciais para a expansão imperial que subordinou os povos e as sociedades não europeias à conquista e dominação europeias. Historicamente, o Terceiro Mundo tem visto geralmente o direito internacional como um regime e um discurso de dominação e subordinação, e não de resistência e libertação."

56 • Tradução livre feita pelos autores: "O artifício retórico utilizado no processo de coibir comportamentos desviantes e reivindicar, como universais e inevitáveis, as modalidades ocidentais de organização social e desenvolvimento económico centrados no individualismo e na fragmentação social, é geralmente um conceito explicitamente jurídico: "direitos humanos internacionais". No interesse destes direitos, uma doutrina de "soberania limitada" ameaçou a natureza tradicional do direito internacional como um sistema descentralizado baseado na territorialidade e defendeu a necessidade de descentralização, a fim de torná-lo mais parecido com qualquer outro sistema jurídico nacional ocidental."

57 • Tradução livre feita pelos autores: "[...] desconexão na agenda política dos países desenvolvidos e do Terceiro Mundo, o que resulta num conjunto de leis que (1) aumenta a vulnerabilidade e a desigualdade, (2) não distribui adequadamente a responsabilidade (3) promove o superdesenvolvimento dos países já desenvolvidos e (4) impõe externalidades apenas aos países do Sul Global.

Esta desconexão e as suas implicações nos conduzem ao colonialismo ambiental, que assume a forma de um desenvolvimento sustentável importado, acrítico, seguindo os padrões estabelecidos pelos países desenvolvidos como veremos a seguir.

Colonialismo climático

O colonialismo climático, também chamado de verde, ambiental, do carbono ou CO2 colonialismo, é um sistema no qual os recursos naturais preservados dos países periféricos são usados para beneficiar países centrais que na sua maioria já depredaram seus recursos e pretendem manter seus padrões de vida e consumo. Portanto, como afirmado por Fredric Jameson e Slavoj Žižek, “É mais fácil imaginar o fim do mundo do que imaginar o fim do capitalismo”; assim, uma mutação no modelo de desenvolvimento se fez necessária para enfrentar a crise: agora o desenvolvimento precisa ser sustentável ou verde⁵⁸. Nesse sentido, concordamos com Neocleous (2012), que conceitua o desenvolvimento sustentável como “o segredo da colonização sistemática”, que foi iniciado nos anos 1500 com o período das navegações europeias e continua hoje por meio de instituições internacionais que tendem a “normalizar” a dominação de maneiras sutis.

Para tanto, a abordagem habitual nos negócios foi mantida:

This ‘old thinking about economic growth’ prevailed following the Brundtland Report and during the United Nations Conference on Environment and Development process, also known as the 1992 Rio Earth Summit. While the resulting Rio Declaration reinforced the connection between environment and development, there was little discussion of consumption. (ATIQUÉ, 2022, p.23)

Neste mesmo sentido, Holleman (2018, p.26):

[...] policymakers and mainstream environmentalists attempting to address ecological crises were hamstrung by their commitment to, or uncritical acceptance of, the social status quo and therefore could not resolve the disaster. As a consequence, they helped shift ecological problems technologically, geographically, temporally, or socially, facilitating the continuation of “business as usual.” Their efforts offered the illusion of resolution, while the social drivers of the crisis remained intact.

Esse tipo de colonialismo se desenvolve em pelo menos quatro dimensões diferentes nas relações entre o norte e sul global. Em primeiro lugar, na reivindicação e apropriação de matérias primas escassas e fundamentais para as tecnologias necessárias para a transição energética dos hidrocarbonetos para as fontes renováveis, como por exemplo o controle geoestratégico das minas de lítio e terras raras. Neste sentido, o colonialismo ambiental pode ser percebido em duas frentes: na primeira, a urgência imposta por instituições internacional e países desenvolvidos em se adotar

58 • Ver Fisher, Mark. *Capitalist Realism: Is There No Alternative?* Winchester, UK Washington, USA: Zero Books, 2009.

ou iniciar a transição energética, que, para países como o Brasil suas emissões são comparativamente menores as dos países desenvolvidos; e na segunda, a transição energética depende de alta tecnologia e expertise, que estão disponíveis a um custo nos países desenvolvidos e em suas empresas transnacionais (HICKEL 2020).

Em segundo, os países desenvolvidos, terceirizam a responsabilidade de assumir compromissos ambientais, compensam a continuidade de suas emissões de carbono por exemplo investindo em projetos nos países em desenvolvimento. Isto é frequentemente visto como uma forma de neocolonialismo, pois permite que os países desenvolvidos continuem a poluir enquanto exploram os recursos e as pessoas dos países em desenvolvimento (DEHM, 2016; KLEIN 2015). Os países desenvolvidos e as instituições internacionais continuam a tratar as emissões de forma uniforme, não fazendo a distinção entre as *luxury emissions* e as *survival emissions*, ou seja, para os países desenvolvidos a continuidade do business-as-usual e para os países em desenvolvimento a imposição da preservação a todos os custos (SHUE 2010).

Em 1991, o Centro de Ciência e Ambiente - CSE, localizado em Nova Delhi, produziu um relatório chamado Aquecimento Global em um Mundo Desigual em resposta a um relatório da Iniciativa de Recursos Mundiais - WRI. Ele sugeriu em seu relatório que as reduções de gases de efeito estufa poderiam ocorrer se as famílias asiáticas tivessem menos vacas produtoras de metano e arrozais. Tal pensamento perpetua o colonialismo ambiental. As emissões dessas famílias são emissões de sobrevivência, pois elas dependem de tal meio para sua manutenção, é o próprio direito à vida que está em jogo. Outras formas de emissão, de grandes indústrias, queimando combustíveis fósseis, são emissões de luxo. Então, o CSE pergunta, que tipo de política ou moralidade é esta que mascara as diferenças entre emissões em nome de um 'internacionalismo nobre'? (DEHM, 2016).

Em terceiro, principalmente os países menos desenvolvidos (LDC) tem sido utilizados de lixeira do mundo. Supostamente para serem reciclados ou reutilizados, resíduos são importados por países do sul global como produtos de segunda mão. Uma infinidade de produtos fazem parte desse comércio internacional, inclusive muitas vezes com características contaminantes ou substâncias tóxicas. Nesse contexto Gana se tornou um "cemitério de eletrônicos", o deserto do Atacama no Chile está coberto de montanhas de roupas, e as Filipinas receberam 69 containers de lixo tóxico canadense (OLIVEIRA, 2023). Sem dúvida, o modelo de desenvolvimento não está funcionando para o mundo natural, e a maior parte da população vive em áreas vulneráveis. Como indicado por Foster (2022, p.37): "[...] the current planetary emergency, as the concept of the Anthropocene Epoch suggests, has social causes, rooted in the dominant socioeconomic mode of production: capitalism."

Em quarto, o custo da adequação às tecnologias sustentáveis mais caras e de certificação da produção para comprovar que estão sendo feitas de forma sustentáveis são transferidos para os países do sul global. Replicando a arquitetura assimétrica do comércio global, de modo a perpetuar as trocas desiguais, diminuir a margem de lucro dos produtos primários e precarizar ainda mais as condições de trabalho nos países do sul (LANG et al., 2023). A armadilha está na narrativa apresentada pelos países desenvolvidos e pelas corporações transnacionais de que, no final das contas, "a tecnologia nos salvará", o que pode ser verdade para eles, mas não para aqueles

que precisam ter acesso a ela para se adaptar ou mitigar os efeitos (KLEIN 2015)⁵⁹.

Hickel (2021, p.1) sintetiza estas quatro dimensões de forma que não deixa dúvidas:

[...] economic growth in the North relies on colonization patterns: the appropriation of atmospheric commons, and the appropriation of Southern resources and labour. In terms of both emissions and resource use, the global ecological crisis is playing out along colonial lines. This is often framed as a problem of “ecological debt”, but this language – while useful – hardly captures the violence at stake.

A perversidade está no fato de que projetos verdes ou sustentáveis dependem de consultoria de alto nível e acesso à tecnologia, disponíveis em países desenvolvidos; contudo, estão disponíveis para os países em desenvolvimento dependendo da vontade destes, por meio de arranjos financeiros com cláusulas de condicionalidade, geralmente não incluindo a transferência de tecnologia proprietária (Hoekman et al., 2005). Para esse fim, a implementação de um modelo de desenvolvimento sustentável depende de “[...] shifting to a clean energy economy will require a decades-long investment in technologies such as solar, wind, geothermal, nuclear, and batteries.” (Bazilian & Brew, 2023, p.2). A alta dependência de tecnologia também reforça a continuação das empreitadas coloniais à medida que os países desenvolvidos vasculham o mundo em busca de recursos naturais, principalmente porque as tecnologias verdes estão associadas. A energia limpa depende de quantidades maciças de minerais críticos (Bazilian & Brew, 2023).

O mesmo padrão de extração e exploração de recursos iniciado em 1500’s continua a moldar a economia global de hoje sob o crescimento verde, o que gerou uma alta demanda por minerais raros para baterias de carros elétricos, impulsionada pela necessidade de novas tecnologias e pela demanda global de energia, o que perpetua as práticas extrativistas do passado. É isso que observamos no caso da União Europeia:

The green transition is creating an exponential need for critical raw materials (“CRMs”), such as lithium, nickel and cobalt, as these are necessary for environmentally-friendly technologies, from wind turbines to electrical vehicles. The European Union (“EU”) is in desperate need of such minerals due to limited reserves at home and long-lasting reluctance to mine what little amounts it has been endowed with because of the environmental risks that it entails. (CROCHET, 2023)

As dinâmicas de poder econômico e político subjacentes às indústrias extrativas de ouro e matérias-primas também estão enraizadas no colonialismo. No século XVI, a extração de ouro era um meio de consolidar poder e riqueza para as potências coloniais europeias. Em muitos casos, a extração era feita através de violência e explora-

59 • Um interessante relato desta narrativa pode ser encontrado no livro *The Collapse of Western Civilization: A View from the Future* que apresenta um mix de realidade e fantasia, que, no entanto, parece mais uma profecia caso nada seja feito para que uma verdadeira conciliação entre dedesenvolvimento e proteção do meio ambiente seja feita. Ver Oreskes, Naomi, and Erik Conway. 2014. *The Collapse of Western Civilization: A View from the Future*. Illustrated edition. New York: Columbia University Press.

ção do que Guajardo (2013) chama de “natureza barata”. Da mesma forma, a extração de minerais raros para baterias de carros elétricos é frequentemente controlada por algumas poucas corporações e países poderosos, o que pode levar à exploração das comunidades locais e ao dano ambiental.

Além disso tem as diferentes ferramentas de precificação que podem, se forem mal utilizadas repercutir assimetrias de poder e exclusão. Precificar as externalidades positivas e negativas é um grande desafio, elas são chamadas de falhas do mercado e os economistas vêm se debatendo com esse desafio há tempos.

Apesar disso há diversas tentativas de precificação do carbono, dos serviços ambientais e logo mais da biodiversidade. Essas ferramentas são úteis, mas incompletas, dada a dificuldade intrínseca de se precificar o meio ambiente e a sociobiodiversidade relacionada e também a pouca efetividade desses preços para conseguir em larga escala os resultados esperados como por exemplo para reduzir as emissões globalmente.

Além disso o mercado de carbono é uma construção política, disputada por interesses os mais diversos, criado e mantido por leis e regulamentação nacionais e subnacionais heterogêneas. Não é um livre mercado, com ativos fungíveis e não leva em conta adequadamente as diferenças entre o carbono sequestrado nas plantas que é decorrente de boas práticas nas atividades produtivas de bioinsumos e o carbono reduzido nos sistemas industriais e de transporte na sua grande maioria pela economia, mas continuidade de emissões pelo uso de hidrocarbonetos como fonte energética.

Superestimar a capacidade desses mercados como o de carbono e o da biodiversidade para resolver o problema estrutural de um capitalismo exacerbado, movido a hidrocarbonetos e sem circularidade, é improdutivo e pode ser utilizado para reforçar formas de exploração neocolonialistas. Ou seja, promovendo a ideia de que podemos continuar nos padrões de produção e consumo atuais, compensar e mitigar a destruição ambiental num local, protegendo ou recriando o meio ambiente noutro local.

Há o risco quase certo de os interesses dos países hegemônicos prevalecerem sobre os interesses das localidades em que esses projetos de carbono e biodiversidade vão ser aplicados, em detrimento dos interesses locais, dos povos indígenas e comunidades tradicionais e locais que estão no entorno do bem ambiental. Replicando a ótica colonialista de muitos subjugados para enriquecimento e benefício de poucos.

Dessa forma, há o risco desses mercados perpetuarem a injustiça ambiental reforçando o poder de uma minoria que corresponde aos que mais se beneficiaram das emissões enquanto as consequências das polícrises são socializadas para todos, em especial para os mais vulneráveis.

Os movimentos pela justiça climática tentam construir uma nova ordem mundial baseada na comunhão, na solidariedade e no respeito pela natureza e por todas as pessoas. Assim tentando construir novas formas de compartilhamento de responsabilidades para desafiar o colonialismo e outras formas de injustiça ambiental. Essas alternativas oferecem novas formas de pensar sobre a ação global, participação da sociedade civil, o papel do Estado e as limitações do Direito Internacional.

Justiça Climática

A justiça ambiental teve origem em discussões que começaram nos Estados Uni-

dos na década de 1960, quando movimentos sociais começaram a exigir direitos civis para negros e grupos minoritários que residiam na periferia, para que tivessem o direito de respirar ar limpo, ser menos expostos a lixo tóxico e ter acesso a cuidados de saúde de qualidade (LEHTINEN 2009).

O fato é que a degradação ambiental intensifica as violações dos direitos humanos, e a luta pela justiça ambiental é também uma luta por justiça social. Para o gozo de direitos humanos como a vida, a saúde e a cultura, é necessária uma proteção ambiental adequada. Nesse sentido, a Conferência de Estocolmo em 1972, que reconheceu o direito humano a um ambiente ecologicamente equilibrado, pode ser considerada um indicador do crescimento dos ideais socioambientais que se espalharão no cenário internacional nos anos seguintes. Neste contexto, fica claro que a justiça ambiental visa garantir que nenhum grupo étnico, racial ou de classe suporte uma quantidade desproporcional de degradação do espaço coletivo (MANTELLI et al. 2017).

O conceito de justiça climática surge como um desdobramento do conceito de justiça ambiental, a partir do momento em que os debates sobre mudanças climáticas se intensificaram nas Conferências das Partes (COP) da ONU e com o surgimento de Organizações Não-Governamentais (ONGs) focadas no clima (VANDERHEIDEN 2021).

De acordo com Rammê (2012), as mudanças climáticas são de fato uma realidade, onde há um maior número de tempestades tropicais, derretimento de geleiras no Ártico, aumento do nível do mar, furacões, tornados, chuvas intensas e deslizamentos de terra, bem como seca e desertificação. No cerne de tais mudanças, é necessário ver que são as partes mais vulneráveis da população mundial que mais sofrem com as consequências do aquecimento global e das mudanças climáticas. Esta parcela mais vulnerável é aquela que menos consome, menos resíduos gera e menos benefícios retira do atual modelo de desenvolvimento econômico, no entanto, é ela que suporta de forma mais direta os riscos gerados pela degradação ambiental. Percebe-se que não há equidade na distribuição das externalidades negativas do processo produtivo (RAMME 2012).

Esta parcela mais vulnerável é a que menos consome, menos resíduos gera e menos benefícios retira do atual modelo de desenvolvimento econômico, no entanto, é ela que mais diretamente suporta os riscos gerados pela degradação ambiental. Percebe-se que não há equidade na distribuição das externalidades negativas do processo produtivo (RAMME 2012).

Assim, a justiça ambiental e climática surge como resultado do mesmo fenômeno: uma geopolítica que abusa da soberania dos recursos naturais e que favorece apenas os países mais ricos, ao mesmo tempo que atende aos pressupostos estabelecidos por instituições internacionais predominantemente liberais, ou seja constituindo formas modernas de colonialismo e imperialismo. Segundo Borràs (2017, p.103):

The ecological debt is, therefore, the debt contracted by industrialized countries with other countries because of the historical and present exploitation of natural resources, the environmental impacts exported and the free use of global environmental space to deposit waste. All these externalities reflect what the global North owes the global South due to this looting that, although it originated in the colonial era, has continued to increase and today presents some characteristics, in the social and environmental economic grounds, which have made it perfectly objective.

Para implementação da justiça climática e conter o colonialismo os conceitos e as ferramentas de replicação do poder precisam ser disputadas e revistas sob o ponto de vista dos países detentores dos recursos. A seguir falaremos sobre três esferas onde se manifestam essas disputas: as formas de precificação, as interpretações a respeito das responsabilidades comuns porém diferenciadas e as tecnologias previstas para a necessária transição energética.

Formas de precificação

Dependendo da maneira que são criadas ou implementadas as diversas formas de precificação elas podem se converter na dimensão empírica em que se manifesta a intersecção entre colonialismo e justiça ambiental.

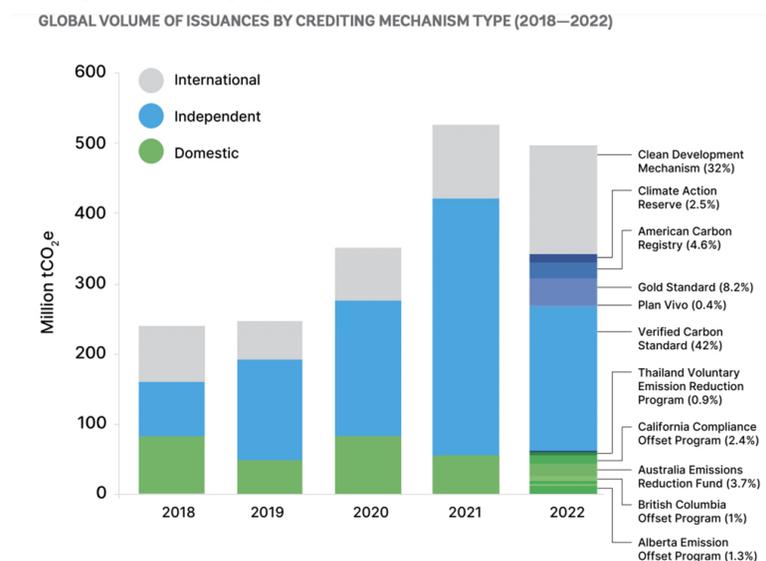
São várias as formas possíveis de se efetivar a precificação dos bens ambientais. A mais direta é a tributação. A cobrança de uma taxa para o usuário do recurso e para o poluidor. No caso das tributações do carbono, a hipótese de incidência seriam as emissões; ou dos produtos que geram emissões, que contenham hidrocarbonetos. Este é o caso da CIDE combustível (BRASIL, 2001).

Outra forma é criar um mercado regulado de licenciamento de emissões. O governo decide quanto permite de emissões para cada setor e os agentes econômicos quando atingirem essa meta são obrigados a remunerar projetos de descarbonização por exemplo. Isso faz com que as emissões extras compensem as que deixaram de ser emitidas por outros. Nessa modelagem está o Sistema de Comércio de Emissões europeu.

A terceira maneira é o mercado voluntário de carbono. Esse é bem diverso, com créditos oriundos de projetos de descarbonização de diferentes tipos. Portanto, nem sempre com a mesma qualidade e cujo crescimento vai depender em grande parte do compromisso dos agentes econômicos em assumir metas de descarbonização. Esses compromissos via de regra são reportados segundo metodologia GHG Protocol e divulgada em iniciativas de transparência como a Science Based Target Initiative - SBTi, que é capitaneada pelo pacto global da ONU. Atualmente há 2.253 empresas, correspondendo a um terço da capitalização de mercado global (SBTI, 2019).

A comercialização desses créditos voluntários pode se dar em mecanismos: internacionais, como o mecanismo de desenvolvimento limpo que seguirá os avanços da implementação do artigo 6.4 do Acordo de Paris; regionais, nacionais ou subnacionais, como o mercado da Califórnia seguindo metodologias dos padrões reconhecidos globalmente como a Verra e Gold Standard. Essas duas definidoras de padrões são também registradoras de projetos e operadoras de programa de crédito de carbono.

Figura 1: Operadoras de programas de crédito de carbono voluntário



Fonte: Banco Mundial (WORLD BANK, 2023)

A quarta maneira é via Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação, incluindo conservação, manejo sustentável e aumento dos estoques de carbono florestal (REDD+) é um mecanismo também voluntário de mitigação das mudanças climáticas específico para conter desmatamento e da degradação florestal. O REDD+ é baseado no conceito de que os proprietários e gestores de florestas devem ser recompensados por seus esforços para proteger e conservar as florestas.

Esses esforços podem incluir: a) conservação intocada, com a manutenção do status atual da floresta, sem alterações na cobertura florestal ou na estrutura da floresta; b) manejo sustentável, com o uso da floresta de forma a maximizar benefícios econômicos, sociais e ambientais, sem causar degradação; e c) aumento dos estoques de carbono, com intensificação da biomassa florestal ou da quantidade de carbono armazenada no solo.

O REDD+ pode ser implementado por meio de mecanismos de mercado ou por política pública. Os mecanismos de mercado envolvem a compra e venda de créditos de carbono, que são certificados e representam a redução conseguida com a realização de um projeto de preservação em uma determinada região. Os mecanismos de política pública envolvem o fornecimento de incentivos econômicos ou de outra natureza aos proprietários e gestores de florestas.

O REDD+ se assemelha ao Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) que é uma forma de incentivo econômico, previsto em lei municipal, estadual ou federal que visa remunerar os proprietários e gestores de recursos naturais pelos serviços ambientais prestados. Ou seja, pela conservação da biodiversidade, com a proteção de espécies e de habitats naturais, regulação do clima com a maior absorção e armazenamento de carbono; proteção da qualidade da água por meio da melhor filtragem da

água, controle da lixiviação e redução da poluição; e proteção da qualidade do solo, aumentando a retenção de água, controle da erosão e manutenção da fertilidade do solo.

O PSA pode ser implementado por meio de mecanismos de mercado ou não mercado. Os mecanismos de mercado envolvem a compra e venda de créditos ambientais correspondentes a certificados representativos da prestação do serviço ambiental em questão. Os mecanismos não de mercado envolvem o fornecimento de incentivos financeiros ou não aos proprietários e gestores de recursos naturais, com recursos de fundos públicos (como Fundo Amazônia) provenientes de governos ou instituições internacionais. Esses fundos podem ser usados para apoiar projetos de REDD+, PSA ou outras iniciativas de conservação.

Além de transferência de recursos os incentivos podem ser: a) fortalecimento institucional, como o apoio para o desenvolvimento de capacidades técnicas e administrativas; b) infraestrutura, estradas, energia elétrica, conexão à internet, tecnologias para monitoramento da área; c) acesso a mercados, facilitando o comércio e o desenvolvimento de cadeias de valor sustentáveis com produtos da biodiversidade explorados de forma sustentável.

No Brasil, importante mencionar, há também os CBIOS (Créditos de Descarbonização), criados pela Renovabio e negociados no mercado de balcão da B3. A política nacional de biocombustíveis criou o mandato de compra de CBIOS para as distribuidoras de combustíveis fósseis. Elas devem comprovar o cumprimento das metas obrigatórias de descarbonização, pela compra dos CBIOS. Outras empresas também podem comprar CBIOS, empresas que tenham assumido compromissos voluntários de descarbonização, para comprar os CBIOS para aposentá-los (compensar suas emissões), ou agentes do mercado para especular sobre a valorização e estocar CBIOS esperando para vendê-los com melhor preço.

Contra a precificação

Todas as ferramentas precificação, de geração de crédito ou de transferência direta de recursos de alguma forma enfrentam os mesmos desafios. Há uma falta de critérios claros e transparentes sobre o que é sociambientalmente responsável, o que realmente corresponde a uma redução de emissões ou preservação ambiental. São várias as instituições responsáveis por inventariar, reportar, certificar, auditar criando um ecossistema custoso para acompanhar esse tipo de estratégia de mercado. Ainda assim a garantia de integridade é falha, fiscalizações são feitas por amostragens, documentos comprobatórios podem ser aparentemente válidos, mas serem fraudulentos.

Sendo assim, muito pouco dos recursos desses incentivos acabam chegando nas mãos dos produtores rurais, das pessoas responsáveis por conservar uma floresta ou para povos indígenas e comunidades tradicionais e locais que convivem e preservam os recursos naturais.

A filosofia e visão de mundo de alguns povos indígenas e comunidades tradicionais e locais impõem a responsabilidade de condenar a incorporação de suas terras e recursos em projetos de precificação pois suscitaria preocupações relacionadas à

apropriação global de terras, mares e territórios, bem como à violação de direitos de uso, configurando, assim, uma nova manifestação de colonialismo.

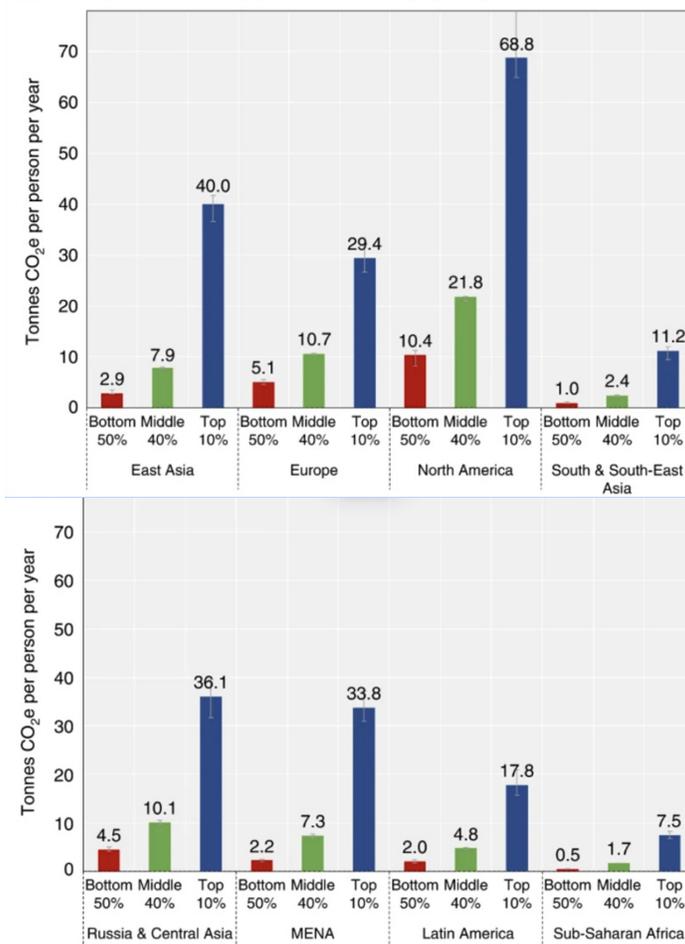
A implementação de projetos implica de certa forma a renúncia ao uso tradicional direito de gestão de terras e colocaria esses povos e comunidades em posição de dependência em relação ao comércio de créditos de carbono. Além disso, os potenciais conflitos gerados desenvolvimento dos projetos para comércio de carbono tende a exacerbar a disputa violenta pelo acesso a recursos essenciais, ameaçando diretamente a sobrevivência dos modos de vida desses dessas pessoas fundados em paz e a harmonia com a terra.

No seu trabalho, Frances Seymour destaca as implicações críticas da incorporação de florestas em estratégias de mitigação para os meios de subsistência e, conseqüentemente, para os direitos econômicos e sociais das comunidades dependentes de florestas. No entanto, estudiosos nas Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional (TWAIL) expressam reservas sobre a possível dominação do discurso de direitos humanos na resistência do Terceiro Mundo. Eles alertam que estruturas de direitos humanos podem ser facilmente manipuladas para legitimar objetivos neoliberais, sugerindo que essas abordagens podem não abordar adequadamente as dinâmicas subjacentes de poder que acompanham a expansão dos mercados globais de carbono (SEYMOUR, 2009).

Perdida no discurso de precificação está a realidade de que as minorias mais ricas do mundo são as culpadas que consumiram excessivamente o planeta até à beira do desastre ecológico e cujas elites se beneficiaram mais (BACHRAM, 2004). Em vez de reduzir a utilização de recursos nos países ricos, cria-se ferramentas para responsabilizar os países pobres, assim, os países ricos podem continuar na seu consumo excessivo desigual dos recursos mundiais, conforme mostra o gráfico a seguir em relação aos níveis de emissões.

Figura 2: Desigualdade de emissões entre regiões e entre classes sociais

Fig. 1: Per-capita emissions by group in 2019 (tCO₂e per capita).



Fonte: Chancel (CHANCEL, 2022)

Esses gráficos evidenciam que são os mais ricos de cada um dos diversos países nas diversas regiões que mais emitem GEE em suas atividades, mostrando assim a desigualdade social que se replica em termos climáticos de emissões e usos de recursos naturais.

Crítica bastante forte também direciona ao fato de que os mercados de carbono incentivam um sistema de governo tecnocrático, gerido por especialistas, mostrando-se um obstáculo a políticas alternativas de descarbonização (DEHM 2016). Os defensores da justiça climática criticam os Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL), alegando que, por buscarem a tecnologia mais barata, eles não prestam atenção ao tipo de tecnologia usada, ao setor que receberá os créditos e se os cortes

realizados culminarão em soluções futuras mais eficientes.

Além disso, o sistema de MDL pode perpetuar o paradigma de projetos de desenvolvimento tradicionais, que transferem tecnologias dos países do Norte para o Sul em vez de estimular tecnologias baseadas em elementos tradicionais e históricos presentes na cosmologia dos habitantes do Sul. O MDL também é criticado por não aceitar formas de pagamento para para a inação: não extrair petróleo ou não destruir florestas. Os defensores da justiça climática também questionam o fato de grande parte do financiamento do MDL ir para países em níveis intermediários de desenvolvimento, como China, Brasil e Índia, em vez de os recursos serem direcionados aos países mais pobres (MILANEZ e FONSECA, 2011).

Outro desafio é com relação à robustez dos créditos de carbono. Existem riscos inerentes aos diversos agentes envolvidos no mercado de créditos de carbono, que abrangem compradores (empresas que adquirem créditos para compensar emissões e cumprir compromissos públicos), negociadores (aqueles que compram para revender), investidores (que fornecem recursos para desenvolver projetos), certificadores (que atestam a conformidade com metodologias de análise) e desenvolvedores (participantes diretos na criação de projetos geradores de créditos de carbono).

A atual discussão centraliza-se na confiabilidade desses créditos, apontando falhas nas metodologias utilizadas para mensurar e contabilizar as emissões de carbono, e na regularidade das propriedades subjacentes, especialmente no caso de créditos provenientes de áreas florestais. Conforme visto na Figura 1, acima, a maioria dos créditos voluntários de carbono adotam o padrão da Verra que tem diversas metodologias que podem ser aplicadas na contabilização, dependendo da natureza do projeto. Várias particularidades locais de análise podem ficar de fora dessas metodologias padrões.

A maioria dos escândalos que têm sido noticiados envolvendo créditos de carbono contudo costumam ser relacionados a projetos manipulando seus números para afirmarem estar sujeitos a níveis de desmatamento superiores aos que podem ser comprovados uma vez que essa distorção nas taxas de desmatamento evitado impacta diretamente na quantidade de créditos de carbono gerados, comprometendo a qualidade e credibilidade do mercado como um todo.

No contexto do mercado brasileiro, destaca-se um desafio ainda maior relacionado à complexidade das questões agrárias e à insuficiência de análises fundiárias rigorosas nas regiões produtoras de créditos. Deficiências nessa avaliação documental podem invalidar transações de compra e venda de ativos devido a problemas de regularização da propriedade ou mesmo à titulação inadequada da área. Assim quem se diz o proprietário de onde se realiza um projeto de carbono pode não ser na verdade o dono daquelas áreas, comprometendo com isso toda a viabilidade do projeto, criando passivos jurisdicionais e riscos reputacionais para os compradores de boa-fé.

O movimento “No REDD in Africa” mostra bem criticamente esse desafio da economia verde (NO REDD+ IN AFRICA, 2014):

[...] aim to make us believe that ‘sustainable economic growth’ is possible and can be ‘decoupled from nature’ by using capitalist forms of production, or that it is feasible to ‘compensate’ or ‘mitigate’ contamination or destruction in one place by ‘recreating’ or

‘protecting’ another. Under an unjust and colonialist logic, the ‘green’ economy subjugates nature and autonomous peoples by imposing restrictions on the use of and control over their territories in order to fill the pockets of a few, even when communities possess the deeds to their land.

Em relação ao REDD+ também existem críticas, principalmente de que as negociações sobre REDD não estão levando em conta instrumentos de direitos humanos como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Consulta Livre, Prévia e Informada, recomendada na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Além disso, alegam que os povos indígenas são geralmente excluídos dos processos decisórios (MILANEZ e FONSECA, 2011).

Projetos REDD têm sido controversos, pois se apresentam como uma forma de “green grabbing” ou apropriação de terras no sul para fins ambientais ostensivos. O estabelecimento de plantações de árvores como sumidouros de carbono no sul demonstra o uso da terra em detrimento das pessoas locais, levando à depleção dos recursos hídricos e ao aumento da pobreza (DEHM 2021). Movimentos de justiça climática também criticam a desigualdade nos impactos das mudanças climáticas e a forma como a questão tem sido gerenciada por fóruns internacionais.

Eles questionam o próprio sistema de produção capitalista, que não sabe lidar de maneira equitativa e justa com os impactos do aquecimento global. Afirmam que o aumento desproporcional no fluxo de materiais e energia de países do sul para o norte é acompanhado por uma transferência das emissões do norte para o sul, de modo que os países do norte alcançam uma economia de carbono falsa (MILANEZ e FONSECA, 2011). As questões climáticas têm características multidisciplinares, que podem ser locais ou transnacionais, atingindo diversos setores e níveis de governo. Na formulação de políticas públicas, os governos têm uma margem de discricionariedade e devem levar em conta o que é melhor para a população envolvida, por meio de um processo participativo e informativo (RAMOS 2015).

Princípio das Responsabilidades Comuns, Porém Diferenciadas

O conceito de responsabilidades comuns porém diferenciadas (CBDR) foi criado pela embaixadora brasileira Vera Pedrosa e, depois de muita negociação, foi incluído tanto na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) (UN, 1992), quanto como o princípio 7 na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Preocupações são levantadas sobre o crescente foco orientado para o mercado no Direito Econômico Internacional Ambiental, argumentando que isso reforça hierarquias Norte/Sul. O princípio de CBDR é central para o regime internacional climático, desde UNFCCC (UN, 1992), reconhecendo diferenças históricas, econômicas e políticas reais entre os estados. No entanto, observa-se a erosão do CBDR, levando a interpretações diferentes que podem resultar em transferência desigual e injusta de responsabilidades para os estados.

Ao longo do tempo a aplicação do princípio tem assumido duas interpretações uma ética e outra de capacidades. Ele tanto pode ser interpretado como para fazer

justiça e equilibrar o nível de responsabilidade com o histórico de emissões, como para refletir as diferentes condições que os países têm para assumir compromissos.

A crescente mercantilização da governança climática internacional, especialmente por meio de mercados de carbono, complica as posições dos estados do Terceiro Mundo em relação à mitigação das mudanças climáticas. Esses esquemas podem servir tanto para atrair fluxos financeiros climáticos, como podem ser ferramentas de replicar assimetrias de poder ou de internacionalizar os recursos naturais alijando os países em desenvolvimento e as suas comunidades locais da maior parcela dos ganhos relativos à capitalização da sustentabilidade. Além disso pode haver a prevalência dos interesses estatais ou apenas de alguns poucos membros das elites desses países, em vez de atender aos interesses das populações que estão diretamente em contato com os recursos naturais.

Os estudiosos do TWAIL (ANGHIE et al., 2021) defendem a análise das experiências efetivas das populações em vez de depender apenas das representações formais elaboradas pelos estados. Sendo assim precisa haver a avaliação de como o princípio é aplicado, quais são as responsabilidades que são compartilhadas e buscar entender como a noção de “comunalidade” em si é construída por meio da divisão política/econômica dentro do regime climático e como na prática são exploradas para destacar o entrelaçamento ideológico das esferas de poder. Assim, há a necessidade de uma estruturação diferente com base em normas de justiça distributiva, desafiando a lógica utilitária dos mecanismos de comércio de carbono.

Questionam também a designação de questões como a definição de interesses comuns dentro da UNFCCC (ANGHIE et al., 2021), argumentando que essa conceitualização jurídica autoriza a jurisdição internacional sobre domínios específicos dos estados, justificando a prevalência dos interesses dos países detentores do capital sobre os dos detentores dos recursos naturais. Assim a necessidade de rever o conceito de “comum” para refletir preocupações genuínas com o meio ambiente com práticas fundamentadas em solidariedade, pois enfrentar as mudanças climáticas exige um movimento transnacional e global contra a dependência de combustíveis fósseis.

Além disso, o liberalismo no Direito Internacional permanece estruturado e organizado por uma “dinâmica de diferença” colonial que persiste, apesar da descolonização formal, e é reinscrita mesmo quando a disciplina pretende renovar-se (PAHUJA, 2011). O direito internacional está assim implicado na manutenção de uma estrutura de poder geopolítica, na reprodução de uma hierarquia de conhecimento e na consequente distribuição diferenciada da riqueza material.

O discurso, as práticas e as instituições de desenvolvimento mantêm a “dinâmica de diferença” hierárquica ao inscrever uma falta fundamental do Sul, mas também ao oferecer “uma narrativa de salvação centrada no crescimento econômico”. Neste sentido, o desenvolvimento e o crescimento funcionam como “bases” para o Direito Internacional e estabilizam e dão uma suposta universalidade às suas categorias.

Neste sentido, corre o risco de infligir violência a um conjunto de realidades diversas, com povos profundamente estratificados em termos de poder e acesso aos recursos, em termos de classe, raça e gênero, e onde o problema das alterações climáticas – as suas causas e efeitos – está profundamente enredado nestes mesmos diferenciais. Enfrentar as alterações climáticas, entendidas como “um sintoma de

um caminho de desenvolvimento específico” e do “seu sistema de abastecimento globalmente entrelaçado de energia fóssil” requer um movimento transnacional ou globalizado semelhante contra os sistemas de dependência de combustíveis fósseis (KISS; SHELTON, 2007).

Essa uniformidade de objetivo, como descrevem Kiss e Shelton, sendo a remoção per capita de GEE, transfere o tema da mitigação climática de preocupação da jurisdição exclusiva de um estado para torná-lo um “assunto legítimo para regulamentação internacional” (KISS; SHELTON, 2007). Como tal, a designação de uma questão de “preocupação comum” poderia ser entendida como uma tecnologia que autoriza uma jurisdição internacional sobre esse domínio de preocupação. No entanto, os objetivos regulamentares não se dirigem para abordar estas causas, como a extração de combustíveis fósseis, mas para abordar o nível agregado de emissões de GEE. Assim, sem distinção do contexto social em que essas emissões surgem, o direito internacional vira “cúmplice na criação da crise climática através da sua facilitação de uma economia capitalista baseada no petróleo” (KLEIN, 2015).

Essas disputas conceituais em torno da aplicação do princípio CBDR estão longe de serem pacificadas pelo contrário demandam constante atenção aos pontos de vistas e aos interesses velados.

Transição energética

As opções tecnológicas e fontes energéticas impactam de maneira abrangente a sociedade como um todo. O setor dos transportes é o segundo maior consumidor de energia no mundo e depende fortemente da utilização de combustíveis fósseis apesar de estar em curso avanços para eletrificar total ou parcialmente os veículos. Nos EUA e na China o setor está recebendo fortes subsídios. Porém os carros elétricos (EV) são mais caros do que os movidos a combustíveis fósseis, especialmente nos países em desenvolvimento.

E eles não são a opção mais sustentável em países como o Brasil, em que há opções de biocombustíveis, essencialmente etanol e biodiesel. Essa conclusão decorre da análise de emissões levando em conta o ciclo de vida do produto, considerando o impacto ambiental desde as matérias primas primárias, incluindo a mineração do lítio das baterias, computando o transporte marítimo necessário para trazer os insumos e quanta energia é gasta para produzir o EV por exemplo.

A eletrificação tem o mérito de melhorar a eficiência energética porque os motores elétricos são mais eficientes do que os motores a combustão interna. Por exemplo, um carro plug-in elétrico, que tem menos de 10 kWh de bateria junto com um motor à combustão, consome tão pouco etanol que teria de ser reabastecido a cada 3 meses (MOREIRA, 2023). Mas a maior eficiência dos motores elétricos não se traduz necessariamente em emissões mais baixas de GEE, exceto em países com uma matriz energética limpa, o que não é o caso na maioria deles. Assim, a possibilidade dos EVs reduzirem as emissões é específica para cada país porque as fontes de energia primária para a eletricidade variam de país para país e a maior parte da produção de eletricidade global depende de combustíveis fósseis, como o carvão e o gás natural.

Por outro lado, os biocombustíveis, se produzidos adequadamente, apresentam

baixas pegadas de carbono. Atualmente a produção de etanol da cana-de-açúcar no Brasil é um ciclo fechado, totalmente circular e capaz de gerar sequestro de carbono se ocorrer a captura de carbono da fermentação (MOREIRA; PACCA; GOLDEMBERG, 2022), bem como o transporte dentro das fazendas e a colheitadeira não usar diesel. Assim, a combinação da eletrificação parcial com a utilização de biocombustíveis melhoraria a eficiência energética e reduziria as emissões de GEE muito mais do que se pode obter com veículos BV. Contudo o que tem sido mais adotado internacionalmente tem sido a eletrificação total, via baterias.

Uma das preocupações dos países desenvolvidos com relação aos biocombustíveis é ficarem dependentes de países subdesenvolvidos onde esse tipo de renovável é produzido. Por muitos anos o impasse no comércio internacional se arrasta diminuindo a competitividade dos biocombustíveis brasileiros e evitando a adoção de tecnologias que utilizem esse tipo de força motriz.

Com o comércio de EV os países ricos ganham trilhões de dólares (considere um sobre preço de US\$ 10 mil por automóvel e lembre que a frota mundial já ultrapassa 1 bilhão) e os países em desenvolvimento vão ser integrados na cadeia produtiva fornecendo hidrogênio ou mão de obra na escala dos bilhões de dólares (MOREIRA; PACCA; GOLDEMBERG, 2022). Por todas essas razões para um país como o Brasil adotar carro elétrico representa uma manifestação empírica de relações econômicas que beneficiam o norte global sob o pretexto de mitigação climática e proteção do meio ambiente, quando na essência não é nem a melhor opção ambiental disponível, muito menos a social ou econômica para os países do sul, ou seja, mais um exemplo de colonialismo climático.

Conclusão

O colonialismo tradicional era levado a cabo por metrópoles que correspondiam a Estados facilmente identificáveis e era oposto por nacionalismos geralmente associado a sentimentos, ideologias e movimentos sociais que envolviam fortes compromissos com a nação, concebida como uma comunidade potencialmente autossustentável de pessoas unidas por uma história e cultura partilhadas.

O colonialismo ambiental por seu turno é praticado menos em nome de Estados, mas mais por agentes corporativos que contam com redes de pessoas distribuídas pelo mundo todo que apesar de terem um compromisso brando e conservador com o seu próprio país na verdade mais compartilham de uma preocupação preeminente em preservar e ampliar a sua própria vantagem coletiva e a manutenção dos padrões de produção e consumo atuais.

Por seu turno os opositores ao colonialismo ambiental via de regra têm interesses difusos, defendem a democratização das esferas decisórias e são em prol da preservação dos meios de vida tradicionais e indígenas, se esforçam em desenhar uma nova economia que aproveite os princípios milenares de circularidade, vida integrada na natureza, prosperidade não apenas crescimento. Buscam adequar os instrumentos de precificação, os conceitos jurídicos e as tecnologias para transição energética para movimentar a economia, preservar o meio ambiente e satisfazer os interesses da sociedade local.

Referências

- ANGHIE, A. et al. *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalization*. [s.l.] BRILL, 2021.
- Atique, Asma. 2022. “The Story of Masdar: ‘Sustainable Development’ for Migrant Justice?” TWAILR. December 6, 2022. <https://twailr.com/twail-review/issue-03-2022/asma-atique-the-story-of-masdar-sustainable-development-for-migrant-justice/>.
- BACHRAM, H. Climate fraud and carbon colonialism: the new trade in greenhouse gases. *Capitalism Nature Socialism*, v. 15, n. 4, p. 5–20, dez. 2004.
- Bazilian, Morgan D., and Gregory Brew. 2023. “The Missing Minerals.” *Foreign Affairs*, January 6, 2023. <https://www.foreignaffairs.com/united-states/missing-minerals-clean-energy-supply-chains>.
- BORRÁS, S. 2016. Movements for global climate justice: redesigning the international scenario of climate change. *relationships Internacionales*, 33: 97–119.
- BRASIL, C. N. 10.336. LEI No 10.336, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2001 - Lei da CIDE combustível.. 19 dez. 2001.
- Castro, Douglas de. 2017. “The Colonial Aspects of International Environmental Law: Treaties as Promoters of Continuous Structural Violence.” *Groningen Journal of International Law* 5 (2): 168-190–190. <https://doi.org/10.21827/5a6af9c46c2ff>.
- CHANCEL, L. Global carbon inequality over 1990–2019. *Nature Sustainability*, v. 5, n. 11, p. 931–938, nov. 2022.
- CROCHET, V. Critical insecurities? The European Union’s trade and investment strategy for a stable supply of minerals for the green transition. *EJIL: Talk!*, 23 fev. 2023. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/critical-insecurities-the-european-unions-trade-and-investment-strategy-for-a-stable-supply-of-minerals-for-the-green-transition/>>. Acesso em: 10 nov. 2023
- DEHM, J. 2021. *Reconsidering REDD+: Authority, Power and Law in the Green Economy*. New York, Cambridge University Press.
- DEHM, J. CARBON COLONIALISM OR CLIMATE JUSTICE? INTERROGATING THE INTERNATIONAL CLIMATE REGIME FROM A TWAIL PERSPECTIVE. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, v. 33, n. 3, p. 129–161, 2016.
- Guajardo, Guillermo. 2013. “A History of Mining in Latin America: From the Colonial Era to the Present by Kendall W. Brown (Review).” *Technology and Culture* 54 (3): 659–60. <https://doi.org/10.1353/tech.2013.0086>.
- HICKEL, Jason. 2020. *Less Is More: How Degrowth Will Save the World*. London: William Heinemann.
- HICKEL, Jason. 2021. The Anti-Colonial Politics of Degrowth. *Political Geography* 88 (June): 102404. <https://doi.org/10.1016/j.polgeo.2021.102404>.
- KISS, A. C.; SHELTON, D. *A Guide to International Environmental Law*. [s.l.] BRILL, 2007.
- KLEIN, N. *This Changes Everything: Capitalism vs. The Climate*. Reprint edition ed. [s.l.] Simon & Schuster, 2015.
- Klein, Naomi. 2015. *This Changes Everything: Capitalism vs. The Climate*. Reprint edition. Simon & Schuster.
- LANG, M. et al. *Más allá del colonialismo verde : justicia global y geopolítica de las transiciones ecosociales*. Argentina: Librería CLACSO, 2023.

Lehtinen, A. A. 2009. "Environmental Justice." In *International Encyclopedia of Human Geography*, edited by Rob Kitchin and Nigel Thrift, 535–39. Oxford: Elsevier. <https://doi.org/10.1016/B978-008044910-4.00773-2>.

MANTELLI, GAS; CASTILHO, AF; GARCIA, JM 2017. Climate Justice in the perspective of Socioenvironmentalism. In: SOUZA FILHO, CFM; WANDSCHEER, CB (org), Perspectives for the implementation of socio- environmentalism. Curitiba, Letter of the Law, p. 95-115.

MILANEZ, B.; FONSECA, IF 2011. Climate justice and extreme weather events: an analysis of social perception in Brazil. *Third Included Magazine*, 1 (2): 82–100.

MOREIRA, J. R.; PACCA, S. A.; GOLDEMBERG, J. The reduction of CO₂e emissions in the transportation sector: Plug-in electric vehicles and biofuels. *Renewable and Sustainable Energy Transition*, v. 2, p. 100032, 1 ago. 2022.

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

Neocleous, Mark. 2012. "International Law as Primitive Accumulation; Or, the Secret of Systematic Colonization." *European Journal of International Law* 23 (4): 941–62. <https://doi.org/10.1093/ejil/chs068>.

NO REDD+ IN AFRICA. To reject REDD+ and extractive industries. Disponível em: <<https://no-redd-africa.org/index.php/declarations/110-to-reject-redd-and-extractive-industries/>>. Acesso em: 10 nov. 2023.

OLIVEIRA, L. Má gestão de resíduos sólidos transforma países em lixões do mundo. *Jornal da USP*, 2 fev. 2023. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/campus-ribeirao-preto/atualidades-paises-sao-transformados-em-lixoes-do-mundo-gracas-a-ma-gestao-de-residuos/>>. Acesso em: 5 nov. 2023

PAHUJA, S. *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

RAMMÊ, RS 2012. Climate Justice Policy: Combining risks, vulnerabilities and injustices arising from climate change. *Revista dos Tribunais Online/Revista de Direito Ambiental*, 65/2012, 367-382.

RAMOS, MC 2015. Public policies for adapting to climate change in the face of vulnerable populations and climate justice. Sao Paulo-SP. Master's in Political and Economic Law. Mackenzie Presbyterian University

Rodney, Walter, and Angela Davis. 2018. *How Europe Underdeveloped Africa*. Verso.

SARTRE, J.-P. Colonialism Is a System. *Interventions*, v. 3, n. 1, p. 127–140, 1 jan. 2001.

SBTI, S. B. T. INITIATIVE. Science-Based Targets Initiative. Ambitious corporate climate action. Disponível em: <<https://sciencebasedtargets.org/>>. Acesso em: 21 set. 2022.

SEYMOUR, F. Forests, climate change and human rights: managing risks and trade-offs. Em: HUMPHREYS, S. (Ed.). *Human Rights and Climate Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 207–237.

Shue, Henry. 2010. "Subsistence Emissions and Luxury Emissions." In *Climate Ethics: Essential Readings*, edited by Stephen M Gardiner, Simon Caney, Dale Jamieson, and Henry Shue, 0. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780195399622.003.0021>.

UN, U. N. UNFCCC - Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima. Disponível em: <<https://unfccc.int/>>. Acesso em: 19 out. 2021.

VANDERHEIDEN, S. 2021. Chapter 21 - Justice and climate change. In: LETCHER, TM (ed.). *The Impacts of Climate Change*. Elsevier, p. 491–501.

WORLD BANK, T. W. B. G. *State and Trends of Carbon Pricing 2023*. EUA: [s.n.].

A PROPOSTA DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ECOCÍDIO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: UMA RECONSTRUÇÃO RADICAL DO CONCEITO DE VÍTIMA

Mariane Morato Stival

Pedro Lucchetti

Luisa Giannini

Resumo

O presente capítulo examina a proposta de tipificação do crime de Ecocídio no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional feita pela organização não-governamental *Stop Ecocide Foundation*. Mais especificamente, nosso objetivo é analisar de que maneira o crime de ecocídio rearticula a construção de vítima tradicional do direito internacional penal. Para isso, questiona-se no presente artigo de que maneira podemos identificar no crime de ecocídio uma radicalização do conceito de vítima. Através de uma leitura decolonial, o presente capítulo analisa como a reconstrução do conceito de vítima feita na tipificação de um crime contra o meio ambiente pode ser compreendido a partir de epistemologias não ocidentais e aborda o potencial emancipatório da criminalização do Ecocídio, evidenciando as relações entre colonialismo, exploração ambiental e desigualdades históricas.

Introdução

No final do ano de 2020, a organização não-governamental *Stop Ecocide Foundation* anunciou a criação de um Painel de especialistas independentes para a definição legal do crime de ecocídio. O Painel se reuniu entre os meses de janeiro e junho de 2021 para chegar a um consenso sobre uma definição de Ecocídio como um crime internacional. O objetivo era formular um conceito que pudesse servir de base para uma emenda ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) (STOP ECOCIDE FOUNDATION, 2021).

O crime de Ecocídio foi definido como “atos ilícitos ou arbitrários cometidos com o conhecimento de que há uma probabilidade substancial de danos ao meio ambiente graves e generalizados ou de longo prazo causados por esses atos” (STOP ECOCIDE FOUNDATION, 2021, tradução livre). O meio ambiente, na definição, abrange “a terra, sua biosfera, criosfera, litosfera, hidrosfera e atmosfera, bem como o espaço sideral” (STOP ECOCIDE FOUNDATION, 2021, tradução livre). O crime proposto altera a imagem jurídica do sujeito e objeto de direitos. Há nessa formulação uma reconstrução radical do conceito de vítima. Essa rearticulação pressupõe um diálogo com formas alternativas de conhecimento e abre o espaço para vozes subalternas (CRUTCHLEY, 2017, p. 10).

Considerando que essa rearticulação envolve a incorporação de formas de conhecimento que estão enraizadas em experiências locais de grupos minoritários e marginalizados, questiona-se o potencial do crime de ecocídio para uma justiça ambient-

tal através da radicalização do conceito de vítima. Para isso, o capítulo está dividido em três seções: a primeira examina a abertura do Tribunal Penal Internacional para o julgamento de crimes ambientais e a proposta para a tipificação do crime de Ecocídio feita pela organização não-governamental *Stop Ecocide Foundation*; a segunda seção avalia como a proposta de criminalização do Ecocídio pode ser lida a partir de epistemologias não-ocidentais; e, por fim, a última seção analisa o potencial emancipatório do crime de Ecocídio a partir das perspectivas decoloniais.

A proposta de tipificação do crime de Ecocídio no Estatuto de Roma

O movimento para a construção de uma definição legal para o crime de Ecocídio ganhou momentum durante a conferência climática realizada em Paris, em 2015. Ali, o presidente equatoriano Rafael Correa, com o apoio das lideranças da Bolívia e Venezuela, propôs a criação de um tribunal internacional para justiça ambiental com o propósito de punir delitos contra a natureza e a adoção de uma declaração internacional dos direitos da natureza.

Em setembro do ano seguinte, a Procuradoria do TPI publicou um *policy paper* sobre priorização e seleção de casos (OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2016). Nesse documento, a Procuradoria encontrava um possível papel do TPI na persecução de danos ambientais, exploração ilegal de recursos naturais e apropriação de terras ocorridos no contexto dos crimes já previstos no Estatuto de Roma. Em outras palavras, por meio do documento, a Procuradoria do TPI estava reconhecendo uma possível ampliação de sua competência para julgar crimes que envolvessem tragédias ambientais com graves perdas e danos (OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2016, para. 41). Esta possibilidade reconhecida pelo TPI significa ampliar o alcance da interpretação dos crimes internacionais de forma que abranja crimes que causem uma grande destruição do meio ambiente e a própria existência de uma população em razão de danos ambientais.

O *Policy Paper* elaborado pelo Gabinete da Procuradora do Tribunal Penal Internacional em 2016 destacou, porém, que a admissibilidade do caso ainda necessitaria de uma avaliação dos meios empregados para executar o crime, em que medida os crimes foram sistemáticos ou resultaram de um plano ou política organizada ou de outra forma resultaram de abuso de poder ou capacidade oficial, se existem elementos de crueldade (OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2016, para. 41).

O impacto dos crimes ambientais, nesse sentido, deve estar no contexto de aumento da vulnerabilidade das vítimas ou dos danos sociais, econômicos e ambientais infligidos às comunidades afetadas. Entende-se, portanto, a especial atenção dada pela Procuradoria à aplicação do Estatuto de Roma em situações de crimes que resultem na destruição do meio ambiente, na exploração ilegal de recursos naturais ou na ocupação ilegal de terras (OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2016, para. 41). Caberia nessa interpretação a destruição do meio ambiente e danos a populações em casos de vazamentos de substâncias que atingem diretamente a vida e a saúde, como materiais radioativos, poluição hídrica e casos de tragédias ambientais que não foram punidas de forma proporcional à gravidade do fato.

Com a grande repercussão e a importância de se adotar medidas em relação ao crime de Ecocídio, no contexto da Conferência das Partes (COP 21), em Paris, in-

tensificou-se a discussão no cenário internacional da importância de se qualificar o Ecocídio como um quinto crime de competência do Tribunal Penal Internacional. A possível competência do TPI para julgar o crime de ecocídio demanda, além da alteração do Estatuto de Roma, uma reflexão sobre a estrutura e o processo do TPI.

Em 2010, a advogada britânica Polly Higgins apresentou à Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas uma proposta para de tipificação para o crime internacional de Ecocídio. A proposta de Higgins previa a seguinte definição para o crime de Ecocídio, pensada enquanto possível emenda ao Estatuto de Roma:

Ecocídio é um dano extenso ao, destruição de ou perda de ecossistema(s) de um determinado território, seja por ação humana ou por outras causas, a ponto de reduzir gravemente o desfrute pacífico pelos habitantes desse território (HIGGINS; SHORT; SOUTH, 2013, p. 257).

A definição de Higgins cria um dever legal de cuidado, ou seja, as nações seriam legalmente obrigadas a agir antes que ocorra dano em massa, destruição ou colapso do ecossistema. Isso significa que nessa tipificação prevê-se não só o ecocídio causado pelo homem, mas também o natural. A existência de um quadro legal para prevenir e proibir o ecocídio estabelece “um dever legal de cuidado a todas as nações para prestar assistência aos países em risco ou que estejam sofrendo com o colapso do ecossistema devido ao aumento do nível do mar ou a eventos catastróficos, como tsunamis e inundações” (HIGGINS; SHORT; SOUTH, 2013, p. 257).

O ecocídio de ocorrência natural, seja relacionado às mudanças climáticas ou não, torna-se uma responsabilidade dos governos. O ecocídio causado pelo homem torna-se uma responsabilidade tanto dos governos quanto das empresas – aqueles que são formuladores de políticas, diretores ou que são responsáveis pelo financiamento ou investimento tornam-se legalmente obrigados a garantir que qualquer prática empresarial que cause dano em massa, destruição ou perda de ecossistemas seja encerrada (HIGGINS; SHORT; SOUTH, 2013, p. 257).

Para estabelecer esse crime internacional, é necessário, porém, que haja a introdução de uma emenda ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. A organização não-governamental *Stop Ecocide Foundation* deu continuidade ao trabalho de Higgins e aprofundou a proposta para tipificação do crime de ecocídio no âmbito do Estatuto de Roma. A tipificação proposta foi a seguinte:

Artigo 8ter Ecocídio

- 1. Para efeitos do presente Estatuto, “ecocídio” significa atos ilícitos ou arbitrários cometidos com o conhecimento de que existe uma probabilidade substancial de danos severos, generalizados ou de longo prazo ao meio ambiente causados por esses atos.*
- 2. Para efeitos do parágrafo 1:*

- a. “Arbitrário” significa com desconsideração imprudente por danos que seriam claramente excessivos em relação aos benefícios sociais e econômicos esperados;
- b. “Grave” significa dano que envolve alterações adversas muito graves, perturbações ou danos a qualquer elemento do meio ambiente, incluindo impactos graves na vida humana ou recursos naturais, culturais ou econômicos;
- c. “Generalizado” significa dano que se estende além de uma área geográfica limitada, cruza as fronteiras do estado ou é sofrido por todo um ecossistema ou espécie ou um grande número de seres humanos;
- d. “Longo prazo” significa danos que são irreversíveis ou que não podem ser reparados por recuperação natural dentro de um período de tempo razoável;
- e. “Ambiente” significa a Terra, sua biosfera, criosfera, litosfera, hidrosfera e atmosfera, bem como o espaço sideral (STOP ECOCIDE FOUNDATION, 2021, tradução livre).

A definição proposta cria dois limites para condutas criminalizadas: (1) deve existir uma probabilidade substancial de que a conduta (que inclui um ato ou omissão) cause danos graves e generalizados ou de longo prazo ao meio ambiente; e (2) exige prova de que os atos são ilegais ou arbitrários. Este limiar adicional baseia-se nos princípios do direito ambiental, que equilibram os benefícios sociais e econômicos com os danos ambientais através do conceito de desenvolvimento sustentável. “Com estes dois limiares, a acusação teria de provar uma probabilidade substancial de causar danos graves e generalizados ou de longo prazo através de atos ou omissões que sejam ilegais ou arbitrários” (STOP ECOCIDE FOUNDATION, 2021).

Nesse contexto da tipificação do crime de ecocídio, nos parece mais interessante o fato de que o meio ambiente assume um papel central de vítima, destacando-se como o principal sujeito prejudicado por ações humanas e inações que resultam no dano à natureza. O ecocídio refere-se à extensa degradação, destruição ou perda de ecossistemas, onde o meio ambiente é afetado de tal forma que sua capacidade de sustentar a vida e proporcionar bem-estar para as gerações presentes e futuras é gravemente comprometida. Nesse cenário, o meio ambiente é tratado como uma entidade merecedora de proteção legal, refletindo a crescente conscientização sobre a importância de preservar a integridade ecológica do planeta e a necessidade de responsabilizar aqueles que causam danos significativos a ele.

A reconstrução do conceito de vítima a partir das epistemologias não ocidentais

O Estatuto de Roma não regulamenta de forma específica a competência do Tribunal Penal Internacional para julgar crimes ambientais. Em termos de matéria ambiental criminal, é possível identificar no referido Estatuto apenas o disposto no artigo 8(2)(b)(iv), que prevê que constitui crime de guerra lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa.

Diante da previsão da conduta abranger atos que causem prejuízos ao meio am-

biente, compreende-se a possibilidade de se interpretar o referido dispositivo como uma norma internacional de natureza penal ambiental, ou seja, o próprio Estatuto de Roma contempla a possível competência do TPI em determinados crimes ambientais. Há crimes ambientais que atentam contra a vida, o bem-estar, à saúde e a segurança de uma sociedade, sendo possível uma equiparação a crimes contra a humanidade ou genocídio e, por consequência, a ampliação da competência do TPI para julgar estes crimes, como pode ser visto na jurisprudência do Caso Al Bashir (Cf. GIANNINI; GASPARIAN; SANCHES, 2023).

Para além das tentativas de identificar possibilidades de julgar violações ambientais dentro da competência atual do TPI, existem movimentações de outros tribunais internacionais no sentido de consolidar a proteção do meio ambiente como um direito humano. Neste esboço pode-se citar como exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual a partir de seu parecer consultivo 23/2017 aponta, repetidamente, a existência de uma intrínseca relação entre direitos humanos e meio ambiente, sendo necessário proteger o meio ambiente para concreto gozo de todos os direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017, paras. 56-70). Essa perspectiva aponta para uma conexão entre o direito ambiental (e o direito internacional ambiental) com os direitos humanos (LOUREIRO; FEITOZA; SILVA, 2020).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem posto em sua jurisprudência, no que toca a proteção de populações indígenas, a consequente necessidade de proteção de suas terras, culturas assim como patrimônio histórico considerando o papel desses elementos para a existência e modo de vida desses povos (Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018). Grande parte das cosmologias indígenas constrói uma relação intrínseca entre a preservação do meio ambiente em sua concepção natural, artificial, cultural e do trabalho e os direitos das populações indígenas, como na cosmovisão andina do Bem Viver, incorporada ao texto constitucional em alguns países andinos (Cf. BOLÍVIA, 2008; EQUADOR, 2008). O texto constitucional do Equador serviu de base argumentativa para Corte Interamericana de Direitos Humanos na defesa da tese de que a plena efetivação dos demais direitos humanos requer a manutenção de um meio ambiente equilibrado e, portanto, danos a esse bem colocam em risco todos os outros direitos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017, paras. 56-70). Nesse sentido, uma virada radical do conceito de vítima é feita pela Constituição equatoriana ao afirmar que:

Art. 71 - A natureza ou Pacha Mama, onde a vida se reproduz e se realiza, tem direito ao pleno respeito da sua existência e da manutenção e regeneração dos seus ciclos de vida, estrutura, funções e processos evolutivos. Qualquer pessoa, comunidade, cidade ou nacionalidade pode exigir que a autoridade pública cumpra os direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, serão observados os princípios estabelecidos na Constituição, quando for o caso. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os coletivos a proteger a natureza e promoverá o respeito por todos os elementos que constituem um ecossistema (EQUADOR, 2008, tradução livre).

Esse movimento, que faz parte do chamado neoconstitucionalismo latino-ame-

ricano, constrói um sistema jurídico pautado no multiculturalismo e na importância da preservação ambiental, trazendo para o direito as cosmovisões tradicionais desses territórios. As concepções filosóficas não ocidentais desempenham um papel fundamental na nessa compreensão da relação entre a humanidade e a natureza. Essas cosmovisões frequentemente destacam a interdependência entre os seres humanos e o meio ambiente, enfatizando a importância da vida em harmonia com a natureza e do respeito a todas as formas de vida. Nessas tradições, a natureza é vista como sagrada e dotada de valor intrínseco, não sendo simplesmente um recurso a ser explorado. Isso contrasta com muitas filosofias ocidentais, que historicamente enfatizaram uma abordagem mais antropocêntrica em relação à natureza.

Cosmovisões como o *Bem Viver* desafiam as noções tradicionais de domínio sobre a natureza e têm sido fundamentais para inspirar movimentos ambientalistas e a busca por abordagens que concebem caminhos mais sustentáveis. Elas nos lembram da importância de preservar a natureza não apenas por necessidade prática, mas também por respeito profundo e reverência espiritual. Além disso, oferecem perspectivas valiosas sobre como podemos abordar os desafios ambientais atuais e futuros, destacando a necessidade de uma mudança de paradigma em nossa relação com o mundo natural (NUNES CHAIB, 2022).

Em contraste ao caráter antropocêntrico do direito internacional moderno, a construção do meio ambiente enquanto vítima adere a uma ontologia ecocêntrica, ou seja, ela coloca o “ecossistema” ou a totalidade do meio ambiente natural como o ponto central de consideração ontológica. Isso significa que, em uma ontologia ecocêntrica, a realidade e a significância são vistas a partir da perspectiva dos sistemas ecológicos, em vez de se concentrar exclusivamente no indivíduo humano. Essa abordagem reconhece que os seres humanos são interdependentes e inseparáveis do meio ambiente natural e que todas as formas de vida e ecossistemas desempenham papéis críticos na manutenção do equilíbrio ecológico. Uma ontologia ecocêntrica valoriza a natureza intrinsecamente e busca promover a harmonia entre os seres humanos e a biosfera, enfatizando a necessidade de cuidar do planeta como um todo (NUNES CHAIB, 2022). Em contraste com ontologias antropocêntricas, que colocam o ser humano no centro da realidade, uma ontologia ecocêntrica é mais alinhada com as preocupações ecológicas e o movimento em prol da conservação ambiental, reconhecendo a importância de preservar a integridade dos ecossistemas para o bem-estar global do planeta. Há, portanto, nas cosmovisões como o *Bem Viver* uma percepção do meio ambiente a partir de um olhar ecocêntrico, que percebe a própria natureza como um sujeito de direitos (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2016).

O potencial emancipatório da tipificação do crime de Ecocídio

A tipificação do crime de Ecocídio pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) tem o potencial de emancipar a humanidade da mentalidade predatória em relação ao meio ambiente e de promover uma visão mais responsável e equitativa da relação entre os seres humanos e a natureza. Isso representa um avanço significativo em direção a um futuro mais sustentável, equitativo e harmonioso, onde a proteção da Terra é

uma preocupação central.

A existência do Ecocídio como crime internacional dentro da competência do TPI tem um potencial emancipatório significativo. Esse movimento pode ser visto como uma resposta crucial às crescentes preocupações ambientais em todo o mundo e uma tentativa de responsabilizar aqueles que causam danos ambientais graves. O crime de Ecocídio reconhece a natureza como uma vítima em seu próprio direito, dotando-a de valor intrínseco e respeito. Isso implica em uma mudança fundamental de paradigma, onde o meio ambiente não é mais considerado meramente um recurso explorável, mas um elemento vital com direitos que devem ser protegidos. Isso incentiva uma abordagem mais ética e sustentável em relação à Terra, promovendo a conservação e restauração de ecossistemas. Ademais, a inclusão do Ecocídio no direito internacional gera uma conscientização mais ampla sobre a interdependência entre os seres humanos e a natureza. Isso pode inspirar ações individuais e coletivas para preservar o meio ambiente, impulsionando o ativismo ambiental e a busca por alternativas sustentáveis.

O crime de Ecocídio, como proposto pela organização *Stop Ecocide Foundation*, parece considerar o meio ambiente natural como fundamental para a saúde e a sustentabilidade do planeta. Há, nesse sentido, uma proposta ecocêntrica que visa a criminalizar a ausência de práticas que respeitem e preservem a integridade dos ecossistemas e, conseqüentemente, reconhecendo a necessidade de garantir o bem-estar do meio ambiente. Ao questionar a visão antropocêntrica e reconhecer a natureza como uma entidade com valor intrínseco, não apenas instrumental para os interesses humanos, a construção do crime de Ecocídio representa uma transformação em termos de ontologia política. A natureza enquanto vítima de crimes internacionais representa um movimento de rearticulação da noção tradicional de vítima do direito internacional penal. Essa ideia representa, utilizando os termos de Ramon Grosfoguel, uma tentativa de superação da geopolítica do conhecimento, uma vez que reflete conhecimentos de posições marginalizadas, das exterioridades que são produzidas pelas epistemologias dominantes. A incorporação do meio ambiente como vítima no direito internacional representa um passo “rumo a um mundo transmoderno, pluriversal e descolonizado” que aponta para a possibilidade de um sistema que seja capaz de incorporar “diversos projetos ético-políticos nos quais possa existir um verdadeiro diálogo e comunicação horizontal entre os povos do mundo que vai além das lógicas e práticas de dominação e exploração características do sistema mundial eurocêntrico” (GROSFOGUEL, 2012, p. 97–98).

A compreensão do crime de ecocídio a partir da perspectiva decolonial envolve uma análise crítica das relações históricas de poder, colonialismo e exploração que têm impactado profundamente o meio ambiente e as comunidades afetadas em todo o mundo. A exploração insustentável dos recursos naturais, como minerais, madeira e terras, tem sido uma característica central do (neo)colonialismo. As potências coloniais saquearam as riquezas naturais de territórios colonizados sem qualquer preocupação com as populações locais e do meio ambiente. O crime de ecocídio, portanto, representa a criminalização de uma prática fortemente relacionada com as questões coloniais.

As comunidades indígenas e outros grupos originários sofrem os impactos mais

severos das práticas de ecocídio. A destruição de ecossistemas naturais afeta diretamente os modos de vida e as culturas indígenas, resultando em perda de terras, deslocamento forçado e degradação ambiental. A perspectiva decolonial enfatiza, nesse sentido, a necessidade de reconhecer e reparar as injustiças históricas impostas a essas comunidades. A criminalização do ecocídio tem o potencial de representar um primeiro passo nesse caminho. O crime de ecocídio, quando enquadrado de acordo com a perspectiva decolonial, destaca como as práticas econômicas e industriais das nações coloniais frequentemente perpetuam o ecocídio em todo o mundo, mantendo as relações de poder desiguais. Responde, portanto, ao “colonialismo ambiental”, ou seja, a exploração contínua de terras e recursos naturais em benefício das nações colonizadoras, muitas vezes à custa das nações colonizadas. Assim, a justiça ambiental envolve a responsabilização das nações e empresas que contribuíram (e contribuem) para a depredação em nível global dos ecossistemas. A criminalização de tais atos pode envolver a restituição e a reparação às comunidades afetadas, bem como a mudança nas políticas e práticas que perpetuam o dano ambiental.

A compreensão do crime de ecocídio a partir da perspectiva decolonial revela as conexões profundas entre colonialismo, exploração ambiental e desigualdades históricas. Conseqüentemente, destaca a necessidade de uma abordagem mais holística para compreender a importância da tipificação do crime de ecocídio pelo seu potencial de, em alguma medida, apontar para as complexas dinâmicas de poder e justiça que moldaram a relação principalmente do mundo ocidental com o meio ambiente.

Conclusão

A proteção eficaz do meio ambiente deve levar em consideração as questões de desigualdade, garantindo que as ações ambientais sejam implementadas de maneira equitativa e que os grupos mais vulneráveis sejam protegidos. Isso requer a consideração de fatores sociais, econômicos e culturais, bem como a criação de políticas e práticas que promovam a inclusão e a justiça ambiental. É fundamental compreender como a degradação ambiental frequentemente afeta de maneira desigual diferentes grupos sociais e econômicos, agravando as disparidades existentes. Em muitos casos, as comunidades mais marginalizadas e economicamente desfavorecidas enfrentam dificuldades no acesso a recursos naturais essenciais, como água limpa, terras produtivas e florestas. A exploração insustentável desses recursos, frequentemente impulsionada pelo desenvolvimento industrial, pode privar essas comunidades de meios de subsistência e acesso a serviços básicos.

A proposta apresentada para tipificação do crime de ecocídio envolve esses processos de violação ambiental em larga escala que criam impactos significativos nos ecossistemas, na biodiversidade e que afetam negativamente as comunidades humanas. Nesse sentido, é importante que essa discussão avance de modo a construir uma previsão de responsabilização legal para indivíduos cujas atividades causem danos significativos ao meio ambiente. A proposta do crime de ecocídio inclui a noção de responsabilidade não apenas por ações diretas que levam à destruição ambiental, mas também por práticas negligentes que contribuem para danos significativos à natureza. O ecocídio pode ainda vir a envolver ações que resultem em deslocamentos

forçados de comunidades, poluição grave, perda de biodiversidade e outros impactos adversos no meio ambiente.

Referências

- BOLÍVIA. Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz: Estado Plurinacional de Bolivia, 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-23/17: Solicitada por la República de Colombia - Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones Estatales en Relación con el Medio Ambiente en el Marco de la Protección y Garantía de los Derechos a la Vida y a la Integridad Personal - Interpretación y Alcance de los Artículos 4.1 y 5.1, en Relación con los Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 nov. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros - Sentença (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 fev. 2018.
- CRUTCHLEY, J. How can a decolonial critique rearticulate concepts of peace and victims in international criminal law? City Law School (CLS) Research Paper, v. No. 2017/05, 2017.
- EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador. Quito: República del Ecuador, 2008.
- GIANNINI, L.; GASPARIAN, J. G. M.; SANCHES, V. R. As Violações Ambientais na Jurisprudência do Tribunal Penal Internacional e o Caso Al Bashir: Desafios para a Expansão Jurisdicional Rumo a uma Ontologia Ecocêntrica. Em: MENEZES, W. (Ed.). Direito Internacional em Expansão, Vol XXIII. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023. p. 311–328.
- GROSFUGUEL, R. Decolonizing Western Uni-versalisms: Decolonial Pluri-versalism from Aimé Césaire to the Zapatistas. TRANSMODERNITY: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World, v. 1, n. 3, 2012.
- HIGGINS, P.; SHORT, D.; SOUTH, N. Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide. Crime, Law and Social Change, v. 59, n. 3, p. 251–266, abr. 2013.
- LOUREIRO, C. R. DE O. M. DA S.; FEITOZA, D. U. P.; SILVA, P. L. América Latina e suas contribuições em Direito Ambiental Internacional: Do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao Direito interno. IV Congreso Internacional Globalización, Ética y Derecho. Anais... Em: LOS DESAFÍOS DE LA GLOBALIZACIÓN: RESPUESTAS DESDE AMÉRICA LATINA Y LA UNIÓN EUROPEA. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2020.
- NUNES CHAIB, A. Multinaturalism in International Environmental Law: Redefining the Legal Context for Human and Non-Human Relations. Asian Journal of International Law, v. 12, n. 1, p. 82–104, jan. 2022.
- OFFICE OF THE PROSECUTOR. Policy paper on case selection and prioritisation. The Hague: International Criminal Court (ICC), 15 set. 2016.
- STOP ECOCIDE FOUNDATION. Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide: Commentary and Core Text. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2021.
- VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos y el Nuevo Paradigma Constitucional. Revista Ius, v. 4, n. 25, 7 dez. 2016.

AS DECISÕES INTERNACIONAIS COMO FONTES EMANCIPATÓRIAS DO DIREITO DO MAR: UM ESTUDO DA OBRIGAÇÃO “DUE DILIGENCE” NO TIDM

Murilo Borges

Resumo

Este artigo examina o papel das decisões internacionais, especialmente do Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), como uma fonte emancipatória no Direito do Mar, com foco específico na análise da obrigação de “due diligence”. Em linhas preliminares, o estudo buscará demonstrar os fundamentos sistêmicos que permite conferir à jurisprudência internacional o caráter de fonte do Direito. Ato contínuo, através do estudo do Caso nº 17 do TIDM, busca-se compreender como a obrigação de “due diligence” é aplicada e interpretada em contextos marítimos internacionais. O caso em questão é analisado detalhadamente, abordando os argumentos jurídicos apresentados, as decisões tomadas e suas implicações para o Direito do Mar. Por fim, a investigação também discute como a jurisprudência do TIDM contribui para a evolução do Direito do Mar, evidenciando a importância da obrigação de “*due diligence*” na prevenção de danos ambientais e na garantia da segurança marítima equitativa.

Introdução

O Tribunal Internacional do Direito do Mar (doravante “TIDM”), estabelecido pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar em 1982 – também conhecida como Convenção de Montego Bay, representa um marco significativo na governança dos oceanos (UN, 1982). Sua criação visava proporcionar um fórum jurídico especializado para a resolução de disputas relacionadas ao Direito do Mar. Este tribunal desempenha um papel crucial na interpretação e aplicação dos instrumentos internacionais marítimos, contribuindo para a manutenção da ordem legal nos oceanos e mares e na salvaguarda dos interesses marítimos dos Estados (TREVES, 1993, p. 850).

Nesse ínterim, verifica-se que a jurisprudência das Cortes e Tribunais Internacionais, incluindo o TIDM, tem sido cada vez mais reconhecida como uma fonte vital de Direito Internacional. Esta aceitação deriva do entendimento de que as decisões judiciais, além de resolverem casos específicos, também estabelecem precedentes e interpretam normas legais, moldando assim o desenvolvimento do próprio Direito Internacional. Forte nisso, o TIDM emerge como uma influência significativa, especialmente no que tange à expansão e emancipação do Direito do Mar (BBACK, 2016, p. 95).

Com efeito, o TIDM tem se destacado por sua atuação em casos emblemáticos que definem aspectos fundamentais do Direito do Mar. Sobre o ponto, um exemplo notável é o Caso nº 17 (*Responsibilities and Obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*), que trata da obrigação de “*due diligence*”. Este

caso específico aborda questões de responsabilidade e diligência necessária por parte dos Estados em suas atividades marítimas, estabelecendo um precedente importante sobre como tais obrigações devem ser interpretadas e aplicadas (TIDM, 2011).

Aliado a esses fatores, a análise do Caso n° 17 no TIDM oferece uma perspectiva única sobre a descolonização do Direito do Mar. Ao assegurar que os Estados cumpram suas obrigações de “*due diligence*”, o TIDM promove uma governança marítima mais equitativa e justa, que reconhece e respeita a soberania e os direitos dos Estados Costeiros, muitos dos quais eram anteriormente subjugados sob regimes coloniais. Este aspecto do caso tem implicações significativas para a redefinição das relações de poder no âmbito do Direito Internacional Marítimo (BORGES, 2023, p. 160).

Outrossim, o estudo do Caso n° 17 do TIDM não apenas ilustra a importância da jurisprudência internacional como fonte de Direito, mas também ressalta o papel do TIDM na promoção de um regime jurídico mais equilibrado e descolonizado no Direito do Mar. Este estudo proporciona uma oportunidade valiosa para refletir sobre como as decisões internacionais podem servir como ferramentas de emancipação legal, contribuindo para um entendimento mais profundo e um respeito mais amplo pelos princípios do Direito do Mar.

A Jurisprudência como Fonte do Direito Internacional: A discussão dos artigos 38 (d) e 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça

Hodiernamente, à proporção que as decisões internacionais vêm contribuindo com o próprio desenvolvimento do Direito Internacional Contemporâneo, é possível compreender que a jurisprudência das Cortes e Tribunais Internacionais constituem uma “fonte” de Direito Internacional, haja vista que tem conformado importante acervo de decisões que balizam o desenvolvimento progresso da ordem internacional, não apenas como previsão legal, mas como efetivo aporte à prática das demandas do cenário internacional.

Essa constatação decorre do fato de que, com o advento dos novos atores no plano internacional, o Direito Internacional ampliou seus modos de manifestação, pois isso influencia no problema das “fontes” do Direito Internacional, que continua desafiando os juristas e teóricos da disciplina (TRINDADE, 2002, p. 19). De plano, tem-se que o conceito de “fonte de Direito” não é um debate fácil, porque, assim como o “Direito”, não possui uma simples definição, já que estão relacionados ao contexto social e temporal.

Em linhas gerais, é possível afirmar que a Teoria das Fontes faz com que tal conceito se relacione à entrada de uma norma no ordenamento jurídico. O Direito Internacional, por sua vez, utiliza-se dessa mesma premissa, ao definir as “fontes formais”, que são aquelas relacionadas aos processos de elaboração do Direito Positivo, bem como as “fontes materiais”, que são aquelas relacionadas aos fundamentos sociológicos (MENEGHELLO; SCHURKIM, 2016, p. 70).

Ocorre que, ante a ausência de uma unidade de caráter obrigatório em que se baseie todo o Direito Internacional, é comum, pela relevância do órgão, que se recorra

ao artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ)⁶⁰ para verificar as “fontes do Direito”. O referido dispositivo estabelece que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) deve decidir de acordo com o Direito Internacional, aplicando (i.) as Convenções Internacionais; (ii.) o Costume Internacional; (iii.) os Princípios Gerais de Direito; e, como meio auxiliar, (iv.) as Decisões Judiciais e a Doutrina dos juristas mais qualificados de diferentes nações⁶¹. Essa disposição é responsável por definir as “fontes primárias” de Direito Internacional, as quais deverão ser observadas na criação de outras fontes – que seriam as fontes derivadas (CHAVEZ, 2018, p. 209).

Há uma controvérsia sobre o suposto estabelecimento de uma hierarquia entre as fontes do Direito Internacional. A rigor, existe uma preferência ordenatória pela aplicação primária dos costumes internacionais, visto que são frutos tradicionais do Direito Internacional, na medida em que refletem a circunstância de que a sociedade internacional é marcadamente consuetudinária e que, seguidamente, passou a construir paradigmas normativos, a partir das práticas sedimentadas pelas relações entre os sujeitos internacionais (ACCIOLY, 2012, p. 145).

Em primeiro plano, os costumes possibilitam o delinear das normas de caráter geral e escritas, que são as convenções, tratados, protocolos, convênios, declarações, ajustes, compromissos, dentre outros atos possíveis, que significam os atos jurídicos por meio do qual se manifesta o acordo de vontade de dois ou mais sujeitos do Direito Internacional. Enquanto isso, os princípios gerais de direito são definidos pelas convicções jurídicas generalizadas e reconhecidas, em seu conjunto, como formas legítimas de expressão do Direito Internacional, exercendo papel fundamental na sua evolução (ACCIOLY, 2012, p. 161).

Essa preferência ordenatória da disposição do artigo 38 do ECIJ dá margem a inúmeras controvérsias, ao passo que autores afirmam que as fontes essenciais do Direito Internacional seriam unicamente os tratados e os costumes, não constituindo consenso, e os princípios gerais de direito seriam fontes primárias ou subsidiárias, decorrentes, nesta última concepção, dos próprios costumes internacionais. Assim sendo, os princípios gerais de Direito Internacional seriam a quintessência do Direito Internacional, representativos de toda uma evolução histórica, política, econômica, jurídica e social da comunidade internacional em torno de princípios universalmente reconhecidos por todos os povos (DAVID, 2002, p. 151).

Com base nisso, é possível verificar que ao lado das fontes primárias, o ECIJ define como “meios auxiliares” para a determinação do Direito no plano internacional a doutrina e a jurisprudência das Cortes e Tribunais Internacionais. Por este ângulo, a opinião exarada pelos juristas e publicistas, que foram grandes responsáveis pela formação do Direito Internacional, à proporção que se constitui pelo papel herme-

60 • O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe que: “1. *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; (c) the general principles of law recognized by civilized nations; (d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.* 2. *This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto*” (UN, 1945).

61 • De acordo com Antônio Augusto Cançado Trindade, o histórico legislativo desse dispositivo remonta a 1920, quando a Comissão Consultiva de Juristas foi nomeada pelo Conselho da Liga das Nações para preparar o projeto para o estabelecimento de uma Corte Permanente de Justiça Internacional. O projeto do artigo 38 foi redigido pelo Barão Descamps, e decisivamente discutido, além do autor, por Mr. Root e Lord Phillimore (TRINDADE, 2002, p. 20).

nêutico na ciência jurídica. Abre-se, assim, o debate relativamente a sua posição de “fonte” ou de mero “meio auxiliar” para a determinação da regra aplicável ao caso concreto submetido à jurisdição internacional (CHAVEZ, 2018, p. 208).

Em um aspecto geral, da Teoria do Direito, René David (1998, p. 20) e Thomas Friedman (2005, p. 243) atestam que a necessidade de utilizar as decisões como fonte de Direito é uma preocupação contemporânea, já que proporciona uma aproximação progressiva entre diferentes fontes e ocasiona um fenômeno decorrente da reconfiguração da sociedade global. Mesmo que autores, como David (1998, p. 155), afirmem que a jurisprudência não possuiria caráter de fonte, ao passo que são passíveis de fáceis modificações, sem mesmo que os juízes estejam obrigados a justificá-la, é imperioso destacar, conforme Mauro Cappelletti (1999, p. 73) assevera, que não antagoniza com a teoria Jurídica a consideração da jurisprudência como fonte, uma vez que a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional.

Essa ideia foi exposta no recente discurso da juíza Joan E. Donoghue (ICJ, 2021), presidenta da CIJ, entregue ao Sexto Comitê da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU):

The International Court of Justice is not bound by precedent in the manner of a common law court, of course. However, we attach great importance of the consistency of our jurisprudence, which we usually describe using the French expression a jurisprudence constante. When we take stock of what the Court has said in the past and think about the implications that one Judgment might have for matters that could arise in the future, the considerations that we face within the Court bear much similarity to the questions that are debated within your governments.

(...)

The importance of a reliable jurisprudence means that it is incumbent on the Court to think carefully about the way that we frame our pronouncements on the law. In virtually every case, we must make a choice about whether to state a legal proposition broadly or narrowly. This is a consideration that you also face in the advice to your governments⁶².

Isso acontece porque o desenvolvimento jurisprudencial proporciona espaço à superação dos interesses individuais, sob o encontro da norma e da aplicação dos casos. Nesse exercício, as Cortes e Tribunais Internacionais são dotados de uma fundamentação externa, que diz respeito à justificação da aplicação de uma norma; também, uma fundamentação interna, que diz respeito ao seu poder jurisdicional que, dentro da razoabilidade, justifica a adjudicação do sentido da própria norma.

É justamente por essa questão que o artigo 38 do ECIJ merece uma releitura aos

62 • “A Corte Internacional de Justiça não está vinculada por precedentes na forma de um tribunal de direito comum, é claro. Entretanto, damos grande importância à consistência de nossa jurisprudência, que normalmente descrevemos usando a expressão francesa uma jurisprudência constante. Quando fazemos um balanço do que o Tribunal disse no passado e pensamos sobre as implicações que um julgamento pode ter para questões que podem surgir no futuro, as considerações que enfrentamos dentro do Tribunal são muito semelhantes às questões que são debatidas dentro de seus governos. (...) A importância de uma jurisprudência confiável significa que cabe ao Tribunal pensar cuidadosamente sobre a forma como enquadraremos nossos pronunciamentos sobre a lei. Em praticamente todos os casos, devemos fazer uma escolha sobre se devemos declarar uma proposta legal de forma ampla ou restrita. Esta é uma consideração que você também enfrenta no conselho a seus governos” (tradução livre).

efeitos de superar o caráter “auxiliar” das decisões internacionais, visto que como bem preconizado por Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella (2012, p. 175), a afirmação de que as decisões internacionais são apenas meios auxiliares – e não fonte de Direito Internacional, é claramente contestável, posto que, por muito tempo, verificamos que as Cortes e Tribunais Internacionais aplicam as suas próprias decisões como autênticas e verdadeiras fontes do Direito.

Concomitantemente, a jurisprudência já foi alçada a um grau maior de importância do que aquele que lhe foi dado inicialmente na disposição do artigo 38 do ECIJ, dado que atualmente, é impossível de se basear uma decisão em apenas uma determinada categoria das fontes primárias (TRINDADE, 2002, p. 24).

Inclusive, Wagner Menezes (2013, p. 243) é claro ao afirmar que:

A multiplicação dos Tribunais Internacionais, como resultado de crescente produção normativa na sociedade internacional, trouxe consigo um alento para o Direito Internacional na medida em que este passou a contar com um maior número de instrumentos para solenemente dizer o Direito e expressar os ideais de justiça que nutrem sua concepção.

Ou seja, a jurisdicionalização do Direito Internacional foi responsável pela promoção dos desdobramentos jurisprudenciais. Na prática, com a utilização de *cross-references*⁶³, principalmente quando relacionadas ao Direito do Mar, confirma-se e embasa-se a busca de um ideal único de justiça internacional efetiva, por intermédio da consolidação de jurisprudências firmes. No ponto, Antônio A. Cançado Trindade (1981, p. 116) argumenta que não há como negar à grande massa de decisões arbitrais e judiciais o caráter de fonte do Direito Internacional, ainda que operando de modo intermitente e sendo as decisões não raras de peso desigual.

De igual modo, Bin Cheng (2006, p. 275) sugere que a contribuição mais significativa das Cortes e Tribunais Internacionais, nos últimos 180 (cento e oitenta) anos, para a elucidação e desenvolvimento das regras do Direito Internacional costumeiro ocorreu na área de proteção dos Direitos de Estrangeiros, em relação aos quais se estabeleceram-se padrões pelos Tribunais Internos em inúmeros países, particularmente no que tange aos direitos básicos e emancipatórios à vida e à liberdade pessoal – isto é, contribuição efetiva à descolonização.

Além disso, merece prestígio a relação que André Marinho Braga (2016, p. 27) faz sobre a utilização da jurisprudência como “fonte primária” de Direito Internacional com a “Teoria da Transnormatividade”, proposta por Wagner Menezes. Isso porque, a referida teoria inovou na interpretação da relação do Direito Internacional com o Direito Interno ao abrandar o limite entre estas duas ordens e ao referir-se a uma terceira ordem, ou ordenamento, que, apesar de ser transnacional e regular às relações jurídicas de atores transnacionais, influencia diretamente e é reconhecida pelos

63 • De acordo com Antônio Augusto Cançado Trindade (2013, p. 91-94), existe uma convergência jurisprudencial no labor dos Tribunais Internacionais Contemporâneos, que abre caminho a uma notável fertilização jurisprudencial que tem persistido já por algum tempo. Ademais, as convergências daí resultantes, em suas jurisprudências respectivas, se manifestam em vários aspectos, sobretudo, como atinentes aos métodos de interpretação de duas ou mais Convenções Internacionais. Sendo que, a interpretação de mais de um Tribunal a um mesmo texto, contribui à universalidade do direito convencional para a salvaguarda dos direitos humanos.

ordenamentos internos e internacionais.

A consequência dessa relação transnormativa, compreende o redimensionamento das fontes do Direito Internacional quando descreve a ascensão de outros protagonistas na sociedade internacional, que contracenarão com o Estado. De outra maneira, o exaurimento do século XX fez com que surgissem outras fontes de Direito na seara internacional, como o Direito Transnacional⁶⁴, a nova *Lex Mercatoria*⁶⁵, o *soft law*⁶⁶ e a capacidade das Organizações Internacionais.

Cumprido salientar, portanto, que, se tradicionalmente a jurisprudência é vista como “fonte subsidiária” do Direito Internacional, com o transcurso do século XX o quanto estabelecido pelo ECIJ deve ser revisto, até mesmo, pela atividade de realização do Direito Internacional pelas Cortes e Tribunais (MENEZES, 2013, p. 243). Logo, a jurisprudência pode ser qualificada como fonte, conquanto ostente peculiaridades que a distinguem das demais fontes, como aquelas escritas. De outra forma, independente do procedimento pelo qual a decisão se forma, ela possuirá a mesma natureza de fonte (CHAVEZ, 2018, p. 209).

Por consequência da transcendência pragmática do artigo 38 do ECIJ, faz necessário a mesma subsunção lógica ao artigo 59 do ECIJ⁶⁷, visto que estabelece que as decisões da CIJ só possuem caráter obrigatório para as partes litigantes e a respeito do caso em questão. Todavia, cabe destacar que, não é um debate fácil de resolver, razão pela qual cabe assinalar as considerações de Michael N. Barnett e Martha Finemore (1999, p. 720) ao passo que:

A escola realista das Relações Internacionais poderia argumentar que, em última instância, cabe apenas aos Estados o respeito ou não às determinações dos tribunais, e, por isso, estes não teriam a capacidade de criação do Direito. Todavia, mesmo quando as cortes não têm recursos materiais para implementar suas decisões, elas inegavelmente constroem um consenso normativo, que molda o ambiente social contemporâneo, agregando dinamismo ao direito internacional e equiparando-o para a solução judicial de controvérsias em distintas áreas de regulamentação.

Por isso, o que se defende é que, uma vez que a jurisprudência das Cortes e Tribunais Internacionais se caracterizam como “fonte primária” de Direito Internacional, devem ser aplicadas a todos os casos subsequentes, sendo vinculativa a todos os Estados, aos efeitos de uniformizar as práticas internacionais⁶⁸. Demonstrando, assim,

64 • Jessup (1956) cunhou esta expressão que define as normas transnacionais como fonte de disciplina jurídica de relações transfronteiriças, sendo uma terceira modalidade de Direito perante as ordens interna e internacional (BRAGA, 2016, p. 27).

65 • Berthold Goldman (1964) observou a ocorrência do Direito Consuetudinário Internacional, que se tornou a *Lex Mercatoria*. Trata-se da autorregulação privada por instituições internacionalmente reconhecidas no sentido de estabelecimento de padrões (BRAGA, 2016, p. 27).

66 • Wagner Menezes (2005, p. 147) pontifica sobre o estabelecimento da padronização normativa aceitável de modo gradual pela comunidade dos Estados, no entanto destituído da obrigatoriedade. Esse fenômeno decorre da ascensão do debate jurídico em sede de entes internacionais, em que o ambiente é adequado para uma agenda não vinculante.

67 • O artigo 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe que: “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case” (UN, 1945).

68 • Essa uniformização de práticas internacionais foi verificada por Barbara Mourão Sachett (2021, p. 70-74), sob uma análise de casos perante a CIJ e o TIDM em matéria ambiental, que se identificou que a jurisprudência dos tribunais internacionais desempenha um importante papel na proteção do meio ambiente, notadamente a partir da sistematização dos princípios de Direito Internacional Ambiental. A autora, destaca que a jurisprudência dos tribunais internacionais contribuiu para a siste-

que as decisões judiciais de Cortes e Tribunais Internacionais podem clarificar certas questões de Direito Interno, da mesma maneira que decisões judiciais de Tribunais Nacionais podem igualmente trazer uma importante contribuição ao discorrerem acerca de questões de Direito Internacional (TRINDADE, 2002, p. 53).

Isso significa dizer que, existe uma “comunicação transjudicial” (BENVENISTI; DOWNS, 2009, p. 59-60) dentro da comunidade global de Cortes e Tribunais que formam uma jurisprudência que não se limita à esfera da Corte que a emite (SLAUGHTER, 2003, p. 191). De acordo com as lições de Erick Voeten (2010, p. 12), existem inúmeros motivos para que as Cortes e Tribunais Internacionais utilizem-se de pareceres dados anteriormente por outras como fonte de aplicação aos casos. Dentre os quais é possível mencionar:

Esses são: (i.) como forma de aprendizagem, já que conhecendo melhor os pareceres de outros juízes, eles podem aprimorar a qualidade de suas decisões; (ii.) uma ideologia judicial, que seria utilizada por juízes de visão liberal, já que essa corrente tende a ser universalista; e, (iii.) uso estratégico, pois citar uma outra decisão de tribunal internacional pode funcionar de modo a persuadir um determinado público.

Neste compasso, é possível mencionar, senão o motivo principal, que é a promoção da maior coerência e precisão do ordenamento jurídico internacional, que, por instrumento dos Tribunais, tem contribuído para a evolução rumo a um Direito Internacional de dimensão universal. Ou seja, controvérsias acerca da suposta “primazia” de uma, ou outra, ordem jurídica – a nacional e a internacional –, tornam-se, de tal forma, supérfluas. Por meio desse novo enfoque, pode-se evitar o antagonismo irreconciliável e ocioso entre as duas posições clássicas dualista e monista, baseadas em falsas premissas (TRINDADE, 2002, p. 53).

Desse modo, o Direito Internacional Contemporâneo deve se projetar em dois eixos – o primeiro, formal, que diz respeito ao mantimento das normas e regras para a garantia da paz, da segurança e do respeito aos direitos em nível internacional; e, o segundo, material, que diz respeito à capacidade de adaptar-se e aperfeiçoar-se para os novos desafios e realidades que se apresentem. Essa capacidade se dá, essencialmente, pela contribuição dos atos advindos dos das Cortes e Tribunais Internacionais, pois além da solução de disputas, contribuem efetivamente para a consolidação de uma emancipação e descolonização nos diversos âmbitos da sociedade internacional, em especial no Alto Mar.

O Tribunal Internacional do Direito do Mar e seu Caráter Emancipatório: O caso da Obrigação “Due Diligence” e a Descolonização

Com vistas ao já suscitado, no que se refere à necessária concessão de importância

matização dos princípios de Direito Internacional Ambiental elencados nas Conferências das Nações Unidas sobre o tema, na medida em que aplicam, e fazem referência a eles, além de impor às partes envolvidas, obrigações de conservação e preservação do meio ambiente, restando clara a sistematização dos princípios como direito sociais.

às decisões internacionais, enquanto fontes de Direito Internacional, verifica-se que o Tribunal Internacional do Direito do Mar, desde sua criação, tem se estabelecido como um pilar fundamental na interpretação e aplicação do Direito do Mar, proporcionando um caminho para a emancipação jurídica das nações marítimas. Este tópico, por sua vez, explora como o TIDM, por meio de suas decisões, tem promovido uma visão de Direito do Mar que transcende as antigas noções coloniais, apoiando-se fortemente na noção de “*due diligence*” ou “diligência devida”, que impõe aos Estados a obrigação de agir com prudência e cuidado nas suas atividades marítimas (BASTOS, 2005).

O TIDM foi estabelecido com o objetivo de resolver disputas de maneira justa e imparcial, e a fundamentação de suas decisões no Princípio de “*due diligence*”, reflete esse ponto imprescindível do Tribunal. Este princípio exige que os Estados assegurem que suas atividades, e as atividades de entidades que operam sob sua jurisdição, não causem dano ao meio ambiente marinho, aos recursos marinhos ou aos direitos dos outros Estados. A obrigação de “*due diligence*” serve como uma pedra angular para a construção de uma governança dos oceanos responsável e sustentável (BOMBAKA, 2017).

As decisões do TIDM frequentemente abordam a tensão entre as práticas estabelecidas e a necessidade de adaptação às realidades contemporâneas. Ao interpretar a obrigação de “*due diligence*”, o TIDM tem oportunidade de refinar o entendimento jurídico e adaptá-lo às necessidades dos Estados modernos, muitos dos quais emergiram de um passado colonial. Isso tem permitido uma reavaliação das normas que regem os mares, muitas vezes criadas sob influência de potências marítimas coloniais (DITÃO, 2023, p. 739).

Aos efeitos de melhor elucidar a discussão, o presente estudo utiliza-se do Caso nº 17 do TIDM⁶⁹, ao passo que é emblemático para ilustrar a aplicação da obrigação de “*due diligence*” (TIDM, 2011). Trata-se de uma demanda consultiva submetida ao TIDM, que questionava a responsabilidade dos Estados patrocinadores de Empresas Privadas que exploravam a Zona dos Fundos Marinhos no Alto Mar (TIDM, 2011, p. 1-3).

Especificamente, a questão que foi submetida ao TIDM se ramificava em 03 (três) abordagens, a saber:

1. *What are the legal responsibilities and obligations of States Parties to the Convention with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982?;*
2. *What is the extent of liability of a State Party for any failure to comply with the provisions of the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement, by an entity whom it has sponsored under Article 153, paragraph 2 (b), of the Convention?;*
3. *What are the necessary and appropriate measures that a sponsoring State must take*

69 • Para uma leitura aprofundada sobre os detalhes do caso sugere-se a seguinte leitura: Cf. BORGES, Murilo. Navegando em Direção à Descolonização: O Caso nº 17 do TIDM e o Patrimônio Comum da Humanidade em Alto Mar. In: MENEZES, Wagner (Org.). Direito Internacional em Expansão: Direito Internacional e Decolonialismo – Perspectivas a partir da América Latina e Caribe. Belo Horizonte: Arraas Editores, 2023.

*in order to fulfil its responsibility under the Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement?*⁷⁰.

Nesse ínterim, a decisão deste caso reflete uma evolução no Direito do Mar, estabelecendo um precedente para que Estados tomem todas as medidas necessárias para prevenir danos transfronteiriços, fortalecendo a segurança e a governança marítima global e incentivando uma abordagem preventiva em detrimento da reativa (RANGEL, 2004).

O TIDM firmou o entendimento de que os Estados Partes são obrigados a zelar pelas atividades no Mar, realizadas tanto por Estados Partes, quanto por Empresas estatais ou por pessoas físicas ou jurídicas que possuam a nacionalidade dos Estados Partes ou se encontrem sob o controle efetivo desses Estados ou dos seus nacionais, sejam realizadas de conformidade com a presente Parte (BORGES, 2023, p. 170). E, a partir desse entendimento, extraiu a obrigação de “*due diligence*”, que enseja no fato de que o Estado patrocinador é obrigado a realizar todos os esforços possíveis para garantir o cumprimento da proteção dos Fundos Marinhos.

A ênfase do TIDM na obrigação de “*due diligence*” pode ser vista como um instrumento de descolonização do Direito do Mar. Ao aplicar o Princípio de maneira uniforme, o Tribunal garante que todos os Estados, independentemente de seu passado histórico, sejam responsabilizados igualmente, promovendo assim uma ordem legal mais justa e equitativa. Isso marca uma ruptura significativa com a era colonial, onde as regras do Direito do Mar eram muitas vezes ditadas pelos interesses das potências coloniais (RANGANATHAN, 2021, p. 170).

Noutros termos, com a descolonização, os novos Estados independentes adquirem soberania sobre seus territórios, incluindo zonas marítimas. A obrigação de “*due diligence*”, assim, implica que esses Estados têm a responsabilidade de gerenciar e proteger essas áreas, seguindo normas internacionais. Isso pode ser uma forma de afirmar sua autonomia e competência em assuntos globais.

Ainda, muitos Estados desenvolvidos possuem recursos naturais significativos em suas zonas marítimas. Por isso, a obrigação de “*due diligence*” exige que esses Estados gerenciem esses recursos de maneira sustentável, evitando a exploração excessiva ou danos ao meio ambiente, que muitas vezes eram práticas comuns durante o período colonial.

No mais, a descolonização leva a uma reconfiguração das relações internacionais e a obrigação de “*due diligence*” no Direito do Mar incentiva a cooperação entre Estados, inclusive os recém-descolonizados, para a gestão de recursos marinhos e proteção ambiental, promovendo a igualdade e o respeito mútuo nas relações internacionais.

Por derradeiro, verifica-se que o caráter emancipatório do TIDM é claramente evidenciado na sua interpretação da obrigação de “*due diligence*”. Por meio de suas

70 • 1. Quais são as responsabilidades e obrigações jurídicas dos Estados Partes na Convenção no que respeita ao patrocínio de actividades na zona em conformidade com a Convenção, em especial com a Parte XI, e com o Acordo de 1994 relativo à aplicação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de dezembro de 1982? 2. Qual é o alcance da responsabilidade de um Estado Parte por qualquer incumprimento das disposições da Convenção, em especial da Parte XI, e do Acordo de 1994, por parte de uma entidade que tenha patrocinado nos termos do artigo 153º, nº 2, alínea b), da Convenção?; 3.. Quais são as medidas necessárias e adequadas que um Estado patrocinador deve adotar para cumprir a sua responsabilidade nos termos da Convenção, em especial do artigo 139º e do Anexo III, e do Acordo de 1994? (tradução livre).

decisões, o Tribunal tem contribuído para um processo de descolonização jurídica, afirmando a importância de um regime de Direito do Mar que respeite os direitos de todos os Estados e promova a sustentabilidade ambiental. Por fim, o Caso nº 17 do TIDM destaca-se como um marco nesse processo, estabelecendo um precedente que reforça o dever dos Estados de agir com cuidado e responsabilidade no contexto marítimo global (TIDM, 2011).

Conclusão

Exsurge, da análise realizada ao longo da investigação, a relevância fundamental das decisões internacionais, em particular do Tribunal Internacional do Direito do Mar, na configuração, evolução e emancipação do Direito do Mar. Através do estudo do Caso nº 17 do TIDM, resta evidente como a jurisprudência internacional pode ser considerada uma fonte emancipatória do Direito, para além das disposições clássicas dos artigos 38 (d) e 59 do ECIJ, promovendo não apenas a governança marítima equitativa, mas também contribuindo para a descolonização do Direito do Mar.

A investigação possibilitou destacar a obrigação de “*due diligence*” como um princípio central na prevenção de danos ambientais e na garantia da segurança marítima, destacando a importância de um regime jurídico internacional que reconheça e respeite a soberania e os direitos dos Estados Costeiros. A abordagem do TIDM, conforme demonstrada no Caso nº 17, é um exemplo significativo de como as decisões internacionais podem moldar um entendimento mais abrangente e justo do Direito do Mar.

Em conclusão, se constata uma evidente e valiosa contribuição ao destacar a importância das decisões internacionais, especialmente as do TIDM, como fontes dinâmicas e emancipatórias no Direito do Mar. Essas decisões não só reforçam os princípios legais e instrumentos normativos existentes, mas também abrem caminho para um regime marítimo mais justo e equilibrado, em consonância com as necessidades contemporâneas de governança global e respeito mútuo entre nações.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARNETT, Michael N; FINNEMORE, Martha. The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations. *International Organization*, v. 1, n. 53, p. 699-732, 1999.
- BASTOS, Fernando Loureiro. A Internacionalização dos Recursos Naturais Marinhos. Lisboa, Portugal: Almondina, 2005.
- BBACK, Charlott. Tribunais como Novos Atores no Sistema Internacional e o Redimensionamento das Fontes do Direito Internacional Público. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Tribunais Internacionais e as Fontes do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 59-72, 2009.
- BOMBAKA, Harvey Mpto. Os Desafios para Implementação da Obrigação de *due diligence*

ce no contexto da Exploração do Mar: Aspectos Nacionais e Internacionais. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2017. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23513/1/2017_HarveyMpotobombaka.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

BORGES, Murilo. Navegando em Direção à Descolonização: O Caso nº 17 do ITLOS e o Patrimônio Comum da Humanidade em Alto Mar. In: MENEZES, Wagner (Org.). Direito Internacional em Expansão: Direito Internacional e Decolonialismo – Perspectivas a partir da América Latina e Caribe. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023.

BRAGA, André Marinho Marianetti. A Teoria da Transnormatividade e o redimensionamento das Fontes do Direito Internacional. p. 23-29. In: MENEZES, Wagner. (Org.). Tribunais Internacionais e as Fontes do Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CHAVEZ, Luciano Athayde. As decisões das Cortes Internacionais como Fonte do Direito Internacional: a contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção da regra-garantia do controle de convencionalidade. Revista Direito e Liberdade, v. 20, n. 1, p. 201-225, 2018.

CHENG, Bin. General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. Grotius Publications, Cambridge University Press, 2006.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. Por uma Integração Regional do Mar: A Convergência da Solidariedade. In: MARCOS; Henrique; MENEGUETTI, Luciano; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de (Orgs.). A Expansão Sistêmica do Direito Internacional: Liber Amicorum Professor Wagner Menezes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023.

FRIEDMAN, Thomas L. O mundo é plano. Trad. Cristina Serra S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

ICJ, International Court of Justice. Speech of H. E. Judge Joan E. Donoghue President of the International Court of Justice, to the Sixth Committee, 2021. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/press-releases/0/000-20211029-PRE-01-00-EN.pdf>. Acesso: 19 nov. 2023.

TIDM, International Tribunal for The Law of the Sea. Advisory Opinion of 1 February 2011. Responsibilities and Obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (REQUEST FOR ADVISORY OPINION SUBMITTED TO THE SEABED DISPUTES CHAMBER. List of cases: Nº 17. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

MENEGHELLO, Carolina; SCHURKIM, Nádia Vitória. O conceito de Coautoria nos casos Lubanga Dylo e Katanga and Ngudjolo: uma análise da importância da Jurisprudência como Fonte no atual Direito Internacional Penal. In: MENEZES, Wagner (Org.). Tribunais Internacionais e as Fontes do Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

MENEZES, Wagner. Ordem Global e Transnormatividade. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

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

RANGANATHAN, Surabhi. Decolonization and International Law: Putting the Ocean in the Map. *Journal of the History of International Law*, v. 23, n. 1, p. 161-183, 2021.

RANGEL, Vicente Marotta. A Problemática Contemporânea do Direito do Mar. In: BRANT, Leonardo (Coord.). *Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SACHETT, Barbara Mourão. A contribuição da jurisprudência internacional em matéria ambiental para a sistematização dos princípios do Direito Internacional Ambiental e a noção do meio ambiente como Direito Social. In: MENEZES, Wagner; FILHO, Aldo Nunes; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de. (Orgs.). *Tribunais Internacionais e a Garantia dos Direitos Sociais*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Internacional, 2021.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 192-219, 2003.

TREVES, T. L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la mer et les conditions de son universalisme. *Annuaire Français de Droit International*, v. 39, n. 1, p. 850-873, 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reavaliação das Fontes do Direito Internacional ao início da Década de Oitenta. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 18, n. 69, p. 91-134, 1981.

UN, United Nations. International Court of Justice. Statute of the International Court of Justice, 1945. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em: 19 nov. 2023.

UN, United Nations. United Nations Convention on the Law of the Sea. Montego Bay, 10 December 1982. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 19 nov. 2023.

VOETEN, Erik. Borrowing and Non-Borrowing among International Courts. *Journal of Legal Studies*, v. 39, n. 2, p. 8-12, 2010.

ANÁLISE DA GESTÃO DE RECURSOS PESQUEIROS NO CONTEXTO TRANSATLÂNTICO: UM RECORTE JURÍDICO

Giovanna Martins Sampaio

Isabela Helena Bonfim

Resumo

A gestão de recursos pesqueiros no contexto transatlântico, visa compreender e avaliar as políticas e regulamentações que governam a pesca em ambas as margens do Oceano Atlântico. O objetivo dessa pesquisa é identificar as principais leis, tratados e acordos que moldam a gestão dos recursos pesqueiros transatlânticos e analisar como esses instrumentos legais afetam a sustentabilidade das atividades pesqueiras, a conservação das espécies marinhas e as relações entre países. A metodologia envolve a revisão da legislação nacional e internacional, bem como a análise de bibliografia, decisões judiciais, e tratados bilaterais ou multilaterais relacionados à pesca transatlântica. Os resultados deste artigo incluem uma avaliação crítica das políticas de gestão de recursos pesqueiros transatlânticos sob uma perspectiva jurídica, com recomendações para melhorias e um maior alinhamento entre os países visando promover a sustentabilidade da pesca, considerando a economia e o meio ambiente.

Introdução

Essa pesquisa possui como objetivo analisar a gestão dos recursos pesqueiros no contexto transatlântico ante à perspectiva dos direitos humanos, e da democracia e soberania alimentar. Assim sendo, a finalidade deste trabalho é estudar alguns drivers e problemáticas que compõem essa questão, visando uma maior proteção e mais efetiva salvaguarda desses bens jurídicos.

Buscando atingir esse objetivo, a metodologia do presente trabalho consistiu na revisão bibliográfica, de cunho descritivo e exploratório, com o uso de dados secundários e pautados numa perspectiva multidisciplinar e quali-quantitativa. Assim, o artigo contemplou a leitura, sistematização e fichamento de documentos institucionais no âmbito de organizações supranacionais, considerando-se o atual cenário dos ODS, *green economy e investments*, e o comércio internacional mais equitativo dos recursos de pesca na década da UN do Oceano (*Ocean Science and Governance*), trazendo-se aqui também reflexões acerca da soberania dos Estados e sobre a democracia alimentar ao nível mundial.

Ademais, foram abarcadas teorias e concepções acerca dos Direitos Ambientais e da Sustentabilidade, bem como que o direito à alimentação sadia no âmbito do Direito do Mar, considerando-se as perspectivas relativas aos impactos das mudanças climáticas e antrópicas sentidas e percebidas no oceano ao redor do globo;

Nesse sentido, para realização deste artigo, foi necessário utilizar os conceitos adjacentes de Direitos Humanos básicos; Governança e Sustentabilidade; Redes de cooperação; comércio equitativo no âmbito de stakeholders diversificados; e Democracia

alimentar e alimentação do mar; a partir da análise de obras de autores como Wagner Menezes e Oliver de Schutter, dentre outros expoentes nas temáticas correlatas aqui trabalhadas;

Dessa forma, foi preciso contextualizar alguns aspectos da gestão e Governança desses bens pesqueiros, para analisar o papel de atores institucionais e governamentais, bem como que de demais stakeholders no cumprimento de Direitos humanos e da almejada Soberania alimentar mundialmente, prevenindo a exploração indevida desses recursos no âmbito da Sustentabilidade frente ao atual contexto de transformações climáticas e antrópicas;

A relevância primordial do presente trabalho consiste no reposicionamento atual de certos fatores no que tange à importância da gestão e Governança sustentáveis desses recursos da Pesca na implementação, efetivação e *enforcement* dos direitos alimentares no âmbito da democracia global; O respectivo estudo apresenta então como problema de pesquisa: de que forma a gestão e governança sustentável dos recursos provenientes da pesca no contexto transatlântico consegue promover a soberania alimentar, paralelamente ao respeito aos direitos humanos?

Referencial teórico e conceitos básicos

Com as problemáticas relacionadas ao meio ambiente e a uma população crescente, a questão da segurança alimentar torna-se um ponto a ser analisado com zelo e urgência. Nesse cenário tem-se o BBNJ, que versará sobre a Biodiversidade Além da Jurisdição Nacional e que tem grande potencial para ser mais um instrumento no combate à insegurança alimentar ao redor do mundo.

Na literatura, os fenômenos das mais diversas naturezas (física, química, biológica e social) que levam a tal cenário já são vastamente identificados e descritos. Relatórios como os da FAO (*Food and Agriculture Organization*) e do IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*) vêm apontando a sobrepesca; o aumento da acidificação do oceano; o aumento de temperatura e desoxigenação das águas; e outros problemas e seu agravamento no contexto internacional ao longo dos anos.

Já as causas sociais que levam à dificuldade no acesso aos alimentos e, acima disso, alimentos de qualidade, é uma realidade ainda mais antiga que vem sendo analisada e estudada pelas mais diversas vertentes na história, sociologia, filosofia e até mesmo o direito. Dentro desse contexto, a segurança alimentar compõe um dos preceitos do Tratado de Direitos Humanos.

Nesse panorama, a ONU (Organização das Nações Unidas) definiu os ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável), sendo que o Objetivo 2 versa sobre segurança alimentar, visando a erradicação da fome e o incentivo a uma agricultura sustentável. Já a saúde do oceano (enquanto Sistema Uno) é tratada no objetivo 14 e, por sua repercussão em todos os outros propósitos, a década 20-30 foi declarada a Década do Oceano. Sendo assim, o BBNJ mostra-se como um poderoso instrumento para voltar as preocupações e práticas globais ainda mais para esse assunto.

Contudo, os impactos desse tratado na segurança alimentar ainda não são muito bem definidos. Apesar de já existir literatura sobre essa Convenção-Quadro, ainda não se pode dizer qual será o seu impacto em matérias concretas, uma vez que as

negociações ainda não se encerraram.

O livro *Conservation of Living Resources in Areas Beyond National Jurisdiction*, por exemplo, faz uma extensiva revisão bibliográfica sobre o tema e, na Parte 3, traz análises de quais seriam os impactos do tratado para as mais diversas áreas. Geralmente a conclusão é que, a despeito de já haver indícios das decisões finais com base nas primeiras reuniões, nada pode ser falado finalmente, pois as tratativas ainda não se encerraram e há espaço para mudança; ele aplica-se à questão da segurança alimentar.

Tendo em vista tudo supracitado, esse artigo visa levantar a questão da segurança alimentar a partir do direito do mar e os problemas ambientais marítimos relacionados a essa matéria. Esse trabalho traz uma perspectiva multifacetada, levantando aspectos físicos, químicos, biológicos e sociais, tendo o Direito Internacional como aspecto agregador.

O artigo *Towards Ocean Equity* explora o momento dúbio que vivemos com relação ao oceano: por um lado, ele tem sido cada vez mais explorado e visto como fonte econômica; por outro, estamos frente a um momento de urgente mudança de práticas ambientais, em especial para com o oceano. Como consequência dessa exploração, também entramos em imbrólios que dizem respeito à seguridade alimentar, uma vez que as práticas afetam não somente o meio ambiente, como também as esferas política e social.

Tendo em vista os problemas ambientais e seus impactos sabidos, estão em trâmite as negociações do BBNJ (*Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction*). A proposta é que ele endereça, de forma mais eficiente, a governança; e ainda há a expectativa de que converse com os Tratados já existentes, para garantir que as medidas sejam coerentes e eficazes. Contudo, o último ainda não é certo e pode impactar na efetividade de sua aplicação.

Resultados e discussões

Direito Internacional

Primeiramente, a temática marítima deve ser entendida como um dos ramos do conhecimento jurídico mais tradicionais no sentido de tutelar pressupostos basilares e estruturais do Direito a partir da concepção central de território, complementada com as noções povo e soberania que conformam a ideia Moderna de Estado-nação, delimitando as áreas de incidência das leis consideradas nacionais e estrangeiras.

Nesse sentido, salientamos no direito marítimo a superposição intrínseca de diferentes regimes de soberania unidos por um objetivo, um denominado comum: a conservação dos recursos provenientes do oceano, considerando a sua esgotabilidade, e a crescente necessidade e busca humana pelos bens extraídos a partir desses ecossistemas para suprir as necessidades dos seres humanos. Requerendo, portanto, uma atitude cooperativa, jurídica, internacional, para a resolução das problemáticas contemporâneas tangentes ao Mar enquanto sistema, unificado, considerando composto por aspectos bio-geoquímicos, físicos, sócio-econômicos, políticos e também legais.

Para tanto, é preciso olhar/mirar para o oceano sob o viés da sustentabilidade, do desenvolvimento e da economia sustentáveis, na Consideração jurídica, pois o

Direito é chancelado enquanto instrumento legítimo de tutela dos Interesse, liberdades e garantias na sociedade, responsabilizando os comportamentos que vão de encontro com os bens jurídicos, individuais e coletivos, que precisam ser protegidos e assegurados via aparato e instrumental do Estado; Assim, Isso envolve a compreensão da justiça, enquanto ideal paralelo e efetivado pelo Direito, de forma mais abrangente, sendo necessário, com esse fim, promover assertivamente o sentido de equidade numa perspectiva de acesso e acessibilidade aos bens e recursos provenientes do Mar, conformando um cenário de democracia alimentar, e visando o seu aproveitamento sustentável e o desenvolvimento sócio-econômico da comunidade.

Nesse sentido, a melhor via alternativa identificada para a promoção desses interesses, primordialmente da justiça e equidade no contexto marítimo, para assegurar a democracia alimentar, consiste no entendimento da Governança, e na articulação de políticas e projetos transacionais que enfrentem conjuntamente os problemas marinhos considerando os limites críticos naturais informados e quantificados na atualidade, envolvendo o necessário empoderamento dos diferentes stakeholders envolvidos no uso e defesa do oceano, buscando atingir e alcançar benefícios sustentáveis para as comunidades local, regional e mundialmente.

Apesar de o mais recente e importante Tratado na área aqui estudado, o BBNJ versar sobre áreas além da Jurisdição, mostrar-se como uma oportunidade de encarmos e gerenciarmos melhor os problemas ambientais que vivemos no início do século XXI, ainda há vários empecilhos. Um deles é que há a necessidade de conciliar as vontades dos mais diversos atores (empresas, ONGs, comunidade acadêmica, entre outros) e ainda prezar para as decisões serem coerentes com os tratados já existentes. Ademais, as decisões tornam-se ainda mais difíceis e polares, uma vez que o BBNJ traz uma proposta audaciosa e com isso, levanta princípios e abordagens que ainda não estão consolidados no Direito Internacional Público.

Oceano

Aquecimento global; desoxigenação e acidificação do oceano

Desde a Primeira Revolução Industrial, a humanidade tem liberado abundantemente dióxido de carbono na atmosfera. Isso, aliado ao desmatamento de florestas, em especial as tropicais, e à destruição de ambientes marinhos (como pradarias submersas e recifes de coral) e ambientes adjacentes, como marismas e manguezais, vêm acentuando a situação crítica em que se encontra o planeta.

Manguezais são ambientes de transição entre o continente e o oceano. Neles, habitam espécies arbóreas, de raiz aérea, adaptadas a locais inundados e altamente salinos. Essas estruturas são, entre outras coisas, responsáveis grandes responsáveis pela captura de carbono, segundo (COSTA, 1998).

Já as pradarias de fanerógamas são prados submersos, análogos aos terrestres e sua maior importância também reside na grande captura de dióxido de carbono. Por isso, a esse carbono capturado é dado o nome de carbono azul, pois não está na atmosfera e sim convertido em biomassa.

Em paralelo, os recifes de corais são grandes habitats para uma vasta biodiversidade marinha. Sua maior relevância reside no fato de serem locais onde se estabelece muitas algas, que são grandes produtoras de oxigênio. Além disso, nenhuma parte

do oxigênio produzido por algas é gasto por elas mesmas, já que não o consomem, ao contrário de outras estruturas como árvores que, apesar de fazerem a fotossíntese, também liberam CO₂ no processo de respiração.

Por toda essa riqueza vegetal e de algas, “A fotossíntese no mar libera anualmente cerca de 50% do oxigênio atmosférico oriundo da atividade fotossintética na biosfera”. Apesar da grande importância desses ecossistemas, a maioria deles tem pouco apelo popular, com exceção dos recifes de corais, o que faz com que más ações para com essas estruturas não sejam rechaçadas popularmente.

Ademais, levando-as a serem colocadas em segundo plano em decisões.

Com a perda desses habitats e a alta das temperaturas marinhas, a desoxigenação do ambiente marinho torna-se uma realidade por haver menos produção de oxigênio e dificuldade para que ele seja dissolvido na água, devido às temperaturas elevadas.

Tudo isso leva à mortandade de componentes de toda a cadeia alimentar, afetando principalmente os consumidores, fator que impacta diretamente na disponibilidade de alimentos para os seres humanos. Simultaneamente, a grande liberação de CO₂ na atmosfera também leva à acidificação do oceano.

Esse processo ocorre da seguinte forma: a camada superficial do oceano, que está em contato com a atmosfera, reage com o dióxido de carbono, formando o ácido carbônico (H₂CO₃). As altas taxas de CO₂ vem causando uma acidificação considerável do ambiente marinho, afetando principalmente os recifes de corais e produtores, como o fitoplâncton. Além disso, ainda resulta na corrosão de conchas e outras estruturas essenciais para existência de vários animais, afetando especialmente os moluscos e pode levar à sua morte.

Em último lugar, o oceano é um dos principais atores responsáveis pelo clima, por tratar-se de uma grande massa de água, ou seja, grande fonte de umidade, e por cobrir quase dois terços do planeta. Além disso, ele representa um grande termorregulador do planeta, visto que a água tem um alto calor específico, ou seja, é necessário um grande ganho de energia para haver variação da temperatura.

Assim sendo, os danos que vem sofrendo impactam diretamente o clima global. Falar sobre o oceano é falar sobre segurança alimentar no sentido de que é necessário combater os efeitos do aquecimento global para garantir que haja regimes de chuvas e climas próprios às colheitas, além de evitar a recorrência de fenômenos climáticos intensos e/ou atípicos, principalmente frente a uma população crescente. Outrossim, o assunto ainda transpassa a questão de disponibilidade de recursos pesqueiros, como peixes, e outros alimentos, como algas, sendo a base da dieta de muitas culturas e sofrem diretamente com o aumento de temperatura da água.

Sobre pesca

A sobre pesca vem tornando-se uma realidade cada vez mais agravada devido não somente à necessidade de alimentar uma população crescente, como também por a disponibilidade tecnológica possibilitar que tal prática ocorra. Apesar de, a princípio, parecer uma atividade que auxilia no combate à insegurança alimentar, quando olhada mais atentamente prova-se exatamente o oposto.

Primeiramente, apesar do grande número de pescados, ainda existe a problemática do acesso a esses alimentos, que se dão por logística e, principalmente, capacidade

financeira dos indivíduos. Em segundo plano, a despeito de mostrar-se como uma ótima solução a curto prazo, torna-se inviável ao longo do tempo, sendo impossível manter o nível de produção e até mesmo tendo essa produção reduzida drasticamente.

Isso se dá porque a frequência e velocidade com que vemos retirando recursos pesqueiros não acompanha a velocidade necessária para que as populações animais atingidas se recuperem. Quando se trata de sobrepesca, é necessário abordar a questão da China. Segundo o relatório de 2020 da FAO (*Food and Agriculture Organization*), esse país tem sido, disparadamente, o que mais captura em alto-mar, sendo que suas capturas representam mais que continentes inteiros.

É necessário que essa questão seja considerada pelo contexto internacional para garantir que as práticas se deem de maneira sustentável e as próximas gerações também possam ter acesso a uma alimentação de qualidade.

Por fim, existem atualmente programas, até mesmo da própria FAO, que visam reverter esse cenário de sobrepesca: “However, the [2020 FAO] report also demonstrates that the successes achieved in some countries and regions have not been sufficient to reverse the global trend of overfished stocks”.

Mercúrio

Em Mudanças Globais, Impactos Antrópicos e o Futuro dos Oceanos (2018), as autoras apontam que a contaminação por mercúrio é um dos principais motivos de preocupação atualmente, sendo que:

O uso intenso e sem controle de Hg gerou o lançamento de efluentes líquidos e gasosos no ambiente, o que causou a alteração de seu ciclo biogeoquímico, gerando um aumento detectável das quantidades armazenadas nos reservatórios ambientais e a alteração da intensidade dos fluxos entre eles. Foi estimado que a atividade antrópica promoveu um aumento de 3 a 7 vezes do fluxo de Hg reativo na superfície global do planeta relativo aos níveis naturais.

A realidade que se apresenta é que consumir animais aquáticos tornou-se um risco, em especial quando se trata de animais topo de cadeia, uma vez que o mercúrio se acumula ao longo das teias alimentares. Sendo assim, a opção mais segura acaba por ser pescados criados em cativeiro, o que também é uma opção mais cara que a pesca selvagem.

Essa realidade ainda se agrava no contexto brasileiro pelas antigas práticas de jogar mercúrio na água, como auxílio para a coleta de ouro. Por mais que essas práticas tenham sido reduzidas drasticamente nos últimos anos, seus efeitos perduram até os dias atuais.

Considerações finais

Retomando o que já foi trazido até então, ressaltamos que as interações entre os elementos do ecossistema marinho compõem diferentes funções, tais como a transferência de energia, a ciclagem de nutrientes, a regulação de gases, a regulação

climática bem o ciclo da água potáveis, possibilitando faticamente a sobrevivência humana, por serem apropriáveis por este.

Continuamente, a simples compreensão em torno deste assunto refere-se à essencialidade das funções ecossistêmicas para o bem-estar e qualidade de vida humanos, inclusive na realização de suas atividades econômicas, pressupondo a existência do equilíbrio entre desenvolvimento a conservação sustentável dos recursos naturais, visando a plenitude de todos os diferentes agentes (stakeholders) envolvidos no contexto da economia marinha/marítima.

Nesse esteio, precisamos trazer o confronto intrínseco na “ideação de desenvolvimento sustentável, ao propor a articulação entre essas funções ecossistêmicas conjuntamente com a preservação ambiental, considerando a existência de limites e fronteiras relativamente às consequências e impactos ambientais considerados aceitáveis ou toleráveis numa certa época, considerando a transindividualidade e difusão dos Problemas e Direitos ambientais bem como das políticas estatais e Internacionais que se propõem a resolvê-los.

Em continuação, a doutrina-perspectiva dos limites e fronteiras planetários surgiu considerando, fenômenos e eventos difusos denominadamente no período da Grande aceleração e do antropoceno, possuindo essa teoria alguns *tipping points* e/ou hotspots essenciais para as considerações e estudos acerca do desenvolvimento sustentável pautado nos oceanos.

Estes limites planetários são abrangentes e articulados e definem o espaço operacional seguro para a humanidade em relação ao sistema terrestre, estando associados aos subsistemas ou processos bio-físio-químicos e geológicos do planeta. Embora as estruturas complexas da Terra respondam geralmente suavemente às pressões variáveis e antropológicas, a tendência é que isso se torne a exceção e não a regra, considerando os ciclos intensos de produtividade econômica e esgotamento tendências de bens naturais.

Muitos desses subsistemas da Terra reagem de maneira não linear, muitas vezes abrupta, sendo particularmente sensíveis em torno dos níveis limiars de certas variáveis-chave, implicando na sua imprevisibilidade e gera riscos e Incertezas, tendo em conta o teor da racionalidade limitada em qualquer contexto de desenvolvimento econômico, com a respectiva exploração de recursos.

Aqui reside a explicação primordial: caso esses limites sejam ultrapassados, subsistemas e estruturas edafomorfoclimáticas importantes, como o sistema de correntes marinhas, fenômenos como o el nino/la nina e as monções, poderão ser alterados radicalmente e sem retorno; A maioria desses limites pode ser definida por um valor crítico relativamente às variáveis de controle, primordialmente a concentração de dióxido de carbono como exemplo.

Deve-se considerar, destarte, que as ações humanas vêm progressiva e Incisivamente comprometendo a resiliência de tais processos ou subsistemas - por exemplo, acidificação do oceano e poluição química da água – arriscando o cruzamento entre esses limites e o sistema climático enquanto processo maior. E nessa toada, baseando-se em indicadores estatísticos Consistentes, o Centro de pesquisas de Estolcomo na Suécia identificou Nove processos para os quais é presentemente necessário definir limites críticos planetários, pois se relacionam a riscos ambientais irreduzíveis

e passarão por um crivo de externalidades ético-regulatórias e econômicas, quais sejam, mudança climática; taxa de perda de biodiversidade (terrestre e marinho); interferência nos ciclos de nitrogênio e fósforo; depleção estratosférica de ozônio; acidificação do oceano; uso global de água doce; mudança no uso da terra; poluição química; e carga atmosférica de aerossol.

Nesse sentido, vislumbramos como saída a governança regulatória em escala internacional a fim de funcionar como um mecanismo de operacionalização das responsabilidades, e ações e planos em torno da promoção da economia do mar pautada essencialmente na sustentabilidade, compromissos esses apenas possíveis a partir da cooperação global e regional em torno do tema, com a tomada de decisões e medidas proativas de proteção e preservação do meio, ambiente marinho, a partir da Participação ativa dos atores e stakeholders institucionais, privados e governamentais, evitando-se a exploração indevida desses recursos no âmbito da Sustentabilidade frente ao atual contexto de transformações climáticas e antrópicas.

A resposta na Efetividade dos direitos fundamentais aqui detalhados nesta pesquisa reside no entendimento da importância da *sustainable governance*, estando esta eminentemente ligada/linkada ao empoderamento de todos os stakeholders envolvidos na exploração desses bens, considerando-se particularidades e especificidades locais das diferentes regiões e considerando o caráter unificado e global do oceano, no que tange aos impactos e consequências negativos no ambiente marinho Advindos da ação humana.

Em complemento, as soluções buscadas requerem necessariamente a participação internacional no sentido da promoção da equidade e da democracia alimentar, impactando diretamente no desenvolvimento sócio-econômico-ambiental das diversas comunidades regionais e populações locais envolvidas no utilização da pesca como fonte de sustento, e no fortalecimento de redes de cooperação sustentáveis em escala mundial.

Assim sendo, percebe-se que a gestão sustentável do Oceano, por meio de redes de cooperação em escala global, consiste em fator fundamental para a ideia de soberania alimentar a ser atingida contemporaneamente ao nível mundial, colaborando na mitigação dos impactos das mudanças climáticas e antrópicas;

A ideia de Sustentabilidade pautada nos ODS e na década UN do Oceano abrange também a exploração dos recursos pesqueiros mediante a observância dos direitos humanos. Desse modo, políticas e programas estratégicos com ações efetivas devem ser formulados e aplicados pelos países, no âmbito de redes de cooperação, para prevenir a exploração irregular da pesca nos oceanos e promover mais equity e benefícios mais equitativos a todos os atores e stakeholders envolvidos nesses processos, considerando-se o contorno transatlântico.

Referências

- ANDRADE, J. et al. Atividade pesqueira no sul da Bahia, Brasil: características socioeconômicas e conflitos socioambientais. Revista Ibero-Americana de Ciências Ambientais, vol. 9, n. 4, 2018. Disponível em: <https://www.sustenere.co/index.php/rica/article/view/CBPC2179-6858.2018.004.0005>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BARROS-PLATIAU, A; DE OLIVEIRA, C (orgs.). Conservation of living resources in areas

beyond National jurisdiction – BBNJ. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2020. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1KTsrgLQ83eFoT2UpzNl0OLTi06nHUVfs/view>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BEIRAO, A; PEREIRA, A (orgs.). Reflexões sobre a convenção do Direito do Mar. Brasília: FUNAG, 2014. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4327369/mod_resource/content/1/BEIRAO%3B%20PEREIRA %20-%20Reflexões%20sobre%20a%20Convenção%20do%20Direito%20do%20Mar.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4327369/mod_resource/content/1/BEIRAO%3B%20PEREIRA%20-%20Reflexões%20sobre%20a%20Convenção%20do%20Direito%20do%20Mar.pdf). Acesso em: 25 abr. 2021.

BENTRAL, F. Que património marítimo da União Europeia? RJLB, ano 7, n. 2, 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_0811_0850.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRANT, L; WANDERLEY JUNIOR, B. Reflexões sobre o caráter normativo do direito internacional e sobre o papel da soberania. Revista Estudos Institucionais UFRJ, vol. 4, n.2, 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/269>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRILMAYER, Lea; KLEIN, Natalie. Land and Sea: two sovereignty regimes in search of a common denominator. Revista International Law and Politics, vol. 33, 703, 2001. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3536&context=fss_papers. Acesso em: 25 abr. 2021.

CASTELO. Introdução às ciências do mar. Disponível em: <https://cienciasdomarbrasil.furg.br/images/livros/LivroIntroducaoCienciasDoMar.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

CIAIS; STRAMMA, et al. Mismatch between observed and modeled trends in dissolved upper-ocean oxygen over the last 50 years. GEOMAR - 2 School of Environmental Sciences/National Oceanic and Atmospheric Administration, Pacific Marine Environmental Laboratory.

COELHO, L. As interações entre o regime de direito do mar e o regime do comércio internacional na solução de controvérsias sobre a pesca: cooperação ou cooptação? 2016. 180 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/20997>. Acesso em: 25 abr. 2021.

COSTELLO, C. et al. The future of food from the sea. Revista Nature, 588, 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41586-020-2616-y.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

ETHIER, Wilfred; HILLMAN, Arye. The politics of International Trade. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2978524. Acesso em: 21 mar. 2021.

FAO. The state of world fisheries and aquaculture. 2020.

GAINES, S; CABRAL, R; FREE, C; GOLBUU, Y. The expected impacts of climate change on the ocean economy. Disponível em: <https://oceanpanel.org/sites/default/files/2020-09/The%20Expected%20Impacts%20of%20Climate%20Change%20on%20the%20Ocean%20Economy.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

GALLOWAY, et al. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Climate Change 2013: The Physical Science Basis.

HARVEY et al. Feedback mechanisms stabilize degraded turf algal systems at a CO2 seep site. Communications. Nature, 2021. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s42003-021-01712-2.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

HATJE; COSTA. Mudanças Globais, Impactos Antrópicos e o Futuro dos Oceanos. Rev.

Virtual Quim., 2018, 10 (6), 1947-1967. Disponível em: <http://static.sites.s bq.org.br/rvq.s bq.org.br/pdf/v10n6a15.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2022.

IPCC. Carbon and other biogeochemical cycles. 2018. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WG1AR5_Chapter06_FINAL.pdf. Acesso em: 15 fev. 2022.

LEVIN; BREITBURG. Linking coasts and seas to address ocean deoxygenation. *Nature Clim Change*, 5, 2015. <https://doi.org/10.1038/nclimate2595>

LONG, T; WIDJAJA, S; WIRAJUDA, H; JUWANA, S. Approaches to combating illegal, unreported, and unregulated fishing. *Revista Nature*, 1, 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s43016-020-0121-y>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. Illegal, unreported, and unregulated fishing and Associated drivers. Disponível em: <https://oceanpanel.org/sites/default/files/2020-09/Illegal%2C%20Unreported%20and%20Unregulated%20Fishing%20and%20Associated%20Drivers.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

MASON; FITZGERALD; MOREL. The biogeochemical cycling of elemental mercury: Anthropogenic influences. *Cosmochimica Acta* 1994, 58, 3191.

MELO, Anderson Tavares de; SORIANO-SIERRA, Eduardo Juan; VEADO, Ricardo. BIOGEOGRAFIA DOS MANGUEZAIS. *Revista geografia*, vol 36, no 2, 2011. Disponível em: <https://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/ageteo/article/view/5130/5128>. Acesso em: 28 fev. 2022.

MENEZES, Wagner. O direito do mar. Brasília: FUNAG, 2015. Disponível me: http://funag.gov.br/biblioteca/download/1119-O_Direito_do_Mar.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

MENEZES, W. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transformividade. *Revista Pensar*, vol. 12, n. 1, 2007, Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/1084>. Acesso em: 25 abr. 2021.

MONT'ALVERNE, T; TELES, S; DE OLIVEIRA, C; GALINDO, G (orgs.). Meio ambiente marinho, sustentabilidade e Direito. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1kBrhAL_YRXSVyXtNf_udRjgDQqlqMizp/view. Acesso em: 25 abr. 2021.

NATURE. Correspondence. Vol 531, 2016. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/531305e.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

NRIAGU, J. et al. Mercury pollution in Brazil. *Nature*, 1992. <https://doi.org/10.1038/356389a0>

OBREGON, M. O direito marítimo e o dever fundamental de proteção do meio ambiente marinho. 2017. 187 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2017. Disponível em: <http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/152/1/marcelo-fernando-quiroya-obregon.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

OSTERBLOM, H; WABNITZ, C; TLADI, D. Towards ocean equity. Disponível em: <https://oceanpanel.org/sites/default/files/2020-09/Towards%20Ocean%20Equity.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

ROGERS, A; ABURTO-OROPEZA, O. Critical habitats and biodiversity: inventory, thresholds and governance. Disponível em: <https://oceanpanel.org/sites/default/files/2020-09/Critical%20Habitats%20and%20Biodiversity%20Inventory%20Thresholds%20and%20Governance.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

RUDOLPH, T. et al. A transition to sustainable ocean governance. *Revista Nature*, 3600,

2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41467-020-17410-2>. Acesso em: 25 abr. 2021.

RYABININ, V. et al. The UN decade of ocean science for sustainable development. Disponível em: https://oceandecade.com/assets/uploads/documents/UNOS-SD-0719_1564755522.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

SAGE, C. Food security, food sovereignty and the special rapporteur: shaping food policy discourse through realizing the right to food. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275593781_Food_security_food_sovereignty_and_the_special_rapporteur_Shaping_food_policy_discourse_through_realising_the_right_to_food. Acesso em: 25 abr. 2021.

SEELIGER; ODEBRECHT; CASTELLO. Os Ecossistemas Costeiro e Marinho do Extremo Sul do Brasil. Rio Grande: Editora Ecoscientia.

SILVY; GUILYARDI; SALLEEE; DURACK. Human-induced changes to the global ocean water masses and their time of emergence. *Nature*, 10, 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41558-020-0878-x>. Acesso em: 10 fev. 2022.

STUCHTEY, M; VINCENT, A; MERKL, A; BUCHER, M. Ocean solutions that benefit people, nature, and the economy. Disponível em: <https://oceanpanel.org/ocean-action/files/full-report-ocean-solutions-eng.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O papel dos tribunais internacionais na evolução do direito Internacional Contemporâneo. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

UN. Engaging and empowering regional stakeholders. Disponível em: <https://oceandecade.com/resource/140/Engaging-and-Empowering-Regional-Stakeholders-Synthesis-of-Regional-Consultation-Workshops-Preparation-Phase-20192020>. Acesso em: 25 abr. 2021.

UNESCO. Coastal Blue Carbon: Methods for assessing carbon stocks and emissions factors in mangroves, tidal salt marshes, and seagrass meadows. Disponível em: https://www.cifor.org/publications/pdf_files/Books/BMurdiyarsol1401.pdf. Acesso em: 05 fev. 2022.

_____. Ocean knowledge for a sustainable ocean economy. Disponível em: https://oceandecade.com/assets/uploads/documents/Ocean-Panel-Ocean-Decade-FINAL-compressed_1616142993.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

WITBOOI, E. et al. Organized crime in the fisheries sector threatens a sustainable ocean economy. *Revista Nature*, 588, 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41586-020-2913-5>. Acesso em: 25 abr. 2021.

WHITER, J. et al. Integrated ocean management for a sustainable ocean economy. *Revista Nature*, 4, 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41559-020-1259-6>. Acesso em: 25 abr. 2021.

HYBRIDITY IN POST-CONFLICT CRIMINAL COURTS: RESISTANCE OR CONTINUITY?

Lucas da Cunha Volders

Abstract

Limitations in purely international and domestic prosecution of mass human rights violations have contributed to the creation of hybrid criminal courts, which combine local and international components. This article starts with an overview of these transitional mechanisms. The following section examines hybridity as a paradigm in transitional justice and peacebuilding discourses, untangling its origins, implications and critiques. It then investigates whether hybridity in criminal courts can be interpreted as a critical response to the liberal peacebuilding paradigm or if its instrumentalization actually provides a new platform for externally-imposed concepts and practices. The final part utilizes East Timor as a parameter to highlight limitations associated with hybrid courts and, more generally, to hybridity in peacebuilding frameworks. This study concludes that despite the continuous political pressures they face, hybrid courts can serve as feasible alternatives to the liberal peace discourse, provided their internal resilience is ensured.

Introduction

From the mid-20th century to the present, armed conflicts (international and non-international), insurgencies, and the repressive actions of authoritarian regimes have resulted in mass human rights violations, including genocide, torture, disappearances, rape, and mass displacement. In general, criminal accountability for senior perpetrators is often resisted, while victims' calls for retribution are disregarded. Justice for past atrocities is frequently sacrificed for political expediency, often as a means to facilitate the end of a conflict.

Nevertheless, there is a growing international recognition that establishing a resilient and democratic society in the aftermath of violence necessitates an open engagement with the demands of victims and a corresponding commitment to truth, justice, and reconciliation. Increasingly, States, international organizations and non-governmental organizations are advocating for accountability for past atrocities through a diverse set of ideas and practices collectively known as "post-conflict justice" (KERR, 2021).

Due to a variety of reasons, both international – through the International Criminal Court (ICC) and the ad hoc international criminal tribunals – and domestic courts have demonstrated limited results in addressing criminal accountability in societies emerging from violent conflict (OCHS, 2019). To fill these deficiencies in international criminal law, a new generation of courts, called hybrid or internationalized tribunals, has gained popularity over the past two decades (DICKINSON, 2003; ROMANO; NOLLAEMPER; KLEFFNER, 2004). Such tribunals can exhibit hybrid characteris-

tics in its formation (resulting from both domestic and international processes), its mandate (integrating elements of domestic and international law), or its composition (bringing together both domestic and foreign members) (FICHTELBERG, 2015).

Although there has been a renovated interest regarding mixed criminal courts both in scholarship and among policymakers (OCHS, 2019), not enough attention has been directed at the underlying implications that underpin hybridity as a paradigm in post-conflict criminal mechanisms. In light of this perceived gap, I review the recent academic and policy interest in hybridity to investigate if mixed criminal courts can be understood as a critical response to the liberal peacebuilding paradigm or if their instrumentalization actually provides a new platform for externally-imposed concepts and practices which further the perception of selective justice.

Authors dissent if these courts have the potential to go beyond criminal accountability and positively impact peace processes by improving the judicial culture of the host state and thus preventing the regression into conflict (SHANKS, 2019). While some argue these special transitional justice institutions contribute by revealing the truth about past violence, holding perpetrators accountable and advancing reconciliation (KASTNER, 2020), others say hybrid courts lack local legitimacy and are prone to political bias, which could hamper the transition to a positive, sustainable peace. Some go further as to conceive hybridity in transitional scenarios as a renewed facet of liberal internationalism, which retains its “top-down” approach and “internationally created and administered” form in spite of incorporating local elements (SIMANGAN, 2017b). This study favors a recent trend in scholarship which has analyzed the impacts of post-conflict criminal mechanisms in relation to the concept of resilience, which may offer a new perspective on how these institutions withstand the risk of being instrumentalized (AINLEY; KERSTEN, 2020).

This article begins with an overview of hybrid tribunals, exploring its origins, conceptions and overall trajectory. The following part focuses on hybridity in scholarship and as a policy paradigm in the context of transitional justice and peacebuilding mechanisms. It also explores some of the benefits and critiques associated with hybrid courts. The final part utilizes East Timor as a parameter to highlight limitations associated with hybrid courts and, more generally, to hybridity in peacebuilding frameworks.

Hybrid criminal courts: overview and critiques

International criminal justice, as one of the instruments of transitional justice, is often invoked in post-conflict settings and both concepts are often referred to as “post-conflict justice”, which is based on an understanding that domestic stability, security, and democratic governance in the aftermath of atrocity are strengthened by a commitment to justice and accountability (KERR, 2021). In the 1990s, post-conflict measures included within the traditional scope of transitional justice, such as the pursuit of criminal accountability, began to encroach into areas that had been thought of as being within the domains of peacebuilding (REITER, 2021). This assumption is reflected in the United Nations Secretary-General’s 2004 report *The Rule of Law and Transitional Justice in Post-Conflict Societies*, which suggested that

peace and justice should be promoted as mutually reinforcing imperatives and called for the integration of transitional justice and peacebuilding (UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL, 2004). Indeed, it is apparent that, since the 1990s, the UN has placed the promotion of transitional justice alongside human rights, the rule of law, good governance and democratization as a key element of peacebuilding and reconstruction interventions in post-conflict societies (SIMIĆ, 2020). There has thus emerged an explicit link between transitional justice and peacebuilding.

This trend has been exemplified by the rapid expansion of peacebuilding missions in conflict-affected States in the late 1990s (KENT, 2021). The mandates of these emerging “multidimensional peace operations” included elements of both peacebuilding and state-building, under the premise robust and operational governmental authority and institutions induce stability (TARDY, 2014). In accordance with the dominant liberal peacebuilding paradigm, these missions were tasked with a variety of rule of law measures, including initiatives to enhance judicial bodies and law enforcement agencies, draft or revise constitutions, and increasingly, provide assistance to transitional justice mechanisms such as criminal courts (KENT, 2021).

Since Nuremberg, various experiments in developing mechanisms to enforce post-conflict individual criminal responsibility have been attempted. Historically, both domestic and international justice have occupied central roles, yet they have been subject to significant criticism (STAHN, 2018). The International Criminal Court, although permanent and sufficiently institutionalized, is a court of limited jurisdiction, with many recent and ongoing atrocities falling outside its scope (OCHS, 2019). Due to practical constraints and finite resources, the ICC lacks the capacity to prosecute more than a small number of high-ranking individuals implicated in a conflict, even when its jurisdiction is properly seized (SHANKS, 2019). Moreover, the ICC has recently become the target of criticism from various States and organizations for alleged discrimination and bias against developing countries, which has prompted the threat of withdrawal of African and Asian nations from the Rome Statute (STAHN, 2018).

Conversely, while domestic prosecution is the preferred method for achieving accountability for mass atrocities, in part because it favors local ownership (SHANKS, 2019), it also carries its own specific shortcomings (HIGONNET, 2006). In countries recovering from periods of mass violence, often perpetrated or supported by the previous State regime, domestic prosecutions can be plagued by numerous limitations. Frequently, these States lack sufficiently competent judicial structures to conduct the necessary prosecutions, which may encompass inadequate criminal laws and statutes, inexperienced judges, prosecutors, and defense counsel, and insufficient resources (OCHS, 2019).

In light of such drawbacks, a second generation of international criminal tribunals was created to address instances of mass atrocity and ethnic cleansing that arose in the 1990s. These international ad hoc tribunals, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda, were modelled on the postwar military tribunals and presented mixed results (STAHN, 2018). While they were relatively successful in providing individual criminal responsibility, these purely international ad hoc tribunals suffered from

many deficiencies and were heavily criticized for its exorbitant cost, slow pace, and the perception of neo-imperialistic bias (SHANKS, 2019; WIEBELHAUS-BRAHM, 2020). The UN has recognized the “stark differential between cost and number of cases processed”, which raised serious questions about the efficiency of these courts and concerns about their ability to “provide for an effective system for delivery of justice” (UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL, 2004).

To fill these gaps and deficiencies, a third generation of international tribunals, called hybrid or internationalized tribunals, was devised with the expectation to engage with the dynamics of peacebuilding (RAUB, 2009). Compared to other international mechanisms, the hybrid tribunal was envisioned as a flexible alternative that would achieve justice efficiently, while simultaneously molding its structure and approach to justice to more widely appeal to victims (OCHS, 2019).

While scholars and practitioners agree that these judicial bodies blend international and local elements, there is still debate regarding the common definition for hybrid or internationalized tribunals (PETERSON, 2012). Indeed, there isn't a singular “hybrid model” (STAHN, 2018). The concept is flexible, encompassing a spectrum of institutional choices that blend domestic and international structures.

The first hybrid tribunals emerged with the establishment of the Regulation 64 Panels in the Kosovo Courts and the Special Panels of the Dili District Court in East Timor in 2000. Subsequently, several others followed, including the Special Court for Sierra Leone (2002), the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (2001), the War Crimes Chamber of the Court of Bosnia and Herzegovina (2005), the Iraqi High Tribunal (2003), and the Special Tribunal for Lebanon (2007). However, with the establishment of the International Criminal Court in 2002 and the international community's growing emphasis on funding for global security and counterterrorism efforts, the enthusiasm for creating more hybrid courts diminished. From 2007 to 2014, the hybrid model appeared to lose favor, as no new hybrid courts were established (AINLEY; KERSTEN, 2020).

More recently, however, there has been a renewed interest in establishing hybrid criminal justice mechanisms for addressing atrocity crimes (ZIMMERMANN, 2017). This resurgence of interest is evidenced by internationalized tribunals that have been created and proposed since 2015: the Special Criminal Court in the Central African Republic, whose first trial took place in 2022 (UNITED NATIONS PEACEKEEPING, 2021); the Extraordinary African Chambers in Senegal, which sentenced Hissène Habré, the former President of Chad, to life in prison (KERSTEN, 2018); and the Kosovo Relocated Specialist Judicial Institution, tasked to investigate mass atrocities allegedly perpetrated by the victors of the war in Kosovo (KOSOVO SPECIALIST CHAMBERS, 2023). Other hybrids have been proposed for Syria, Sri Lanka, Myanmar, Liberia, and Ukraine, but none of them had been created as of late 2023.

The subsequent part will examine hybridity as a policy paradigm in transitional justice and peacebuilding discourses, specifically in criminal justice mechanisms.

Hybridity, transitional justice and peacebuilding

Generally, hybridity in social sciences explicitly or implicitly draws inspiration

from influential theories within cultural and postcolonial studies, which employ hybridity and related ideas like diaspora, creolization, and mestizaje (PRABHU, 2007). Nadarajah and Rampton cite Homi Bhabha, Stuart Hall, and Paul Gilroy as prominent authors, interpreting hybridity as a manifestation of “in-betweenness” (NADARAJAH; RAMPTON, 2015). This concept, they argue, challenges and transcends essentialist and binary notions of identity, thereby destabilizing hierarchical and exclusionary relationships built upon and perpetuating these concepts. This “third space”, emerging from the fusion of two distinct, often hierarchically arranged elements, is not only resistant to reduction to its constituent elements but is also characterized by its creativity, assertiveness, and its ability to generate agency (NADARAJAH; RAMPTON, 2015). In this regard, hybrid forms are not merely a blend of two distinct and pure forms; instead, they are continual processes of amalgamation and dissolution (ALBRECHT; MOE, 2015).

More importantly, there has also been an increasing interest in the concept of hybridity within a broad array of literature pertinent to peacebuilding and transitional justice (MILLAR, 2014; PETERSON, 2012). The concepts of “hybridity” and “hybridization” are progressively being used as analytical instruments to examine the diverse forms and results of externally guided or influenced interventions (WALLIS et al., 2018). Authors dealing with post-conflict processes have included studies of hybrid criminal tribunals (DICKINSON, 2003; DOUGHERTY, 2004), hybrid peacekeeping missions (TARDY, 2014), and the more general concept of the hybrid peace, often posited as an alternative to the dominant liberal peace paradigm (MAC GINTY, 2010; RICHMOND, 2015; RICHMOND; MITCHELL, 2012).

Drawing from Millar’s contribution, hybridity can be analyzed descriptively and prescriptively (MILLAR, 2014). The former attempts to investigate and understand the mixing and melding of institutions, practices, rituals, and concepts generated through the interaction of coexisting, competing or complementary structures and norms. It does not propose methods to create or apply hybridity, but attempt only to describe what hybridity is, how it comes about, and what it means.

The second use of hybridity, however, is increasingly common within scholarship pertinent to Peace Studies and transitional justice (MILLAR, 2014). Prescriptive accounts delve into the intentional incorporation of hybridity into peacebuilding and governance initiatives, encompassing interventions in justice and security. There’s often an indication that institutional development and reform should be tailored to align with specific local contexts (MILLAR, 2014). For instance, proponents suggest that recognizing and, when suitable, integrating customary norms, values, and informal institutions found in many post-colonial societies into new structures can contribute to fostering peace, stability, and development (WALLIS et al., 2018). In this sense, the focus should be directed at understanding the power dynamics inherent in specific hybrid arrangements and how they manifest in practical terms, as they can pave the way for unique ways of managing relations between international actors, national elites and local actors (MAC GINTY; RICHMOND, 2016).

Specifically, authors contend hybrid criminal tribunals can overcome the deficiencies of purely international initiatives by incorporating localized elements – local personnel, sensitivity to local norms and customs – and initiatives – rule of law re-

form and capacity-building measures –, which in turn would favor the promotion of a sustainable peace. Indeed, a wide array of authors and institutions – the UN included – argue that hybrid courts can provide unique benefits for violence-affected societies (DAME, 2015; DOUGHERTY, 2004; HIGONNET, 2006; OCHS, 2019; OHCHR, 2008; RAUB, 2009; ROMANO; NOLLKAEMPER; KLEFFNER, 2004).

One of the advantages attributed to hybrid tribunals was their use of domestic personnel and, when applicable, their proximity to the *locus delicti*, which help mitigate the legitimacy deficit observed in the *ad hoc* tribunals (RAUB, 2009). In the latter, the considerable physical and psychological distance between the locations of the atrocities and the courts led to limited or no connection with the affected population. Consequently, local trials, through public stigmatization and just retribution, have the capacity to unveil those accountable for atrocities to the local population, fostering gradual reconciliation and serving as a cathartic process for the victims (AINLEY; KERSTEN, 2019). The proximity to the events in question also provides these tribunals with facilitated access to potential evidence and witnesses (RAUB, 2009).

The presence of international judges and prosecutors, whether in a majority or minority role, was expected to alleviate concerns about impartiality, and the trials would enjoy inherent legitimacy in the eyes of the local population because judges from their own community were involved in the tribunal's activities (ROMANO; NOLLKAEMPER; KLEFFNER, 2004). Conversely, employing local legal personnel who are familiar with local laws, language, and customs can be useful as they elucidate particularities of the national legal system to foreign personnel (RAUB, 2009).

The potential of hybrid tribunals to drive comprehensive reform in the domestic rule of law was disseminated in an influential article by Laura Dickinson in the early 2000s (DICKINSON, 2003). Subsequent commentators further refined and expanded upon the critiques put forth in these articles (HIGONNET, 2006; OCHS, 2019; ZIMMERMANN, 2017). One way hybrid tribunals are said to strengthen the capacity of local institutions is by promoting the legal training of local personnel (OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, 2008). Such an advantage is referred to as the “spill-over effect”, resulting in the cultivation of trained professionals who remain in the national state after the court's work is completed. This capacity-building effect empowers these institutions to leave a more enduring impact on local society compared to what the ICC or an *ad hoc* tribunal could achieve (RAUB, 2009).

From a peacebuilding perspective, it is often said that these tribunals have the potential to positively impact the host States by incorporating outreach programs that raise awareness about the courts' proceedings and also promote respect for human rights standards (WIEBELHAUS-BRAHM, 2020). Hybrid tribunals possess an advantage in their outreach efforts due to their proximity to affected communities compared to other international courts, as they not only reassure victims, former perpetrators, and the general public that there is no impunity for those responsible for war crimes, but also demonstrate how proceedings take place impartially and in compliance with the law (MARTIN-ORTEGA; HERMAN, 2010).

The interest in hybrid instruments can also be understood as a response to a

deeper critique of transitional justice and peacebuilding (SRIRAM, 2009). In this context, traditional, internationally-run transitional measures have been subjected to criticisms akin to those directed at liberal peacebuilding: being perceived as Western-centric, externally imposed, predominantly top-down, and indifferent to local contexts (SIMANGAN, 2017b). Thus, hybrid configurations would address this issues by providing platform to marginalized voices through local agency, recognizing cultural peculiarities, considering and incorporating local forms of justice and prioritizing civil society, which suggests a more sustainable and legitimized approach to transitional accountability (SIMANGAN, 2017b).

However, the shortcomings seen in first-generation mixed courts demonstrate what Richmond and Mac Ginty call “pitfalls of instrumentalizing hybrid practices and institutions” (MAC GINTY; RICHMOND, 2016). They identify a trend in scholarship that underscores the potential for hybrid institutions to offer an “easy fix” for a liberal internationalism approach that has become increasingly aware of its own shortcomings. This would lead hybridity to be instrumentalized, urging local actors to collaborate in pursuit of strategic and liberal internationalist objectives. It can be described as a “top-down” and “internationally created and administered” form of hybridity (MILLAR, 2014). While aiming to address critiques related to liberal peacebuilding, hybridity carries the risk of becoming “breeding grounds for new forms of authoritarian rule” (MAC GINTY; RICHMOND, 2016). As hybrid political orders express a tactical compromise between local sensibilities and international demands for state-centric security and the pursuit of a rights agenda, they can constitute a subtle form of hegemony, rather than serving as a means to mediate and accommodate differences and engage with power inequality.

Some authors go further as to warn that instrumentalizing hybridity can give way to indirect forms of intervention, including those that serve broader and contentious political, economic or even military agendas (SIMANGAN, 2017b). In East Timor, the establishment of a parallel ad hoc tribunal in Jakarta to deal with human rights offenses committed by Indonesians in East Timor demonstrated the risks of larger political interests and compromises, which might hamper the pursuit of genuine justice. Critical commentators on the Special Court for Sierra Leone highlight its inability to withstand external political pressure, as it did not investigate allegations of crimes involving neither peacekeepers nor financial and military supporters of parties to the conflict other than that of Charles Taylors’ (VAGIAS, 2020). In the Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, attempts to proceed with cases beyond “001” and “002”, featuring notorious figures, have been met with firm political opposition. As Vagias puts it, the Chambers’ authority was limited precisely enough to exclude further investigation into the criminal responsibility of other States’ officers in the commission of Khmer Rouge crimes (VAGIAS, 2020).

While recognizing this vulnerability, it seems more constructive, however, to adopt a critical examination of hybridity that goes beyond the inclination to dismiss all forms of prescriptiveness as externally-imposed (WALLIS et al., 2018). In practical terms, the hybrid tribunals in East Timor, Cambodia, Kosovo, and Sierra Leone deserve recognition for establishing accountability as a legal and public policy standard, especially when the alternative was systematic impunity (REIGER; WIER-

DA, 2006). Despite their financial and structural limitations, some accounts argue each tribunal played a significant role in addressing impunity in their respective contexts, which has contributed to the public perception of at least some accountability for past atrocities (OCHS, 2019). The International Center for Transitional Justice’s report claims hybrid tribunals have achieved “some notable convictions” and their decisions “continue to have an impact on both national and international jurisprudence” (ELENA NAUGHTON, 2018).

Despite acknowledging the risk of hybrids providing new platforms for external influence and, thus, to being instrumentalized, such susceptibility appears to stem from the very nature of hybrid structures, as they are open and often subjected to political pressure from both national and international stakeholders (RICHMOND; VISOKA, 2022). They are simultaneously a forum for interaction between international and national personnel and a convergence point between international demands and local claims, which can lead to friction. In these circumstances, hybrid courts’ ability to provide justice and legitimacy – and ultimately the legacy they leave behind – is directly influenced by the extent to which they are resistant to external political pressures in their proceedings (MARTIN-ORTEGA; HERMAN, 2010).

In this sense, this author embraces recent studies which analyze the impact of hybrids tribunals through the lens of “internal resilience”, indicating the “extent to which the design of hybrid tribunals enables them to function robustly and with legitimacy in the face of external pressures from donors, host states, domestic and international actors which oppose the mechanism” (WIEBELHAUS-BRAHM, 2020). Notably, the Dakar Guidelines for the Establishment of Hybrid Courts suggests that “the overriding objective of hybrid court founders should be to build a genuinely independent institution, properly established in law, to maximise the integrity, effectiveness and legitimacy of its organs”, rather than to consider their wider, often vague impacts on peace promotion (AINLEY; KERSTEN, 2019).

Key suggestions on maximizing internal resilience include the important role of financing in influencing a hybrid’s ability to resist pressure. Insufficient resources leave these courts reliant on donors and in potentially precarious positions if expectations in terms of targets of indictments or speed of prosecutions are not met. Moreover, freedom in case selection has also been cited as an indicator for strong internal resilience, for they can do much to signal impartiality or bias, and to concretize a particular narrative of the alleged atrocity crimes (VAGIAS, 2020). Aspects such as civil society dialogue, consistent rules of procedure, professional development (e.g. training for judges, prosecutors and lawyers) and even physical elements (e.g. trial records, publishing of judgements) are also noted for improving internal resilience (AINLEY; KERSTEN, 2019).

Notably, little mention was made of larger outcome objectives, such as promoting reconciliation, as fundamental questions remain about the extent to which these impacts can be measured. There is a scarcity of empirical data concerning how hybrid entities can optimize their positive influence in promoting deep reconciliation. Untangling the effects of hybrid courts from the multitude of initiatives in post-atrocity societies remains immensely challenging, if not impossible. These societies often serve as sites for various peacebuilding and development agendas and are subject

to national, regional and international policies simultaneously (WIEBELHAUS-BRAHM, 2020).

Hybrid peace initiatives that correctly balance relationships between different actors and their socio-historical, normative and interest frameworks can provide a critical alternative to a liberally-informed discourse of transitional justice and peacebuilding – as they complement retribution with contextual elements that can increase their legitimacy and efficacy (MAC GINTY; RICHMOND, 2016). However, they must be devised and enforced in such a way as to impede their instrumentalization, of which first-generation hybrids were under constant threat.

Having explored the dynamics of hybridity as a paradigm in academic discourse, the final section turns to the concrete example of East Timor to illustrate the challenges faced by hybrid transitional mechanisms. The East Timor experience reveals a vast gap between UN claims about the benefits of hybrid courts and generally unfavorable reviews of their outcomes (RICHMOND; FRANKS, 2008).

Limits to hybridity in East Timor

When violence erupted in East Timor in 1999 following the referendum on independence from Indonesia, there were calls for the Security Council to establish another international tribunal. The Council did not pursue this option, in part because Indonesia made it clear that it preferred to prosecute its own citizens and would not cooperate with any international body endeavoring to do so (VAN SCHAACK, 2016). In turn, backed by United Nations Security Council Resolution 1272 under Chapter VII, the Security Council established the United Nations Transitional Administration in East Timor (“UNTAET”), a peacekeeping operation organized to exercise Timorese legislative and executive authority, including the administration of justice, during the country’s transition to self-government (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 1999).

The UNTAET established prosecutorial and judicial bodies: the Serious Crimes Unit (SCU) under the Office of the General Prosecutor, and the Special Panel for Serious Crimes (SPSC) in Dili District Court. The Dili District Court was created by UNTAET in 2000 to exercise exclusive jurisdiction over the most serious crimes, namely, genocide, war crimes, and crimes against humanity. The Special Panels were created with two international judges and one national judge on each panel. Acting under the jurisdiction of the District Court of Dili, the hybrid Special Panels applied both international law and the laws of UNTAET-administered East Timor. The mix of national and international judges in the Special Panels mirrored the blending of national and international prosecutorial staff in the SCU (HIGONNET, 2006).

By the time the Special Panels closed in May 2005, they had tried 87 defendants in 55 trials, 85 of whom were found guilty (FICHTELBERG, 2015). A significant number of the indictees were officers in the Indonesian military, and all were low-level perpetrators. More than 300 remained at large, most in Indonesia, and incomplete cases were left for the Serious Crimes Investigation Team, which was not in place until 2008. In this context, the Panels’ relative efficiency in investigating and prosecuting cases can be seen as one of its only positive contributions (REIGER; WIERDA,

2006). However, the general evaluation of the Panels and the Serious Crimes Unit tends to be unfavorable (RICHMOND; FRANKS, 2008; SIMANGAN, 2017a).

The East Timor case highlighted the drawbacks of a top-down approach to liberal peacebuilding, which primarily focused on a compromised, retributive justice response. The inability to prosecute senior Indonesian suspects, the prioritization of cases from the 1999 period, limited financing, the emphasis on “results” at the expense of “process”, and the premature conclusion of that process all culminated in the prosecution of only lower-level East Timorese perpetrators (KENT, 2012a). Furthermore, although various mechanisms for transitional justice were created, having multiple institutions with expansive goals that do not align with on-the-ground realities is also ineffective (KENT, 2012a). Justice remained elusive due to unrealistic goals coupled with limited resources, the weak political will of decision-makers, and the inherent challenges faced by a country emerging from a long history of violence and conflict (SIMANGAN, 2017a).

Despite its characterization as a hybrid tribunal, the participation of East Timorese nationals as judges, prosecutors, and defense counsel in the SPSC was notably limited (KENT, 2012b). This restricted involvement can be primarily attributed to the scarcity of educated and trained East Timorese lawyers following the Indonesian occupation. In addition, while initially defendants were exclusively represented by East Timorese lawyers with legal training, the establishment of UNTAET’s Defense Lawyer’s Unit led to the exclusive employment of international counsel, interpreters, and administrative staff, who declined to collaborate with East Timorese defense counsel. UNTAET also did not extend invitations to East Timorese professionals to join the Special Crimes Unit, which had been exclusively staffed by international prosecutors, until 2002, several years into the proceedings, during the Unit’s “winding down phase” (KENT, 2012a).

In addition to its inability to engage local personnel effectively, the SPSC also did not undertake any meaningful community outreach efforts (OTTENDOERFER, 2018). The outreach section of the SPSC was put in place in 2003, three years after the establishment of the tribunal. The section was based in Dili and only started to attend community meetings in rural areas in 2005. At the same time, outreach efforts drew a one-sided picture of the court’s aims and mandate. Any cooperation with NGOs to compensate for the lack of staff and equipment was difficult since the leading East Timorese NGOs rejected the work of the hybrid tribunal and demanded the establishment of an international ad hoc tribunal instead. As a result, this lack of engagement further marginalized East Timorese residents from the SPSC’s activities, causing many to experience a sense of “alienation” from the tribunal’s operations (KENT, 2012b).

The discrepancy between criminal justice and localized expectations of justice became evident in the limited recognition that was provided to victims who took part in trials of the Special Panels. Much like in other criminal proceedings, victims played a naturally limited role as witnesses. Their testimonies were treated as one source of evidence among many others, primarily used to establish the “facts of the case”, and they seldom had the opportunity to make extensive contributions to the trial process (KENT, 2012a). There was great frustration among victim communities

and Timorese NGOs that the serious crimes process was too slow and focused on low-level perpetrators (REIGER; WIERDA, 2006).

The potentially nefarious effect of political pressure on the outcomes of hybrid courts is reflected in the handling of the case involving General Wiranto, the commander in chief of the Indonesian Army during the 1999 post-referendum violence (OCHS, 2019). The Indonesian Tribunal chose not to indict General Wiranto, disregarding the explicit recommendation of the Indonesian investigatory commission. In contrast, the Special Crimes Unit proceeded with the prosecution, charging him with crimes against humanity, but the East Timorese government did not collaborate with Interpol for his capture. Instead, then East Timorese President Xanana Gusmão chose not to pursue Wiranto's arrest, prioritizing East Timor's relationship with Indonesia. The political decisions made by both the UN and the Timorese leadership may have contributed to stabilizing relations with Indonesia, but the failure of justice in East Timor resulted in a peace lacking empathy, emancipation, and stability (KENT, 2012a).

Although the SPSC failed to establish national ownership, the transitional justice mechanisms created in conjunction with the SPSC presented a more significant opportunity for local participation (KENT, 2012b). An important initiative was the United Nations' establishment of the Commission for Truth, Reception, and Reconciliation (CAVR) in 2001, designed to complement the SPSC's mission by conducting a comprehensive investigation into human rights violations committed in East Timor. This effort was supported by both international and East Timorese personnel, with oversight by East Timorese politicians (HUGHES, 2018). The CAVR primarily focused on community reconciliation processes and truth-telling operations, facilitating the sharing of stories by both victims and perpetrators in national and local hearings.

In 2005, the CAVR published its final report, "Chegal!", estimating that over 100,000 civilians had perished due to the conflict. Some authors criticized the Commission's approach to the specific needs of victims of mass violations. CAVR's approach to reconciliation adhered to a conventional model that was limited to addressing collective forms of violence and injustice (SIMANGAN, 2017a). But, despite its imperfections, the CAVR's missions and report had a domestic impact that could arguably be considered greater than that of the SPSC, both in terms of local ownership and involvement (OCHS, 2019).

Conclusion

Two decades following the inception of hybrid tribunals, their ability to go beyond mere criminal accountability and to contribute to the larger peacebuilding framework remains a matter of debate. While some argue these mechanisms can secure restorative justice for individual victims and post-conflict States alike by granting local ownership over the proceedings and strengthening the local judicial system, others contend they reflect a top-down and instrumentalized form of hybridity, prone to political bias and scarce legitimacy.

There has been some success in advancing criminal accountability as these ins-

truments provide opportunities to complement – not substitute – the deficiencies in purely international and domestic forms of persecution, which are often challenged in post-conflict scenarios. However, hybrid courts, as sites of interaction and complex relationships between national and international concepts, practices and agendas, are under constant pressure from a wide array of actors, which often leads to political instrumentalization.

While some see this vulnerability as facilitating “indirect forms of intervention”, it seems more constructive to analyze the outcome of hybrid courts through the lens of “internal resilience” – which enables them to function robustly and with legitimacy in the face of external pressures. Thus, by effectively incorporating local elements and needs, seen as integral to the administration of justice, hybrids seem better placed than either national or international courts to be perceived as legitimate organs of justice in divided societies. The more legitimate a tribunal is perceived to be, the more internal resilience it might enjoy.

The East Timor case exemplifies what Richmond and Mac Ginty call the “pitfalls of instrumentalizing hybrid practices”. The Special Panels and the Serious Crimes Unit faced numerous challenges since their inception: they were devised and seen as an alternative to a pro-Indonesian political compromise that hampered the genuine pursuit of justice; they faced the weak political will of decision-makers, which impeded the persecution of senior officials; they enjoyed very limited funding; they did not provide a platform for the integration of local personnel nor for victim participation. As Kent argues, the Commission for Truth, Reception, and Reconciliation has produced a domestic impact that could arguably be considered greater than that of the hybrid judicial institutions.

In order to fulfil their unique potential, hybrid courts must be ever more conscious of local particularities and needs, as one of their main advantages consists in their structural flexibility. Without ignoring the risk of promoting a new, “soft form of hegemony”, they should combine measures of accountability, mixing aspects of punitive and restorative justice, with a critically-informed framework to improve their resilience against external pressure.

References

- AINLEY, K.; KERSTEN, M. *Dakar Guidelines on the Establishment of Hybrid Courts*. London, UK: LSE Institute of Global Affairs, 2019.
- AINLEY, K.; KERSTEN, M. Resilience and the impacts of hybrid courts. *Leiden Journal of International Law*, v. 33, n. 4, p. 969–974, dez. 2020.
- ALBRECHT, P.; MOE, L. W. The simultaneity of authority in hybrid orders. *Peacebuilding*, v. 3, n. 1, p. 1–16, 2015.
- DAME, F. The Effect of International Criminal Tribunals on Local Judicial Culture: The Superiority of the Hybrid Tribunal. *Michigan State University College of Law Journal of International Law*, v. 24, p. 68, 2015.
- DICKINSON, L. A. The Promise of Hybrid Courts. *American Journal of International Law*, v. 97, n. 2, p. 295–310, 2003.
- DOUGHERTY, B. K. Right-Sizing International Criminal Justice: The Hybrid Experiment at the Special Court for Sierra Leone. *International Affairs*, v. 80, n. 2, p. 311–328, 2004.

ELENA NAUGHTON. *Committing to Justice for Serious Human Rights Violations: Lessons from Hybrid Tribunals*. New York, NY: International Center for Transitional Justice, 2018.

FICHTELBERG, A. *Hybrid Tribunals: A Comparative Examination*. New York, NY: Springer New York, 2015.

HIGONNET, E. R. Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 23, n. 2, p. 89, 2006.

HUGHES, R. Justice processes and discourses of post-conflict reconciliation in Southeast Asia. Em: LAW, L.; MILLER, F.; MCGREGOR, A. (Eds.). *Routledge Handbook of Southeast Asian Development*. 1. ed. New York, NY: Routledge, 2018. p. 96–108.

KASTNER, P. A Resilience Approach to Transitional Justice? *Journal of Intervention and Statebuilding*, v. 14, n. 3, p. 368–388, 2020.

KENT, L. Interrogating the “Gap” Between Law and Justice: East Timor’s Serious Crimes Process. *Human Rights Quarterly*, v. 34, n. 4, p. 1021–1044, 2012a.

KENT, L. *The Dynamics of Transitional Justice: International Models and Local Realities in East Timor*. New York, NY: Routledge, 2012b.

KENT, L. *Transitional justice and peacebuilding*. Em: SIMIĆ, O. (Ed.). *An Introduction to Transitional Justice*. 2. ed. New York, NY: Routledge, 2021.

KERR, R. *International criminal justice*. Em: *An Introduction to Transitional Justice*. 2. ed. New York, NY: Routledge, 2021.

KERSTEN, M. As the pendulum swings – the revival of the hybrid tribunal. Em: CHRISTENSEN, M. J.; LEVI, R.; CHRISTENSEN, M. J. (Eds.). *International practices of criminal justice: social and legal perspectives*. New York, NY: Routledge, 2018.

KOSOVO SPECIALIST CHAMBERS. *Kosovo Specialist Chambers At a Glance.*, 2023. Disponível em: <<https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/20230515-ksc-at-a-glance-eng-online.pdf>>

MAC GINTY, R. Hybrid Peace: The Interaction Between Top-Down and Bottom-Up Peace. *Security Dialogue*, v. 41, n. 4, p. 391–412, 2010.

MAC GINTY, R.; RICHMOND, O. The fallacy of constructing hybrid political orders: a reappraisal of the hybrid turn in peacebuilding. *International Peacekeeping*, v. 23, n. 2, p. 219–239, 2016.

MARTIN-ORTEGA, O.; HERMAN, J. *Hybrid Tribunals and the Rule of Law: Notes from Bosnia and Herzegovina and Cambodia: JAD-PbP Working Paper*. [s.l.] Columbia University, 2010.

MILLAR, G. Disaggregating hybridity: Why hybrid institutions do not produce predictable experiences of peace. *Journal of Peace Research*, v. 51, n. 4, p. 501–514, 2014.

NADARAJAH, S.; RAMPTON, D. The limits of hybridity and the crisis of liberal peace. *Review of International Studies*, v. 41, n. 1, p. 49–72, 2015.

OCHS, S. L. A Renewed Call for Hybrid Tribunals. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 52, n. 351, 2019.

OHCHR. *Rule-of-law tools for post-conflict states: maximizing the legacy of hybrid courts*. New York: United Nations, 2008. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HybridCourts.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2023.

OTTENDOERFER, E. Outreach, In-Reach or Beyond Reach? Lessons Learned from

Hybrid Courts. Justice in Conflict, 2018. Disponível em: <<https://justiceinconflict.org/2018/03/15/outreach-in-reach-or-beyond-reach-lessons-learned-from-hybrid-courts/>>. Acesso em: 24 out. 2023

PETERSON, J. H. A Conceptual Unpacking of Hybridity: Accounting for Notions of Power, Politics and Progress in Analyses of Aid-Driven Interfaces. *Journal of Peacebuilding & Development*, v. 7, n. 2, p. 9–22, 2012.

PRABHU, A. *Hybridity: limits, transformations, prospects*. Albany: State University of New York Press, 2007.

RAUB, L. Positioning Hybrid Tribunals in International Criminal Justice. *NYU Journal of International Law and Politics*, v. 41, n. 1013, 2009.

REIGER, C.; WIERDA, M. The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect: Prosecution Case Studies Series. New York, NY: International Center for Transitional Justice, 2006.

REITER, A. G. The development of transitional justice. Em: *An Introduction to Transitional Justice*. 2. ed. New York, NY: Routledge, 2021.

RICHMOND, O. P. The dilemmas of a hybrid peace: Negative or positive? *Cooperation and Conflict*, v. 50, n. 1, p. 50–68, mar. 2015.

RICHMOND, O. P.; FRANKS, J. Liberal Peacebuilding in Timor Leste: The Emperor’s New Clothes? *International Peacekeeping*, v. 15, n. 2, p. 185–200, 2008.

RICHMOND, O. P.; MITCHELL, A. (EDS.). *Hybrid Forms of Peace: From Everyday Agency to Post-Liberalism*. London: Palgrave Macmillan UK, 2012.

RICHMOND, O. P.; VISOKA, G. (EDS.). *The Palgrave Encyclopedia of Peace and Conflict Studies*. Cham, Switzerland: Springer International Publishing, 2022.

ROMANO, C. P. R.; NOLLKAEMPER, A.; KLEFFNER, J. K. (EDS.). *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*. 1. ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2004.

SHANKS, D. D. From Aspirational to Prescriptive Capacity Building: Post-Conflict States, Rule of Law, and Hybrid International Justice. *University of Colorado Law Review*, v. 90, p. 1196–1235, 2019.

SIMANGAN, D. The Limits of Liberal Peacebuilding and Pitfalls of Local Involvement: Cambodia, Kosovo, and Timor-Leste in Retrospect. Tese de doutorado—Canberra, Australia: Australian National University, 2017a.

SIMANGAN, D. The pitfalls of local involvement: justice and reconciliation in Cambodia, Kosovo and Timor-Leste. *Peacebuilding*, v. 5, n. 3, p. 305–319, 2 set. 2017b.

SIMIĆ, O. (ED.). *An Introduction to Transitional Justice*. 2. ed. Milton Park, Abingdon, Oxon ; New York, NY: Routledge, 2020.

SRIRAM, C. L. Transitional justice and the liberal peace. Em: NEWMAN, E. et al. (Eds.). *New perspectives on liberal peacebuilding*. Tokyo: United Nations Univ. Press, 2009. p. 112–131.

STAHN, C. *A Critical Introduction to International Criminal Law*. 1. ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2018.

TARDY, T. Hybrid Peace Operations: Rationale and Challenges. *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, v. 20, n. 1, p. 95–118, 2014.

UNITED NATIONS PEACEKEEPING. CAR Special Criminal Court (SCC) now fully operational. Disponível em: <<https://minusca.unmissions.org/en/car-special-criminal-court>>

t-scc-now-fully-operational>. Acesso em: 9 nov. 2023.

UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. New York, NY: United Nations Security Council, 2004. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/527647>>. Acesso em: 5 nov. 2023.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. United Nations Security Council Resolution 1272 (1999)., 1999.

VAGIAS, M. Hybrid court resilience and the selection of cases. *Leiden Journal of International Law*, v. 33, n. 4, p. 1029–1046, dez. 2020.

VAN SCHAACK, B. The Building Blocks of Hybrid Justice. Stanford Public Law Working Paper No. 2705110, 2016.

WALLIS, J. et al. (EDS.). *Hybridity on the Ground in Peacebuilding and Development: Critical Conversations*. Acton, Australia: Australian National University Press, 2018.

WIEBELHAUS-BRAHM, E. The concept of resilience and the evaluation of hybrid courts. *Leiden Journal of International Law*, v. 33, n. 4, p. 1015–1028, dez. 2020.

ZIMMERMANN, L. *Pragmatism as Principle: the Comeback of Hybrid Courts*. Frankfurt am Main: Peace Research Institute Frankfurt (PRIF), 2017. Disponível em: <https://www.hsfk.de/fileadmin/HSFK/hsfk_publicationen/prif150.pdf>. Acesso em: 5 out. 2023.

THE ICC'S 'INTERESTS OF JUSTICE' CRITERION IN THE AFGHANISTAN SITUATION UNDER DECOLONIAL LENSES: A STUDY ON THE POLITICS OF INTERNATIONAL CRIMINAL SELECTIVITY

Derek Assenço Creuz

Abstract

The Afghanistan situation before the ICC is infamously known for being the first time in the court's history where a Pre-Trial Chamber ruled that an investigation would not serve the 'interests of justice'. Even though this decision was later overturned, it nevertheless demonstrated how the imbrication of political matters into International Criminal Law could hinder objectives such as achieving justice and ending impunity. By analysing the relation between selectivity, the ICC and decoloniality, this research aims to critically assess the Afghanistan situation in the ICC to understand how the 'interests of justice' criterion can be instrumentalised and aligned to the interests of the Global North in certain contexts in order to ensure ICL serves as a tool of control and oppression. This is a qualitative study undertaken by adopting bibliographic and jurisprudential research methods.

Introduction

In 2017, the Pre-Trial Chamber (PTC) II of the International Criminal Court (ICC) denied authorisation for the initiation of an investigation into the situation in Afghanistan. It mainly did so by stating an investigation would not serve the 'interests of justice', a criterion established in article 53(1)(c) of the Rome Statute, the international treaty that established the mandate and operation of the ICC. While the decision was not undue from a legal standpoint, as the PTC has a treaty-based duty to review the *proprio motu* Office of the Prosecutor (OtP)'s powers, the decision caught the attention of academia and civil society, especially after election of a new Prosecutor and the choice to deprioritise the investigation on American military personnel involved in the Afghanistan situation.

A common underlying critique to the PTC II decision (and, more generally, to the ICC), is selectivity. This selectivity can be scrutinised from different theoretical frameworks, such as decoloniality. Hence, this research aims to analyse the relation between selectivity, the ICC and decoloniality by critically assessing the PTC II decision not to authorise the investigation on the situation in Afghanistan. More generally, it seeks to understand how the 'interests of justice' criterion can be instrumentalised and aligned to the interests of the Global North in certain contexts in order to ensure International Criminal Law (ICL) serves as a tool of control and oppression. This is a qualitative study undertaken by adopting bibliographic and jurisprudential research methods.

Case selection, prosecutorial discretion and the ‘interests of justice’ in the ICC

Article 13 of the Rome Statute states there are three trigger mechanisms to initiate an investigation in the ICC: when a case is referred to the OtP by a State Party to the Statute; when a case is referred to the Prosecutor’s Office by the UN Security Council; and when the OtP decides to request authorisation to open an investigation. This authorisation, which is granted following positive judicial review by one of the ICC’s PTC⁷¹, is only required when the Prosecutor’s Office decides to initiate the investigation *proprio motu*. This is due to the high degree of independence of the Prosecutor, which is closely related to prosecutorial discretion.

An investigation can be commenced and a case can be brought forth⁷² at the Prosecutor’s will, so long as it meets the legal criteria posited by the Statute. In other words, the OtP, as an autonomous organ of the Court, exercises its independence by deciding whether “to prosecute or not based on the facts of the case and guided by the law” (Bakibinga, 2018, p. 179). Despite broad discretion concerning the initiation of investigations and criminal procedures, the Prosecutor is limited to statutory requirements of prosecutorial independence and equality before the Tribunal (ICTY, 2001, para. 596-618). In practical terms, prosecutorial discretion means the Prosecutor may elect what cases and offences to prosecute and bring to trial (Bådagård; Klamburg, 2017).

International prosecutors “are more constrained in terms of mandate and capacity, and must exercise some selectivity with respect to the crimes” (Arbour, 1999, p. 213), although “within these margins the [OtP] has considerable leeway to select situations and cases for examination and prosecution” (Van der Wilt, 2021, p. 308). This leeway, *i.e.* selectivity, is often criticised due to the influence of political bias (e.g. Schabas, 2010), “seemingly [replicating] interstate power imbalances through the different attention paid to Western states versus the Third World” (Kiyani, 2016, p. 946), which renders it insufficiently consistent, impartial and representative (Kotecha, 2020). This, in turn, threatens the legitimacy of the ICC (DeGuzman, 2012) and has as its ultimate consequence the loss of “confidence in the Court’s ability to administer impartial and equal justice” (Ezennia, 2016, p. 477).

Under articles 17 (*proprio motu* requests for investigation) and 53 (referral of cases to the OtP) of the Rome Statute, admissibility of a case is determined *inter alia* by ‘gravity’ and ‘interests of justice’. These criteria often observe prioritisation strategies that take into account “the practical realities faced by the Office in its work, including the number of cases the Office can investigate and prosecute during a given period with the resources available to it” (ICC, 2016a, p. 16). In determining whether a situation meets the ‘interests of justice’ criterion (which occurs once jurisdiction and admissibility matters have been positively determined), the OtP must take into consideration factors such as the gravity of the crime, the interests of victims and

71 • The role of the PTC in judicially reviewing and confirming a *proprio motu* investigation by the OtP is to ensure “the requirements of justice can prevail over any political decision” (Ocampo, 2009, p. 14).

72 • Therefore, a situation refers to a broader context in which universal crimes occur, and generally within each situation, there may be several cases brought against individuals who can be accused and held criminally responsible (Lechenakoski; Dissenha, 2020, p. 494).

the particular circumstances of the accused (ICC, 2007).

The ‘interests of justice’, “an umbrella term for any factor which contributes to the achievement of one of international criminal justice’s functions” (Dias, 2017, p. 743), is permeated by ‘creative ambiguity’ (see SCHARF, 1999) and follows a ‘strict flexibility’ policy (Varaki, 2017, p. 462). Thus, when assessing whether a case serves the interests of justice, “the prosecutor is required to examine all legal, political, and diplomatic and any other relevant aspect of the situation, bearing in mind the exceptional nature of application of article 53” (Rashid, 2013, p. 65)⁷³. Article 53(1)(c) has an open structure so it may adapt to the situations faced by the OtP and the Court itself and “not undermine the efficiency contemplated by the use of discretionary powers” (Côté, 2005, p. 172)

Notwithstanding the existence of discussions on prosecutorial discretion prior to the Rome Statute and its article 53(1)(c), the ‘interests of justice’ criterion has been object of controversy since the beginning of the operation of the ICC. For a considerable period of time, the ‘interests of justice’ was not officially invoked by the OtP as the main basis for its decisions (Varaki, 2017, p. 465), and the Court had difficulties in effectively assessing the ‘gravity’ and ‘interests of justice’ criteria (Schabas, 2008). This changed when the PTC II denied the request of authorisation to initiate an investigation regarding the Afghanistan situation.

The Afghanistan situation in the ICC and its relevant⁷⁴ aspects

Afghanistan ratified and deposited its instrument of accession to the Rome Statute on 10 February 2003, allowing the ICC to exercise its jurisdiction over crimes listed in the treaty committed on the territory of Afghanistan or by its nationals from 01 May 2003 onwards. After receiving communications on the Afghanistan situation, the OtP made its decision to open a preliminary examination on the situation on Afghanistan public in 2007. In its 2016 report, the OtP concluded that crimes against humanity and war crimes had been allegedly committed by the Taliban and their affiliated Haqqani Network, Afghan government forces and United States (U.S.) military forces (ICC, 2016b, para. 198).

Hence, in 2017, the OtP sought authorisation to start an investigation on the situation of Afghanistan. This took place 14 years after Afghanistan ratified the Rome Statute, which has been deemed as insufficiently and ineffectively fulfilling the ICC’s mandate on Afghanistan (Hazim, 2019, p. 14-15). Be that as it may, over its 181 pages, the OtP’s request, presented on 20 November 2017 under Fatou Bensouda’s mandate (ICC, 2017), confirmed its 2016 conclusion and sought to investigate any relevant conducts related to the crimes under the ICC’s jurisdiction undertaken by the three previously identified groups: the Taliban and other anti-government armed forces members, Afghan forces members and U.S. military personnel.

73 • Davis (2015) argues that the Prosecutor has legal grounds to take into consideration the politics in order to ascertain whether proceeding with an investigation or prosecution would be in the interests of justice.

74 • The following section will provide brief analysis and commentary on the preliminary examination, the OtP request to open an investigation, the PTC’s decision and the Appeals Chamber decision. Due to maximum length, posterior events such as Afghanistan’s request of deferral, the OtP request to resume the investigation and the PTC II’s authorisation to resume the investigation are not covered.

More importantly, the OtP reaffirmed there were “no substantial reasons to believe that the opening of an investigation into the situation would not serve the interests of justice” (ICC, 2017, para. 372). To do so, the Prosecution assessed the interest of alleged victims in seeing justice delivered and preventing future violations, mainly relying on a consultation by Afghanistan’s Independent Human Rights Commission “on transitional justice and reconciliation measures to address Afghanistan’s legacy of human rights abuse” (ICC, 2017, para. 366) and other civil society initiatives that aimed at seeking international attention and action (ICC, 2017, para. 370-371). Nevertheless, in April 2019, the PTC II’s decision unanimously rejected the OtP’s request solely based on the interests of justice criterion.

In its decision, the PTC II concluded that “an investigation into the situation in Afghanistan at this stage would not serve the interests of justice” (ICC, 2019, p. 32). It should be noted that article 53(1)(c), that establishes the ‘interests of justice’ criterion, adopts a ‘reasonable basis to believe’ evidentiary standard, and is satisfied as long as the Prosecutor demonstrates there “exists a sensible or reasonable justification for a belief that a crime falling within the jurisdiction of the Court has been or is being committed” (ICC, 2019, p. 35). However, the PTC’s interpretation suggests that “the effectiveness of a potential investigation, successful prosecution, and a “reasonable time frame” are the determining factors to be considered in assessing the interests of justice” (Hazim, 2019, p. 24).

In asserting the investigation on Afghanistan would not serve the interests of justice, not only the Chamber decided *ultra vires*, *i.e.* went beyond the powers of the PTC established by the Rome Statute (cf. Lechenakoski; Dissenha, 2020, p. 503-507), but it also did so by deeming the investigation to be “not feasible and inevitably doomed to failure” (ICC, 2019, para. 90). Among the reasons described in the PTC’s reasoning are the time elapsed between the alleged crimes and the request, the scarce cooperation secured between the OtP during the preliminary examination and unavailability of evidence and suspects. Budget and resources limitation was also a key argument raised by the PTC (ICC, 2019, para. 91-95).

The decision suffered heavy criticism. It was denounced as an interventionist, “unreasonable encroachment on the OTP’s discretion” (Rossetti, 2019, p. 585). The decision was also considered problematic, inconsistent and unconvincing, as if the Chamber was trying to evade its core responsibility and thus “directly oppose the very objectives and corrode the essence of the ICC” (Hazim, 2019, p. 25-26). Moreover, scholars drew attention to the dynamics of political selectivity of criminalisation (Lechenakoski; Dissenha, 2020), particularly, in the Afghanistan situation, in relation to the U.S. involvement in the matter, which was framed as “the crux of [the PTC’s] decision” (Ochs, 2019, p. 90).

On 05 March 2020, the PTC II’s decision was reversed by the Appeals Chamber (AC) by ruling that the PTC had erred in considering the ‘interests of justice’ criterion when examining the OtP’s request (ICC, 2020). Per the AC’s understanding, the PTC could have only addressed whether there was a reasonable factual basis for the Prosecutor to proceed with an investigation, *i.e.* whether crimes have been committed, and whether the potential case(s) arising from such investigation would appear to fall within the Court’s jurisdiction.

In September 2021, after Karim A. A. Khan QC was elected Prosecutor, the OtP chose to deprioritise other aspects of this investigation in favour of crimes allegedly committed by the Taliban and the Islamic State due to limited resources available to the Office (Statement..., 2021). The interpretation of ‘interest of justice’ throughout the Afghanistan situation in the ICC “allowed for drawing and re-drawing the boundaries between law and politics, and between the domestic and the international” (Grzybowski; Reis, 2023, p. 15). In similar fashion, it also allowed for a ‘pursuit of selective justice’ picture, one that sent a dangerous message that “challenging or resource intensive situations implicating powerful states will avoid ICC investigation and prosecution” (Lambridis, 2022, p. 1035).

A decolonial approach to the Afghanistan situation: whose interests, justice for whom?

The beginning of the 21st century was marked by the support of the Global South to the creation and establishment of the ICC (and, more generally, of globally applicable international criminal norms and procedure), as it sought to create “a culture of compliance [...] through an open process which has received the broad approval of the international community as a whole” (Anghie; Chimni, 2003, p. 95). 120 countries signed the Rome Statute on 1998, many of them being part of the Global South. However, as years went by and the ICC, deemed the pinnacle of ICL’s progress narrative (Bassiouni, 1997), aimed to establish its legitimacy and relevance in the contemporary global order, it became clear that international criminal justice had a long way to go in terms of beating its colonialist allegations. This can be exemplified by the “initially cooperative but increasingly tense” (Jalloh, 2009, p. 445) relationship between the ICC and Africa.

The relation between Africa and ICL is indeed expressed in seemingly paradoxical terms. On one hand, African States have repeatedly turned to the international arena in search of accountability. For instance, African States largely supported the establishment of the ICC by actively participating in the *travaux préparatoires* of the Rome Statute and occupying the forefront of pressing for a permanent international criminal court (Cannon; Pkalya; Maragia, 2016). These countries were also the earliest to ratify the Statute and are currently the most expressive regional group in the Assembly of States Parties (Monageng, 2014, p. 13-20). In addition, African States have also referred an expressive number of situations to the ICC’s Prosecutor⁷⁵.

On the other hand, however, it took 14 years for the OtP to initiate an investigation on a situation outside of Africa, in Georgia, and it was only in 2022 that the ICC issued the first warrants of arrest unrelated to African situations. This ‘white man’s witch hunt’ perception reflects and contraposes the alternative conception African States have envisioned for the international criminal order, one related to their experience of colonial subjugation (Ba, 2023) and sovereign intervention (Admasu; Chekol, 2022). As a result, there is now a widespread sense of hostility and distrust

75 • For instance, Uganda, the Democratic Republic of the Congo, the Central African Republic and Mali have referred situations to the Prosecutor.

among African States towards the ICC (e.g. Mills, 2012; Omorogbe, 2019).

Nevertheless, even as the ICC eventually left the African continent and started investigating other non-African situations, so far there were only five warrants of arrest issued against non-Africans (three persons related to the Georgia situation and two related to the Ukraine situation), and none of the indicted were arrested thus far. This sheds a light on criticism regarding the ICC's effectiveness, particularly outside of Africa, and raises the issue of whether international criminal justice is able to deliver justice for all, and not just a handful of less powerful States (Tiemessen, 2014; Ezennia, 2016; Gegout, 2013). More importantly, the ICC's hyperfocus on crimes on the Global South leaves one question answered: what about the Global North?

These are all relevant critiques to decoloniality, especially due to the relation of human rights and ICL. The influence of human rights over ICL reinforces its colonialist roots by promoting Western values as 'universal' and the 'civilised' answer to atrocities in a way that "the civilizing mission is achieved as the "other" is brought within the universal standards of civilization set by international criminal law" (Nielsen, 2008, p. 108). This import from human rights discourse blinds ICL to "the origin of some doctrines in punitive victors' justice" (Robinson, 2008, p. 958) and bolsters Nuremberg's legacy of exclusion, a "Western-style prosecution as the only civilized response to atrocities" (Nielsen, 2008, p. 113). This, in turn, "forecloses the field's ability to tackle the more structural implications of colonisation" (Reynolds; Xavier, 2016, p. 975) and "contributes to the reification of violent juridical and economic structures" (Krever, 2013, p. 722).

In this sense, criminalisation plays an exclusionary role, drawing the line between 'us' and 'them' and letting "the hidden 'us' of international criminal justice get away without an examen de conscience" (Mégret, 2001, p. 239). The danger lies, therefore, in the negation of the local and its nuances:

This creates a misalignment between the expectations of the survivors in the Global South and the Court thereby creating fertile conditions for the failure of the Court in these geographies. Second, the universal is not universal but a hoax and a ploy to impose the Western masquerading as the universal. In this logic, the so-called universal becomes a source of coloniality where everything Western is packaged as the unquestionable universal that must be accepted and implemented without question or doubt. (Benyera, 2022, p. 60)

Decolonizing ICL, in a way that is true to the Global South resistance and reconstruction paradigms, may turn to redressing operational selectivities, reconceptualising material jurisdiction and resisting individualised criminal liability as the dominant paradigm (Reynolds; Xavier, 2016). These reconstructionist categories may be engaged in 'contestation arenas' such as the alleged universality of legal international criminal norms, the selectivity of international criminal justice, the categories of crimes and the establishment of institutions for the enforcement of such norms (Iyi, 2022).

The Afghanistan case can be analysed through a decolonial lens from two main

categories of engagement: selectivity and unequal enforcement of international criminal norms, two “regular features of the international criminal justice landscape” (Vasiliev, 2020, p. 628). The selectivity critique is not novelty to international criminal justice. The ICC is not unfamiliar to critiques regarding its (lack of) engagement with the Global North. International criminal justice is selective par excellence due to limited resources and personnel – there are not enough resources, personnel or capacity to prosecute all persons responsible for international crimes. However, the striking appeal of the PTC’s decision not to authorise the investigation on Afghanistan is related to a specific type of selectivity: group-based selectivity.

Kiyani (2016) identifies there are three types of selectivity in ICL: design selectivity, which encompasses material, procedural, geographic and temporal selectivity; operational selectivity, which encompasses capacity, justice-based and inter-situational selectivity; and group-based selectivity. While design and operational selectivity are generally accepted as inherent to criminal justice, group-based selectivity focuses on the group identity during the exercise of discretionary decision-making in the tribunal, *i.e.* “on differential prosecutions of similarly-situated offenders within states and situations” (Kiyani, 2016, p. 939). Even as choosing which situations to investigate has been criticised for demonstrating political bias (e.g. Schabas, 2010), the Afghanistan situation is arguably a clear example of how group-based differentiation works in practice, especially if taken into consideration the involvement of U.S. nationals (see Scheffer, 1999; Mayerfeld, 2003).

Unequal enforcement of international criminal norms is the second possible engagement category for decoloniality in the Afghanistan case. ICL is a project eager to “prosecute some of those responsible for some atrocities”, but with “no practical push towards geopolitical egalitarianism in who or what is prosecuted” (Reynolds; Xavier, 2016, p. 963). A decolonial approach to ICL reflects the distribution of power in the global order and local power imbalances and exposes “how the project is biased against the Global South and used as a tool by autocrats in post-colonial states” (Vasiliev, 2020, p. 639).

Even though the PTC’s decision strictly subjected the attainment of the interests of justice to a feasibility test and the AC’s decision to reverse the original ruling was based on a purely legalistic approach to the Rome Statute, decoloniality sheds light on the supposedly neutral production and application of law. Preoccupied with the abnormality of conjunctural violence to the detriment of the normality of economic and legal structures that lurk behind such violence and violation of ICL (Krever, 2013), this faux neutrality “reflects choices and historical patterns in the development of international legal practice that have tended to relegate the significance of socio-economic inequality and marginalize global South voices and interests” (Reynolds; Xavier, 2016, p. 981).

Finally, even if the argument here is that the involvement of a powerful State and the influence of the Global North over ICL enforcement adjudicative bodies were relevant analysis components, the spotlight should be aimed towards what really matters: ending impunity for core crimes in Afghanistan. The Afghanistan situation before the ICC has been prone to ‘a tale of misunderstandings and misinformation’ that not only undermined victims’ interests and the potential impact of the ICC’s in-

volvement, but also led to disproportionate attention to disproportionate attention on the U.S. angle of the investigation, as opposed to the actual situation in Afghanistan (Wigard; Jahangiri, 2022).

Therefore, as decolonizing ICL aims to demystify it as a Western oppressive tool deployed by the Global North, any discussions regarding whether the ICC is fulfilling its role in achieving justice for victims of international crimes in Afghanistan should be mindful of what is best for Afghanistan, in Afghan terms.

Concluding remarks

Albeit celebrated as the beginning of the end of impunity, the Nuremberg (and, with less enthusiasm, the Tokyo) trials were deemed as a mere expression of victors' justice. This is something that haunts ICL until this very day: the ICC, an international criminal adjudicative body with 'global' reach, seeks to affirm itself as a tribunal for justice for all. However, it stumbles not only on State consent, which is a symptom of the persisting State-centric nature of International Law, but also on international politics and the political control of the Global North over decisions the international community takes as a whole.

The influence of the Global North over international criminal justice can be observed in many ways, but a common path for critique is selectivity and unequal enforcement. Both have a long track record in the ICC and previous international criminal experiences. However, this paper chose to analyse a specific context in which selectivity and unequal enforcement were a blatant issue: the ICC PTC's decision to deny the request for authorisation of investigation on the situation of Afghanistan, presented by the OtP, due to the investigation not serving the interests of justice. Later, the decision was reversed by the AC, in a feasibility, legalistic approach to the Rome Statute, followed by the election of a new Prosecutor and a change of direction of investigation, leaving, among other groups, U.S. military personnel out of the scope of investigation.

The argument raised by this paper was unrelated to whether the PTC or the AC were correct in their interpretation of the Rome Statute; instead, it looked at a dense and undoubtedly contested perspective: how international criminal justice can be instrumentalised to serve the interests of the North. To do so, this paper elected decoloniality as its analysis lens. As a result, the paper confirms its initial hypothesis that the 'interests of justice' criterion to start an investigation at the ICC can have a political bias, even if under a claim of neutrality application of the law, and thus serve as a neocolonialist and neoimperialist tool for the Global North to maintain international power dynamics and reproduce the hegemonic structure of International Law in ICL.

This has a very clear implication: Global South States and peoples need to be mindful and included when it comes to how ICL is shaped, agreed upon, built, interpreted and enforced. For this end, making sure there is equal participation of the Global South, including Global South civil society organisations, on how ICL is developed is essential. ICL and, more generally, International Law have long been accused of Eurocentric tendencies and exclusionary aims. In this context, decoloniality emerges

as a revolution that seeks to reconstruct international criminal justice and ensure it can effectively deliver justice and redress of international crimes to all persons, peoples and States.

References

- ADMASU, Embiale B.; CHEKOL, Yayew G. Colonial Intervention and its Ramifications on African Contemporary Integration and Solidarity. *Journal of Somali Studies*, v. 9, n. 3, p. 95-112, 2022. Available at: <https://journals.co.za/doi/abs/10.31920/2056-5682/2022/v9n3a5>. Accessed 25 July 2023.
- ANGHIE, Antony; CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in International Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 77-103, 2003. Available at: <https://academic.oup.com/chinesejil/article/2/1/77/358083>. Accessed 23 July 2023.
- ARBOUR, Louise. The Need for an Independent and Effective Prosecutor in the Permanent International Criminal Court. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, v. 17, p. 207-220, 1999. Available at: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/windyrbaj17&div=10&id=&page=>. Accessed 30 June 2023.
- BA, Oumar. Constructing an international legal order under the shadow of colonial domination. *Journal of Human Rights*, v. 22, n. 1, p. 4-15, 2023. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14754835.2022.2150515>. Accessed 25 July 2023.
- BÅDAGÅRD, Lovisa; KLAMBERG, Mark. The Gatekeeper of the ICC: Prosecutorial strategies for selecting situations and cases at the International Criminal Court. *Georgetown Journal of International Law*, v. 48, p. 639-733, 2017. Available at: <https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/48-3-The-Gatekeeper-of-the-ICC.pdf>. Accessed on: 26 October 2023.
- BAKIBINGA, David B. Prosecutorial discretion and independence of the ICC prosecutor: concerns and challenges. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, v. 10, n. 2, p. 177-193, July/December 2018. Available at: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/ARTIGO-10.pdf>. Accessed 29 June 2023.
- BASSIOUNI, M. Cherif. From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. *Harvard Human Rights Journal*, v. 10, p. 11-62, 1997. Available at: <https://via.library.depaul.edu/lawfacpubs/364/>. Accessed 25 July 2023.
- BENYERA, Everisto. *The Failure of the International Criminal Court in Africa: Decolonising Global Justice*. London/New York: Routledge, 2022.
- CANNON, Brendon J.; PKALYA, Dominic R.; MARAGIA, Bosire. The International Criminal Court and Africa: Contextualizing the Anti-ICC Narrative. *African Journal of International Criminal Justice*, v. 2, n. 1/2, p. 6-28, 2016. Available at: <https://www.jstor.org/stable/48581885>. Accessed 25 July 2023.
- CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 1, p. 162-186, March 2005. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article/3/1/162/888735>. Accessed 05 July 2023.
- DAVIS, Cale. Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court. *International Criminal Law Review*, v. 15, n. 1, p. 170-189, 2015. Available

at: https://brill.com/view/journals/icla/15/1/article-p170_7.xml. Accessed on: 26 October 2023.

DeGUZMAN, Margaret M. Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court. *Michigan Journal of International Law*, v. 33, n. 2, p. 265-320, 2012. Available at: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol33/iss2/2/>. Accessed 04 July 2023.

DIAS, Talita de S. 'Interests of justice': Defining the scope of Prosecutorial discretion in Article 53(1)(c) and (2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court. *Leiden Journal of International Law*, v. 30, n. 3, p. 731-751, September 2017. Available at: doi:10.1017/S092215651700022X. Accessed 05 July 2023.

DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na Justiça Penal Internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: CARVALHO, Salo de; GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo D. E. (orgs.). *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 223-252.

EZENIA, Celestine N. The Modus Operandi of the International Criminal Court System: An Impartial or a Selective Justice Regime? *International Criminal Law Review*, v. 16, n. 3, p. 448-479, 2016. Available at: https://brill.com/view/journals/icla/16/3/article-p448_3.xml?language=en. Accessed 04 July 2023.

GEGOUT, Catherine. The International Criminal Court: limits, potential and conditions for the promotion of justice and peace. *Third World Quarterly*, v. 34, n. 5, p. 800-818, 2013. Available at: <https://www.jstor.org/stable/42002158>. Accessed 29 June 2023.

GRZYBOWSKI, Janis; REIS, Filipe dos. After states, before humanity? The meta-politics of legality and the International Criminal Court in Iraq, Afghanistan, and Palestine. *Review of International Studies*, FirstView, p. 1-19, 2023. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/review-of-international-studies/article/after-states-before-humanity-the-metapolitics-of-legality-and-the-international-criminal-court-in-iraq-afghanistan-and-palestine/CE7020429967C476487242C2EA149F7E>. Accessed 24 July 2023.

HAZIM, Abdul M. A Critical Analysis of the Rome Statute Implementation in Afghanistan. *Florida Journal of International Law*, v. 31, n. 1, p. 1-32, 2019. Available at: <https://scholarship.law.ufl.edu/fjil/vol31/iss1/1/>. Accessed 23 July 2023.

ICC. Appeals Chamber. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan. ICC-02/17-138. The Hague, 05 March 2020. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2020_00828.PDF. Accessed 24 July 2023.

ICC. Office of the Prosecutor. Policy paper on case selection and prioritisation. The Hague: ICC, 2016a. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Accessed 04 July 2023.

ICC. Office of the Prosecutor. Policy Paper on the Interests of Justice. The Hague: ICC, 2007. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>. Accessed 04 July 2023.

ICC. Office of the Prosecutor. Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp. The Hague: OTP, 2017. Available at: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/17-7-red>. Accessed 23 July 2023.

ICC. Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities (2016). The

Hague: Otp, 2016b. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf. Accessed 23 July 2023.

ICC. Pre-Trial Chamber II. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. ICC-02/17-33. The Hague, 12 April 2019. Available at: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_02068.PDF. Accessed 23 July 2023.

ICTY. Appeals Chamber. Prosecutor v Zejnil DELALIC, Zdravko MUCIC (aka “PAVO”), Hazim DELIC and Esad LANDŽO (aka “ZENGA”) (“ELEBICI Case”). IT-96-21-A. The Hague, 20 February 2001. Available at: <https://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>. Accessed 29 June 2023.

IYI, John-Mark. Is International Criminal Justice the Handmaiden of the Contemporary Imperial Project? A TWAİL Perspective on Some Arenas of Contestations. In: JEßBERGER, Florian; STEINL, Leonie; MEHTA, Kalika (eds.). *International Criminal Law—A Counter-Hegemonic Project?* The Hague: T.M.C. Asser Press, 2022, p. 13-37.

JALLOH, Charles C. Regionalizing International Criminal Law? *International Criminal Law Review*, v. 9, n. 3, p. 445-499, 2009. Available at: https://brill.com/view/journals/icla/9/3/article-p445_1.xml. Accessed 25 July 2023.

KOTECHA, Birju. The International Criminal Court’s Selectivity and Procedural Justice. *Journal of International Criminal Justice*, v. 18, n. 1, p. 107-139, March 2020. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article/18/1/107/5841735>. Accessed 04 July 2023.

KIYANI, Asad. Group-Based Differentiation and Local Repression: The Custom and Curse of Selectivity. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 4, p. 939-957, September 2016. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article/14/4/939/2236031>. Accessed 04 July 2023.

KREVER, Tor. *International Criminal Law: An Ideology Critique*. *Leiden Journal of International Law*, v. 26, n. 3, p. 701-723, September 2013. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/abs/international-criminal-law-an-ideologycritique/54A5DEE0055D130655CDC3FDB130A273>. Accessed 25 July 2023.

LAMBRIDIS, Photeine. The International Criminal Court and Afghanistan: leveraging politics to bolster accountability and enhance legitimacy. *International Law and Politics*, v. 54, p. 1007-1037, 2022. Available at: <https://www.nyujilp.org/wp-content/uploads/2022/10/Lambridis.pdf>. Accessed 24 July 2023.

LECHENAKOSKI, Bryan B.; DISSENHA, Rui C. O Caso Afeganistão no Tribunal Penal Internacional: como a “síndrome de Nuremberg” contaminou a corte. *Revista Húmus*, v. 10, n. 28, p. 491-519, 2020. Available at: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13323>. Accessed 29 June 2023.

MAYERFELD, Jamie. Who Shall Be Judge?: The United States, the International Criminal Court, and the Global Enforcement of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 25, n. 1, p. 93-129, February 2003. Available at: <https://www.jstor.org/stable/20069655>. Accessed 26 July 2023.

MÉGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: A Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. XII, p. 193-247, 2001. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086. Accessed 25 July 2023.

MONAGENG, Sanji M. Africa and the International Criminal Court: Then and Now. In: WERLE, Gerhard; FERNANDEZ, Lovell; VORMBAUM, Moritz (eds.). *Africa and the International Criminal Court*. London: T.M.C. Asser, 2014, p. 13-20.

NIELSEN, Claire. From Nuremberg to the Hague: The Civilizing Mission of International Criminal Law. *Auckland University Law Review*, v. 14, p. 81-114, 2008. Available at: <https://search.informit.org/doi/10.3316/INFORMIT.602341782886862>. Accessed 25 July 2023.

OCAMPO, Luis M. The International Criminal Court in motion. In: STAHN, Carsten; SLUITER, Göran (eds.). *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 13-19.

OCHS, Sara L. The United States, the International Criminal Court, and the Situation in Afghanistan. *Notre Dame Law Review Reflection*, v. 95, n. 2, p. 89-100, 2019. Available at: https://scholarship.law.nd.edu/ndlr_online/vol95/iss2/1/. Accessed 24 July 2023.

OMOROGBE, Eki Y. The Crisis of International Criminal Law in Africa: A Regional Regime in Response? *Netherlands International Law Review*, v. 66, p. 287-311, 2019. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40802-019-00143-5>. Accessed: 26 October 2023.

RASHID, Farid M. “The Interests of Justice” under the ICC Prosecutor Power: Escaping Forward. In: ESIN, Cigdem et al. (eds.). *Crossing Conceptual Boundaries V*. London: University of East London, 2013, p. 53-69.

REYNOLDS, John; XAVIER, Sujith. ‘The Dark Corners of the World’: TWAIL and International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 4, p. 959-983, September 2016. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article/14/4/959/2236032>. Accessed 30 June 2023.

ROBINSON, Darryl. The Identity Crisis of International Criminal Law. *Leiden Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 925-963, 2008. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/identity-crisis-of-international-criminal-law/47836B8BE0B803C6DE8B79306A3906F6>. Accessed 25 July 2023.

ROSSETTI, Luca P. The Pre-Trial Chamber’s Afghanistan Decision: A Step Too Far in the Judicial Review of Prosecutorial Discretion? *Journal of International Criminal Justice*, v. 17, n. 3, p. 585-608, 2019. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article/17/3/585/5566417>. Accessed 24 July 2023.

SCHABAS, William A. Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*, v. 6, n. 4, p. 731-761, September 2008. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article/6/4/731/899128>. Accessed 05 July 2023.

SCHABAS, William A. Victor’s Justice: Selecting “Situations” at the International Criminal Court. *Marshall Law Review*, v. 43, n. 3, p. 535-552, 2010. Available at: <https://repository.law.uic.edu/lawreview/vol43/iss3/3/>. Accessed 26 July 2023.

SCHEFFER, David J. The United States and the International Criminal Court. *American Journal of International Law*, v. 93, n. 1, p. 12-22, 1999. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/united-states-and-the-international-criminal-court/370564C5D2ACB718346206E185756A63>. Accessed 26 July 2023.

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC,

following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan. In: ICC, The Hague, 27 September 2021. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-karim-khan-qc-following-application>. Accessed 24 July 2023.

TIEMESSEN, Alana. The International Criminal Court and the politics of prosecutions. *The International Journal of Human Rights*, v. 18, n. 4-5, p. 444-461, 2014. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13642987.2014.901310>. Accessed 25 July 2023.

VAN DER WILT, Harmen. Selectivity in International Criminal Law: Assymetrical Enforcement as a Problem for Theories of Punishment. In: JESSBERGER, Florian; GENEUSS, Julia (eds.). *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 305-322.

VARAKI, Maria. Revisiting the 'Interests of Justice' Policy Paper. *Journal of International Criminal Justice*, v. 15, n. 3, p. 455-470, 2017. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article/15/3/455/4085323>. Accessed 05 July 2023.

VASILIEV, Sergey. The Crises and Critiques of International Criminal Justice. In: HELLER, Kevin J. et al. (eds.). *The Oxford Handbook of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 626-651.

WIGARD, Kyra; JAHANGIRI, Guissou. The International Criminal Court and Afghanistan: A Tale of Misunderstandings and Misinformation. *Journal of International Criminal Justice*, v. 20, n. 1, p. 203-222, March 2022. Available at: <https://academic.oup.com/jicj/article/20/1/203/6530168>. Accessed 26 July 2023.

GENDER, SPORT, DECOLONIALISM AND THE ROLE OF INTERNATIONAL COURTS: ANALYSIS OF THE CASE SEMENYA V. SWITZERLAND (10.934/21)

Felipe Franceschi Buoro

Abstract

In recent years, athlete Caster Semenya has been fighting a long battle for the right to compete without having to undergo hormone therapy to reduce testosterone levels. This dispute has already gone through several International Courts, including the Court of Arbitration for Sport (TAS) and the Swiss Federal Court. The most recent chapter in this story occurred in July 2023, when a decision by the European Court of Human Rights considered that the athlete was discriminated against and had her right to respect for her private life violated. The case involves the discussion of a series of issues, such as gender, sport and decolonization. This article seeks to explore how these concepts are intertwined and the role of International Courts, especially with regard to the enforcement of human rights.

Introduction

In August 2009, South African athlete Caster Semenya received the spotlight from the sports media for the first time when she won the gold medal at the world athletics championship in the 800-meter race with a time of 1:55.45. From that moment on, her name appeared on the covers of newspapers, magazines and specialized websites several times. However, this was not always due to her sporting performance (which is impressive, having been a gold medalist at the London/2012 and Rio/2016 Olympics).

Since then, the athlete has faced a series of questions about her eligibility to compete. This is because her gender has been questioned, with several positions stating that she could not participate in women's competitions. In 2009 we already have an example of the prejudice that the athlete has experienced: the IAAF (International Association of Athletics Federation) removed her from the press conference after the competition and made Pierre Weiss, head of the world athletics governing body, answer the questions.

When asked about the matter, his response was: "Of course she is a woman, but maybe not 100%" (MERCK, 2009). Now, what does it mean to "not be 100%" a woman? What is the property of a white, cisgender, heterosexual man to give an opinion on what it is (or is not) to be a woman?

It is known that the sporting environment can be hostile to women. Dr. Katia Rubio, an expert in Olympic history, shows us that women's participation in sport has always been subject to determinations made by men:

"It is interesting to think that women's participation in sport has always been conditioned to the limits indicated by men who have always been the sport's leaders. So if at first

they were absolutely prevented from participating and then were gradually accepted, they will always be understood as usurpers of a space built to be masculine” (MENDONÇA, 2020).

Patriarchal society is founded on this thought that sees man as a superior being, the protector, the provider, relegating women to a secondary level. This situation of woman’s subjection in relation to man is well exemplified by Simone de Beauvoir, who in her main work, “The Second Sex”, states: “Humanity is masculine and man defines woman not in herself, but in relation to him; she is not considered an autonomous being... She is nothing other than what the man decides she is... The woman determines and differentiates herself in relation to the man and not the man in relation to her; the female is the inessential before the essential” (BEAUVOIR, 1970, p. 10).

This vision is based on a colonialist logic, which also operates from a binomial perspective: on one side we have the colonizers (superior, rational, developed) and on the other the colonized (inferior, irrational, backward). Thus, studies on Decolonialism can help us in trying to break with this binary idea. We will then discuss the interrelationships between Decolonialism and gender and Decolonialism and sport.

Decolonialism and gender

As shown by DIMENSTEIN et al., “Post-colonial and decolonial studies emerge in academia as an epistemological and political movement against situations of domination and diverse oppressions that are established in the antagonistic and hierarchical relationship between colonizer and colonized” (DIMENSTEIN et al, 2020, p. 2).

In this line, feminist Decolonialism stands out, as it addresses issues relating to gender. In the words of OXFORD, “Decolonial feminism challenges the geopolitical status quo of knowledge, allows us to see where coloniality is being reproduced and encourages the emergence of alternative possibilities” (OXFORD, 2019).

For the analysis of Semenya’s case, the topic of femininity tests deserves special attention. The use of femininity tests (gender verification tests) constitutes an immense humiliation that athletes sometimes have to go through. The issue, however, is not new. Since the beginning of the 20th century, there have been reports of sports organizations requiring athletes to undergo femininity tests in order to compete.

In the words of historian Vanessa Heggie: “Most international sports organizations work on the premise that human beings come in one of two genders: male or female. Consequently, all athletes, including intersex and transgender individuals, must be assigned to compete in one or other category” (HEGGIE, 2010).

The story of athlete Mary Peters, gold medalist at the 1972 Munich Olympics, helps us understand the size of the atrocity of subjecting a person to such a procedure:

“I went into a bare room which contained two women doctors, one examination couch and one large enamel bowl containing some white, cloudy antiseptic in which the doctors apparently washed their hands after each examination. What occurred next I can only describe as the most crude and degrading experience I have even known in my life. I was

ordered to lie on the couch and pull my knees up. The doctors then proceeded to undertake an examination which, in modern parlance, amounted to a grope. Presumably there were searching for hidden testes. They found none and I left. Like everyone else who had fled that detestable room I said nothing to anyone still waiting in the corridor and made my way, shaken, back to my room” (SCHULTZ, 2011, p.230).

In this search for the categorization of people, the “Pink Wallet” emerged from the 1968 Olympic Games: a document that contained information such as the name of the athlete, her nationality and the indication that: “The aforementioned athlete passed a medical test, whose sexual chromatin result was positive. This satisfies the requirements for women’s competitions.”

An attempt to break with this binary vision of man/woman (which is the same as the colonizer/colonized vision) could be constructed through feminist decolonialism. It is known that the standard definition of masculinity and femininity does not include the different variations (biological, anatomical, etc.) of sexual development.

In his text “True Sex”, Michel Foucault raises the issue of hermaphrodites (remembering that currently this term is considered pejorative and the term intersexual should be used), who for centuries were considered to have two sexes. In the same way, we have GOMES:

“Feminist and gender studies located beyond the modern-Western discourse have produced and continue to produce works that repeatedly show how original peoples, indigenous peoples, colonized social and community groups did not have (or still do not have) a hierarchical gender structure like the one that was printed in the colony by the metropolis” (GOMES, 2018, p. 70).

Thus, it is concluded that decolonialist thinking can serve as an aid in analyzing the case of athlete Caster Semenya, especially with regard to the issue of gender. We will explore below how these topics relate to the sporting environment.

Decolonialism and sport

Sport has often been underestimated as an object of study. The sociologist Pierre Bourdieu, in the classic text “Program for a sociology of sport”, illustrates this situation well:

“Part of the obstacles to a scientific sociology of sport is due to the fact that sociologists of sport are in some way doubly dominated, both in the world of sociologists and in the world of sport... Perhaps we find here the beginning of the particular difficulties that sociology of sport finds: disdained by sociologists, it is despised by athletes” (BOURDIEU, 2004).

It is therefore necessary to transpose this paradigm and give the sporting phenomenon its due importance. To understand the current stage of development of our society, we must go through the history of sport. In TUBINO’s lesson, “Sport is one

of the greatest cultural manifestations since Antiquity. The cultural history of the world goes through the history of sport” (TUBINO, 2010, p. 8).

This way, one of the fundamental texts for understanding the relationship between Decolonialism and sport is “Post/Colonial theory and Sport”, by Ben Carrington. In it, the author brings several interesting considerations. Firstly, he states that “Sport has rarely been seen as a cultural practice worthy of extended consideration” (CARRINGTON, 2015). In other words, it confirms the previously exposed idea of sport being underestimated as an object of study.

Given the centrality of sport in the cultural project of Western imperialism, one would expect that critical work on colonialism would have much to say about sport. However, this is not the case. Influential works, such as “The Location of Culture”, by Homi Bhabha, do not mention sport at any time. In his book (of more than 400 pages) “Culture and Imperialism”, Edward Said deals with sport very superficially. And Gayatri Spivak (author of “Can the subaltern speak?”) never wrote about sport.

However, Carrington shows us that “there is some indication that over the past decade sport studies scholars have slowly become more aware of the important contributions that post/colonial theory can offer in helping us to rethink some of the established narratives of sport” (CARRINGTON, 2015).

He cites the work of BALE and CRONIN, which outlines an agenda for a post-colonial theory of sport that includes uncovering sport’s complicity with colonial regimes of domination; consider the role of sport as a form of subaltern resistance; the examination of the representation of sport (photography, written practices of authors and the like) in colonial discourse; detach sport from what they call “metropolitan theory” and its “totalizing systems of generalizations” (or what could simply be called Eurocentric thinking); and the recovery of hidden histories of alternative forms of physical culture and bodily practices that generate meanings different from those of the dominant competitive sporting cultures of the West (CARRINGTON, 2015).

This Eurocentric view, in which Europe is seen as the sole incubator of all forms of physical activity that can properly be understood as sport, is particularly problematic. And it even reverberates in the Semenya case. An episode that provides a significant counterpoint to the resolutions of hyperandrogenism is that of swimmer Katie Ledecky.

The American athlete won five medals at the 2016 Rio Olympic Games. However, neither the IOC nor FINA (International Swimming Federation) were “obliged to investigate” the athlete. Unlike the story of Semenya, whose victory is constantly doubted and scrutinized. Perhaps the color of their skin helps explain this difference in treatment.

The truth is that there is no history of sport without the history of black athletes’ struggle. Pelé, Michael Jordan, Muhammad Ali, Serena Williams, Simone Biles. The list of greats could go on and on. Athletes who have had to live with episodes of racism on several occasions.

To cite just two examples, Muhammad Ali, aged 25 and holding the title of world heavyweight champion, refused to serve in the United States Army in the Vietnam War because he did not agree to fight the Vietnamese while black Americans were

treated unequally in their own country. He was sentenced to prison, fined and lost his world champion title.

At the 1968 Olympics, Tommie Smith and John Carlos took to the podium and at the time of the United States anthem they protested, raising their fists wearing black gloves (the Black Panther salute). The athletes were harshly criticized by the IOC, expelled from the Olympic Village and almost lost their medals.

Returning to the Semenya case. In 2016, after the Rio Olympics, Polish runner Joanna Jóswik, who finished fifth, said she felt like a silver medalist. She even says that she is happy to be the first European in the competition and the second white (PIRES, 2016, p. 232). The author Barbara Gomes Pires makes a perfect analysis of this speech:

“In addition to the markers of sex/gender and sexuality, a marker emerges that mobilizes racial and ethnic issues. The athlete maintains her reasoning of promoting a hierarchical distinction by pointing out that “the three athletes on the podium generate a lot of controversy”. She says: “I have to admit it’s a little strange to me that the authorities don’t do anything about it. These colleagues have high testosterone levels, similar to men, which is why they look the way they do and run the way they do.” Said without intermediary, what is implicit are racist apprehensions about what female masculinities, lesbianism and the possibilities of sporting performance of people from the global south would be.” (PIRES, 2016, p.232).

Brief history of the Semenya fight

As explained in the introductory notes, Semenya’s struggle has lasted more than ten years. In 2009, the IAAF made the first demand for a verification test, claiming that the improvement in the athlete’s running times would have raised suspicions, such as the use of prohibited substances.

As a result, she was unable to compete for almost a year, failing to participate, for example, in the “Yellow Pages Series V Track and Field” (a local tournament) as the IAAF had not yet commented on the issue of her eligibility to participate in competitions. In August 2010, she returned to competitions, winning at the “Meeting ISTAF Berlin”.

In 2011, she came second at the World Athletics Championships held in Daegu, South Korea. In 2012, she also came second at the London Olympics. However, in 2017 the results of these competitions ended up being changed due to the Doping scandal involving the Russian Committee. Thus, athlete Mariya Savinova, who had won both events, loses her medals and Semenya gets the gold medals from the competitions.

After the London Olympics, the IAAF changes its rules regarding hyperandrogenism. This makes Indian athlete Dutee Chand appeal to the Court of Arbitration for Sport (CAS), triggering the case CAS 2014/A/3759 Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & The International Association of Athletics Federations (IAAF), in which she called for the repeal of such rules.

The arguments were that the Hyperandrogenism Regulation illegally discrimi-

nates against female athletes and athletes who possess a specific natural physical characteristic; are based on erroneous factual assumptions about the relationship between testosterone and athletic performance; are disproportionate to any legitimate objective; and are an unauthorized form of doping control. In a 162-page decision, a three-member panel found that the IAAF had not established that control of hyperandrogenism is necessary for fair competition. It is established that the IAAF must present evidence on the matter within two years.

Semenya competes at the 2016 Rio Olympics and once again takes the gold medal in the 800 meter event. In 2017, the IAAF once again changed its rules. Therefore, Semenya appeals to the TAS and initiates the case CAS/2018/O/5794 Mokgadi Casster Semenya v. International Association of Athletics Federations (IAAF), calling for the revocation of the regulation.

This time the panel decides in favor of the IAAF, considering the Rules on Eligibility for female classification (Athletes with different sexual development) to be fair. What catches our attention in this case is that the panel is made up of one woman and two men (Annabelle Bennett, Hugh Fraser and Hans Nater). The votes are confidential, but it was announced that the vote was split (two votes to one). In other words, the tie-breaking vote was given by a man. We once again have a man deciding what it is or isn't to be a woman.

Unhappy with the outcome of the trial, Semenya decides to appeal to the Swiss Federal Court (as the TAS is based in Lausanne, Switzerland). In 2020, the Court rejected Semenya's appeal against the TAS' decision to maintain the rules drawn up by the IAAF that affect runners with DSD (differentiated sexual development).

The justification was that the panel was limited to examining whether the CAS decision violates fundamental and widely recognized principles of public order, which would not have been the case. The formal aspects were taken into account, but not the material ones. As a result, the athlete was prevented from competing in the Tokyo 2020 Olympics.

Analysis of the Case SEMENYA v. SWITZERLAND (10.934/21)

We have reached the latest chapter in Semenya's struggle. Unsatisfied with the decision of the Swiss Federal Court that upheld the decision of the Court of Arbitration for Sport (which in turn considered the IAAF Regulations to be fair), she decides to appeal to the European Court of Human Rights. The decision is announced in July 2023.

In it, the panel made up of seven judges decided by majority vote (4 to 3) that there was a violation of art. 14 (prohibition of discrimination) and 8 (right to respect for private life) of the European Convention on Human Rights. It also judged that there was a violation of art. 13 (right to an effective remedy) when combined with art. 8 and 14 of the Convention.

Some points of the decision are worth highlighting. The first of these concerns jurisdiction. The arbitration procedure of the Court of Arbitration for Sport is fundamentally different from a commercial arbitration. While in a commercial arbitration the parties decide, based on the principle of autonomy of will, to submit to the

arbitration procedure, in the case of the TAS, arbitration is mandatory, because the regulations of the international sports federations define it as such. It is a mandatory requirement for athletes to carry out their professional activity.

This deprived Semenya of the possibility of appealing to the ordinary courts in her own country or elsewhere. The only remedy available to her was a request for arbitration with the TAS, followed by an appeal to the Swiss Federal Court. No other resources were at her disposal.

Another important point concerns competence. Although the sports system develops from an eminently private perspective (which offers its advantages, such as ensuring coherence and consistency), it is not alien to the international system of human rights protection. In issuing its decision, the Swiss Federal Court relied on art. 190 of PILA (Federal Act on Private International Law), which provides requirements for an arbitration decision to be reviewed. As previously stated, the Court focused only on the formal aspects of the decision, leaving aside its material aspects.

In the view of the European Court of Human Rights, the Swiss Federal Court had a duty to review the CAS decision in relation to the issue of the prohibition of discrimination, including a detailed review with regard to proportionality. Thus, both the Court of Arbitration for Sport and the Swiss Federal Court had the obligation to analyze the case in light of the guarantees of the European Convention on Human Rights and the jurisprudence of the ECHR itself.

Regarding art. 14 (prohibition of discrimination), the ECHR considered that Semenya had been subjected to different treatment in relation to other athletes, which excluded her possibility of participating in competitions (including the 2020 Tokyo Olympics) as a result of the Regulation on differentiated sexual development.

This fight will still have one more chapter. In November, Switzerland announced that it will appeal the ECHR decision to the Grand Chamber, which has the power to review the decision. Will this be the last episode of this battle?

Conclusion

In summary, it can be said that athlete Caster Semenya has suffered repeated discrimination since she won her first relevant competition, in the distant year of 2009. Her body has been violated and her privacy invaded. It seems like it's easier to question her ability to compete than to admire her remarkable achievements..

In this sense, decolonialist theory helps us understand the reasons that lead to this situation, since it shows us how Western societies were shaped in political, cultural, economic and technological terms..

We also highlight the fundamental role of International Courts in the enforcement of human rights. The ECHR's decision tries to somehow correct the error(s) made throughout the journey Semenya went through. Here is a statement from the athlete:

“They did not say I was the first black South African woman to win gold at the world championships. They did not say I was the best...They did not see me as a young girl from the bush who was the best in the world. They did not see me as human at all. They saw me as science. They wanted to test my body...They have tested my

body. They have tried to make me change my body. I do not know what effects that medicine will have on my body for the rest of my life. I know the reason for this is because I am great. If I had high testosterone and wasn't winning would they even care at all? I know it is a way to have control...I wanted to be a soldier. And I am in some ways now—fighting for fairness. Fighting for gender rights. This is a job for a girl”.

Finally, it is worth mentioning that multidisciplinary studies relating sport with other diverse areas of knowledge are more than necessary. Sport is often configured as a space in which violence is perpetuated. We cite here, for example, the cases of gender verification tests and racism. With decolonialist thinking we can try to change this scenario, transforming a space of exclusion into a space of inclusion.

References

- BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: fatos e mitos*. 4ª Ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.
- BOURDIEU, Pierre. *Coisas Ditas*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- CARRINGTON, Ben. *Post/Colonial Theory and Sport*. Routledge Handbook of the Sociology of Sport.
- DIMENSTEIN, Magda. *Gênero na perspectiva decolonial: revisão integrativa no cenário latino-americano*.
- GILLERI, Giovanna; WINKLER, Matteo. *Of athletes, bodies and rules: making sense of Caster Semenya*.
- GOMES, Camila de Magalhães. *Gênero como categoria de análise decolonial*. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 65-82, jan.-abr. 2018.
- HEGGIE, Vanessa. *Testing sex and gender in sports: reinventing, reimagining and reconstructiong histories*.
- LESSA, Patrícia; VOTRE, Sebastião Josué. *Carteira Rosa: a tecnofabricação dos corpos sexoados nos testes de feminilidade na Olimpíada de 1968*.
- LOLAND, Sigmund. *Caster Semenya, athlete classification and fair equality of opportunity in sport*.
- LUGONES, Maria. *Colonialidade e Gênero. Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Org. Heloisa Buarque de Hollanda.
- MENDONÇA, Renata. *Teste obrigava atletas a comprovar que eram mulheres nos Jogos Olímpicos*. Available at <<https://dibradoras.blogosfera.uol.com.br/2020/03/24/teste-obrigava-atletas-a-comprovar-que-eram-mulheres-nos-jogos-olimpicos/>>.
- MERCK, Mandy. *The question of Caster Semenya*. Available at <<https://www.radicalphilosophy.com/commentary/the-question-of-caster-semenya>>.
- OXFORD, Sarah. *“You look like a machito!”: a decolonial analysis of the social in/exclusion of female participants in a Colombian sport for development and peace organization*.
- PIRES, Barbara Gomes. *As políticas de verificação de sexo/gênero no esporte: intersexualidade, doping, protocolos e resoluções*.
- SAILORS, Pam; WEAVING, Charlene. *Caster Semenya and the cage fight for Justice*.
- SCHULTZ, Jaime. *Caster Semenya and the “Question of Too”: Sex Testing in Elite Women’s Sport and the Issue of Advantage*.
- WELLS, Cassandra; DARNELL, Simon. *Caster Semenya, gender verification and the politics of fairness in an online track & field community*.

DA NECESSIDADE DE OPINIÕES CONSULTIVAS PRÉVIAS ÀS APLICAÇÕES DE CLÁUSULAS DEMOCRÁTICAS: POR UM MECANISMO DE FISCALIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO CONTROLE DE FENÔMENOS ESTRITAMENTE POLÍTICOS

Karen Marcello

Resumo

Partindo do entendimento de que a Democracia e os Direitos Humanos são conceitos, atualmente, vistos como interligados, o artigo inicia sua exposição discorrendo acerca do compromisso das organizações internacionais, aqui em especial o MERCOSUL, com a propagação e manutenção de ambos. Em seguida, o estudo debruça-se sobre a existência de compromisso formal em prol da Democracia, no tocante a existência de cláusulas democrática, bem como analisa a sua utilização no caso concreto pelo MERCOSUL em face do Paraguai no ano de 2012. Refletindo acerca de sua aplicação prática, o último tópico do trabalho defende a utilização prévia dos órgãos de consulta das organizações internacionais no intuito de garantir a legitimidade do ato político de utilização da cláusula e, conseqüentemente, a defesa da própria Democracia.

Introdução

A democracia é o modelo de governo adotado e reconhecido pelo Direito Internacional e pelos Direitos Humanos a partir da Segunda Guerra Mundial, fortalecendo-se ainda mais com o final da Guerra Fria e a vitória da ideologia capitalista norte-americana.

Assim, especialmente na porção ocidental do globo, esse *standard* foi imposto aos Estados que desejam fortalecer suas relações internacionais e participar da comunidade internacional, inclusive com o ingresso em organizações internacionais dos mais diversos aspectos, tanto aquelas com foco na proteção dos Direitos Humanos, como aquelas voltadas a integração regional e sub-regional.

A defesa e proteção da democracia passa a ser compreendida por diversos instrumentos de Direitos Humanos, por exemplo, a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948 e seus protocolos como a “condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento” (OEA, 1948).

Contudo, a defesa do regime democrático ultrapassa a sua interligação com a proteção dos Direitos Humanos. A democracia determina padrões mínimos de conduta, possibilitando que os Estados tenham ciência das “regras do jogo” (BOBBIO, 2004), e assim, permitindo maior estabilidade nas relações interestatais. Olhando especificamente às organizações internacionais de integração, tem-se que o respeito à Democracia e ao Estado de Direito possibilita a confiança dos agentes econômicos e suas operações (RAMOS, 2015), fomentando, assim, a integração.

Exemplo da manifestação expressa dos organismos internacionais de integração

quanto ao fomento e a necessidade de manutenção da Democracia como requisito essencial de permanência de um Estado no bloco é a previsão de cláusulas democráticas em sua normativa jurídica, como faz o Mercosul com o Protocolo de Ushuaia. Esta previsão, que ocorre em outras organizações internacionais da região, é o reconhecimento pelas organizações internacionais da importância na defesa da Democracia – *standard* mínimo para se manter relacionamento de integração -, bem como a sua fragilidade e instabilidade, aqui especialmente na região da América Latina.

A estipulação de cláusulas democráticas por organizações internacionais e a subjugação voluntária dos Estados a elas evidencia que a defesa da ordem democrática de um Estado excede suas fronteiras e seus direitos internos, criando-se uma obrigação de direito internacional (CANÇADO TRINDADE, 2021). Cria-se por meio das cláusulas democráticas a possibilidade de sanções aos Estados que descumprirem a obrigação internacional e regional de defesa da democracia e dos direitos humanos.

O compromisso sub-regional com a democracia: cláusula democrática no âmbito do MERCOSUL

Democracia e Direitos Humanos passam ser temas de suma importância a partir da Segunda Guerra Mundial. Diante das atrocidades cometidas na mencionada guerra, a comunidade internacional volta os olhos para criação de mecanismos legais, políticos e econômicos que possibilite maior segurança, estabilidade e previsibilidade nas relações inter e intraestatais.

Observa-se, desde então, movimentos em prol da defesa da Democracia e dos Direitos Humanos, ora influenciados pela comunidade internacional no âmbito das legislações internas dos Estados, ora em movimento contrário, partindo das legislações internas para influenciar as políticas e normas jurídicas internacionais. A limitação da soberania estatal pela internacionalização dos Direitos Humanos torna-se um novo paradigma (RAMOS, 2016).

A Segunda Guerra Mundial também mostrou aos Estados a fragilidade em que seus cidadãos podem ser submetidos quando as únicas regras em jogo são as de caráter interno. Explica-se: a quem poderiam os cidadãos de um Estado se socorrem quando o direito e a política interna são abusivos e ilegais? As atrocidades da Segunda Guerra não apenas evidenciaram a necessidade de criação de direitos humanos mínimos, mas também fomentou a criação de organizações internacionais que, uma vez aderidas pelos Estados, passam a determinar seus padrões mínimos de conduta, além de verificar o seu cumprimento⁷⁶.

Como importante exemplo regional, a Organização dos Estados Americanos (OEA), órgão de influência na região no tocante a promoção e defesa dos direitos humanos e atenta as especificidades latino-americanas, declara desde a sua carta fundacional – Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948 – que “a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o de-

76 • Não se desconsidera outros fatores que contribuíram para criação das organizações internacionais, como o fenômeno da globalização. No entanto, há influência nas criações das organizações internacionais em razão da propagação das normas de direitos humanos.

envolvimento da região” (OEA, 1948). Tal premissa é observada nos demais documentos da organização, como especificamente a Carta Democrática Interamericana, além da interpretação dada nos julgamentos de casos remetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Democracia e Direitos Humanos, assim como todos os fenômenos, tem característica pendular: ora está em maior defesa e evidência, ora é desacreditada por governos, sob o clássico argumento da defesa da soberania nacional e da vontade da maioria. Tomando a sub-região americana como exemplo, vemos que mesmo com a vasta propagação dos Direitos Humanos e da Democracia a partir 1948 pelo discurso da comunidade internacional⁷⁷, a sub-região foi vítima de diversas ditaduras entre as décadas de 1970/1980 que, como em todos governos autocráticos, teve sérias violações de Direitos Humanos.

No entanto, a década de 1990 é marcada pela redemocratização dos países sul-americanos, e a propagação do compromisso interno e externo dos Estados pela retomada e defesa da Democracia e Direitos Humanos. Tal fenômeno, em conjunto com a redemocratização de outras regiões do globo, é conhecido como a Terceira Onda de Democracias” (HUNTINGTON, 1994).

Nota-se, a partir da mencionada década de 1990, a expansão de regras para promoção da Democracia e Direitos Humanos, que não se limitou às organizações específicas de promoção dos Direitos Humanos. Verifica-se a preocupação com tais institutos dentro de organizações internacionais de caráter econômico, como é o caso do Mercosul, que “não se reduz mais e apenas a estas vertentes econômicas de paz e prosperidade. Ao contrário, passou a incorporar dentro de si crescente vínculo entre as agendas políticas, desenvolvimento sustentável, questões de cidadania e direitos fundamentais [...]” (OLIVEIRA, 2009). O bloco econômico, que surge com a redemocratização dos países fundadores – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai -, mesmo tendo como objetivo principal o fomento da integração econômica regional (art. 1º do Tratado de Assunção, 1994), manifesta em diversos documentos o seu compromisso com a Democracia e Direitos Humanos, especificamente no Protocolo de Ushuaia (1998) e Protocolo de Assunção (2005).

O compromisso com a Democracia exarada pelo bloco representa o entendimento deste ator internacional, com personalidade jurídica própria, na comunidade internacional, e não mais o entendimento individual dos seus Estados-membros. Desta forma, a promoção de Direitos Humanos e Democracia pelo bloco, a sua intervenção, ou omissão, em casos de flagrante violação dos princípios democráticos por outros atores afeta a sua imagem e credibilidade perante a comunidade internacional. (VAN DER VLEUTEN; HOFFMANN, 2010)

Voltando-se ao exemplo do passado, pondera-se que os fenômenos e institutos, ainda que defendam o progresso da sociedade, têm seus momentos de fortalecimento e seus revezes. Por este motivo, o Direito Internacional, dentro das normas criadas nos mais variados níveis e alcances de organizações internacionais, estipulou regramentos e condutas em caso de descumprimento de um direito já consagrado. É

77 • A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, traz em seu preâmbulo ser “essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito”.

o caso do mecanismo das cláusulas democráticas.

As cláusulas democráticas, com mais ou menos especificidades e abrangências, são encontradas na normativa de diversas organizações internacionais. Elas definem as regras para ingresso e permanência de um Estado na organização internacional, com objetivo de “criar uma obrigação de direito internacional vinculada à organização política de um Estado”. (CANÇADO TRINDADE, 2021).

As cláusulas democráticas apresentam, em regra, sanções aos Estados membros da organização que venham a infringi-la. Todavia, [...] a intenção de sua previsão não é punir o Estado que descumpre, posto que a suspensão de participação do órgão, por exemplo, é medida última a ser aplicada, mas sim de fomento ao desenvolvimento e fortalecimento democrático. (MARCELLO, 2023)

Para fins deste estudo, debruçar-se-á na cláusula prevista no âmbito do Mercosul. Tal previsão normativa é fruto de deliberações e resoluções anteriores, acelerado pela tentativa de golpe em 1996 no Paraguai⁷⁸, culminando na elaboração do Protocolo de Ushuaia em 1998.

O mencionado documento (MERCOSUL, 1998) prevê que a ruptura da ordem democrática por algum dos países do bloco implicará na aplicação dos procedimentos nele previstos (art. 3º). A ruptura da ordem prescinde de consultas diplomáticas entre os Estados partes, entre si e com o estado afetado (art. 4º) e, em sendo infrutíferas, os demais estados partes deliberarão as medidas a serem tomadas, como a suspensão do bloco (art. 5º). As medidas somente podem ser tomadas com consenso dos Estados, excluindo o Estado afetado (art. 6º) e cessarão, com concordância dos Estados, quando verificado o restabelecimento da ordem democrática (art. 7º).

Pela leitura do protocolo de Ushuaia, temos que a análise acerca da existência de ruptura de ordem democrática decorre do juízo político dos Estados-membros, por meio de consultas de suas diplomacias. Há, portanto, discricionariedade dos Estados para sua aplicação e não há atuação de órgão imparcial do bloco, como por exemplo, o órgão jurisdicional. O protocolo também não apresenta definição acerca do que seria compreendido, pelo bloco, como “ruptura da ordem democrática”. Aqui, além do juízo político que cabe ao caso concreto, é importante que seja observado os entendimentos emanados sobre Democracia, em especial por meio de normativas e jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), que se debruça sobre a temática desde a sua fundação, embora não haja exigência no texto legal para tanto.

Apreciação das aplicações da cláusula democrática pelo MERCOSUL

A cláusula democrática prevista pelo Protocolo de Ushuaia foi aplicada duas vezes: a primeira, em 2012, em desfavor do Estado do Paraguai, após o processo de impeachment “relâmpago” que afastou o então presidente Fernando Lugo. O segundo caso de aplicação foi em 2017, em desfavor do Estado da Venezuela, ante as reiteradas

78 • A tentativa de golpe no Paraguai foi frustrada por esforços diplomáticos à época, com importante participação da diplomacia brasileira (VENTURA; ONUKI; MEDEIROS; 2012)

acusações sobre o país de desrespeito ao processo democrático, reeleição sem limitação do presidente Nicolás Maduro e “crise humanitária”. Adverte-se que a conduta do Mercosul quanto a aplicação da cláusula democrática no primeiro caso ocorreu divergentemente da adota pelo bloco no segundo caso.

Todavia, importante ressaltar que a análise pela cúpula competente de ruptura da ordem democrática se deu frente a fatos menos óbvios de ameaça à Democracia, como é o clássico caso de golpe militar com fechamento dos poderes. Embora a utilização da cláusula democrática no caso prático seja passível de críticas, a seguir discutidas, é correto afirmar que o bloco se utilizou do entendimento de que Democracia e Direitos Humanos estão interligados.

Passando a discorrer sobre as aplicações práticas da cláusula democrática, quanto ao caso paraguaio, em breve recapitulação do ocorrido, teve-se a instauração e votação de processo de impeachment do então presidente Fernando Lugo em menos de 24 horas, pela Câmara dos Deputados, com exíguo prazo para apresentação da defesa do presidente. Destarte, em julgamento político pelos Estados-membros do Mercosul, houve a acusação ao Estado do Paraguai de não cumprimento do devido processo legal, ferindo a legitimidade do processo de *impeachment*. Assim, a não observação do devido processo legal, principalmente no tocante ao exercício ao adequado direito de defesa do presidente no cargo, os Estados-membros do Mercosul entenderam pela ruptura da ordem democrática, aplicando a sanção de suspensão do bloco ao estado paraguaio (RAMBO; PEREIRA; SÖTHER, 2014).

Duas são as críticas comuns que se encontram na doutrina acerca desta aplicação de sanção pelo Mercosul: a primeira, quanto a inobservância dos Estados-membros aos requisitos formais e expressos no Protocolo de Ushuaia para aplicação da cláusula democrática em questão; e a segunda, quanto ao mérito, do suposto entendimento incorreto dos países membros de não cumprimento do devido processo legal ao juízo político do presidente paraguaio. Ressalta-se acerca da segunda crítica que esta não recai sobre a compreensão dos Estados-membros quanto a inobservância do devido processo legal em juízo político ser interpretada como ruptura democrática⁷⁹. Todavia, a crítica recai em, alegadamente, por não terem os Estados-membros examinado que o devido processo legal, nos termos definidos pela Constituição paraguaia foram, sim, cumpridos.

Desconsidera-se, em razão do objetivo deste estudo, a análise do cumprimento da legislação interna paraguaia a fim de auferir a legalidade, ou não, do processo de

79 • A Corte Interamericana de Derechos Humanos foi consultada em 2018 pela Comissão Interamericana para proferir seu entendimento acerca de casos de *impeachments* crescentes na região, no tocante as garantias do devido processo legal e do princípio da legalidade em julgamentos políticos, a fim de que possa descaracterizar a utilização do instituto como “golpe velado”. Por razões formais, a CIDH não respondeu à consulta, fato que foi controvertido pelo juiz Pazmiño Freire em seu voto divergente. No entanto, a CIDH, em manifestação à consulta, destacou já haver uma linha jurisprudencial para caso de julgamentos políticos, como o Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru. (OEA, Resolução da CIDH de 29 de maio de 2018, disponível em: https://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/sor_01_18_por.pdf. Acesso em 05 nov. 2023.

No julgamento do caso informado, tem-se, em síntese, que a CIDH, se manifestou expressamente, entre outros pontos, quando a necessidade do respeito ao devido processo legal em juízo político, devendo ser observado se quem promove o julgamento tem legitimidade para tanto, se o acusado teve respeitado o direito da ampla defesa, se houveram vícios no processo de acusação, se foi concedido o direito de recurso simples e breve após o julgamento político. (CIDH, Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C No. 71).

impeachment sofrido pelo presidente Lugo. No entanto, observa-se que o juízo político realizado pelos Mercosul foi tão “relâmpago” quanto o acusado julgamento de impeachment paraguaio. E aqui recai nossa atenção.

Da literalidade do texto do Protocolo de Ushuaia depreende-se que a aplicação de eventual sanção ao estado acusado somente pode ocorrer após consultas diplomáticas entre os Estados, entre si e com o Estado acusado. Apenas sendo infrutífera a ação diplomática, em juízo político, far-se-á a aplicação de eventual sanção. Com o não cumprimento das regras formais para aplicação da cláusula democrática pelos países-membros, ainda que estivessemos sob alegação inquestionável de ruptura democrática do país acusado, feriu-se, também, o devido processo legal, maculando a legitimidade do ato.

O Paraguai, em demanda de urgência apresentada ao Tribunal Permanente de Revisão, acusou os demais Estados de não cumprimento das regras formais para aplicação da cláusula democrática, e no mérito, sustentou o cumprimento do devido processo legal quanto ao processo de impeachment, inclusive com a posterior aceitação do resultado pelo presidente impedido. O Tribunal, por meio do Laudo 1/2012, exarou a impossibilidade de análise da demanda pelo descumprimento de regras formais de interposição de demanda ao TPR.

12. Sustenta que a referida suspensão não se instrumentalizou mediante norma emanada dos órgãos enunciados no Protocolo Ouro Preto (adiante POP) nem por meio da aplicação das fontes jurídicas enunciadas no art. 41 do POP [...]

13. Paraguai considera que não houve ruptura da ordem democrática e que não se realizaram as consultas previstas no artigo 4 do PU. (TPR, Laudo 01/2012)

Sobre o episódio, compreendeu Lafer (2013) que:

As consultas com o Paraguai não foram realizadas e não tem procedência alegar que a Missão dos Ministros da Unasul ao Paraguai em 21 e 22 de julho delas são um válido sucedâneo. (...)

A ausência destas consultas no âmbito do Mercosul é um fato grave e configura uma quebra do devido processo legal nos próprios termos do Protocolo de Ushuaia. (...)

Neste contexto impunham-se substantivamente as consultas com o Paraguai como passo prévio para a aplicação, ou não, de uma suspensão de sua participação no Mercosul. Explico-me. A consulta é um mecanismo clássico do Direito Internacional e tem como objetivo a troca de opiniões, no caso, ex vi do art. 4 do Protocolo de Ushuaia, entre o Paraguai e a Argentina, o Brasil e o Uruguai sobre uma controvérsia em torno da existência de ruptura da ordem democrática. A função da consulta em geral e neste caso específico tem como objetivo embasar uma avaliação jurídica sobre a existência ou não de uma ruptura da ordem democrática através da intelligence gathering, seja por meio da organização e seleção de informação pertinente, seja pela possibilidade de aprender o relevante para compreender a situação que levou ao impeachment no âmbito do ordenamento jurídico paraguaio. (...)

Daí, num juízo jurídico sobre a ação política da Argentina, Brasil e Uruguai, a conclusão de que a suspensão do Paraguai do Mercosul não obedeceu ao item do devido procedimento legal previsto pelo Protocolo de Ushuaia, decisão substancialmente comprometida pelo fato de não ter sido fundamentada. (nossos destaques)

A discricionariedade do julgamento político no caso paraguaio possibilitou que os Estados se valessem de juízo de conveniência: o Paraguai, à época, era o único país membro do Mercosul que impedia o ingresso da Venezuela ao bloco, posto que à luz da legislação mercosulina, o ingresso no novo membro apenas é válido com o consenso de todos os membros. Com a suspensão do estado paraguaio, aplicou-se manobra política para o ingresso da Venezuela, que passou ser membro naquela oportunidade. Tal manobra também foi alvo objeto da medida de urgência interposta pelo Paraguai ao TPR, que não julgou o mérito por descumprimento de requisitos formais.

Quanto a segunda aplicação do Protocolo de Ushuaia pelo Mercosul, nota-se do bloco certa leniência à Venezuela, mesmo sob reiteradas acusações de desrespeito aos direitos humanos e aos preceitos basilares do estado democrático. Em ambos os casos, paraguaio e venezuelano, ainda que por fundamentos divergentes, a OEA não se utilizou da prerrogativa de aplicação de sua cláusula democrática, por não entender, no primeiro caso, que houve ruptura democrática e, no segundo, sob o argumento de não intensificar ainda mais a crise política, social e econômica vivida pela Venezuela.

A possibilidade de utilização do instrumento da opinião consultiva como meio de legitimação jurídica da aplicação da cláusula democrática

Embora as cláusulas democráticas insertas nos compromissos internacionais estabeleçam que a manutenção da ordem democrática é uma obrigação de direito internacional, pela breve exposição de dois casos concretos de sua aplicação, verifica-se que no caso prático, a análise de conveniência e de mérito da ruptura ocorre exclusivamente pelos órgãos políticos das organizações internacionais, em interpretação discricionária e, por vezes, ambígua.

Sin embargo, el mecanismo político es criticado justamente por permitir una apreciación discrecional de los demás Estados sobre la existencia - o no - de violaciones de los derechos humanos en el Estado infractor, lo que puede generar selectividad y ambigüedad. También puede haber divergencias de apreciación y adopción de sanciones por parte de los diversos mecanismos políticos multilaterales. (RAMOS, 2015)

Para Straus (2018), as ideologias políticas dos Estados-membros à época das aplicações das cláusulas, com prevalectimento dos interesses econômicos e políticos desfavorecerem a defesa da Democracia e dos Direitos Humanos, ressaltando, em conclusão, que em contextos políticos desfavoráveis, a mera análise política para aplicação da cláusula pode deturpar o próprio instituto, sendo recomendável a complementação de análise jurisdicional do caso.

Utilizando-se como exemplo a cláusula democrática estabelecida pelo MERCOSUL, tem-se ciência de que a redação do respectivo Protocolo não possibilita que a análise da ruptura se dê forma diversa, senão política. No entanto, sem defender o

automatismo da aplicação das mencionadas cláusulas, pondera-se que a exclusividade de julgamento político e de discricionariedade na interpretação do caso por corpo não imparcial prejudica a defesa da própria Democracia.

Os dois casos em que o Protocolo de Ushuaia foi acionado, observou-se causas e desdobramentos questionáveis de sua aplicação. No entanto, defende-se que, utilizando o caso paraguaio como exemplo, os descompassos quanto a forma de aplicação e quanto o mérito em si poderiam ter sido evitados em caso de prévia consulta jurisdicional ao TPR.

Especificamente quanto ao TPR, quando do ingresso de medida de urgência pelo Paraguai, o Tribunal se manifestou expressamente ser competente para analisar questões além do cunho comercial, uma vez que sua legitimidade foi concedida pelo art. 1, inciso 1 do Protocolo de Olivos (MERCOSUL, 2002), que discorre que os procedimentos estabelecidos pelo informado protocolo são meios hábeis de solução de controvérsias que surjam entre os Estados-partes, inclusive quanto aos “protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção”:

37. Nessa ótica, não se pode falar de “falta de vocação” do sistema para solucionar controvérsias que ultrapassam a esfera comercial. A legitimidade do sistema se fundamenta na contribuição à estabilidade, na medida em que avança o processo de integração, em suas diversas esferas. Esta legitimidade deve ser apreciada conforme o texto acordado no PO pelos Estados Parte, o qual não exclui a priori a análise de qualquer tipo de controvérsia no marco normativo do MERCOSUL. (TPR, Laudo 1/2012).

Com a manifestação expressa do TPR acerca de sua legitimidade para julgar casos que vão além de questões comerciais, como Democracia e Direitos Humanos, compromissos estes normativamente assumidos pelo MERCOSUL; RAMOS (2015) defende o surgimento de um hibridismo do modelo mercosulino, com a possibilidade de revisão judicial da aplicação da cláusula democrática, ou seja, “*la discrecionalidad típica del mecanismo político puede ser contrariada por la fuerza del Derecho Internacional, gracias a la revisión jurídica de esas sanciones*”. Como ressalta o professor, a revisão da aplicação também pode ser feita pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), seja por meio de denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CoIDH), ou em ato autônomo desta, vez que os países membros do MERCOSUL são signatários do SIDH.

Ainda que a possibilidade de revisão jurisdicional do ato da organização internacional, que por meio de sua cúpula política decidiu aplicar a prerrogativa da cláusula democrática, seja um avanço substancial; aqui no tocante ao MERCOSUL, vislumbrou-se que, no caso prático, não se evitou possíveis danos. Explica-se: utilizando, mais uma vez, como paradigma de análise a suspensão do Paraguai de 2012, temos que as dificuldades formais para interposição de medida jurisdicional de urgência se tornaram entraves para a revisão jurisdicional. Mesmo que a revisão jurídica possa ser realizada por meios ordinários de acesso ao Tribunal, a demora da providência judicial pode tornar a medida interposta sem efeito prático.

A defesa da Democracia e dos Direitos Humanos necessita de recorrente aprimoramento, com a evolução da sociedade. Esta defesa precisa estar atenta ao tempo de resposta que as relações sociais, políticas e econômicas demandam. Outrossim, deve-se

ponderar que a aplicação da cláusula democrática é uma sanção e, portanto, seja em atendimento aos princípios gerais de direito, seja pelas consequências que enfrentará o Estado punido, sua aplicação deve seguir rigorosamente o devido processo legal.

Em busca de maior efetividade para aplicação da cláusula democrática, os Estados-membros do MERCOSUL, por meio de sua cúpula política competente, podem demandar, previamente ao seu julgamento, da ferramenta de opiniões consultivas ao TPR e à CIDH. A utilização das opiniões consultivas tem o objetivo de trazer maior legitimidade e segurança jurídica na aplicação de eventual sanção, sob observação do cumprimento do devido processo legal.

Com a afirmação do TPR em ser competente para dirimir questões além das comerciais, em conjunto com o disposto no art. 3, inciso 1 do anexo ao Regulamento do Protocolo de Olivos (PO) (MERCOSUL/CMC/DEC. N° 37/03), os Estados-membros do MERCOSUL podem demandar do TPR a análise jurídica para eventual aplicação da cláusula democrática, que julgará de acordo com o arcabouço normativo do MERCOSUL, bem como com os princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis à matéria (MERCOSUL, PO, art. 34).

Além da possibilidade de consulta ao TPR, os Estados-membros podem consultar a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por força do disposto no art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 1969). Por ambos acessos, a resposta à consulta levará não somente em consideração os requisitos formais da aplicação da cláusula, mas também o entendimento internacional com relação à Democracia e Direitos Humanos. Ademais, a análise por corpo imparcial possibilita maior segurança jurídica ao ato, reforçando a sua legitimidade e eficácia.

A consulta aos órgãos jurisdicionais não descaracteriza a legitimidade política para aplicação da cláusula democrática, pois tal medida continua a depender, exclusivamente, da ação da cúpula política da organização. Ainda, a opinião consultiva, por sua natureza, não vincula os Estados a sua aplicação⁸⁰, ou seja, utilizar-se da medida de opinião consultiva previamente, não apresenta prejuízo ou deturpação do caráter político da medida.

Por conseguinte, a prévia análise jurídica da situação por órgão independente, com atuação atrelada aos princípios de Direito Internacional, possibilita aos Estados-membros maior segurança para aplicação da medida, impactando na sua efetividade e na proteção da Democracia e Direitos Humanos. Mesmo que não vinculantes, as opiniões consultivas “podem convencer por meio de uma interpretação persuasiva” (SAMTLEBEN, 2010), refletindo sobre a imagem da organização internacional ante a comunidade internacional.

A opinião consultiva depende do ato voluntário da parte que a utiliza, não existindo outro meio de atuação prévio e preventivo do TPR de manifestação acerca da legitimidade da aplicação da cláusula democrática pela cúpula política do MERCOSUL. Em casos de controversa aplicação da cláusula democrática, conforme já apresentado, o país acusado pode solicitar a revisão do ato, em jurisdição contenciosa.

80 • Opiniões consultivas: “São pronunciamentos fundados —não vinculantes nem mesmo obrigatórios— do TPR com relação a perguntas de caráter jurídico com respeito à interpretação e aplicação das normas MERCOSUL em um caso concreto com o objetivo de resguardar sua aplicação uniforme no território dos Estados Partes (arts. 3 y 11 CMC/DEC N°37/03, Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias –RPO-)” (MERCOSUL, TPR, Disponível em: https://tpmmercosur.org/pt/opi_consultivas.htm. Acesso em 10 nov. 2023)

No entanto, em caso de omissão da cúpula política ante flagrante ruptura da ordem democrática de um país-membro, não se verifica legitimidade do TPR para revisão jurisdicional. Ramos (2015) explica que em casos de omissão, a utilização de opinião consultiva por um Estado-parte ou por terceiro que acione a opinião consultiva junto à CIDH, pode sensibilizar a atuação do MERCOSUL. Na permanência da omissão, assim como em outros casos de afronta aos Direitos Humanos, resta a possibilidade de acionamento dos Estados faltosos frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Conclusão

A Democracia, ainda que seja modelo de governo que favoreça relações políticas e econômicas é, principalmente, meio de proteção dos Direitos Humanos e um direito humano em si. A sua defesa não pode, portanto, ficar à mercê de conveniências e arbitrariedades políticas.

A criação das cláusulas democráticas no bojo das organizações internacionais não pode ser utilizada como manobra política, mas sim, de garantia dos Direitos Humanos. Desta forma, ainda que sua aplicação dependa de juízo político, a decisão política não pode ser contrária aos standards americanos de proteção dos Direitos Humanos.

A utilização do órgão jurisdicional da organização internacional, por meio da ferramenta de opinião consultiva deve ser incentivada aos Estados. O artigo demonstrou que a utilização de tal instituto é válida juridicamente, sendo o TPR competente para discorrer sobre assuntos como Democracia e Direitos Humanos. Ademais, o Protocolo de Ushuaia não proíbe a consulta prévia ao órgão jurisdicional, ao contrário, determina que consultas sejam sempre realizadas, ainda que apenas se refira ao campo diplomático. A consulta prévia ao Tribunal, órgão de caráter imparcial e técnico, tem o condão de trazer à aplicação da cláusula democrática maior legitimidade e eficácia.

“A experiência da proteção internacional de direitos humanos demonstra que o melhor mecanismo de constatação de violações graves e persistentes é o jurisdicional” (RAMOS, 2018). A tecnicidade e imparcialidade do Tribunal podem evitar que a cláusula seja aplicada de maneira equivocada, como ocorreu no caso do Paraguai em 2012. Portanto, utilizar-se do braço jurisdicional do bloco, previamente à aplicação da cláusula democrática, é fortalecer a próprio instituto da cláusula democrática, sem esvaziar a competência política do ato.

Referências

- BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2020.
- CABRAL, Alexa Ian Psarski; CABRAL, Cristiane Helena de Paula Lima. Cláusula Democrática e Teoria do Reconhecimento dos Estados Partes do Mercosul. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, p. 1251-1252, 2º quadrimestre de 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Otávio A. D. A Cláusula Democrática do MERCOSUL: Aspectos Jurídicos do Argumento Diplomático. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2021.

HUNTINGTON, Samuel P. *A Terceira Onda: a democratização no final do século XX*. Tradução: Sérgio G. Paula. São Paulo: Ática, 1994.

LAFER, Celso. Descaminhos do Mercosul - a suspensão da participação do Paraguai e a incorporação da Venezuela: uma avaliação crítica da posição brasileira. *Política Externa*, vol. 21, n. 3, jan./fev./mar. 2013, p. 19-27. Disponível: <https://ieei.unesp.br/portal/wp-content/uploads/2013/03/Politica-Externa-21-03-Celso-Lafer.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

MARCELLO, Karen. *Quimera Democrática: aspectos constitucionais e internacionais da (instável) democracia brasileira e argentina*. 2023. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) - Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. doi:10.11606/D.84.2023.tde-07112023-194838. Acesso em: 2023-11-10.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Velhos e Novos Regionalismos*. 1 ed. Editora Unijuí, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Derechos Humanos y el Mecanismo Híbrido del Mercosur: ¿Cómo Controlar La Aplicación De La Cláusula Democrática?* Revista Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. Ano 3, nº 6; ago 2015; p. 48-68. DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n6.48>

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. / André de Carvalho Ramos. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMBO, Bruna; PEREIRA, Everton Candido; SÓTHEM Thiago. *A delicada saída e reingresso do Paraguai no Mercosul*. Abril 2014. Disponível em: <https://onial.wordpress.com/2014/04/10/a-delicada-saida-e-reingresso-do-paraguai-no-mercosul/>. Acesso em 10 nov. 2023.

SAMTLEBEN, Jürgen. *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika: beiträge aus internationaler und regionaler perspective*. Aachen: Shaker Verlag, 2010.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; BERNARDI, Vanessa de Oliveira. *A suspensão de membros da Organização dos Estados Americanos: uma questão procedimental?* In: GOMES, Eduardo Biacchi; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. *Golpes de Estado na América Latina e a Cláusula Democrática*. 1 ed. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2016, p. 51-82.

STRAUS, Flavio Augusto Saraiva. *Cláusula Democrática e Direitos Humanos*. 2018. Tese (Doutorado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. DOI:10.11606/T.2.2018.tde-08092020-014911. Acesso em: 08 nov. 2023.

VAN DER VLEUTEN, Anna; HOFFAMNN, Andrea Ribeiro. *Explaining the Enforcement of Democracy by Regional Organizations: Comparing EU, Mercosur and SADC*. *JCMS – Journal of Common Market Studies*, Vol. 48, n 3, pp. 737-758, Blackwell Publishing Ltd., Oxford, 2010.

VENTURA, Deisy. ONUKI, Janina. MEDEIROS, Marcelo et alli. *Internalização das normas do MERCOSUL*. Série Pensando o Direito, vol. 45. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Volume-45cc1.pdf>. Acesso em 19 ago. 2022.

A TUTELA DA LIBERDADE RELIGIOSA DOS MIGRANTES E REFUGIADOS NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Giovanna Martins Sampaio
Larissa de Paula de Albuquerque Correa

Resumo

Este trabalho tem como foco analisar e averiguar como a Corte Interamericana implementa, assegura e tutela algumas questões essenciais relacionadas aos migrantes e refugiados, mais especificamente, o direito à liberdade religiosa. Desse modo, O objetivo é analisar como os refugiados e migrantes enfrentam esse problema, e averiguar as ações da Corte no que tange à adequação da proteção por parte deste Tribunal, no combate à intolerância religiosa contra os migrantes e refugiados, bem como na salvaguarda do direito à liberdade religiosa. A metodologia é baseada em pesquisa bibliográfica, analisando relatórios, livros e até mesmo alguns jornais para saber notícias sobre casos de intolerância religiosa na América Latina, além da pesquisa breve e investigativa de casos na Corte Interamericana.

Introdução

Essa pesquisa possui como objetivo analisar e averiguar de que maneira a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) colabora para a garantia da liberdade religiosa, aos migrantes e refugiados, em paralelo à perspectiva dos direitos humanos, àqueles básicos à humanidade que historicamente conferem uma vida digna ao homem enquanto sujeito de Direito; Desse modo, salienta-se brevemente acerca desses direitos que eles estão regularmente insculpidos em tratados, convenções e declarações, quer dizer, instrumentos regionais e internacionais que visam a sistematização e uniformização dessas garantias e liberdades ao redor do globo.

Isso porque a liberdade de expressão, na qual o Direito à liberdade religiosa está incluído, é uma pauta adicional para além dos direitos humanos, sendo, portanto, necessário observar o atual cenário de tutela dessas liberdades pela Corte Interamericana. O objetivo é, portanto, buscar alguns casos no âmbito da CIDH, nos quais ainda não se percebe uma proteção efetiva e direta ao Direito à Liberdade religiosa aos/dos refugiados e migrantes, tecendo considerações acerca de medidas que a CIDH poderia lançar mão em busca da maior efetivação e garantia desse direito. Buscando atingir esse objetivo, a metodologia do presente trabalho consiste na revisão bibliográfica, de cunho descritivo e exploratório, com o uso de dados secundários e pautados numa perspectiva multidisciplinar e quali-quantitativa.

O artigo contempla pesquisas nos sites dos tribunais internacionais, leitura de casos e julgamentos principalmente na América, sendo, ademais, abarcadas teorias e concepções acerca dos Direitos Humanos, Direito Migratório, Direito Humanitário e Direito à liberdade religiosa. Dessa forma, foram trabalhados os conceitos adjacentes à garantia da liberdade religiosa, também considerando-se algumas questões

“bioéticas” tangentes ao assunto, e ao “direito à religião” dos migrantes e refugiados, numa ótica comparada do direito internacional, a partir da análise de obras de autores como Christopher McCrudden, Andrés Sajó, Renáta Uitz. Assim, em menor escala, propõe-se trazer a intersecção da ética e até do “biodireito” no âmbito da liberdade religiosa e dos Direitos Humanos dessas populações migrantes e refugiadas, problematizando-se os aspectos morais circunscritos a essa discussão.

Portanto, percebe-se primeiramente que esse artigo se enquadra numa linha e tendência de pesquisa que tem como foco o ativismo e os Tribunais Internacionais, revelando ainda a proposta ora apresentada, uma investigação do direito internacional comparado através do recorte da CIDH.

Assim, pretende-se ultimamente verificar o amplo e abrangente impacto social das migrações forçadas, particularmente no recorte religioso, a partir da investigação acerca das questões sociais tangentes ao direito à religião dos refugiados e migrantes, relativamente ao respeito às diferenças e ao aspecto da tolerância religiosa, bem como a forma de tratamento desses Sujeitos em face de suas manifestações religiosas, e invocando finalmente o papel e a legitimidade ativa de atuação da Corte Interamericana nesse âmbito visando assegurar maior efetividade jurídica ao direito à liberdade religiosa.

Migração na América Latina

Este artigo trata especificamente sobre os desafios que os migrantes e refugiados enfrentam na América Latina, principalmente no que se refere à liberdade religiosa. Porém, para maior compreensão dessa temática, é necessário primeiramente entender como funciona a onda migratória no mundo, principalmente no território latino-americano.

Consoante o último relatório da OIM (Organização Internacional de Migração), acredita-se que em 2020 havia aproximadamente 281 milhões de migrantes internacionais no mundo, equivalendo a 3,6% da população mundial. Em relação à classificação segundo às regiões do planeta, o relatório mostra que a Ásia e a Europa acolheram aproximadamente 87 milhões de migrantes, correspondendo a 61% dos migrantes nesse período. Em seguida se tem a América do Norte, com quase 59 milhões de migrantes, correspondendo a 21% do total, a África com 9%, a América Latina com 5% e a Oceania com 3%. Referente à América Latina especificamente, a porcentagem de migrantes na região, em 2020, foi de aproximadamente 2,3% (OIM, 2022).

Essas estatísticas não permitem descrever de forma mais detalhada as reais motivações que exigem a saída de determinado refugiado ou migrante de seu território, ou comunidade de origem, em caráter permanente, sendo divididas, portanto, em algumas categorias principais: perseguições políticas e étnico-religiosas, guerras civis, oportunidades de trabalho e educação, condições naturais climatéricas, etc.

Nesse esteio, essas movimentações ocorrem por vários motivos, podendo ser resultado de crises econômicas, conflitos sociais, religiosos, perseguição política, e até mesmo como consequência de catástrofes ambientais, como, por exemplo, no caso dos haitianos. Muitas pessoas são obrigadas a abandonar seus respectivos países para sua própria sobrevivência num novo local. A vida desses migrantes e refugiados em um novo país causa um choque radical em termos culturais, étnicos, religiosos e de

crenças, que os refugiados precisam lidar no âmbito de processos de socialização e até integração cultural, possuindo e revelando diversos impactos e o surgimento de diferentes questões afetas ao Direito. Desse modo, um ponto de extrema importância é considerar as particularidades de crenças e religião de cada indivíduo, o que “invoca o outro lado da moeda” - a constatação de práticas reiteradas de intolerância e xenofobia relativamente ao exercício religioso por esses povos migrantes e refugiados.

Essas migrações podem ser feitas de forma “coletiva e/ou individualizada ou em pequena escala, como famílias ou grupos de conhecidos; Nota-se que, em regra, ocorre a associação de mais de um motivo ou causa para decorrer a migração de certo grupo ou indivíduo; Destarte, Percebe-se que o fator religião, devido ao seu caráter eminentemente subjetivo, é o mais problemático a ser mensurado/de se mensurar no âmbito migratório, refletindo a especial atenção que o direito à liberdade religiosa merece ter por parte das instituições internacionais visando assegurar a sua efetivação;

A partir desses dados quantitativos, rememora-se que o continente americano é historicamente um berço de migrações e “refúgio, desde os seus primórdios, com a chegada dos ingleses na parte norte, e com os povos ibéricos, espanhóis e portugueses direcionados à parte sul continental, a América Latina. Essa tendência migratória continua acontecendo em direção à América e de forma cada vez mais complexa, eg. O México aceita muitos refugiados do Afeganistão devido à crise sociopolítica do Talibã e o Brasil vem recebendo cada vez mais sírios em seu território a partir da nova primavera árabe que se seguiu à guerra civil instalada no país no século moderno (ACNUR BRASIL, 2021). Salienta-se que algumas religiões, principalmente o islamismo e as de matrizes africanas, sofrem maior xenofobia e preconceito em alguns países na América. Principalmente por conta da visão pejorativa que carregada por muitos acerca dessas religiões, influenciados pelas diferenças culturais entre o ocidente e o oriente global. Por conta disso, muitos refugiados e migrantes não conseguem exercitar suas crenças e rituais de fé de maneira livre, tendo tolhida a sua liberdade de exercício religioso (SMALI, 2015).

Por fim, observa-se que O presente contexto da América Latina se refere a um momento muito específico, com a crise econômica e humanitária que a Venezuela, matriz energética e de combustíveis regional e mundialmente, vem passando. Desde 2013, a economia local retraiu em 75% e com episódios sucessivos de hiperinflação, detendo 80% de sua população total em situação de calamitosa pobreza, levando a uma onda migratória de grande proporção para as demais fronteiras da Latino-américa, eg. Colômbia, Brasil, Peru, Equador, Caribe, Argentina e Chile (ACNUR BRASIL, 2021).

Direitos humanos e dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada valor-fonte, maior e absoluto dos sistemas contemporâneos de direito, insculpidos inclusive nas constituições nacionais. Numa outra perspectiva, é tida como postulado superior de interpretação e aplicação das normas e enunciados que estipulam direitos e a proteção de bens jurídicos essenciais, pelo que está bastante associada às questões de concretização, ativismo e eficácia judiciais na tentativa de atribuição de sentido, e cumprimento e observância a direitos fundamentais do homem.

Dessa forma, tem seu conceito impreciso, ao ser considerada fundamento, medi-

da e fim do direito. Seu conteúdo é eminentemente axiológico, pelo que se relaciona com a ideia de mínimo existencial, teoria que se refere à salvaguarda dos direitos mais básicos para que o ser humano/homem possa performar e atuar, e existir no meio social. Pode-se considerar a dignidade como uma proposta filosófica de propriedade intrínseca, e até natural do ser humano, pois relacionada ao binômio racionalidade e consciência humanas, bem como à capacidade de autorreconhecimento do homem enquanto sujeito inserido em determinado contexto e segundo parâmetros maiores de equidade e autonomia.

Pode-se também considerar que a concepção de dignidade foi construída histórica e empiricamente, em paralelo ao desenvolvido do que seriam direitos fundamentais e humano, e a ideia moderna/contemporânea de dignidade está posta com base justamente na Declaração Universal de Direitos Humanos, a partir da qual se colocam determinados princípios parametrizadores que concretizam a dignidade e conformam-se como condições de existência, necessárias, sine qua non para a realização dos direitos considerados humanos.

Os direitos humanos também possuem um conceito um tanto quanto que vago e genérico, possuindo características fortemente marcantes como historicidade, universalidade, interdependência e indivisibilidade, e até circularidade, podendo-se considerar ainda que são dotados de grande carga simbólica e funcionando como argumento de autoridade para a própria efetivação e efetividade da ideia de dignidade humana.

Ademais, podemos refletir acerca dos fenômenos de estigmatização social relativamente ao debate dos direitos humanos, revelando-se justamente importante ante ao contexto político em que vivemos, em que há direta afronta a direitos fundamentais e ao politicamente correto mediante discursos discriminatórios, hegemônicos e acrílicos, demonstrando ainda a existência das relações de poder, também simbólicas, e conflitos de interesses que desempenham papel fundamental na atribuição de sentido à ideia dos direitos humanos.

Dessa forma, enfoca-se também na necessária articulação e história/histórico dos DHs, a partir da consideração de que todos os cidadãos são iguais e por isso possuem os mesmos direitos naturais que emanam da sua condição e essencialidade humana. Numa ótica dialética, define-se o entendimento mais básico dos DH no sentido de cumulação dessas garantias, por proverem de lutas históricas dos grupos sociais e minorias.

Nesse sentido, reflete-se justamente sobre a dimensão coletiva e difusa dos DH, que transcendem o indivíduo, na conformação de uma sociedade mais pacífica, harmoniosa, justa, equitativa e igualitária, a partir primordialmente dos bens jurídicos prioritários a serem protegidos no contexto da sociedade global. Assim, aduz-se a ideia de solidariedade intergeracional, relativizando a ideia de soberania do Estado e territorialidade, e relacionando com os aspectos de irrenunciabilidade e imprescritibilidade-atemporalidade, especialmente desses direitos.

Ainda, traz-se a ideia de tolerância, tão cara na conformação da empatia para Convivência em sociedade, considerando o atual contexto político que vivemos no nosso país, pelo que a questão central refletida é a acepção da tolerância enquanto valor-fonte a partir do qual emanam os direitos humanos, por exemplo. Temos também a reflexão crítica acerca de ideias tendenciosas que tentam minar a validade dos DH - o

postulado da dignidade enquanto qualidade moral e da própria autoconsciência humana. Num enquadramento mais pragmático e real, tem-se justamente O Vínculo da Implementação dos DHs à participação democrática dos cidadãos, requerendo uma extensa conscientização da Sociedade.

Em continuação, aduz-se a necessidade de formação de uma cultura e senso comum político e “esclarecido acerca dos bens jurídicos” para que se possa Progressivamente compreender aos anseios sociais pela proteção dos novos direitos, envolvendo-se aqui a gestão e implementação Transparente das políticas públicas. Ultimamente, a reflexão acima revela justamente a necessidade do enfoque em direitos humanos no âmbito da efetivação políticas públicas, trazendo os direitos fundamentais para uma perspectiva mais prática, e desvelando o extenso trabalho necessário para o empoderamento também político dos cidadãos, iniciado a partir mobilização das forças sociais contra o pensamento hegemônico;

A característica da heterogeneidade dos direitos humanos é levantada do ponto de vista de “inclusão no sentido de se considerar as particularidades de cada momento sócio-histórico em termos de contribuição para a desenvolvimento da proteção dos DH, em função da esfera de atuação da seara e direito públicos, e considerando-se a Premência da participação democrática e ativa na implementação desses próprios direitos.

Direito à religião e direitos humanos

A liberdade religiosa pode ser entendida como o Direito dos sujeitos de proclamarem qualquer expressão religiosa, de crença e/ou de fé, a partir de um teor pacífico promovido e entre os diferentes segmentos religiosos. Nesse diapasão, de acordo com José Afonso da Silva, a liberdade religiosa pode assimilar 3 vertentes, sendo elas: liberdade de crença, referindo-se à liberdade de seguir uma religião específica e aclamar sua religião dentro de sua própria residência, como acontece nos cultos domésticos; liberdade de culto, que se refere à proteção do indivíduo numa prática pública de sua fé e religião; e por fim, a liberdade da organização religiosa que se trata da possibilidade se institucionalizar livremente organizações com fins religiosos, em determinados critérios estabelecidos igualmente para todas as religiões em determinado contexto, eg. Igrejas, templos, centros, terreiros, etc. (MASSAO, 2010).

Nessa senda, reflete-se que a discussão sobre liberdade religiosa pode apresentar diferentes significados, a partir do olhar jurídico, social, dentre outros. Na visão do direito, essa liberdade é considerada uma garantia de pensamento, ciência e religião. Alguns autores até afirmam que a liberdade religiosa teria sido justamente o primeiro direito fundamental a ser reivindicado e reconhecido pelo indivíduo, a partir das crises históricas na Igreja Católica que levaram à sua separação e à Consolidação do movimento da reforma protestante (CERVANTES, 2004)

Considerando a visão social e política, pode-se utilizar a visão de Norberto Bobbio em sua obra “A Era dos Direitos” (2004), já que discute acerca dos Direitos Humanos relativamente à liberdade de expressão, democracia e igualdade. Assim sendo, Bobbio trabalha com três tipos de definições: tautológicas, formais e teológicas. As Tautológicas estabelecem que os direitos dos homens são o que os cabem como cidadãos, não indicando nenhum elemento que caracterize esses direitos humanos.

As formais, por sua vez, são desprovidos de conteúdo, sendo meramente portadoras do estatuto, e reunindo diversos direitos dos homens, referindo-se aqueles direitos que pertencem ou deveriam pertencer a todos. Por fim, as teológicas relacionam-se ao direito do homem, para o qual seu reconhecimento é uma condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana e para o desenvolvimento da civilização (BOBBIO, 2004).

Visto isso, Bobbio considera ainda a ideia de que todos devem ser reconhecidos como cidadãos e, portanto, deter direitos. A Declaração Francesa de 1789, a partir a instituição dos lemas e ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, reveste-se como uma peça-chave primordial para garantir e debater com maior autonomia sobre os Direitos Humanos. A partir da contextualização histórica, o autor levanta em seu livro o ponto do “dimensionamento” dos direitos humanos, já que estes caminham, mudam e evoluem simultaneamente aos acontecimentos e eventos no tempo (BOBBIO, 2004).

Continuamente, a primeira geração seria os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. A segunda geração retrata os chamados direitos coletivos, nos quais o sujeito é visto a partir da sociedade. A terceira geração tem como foco o Direito dos Povos ou os Direitos de Solidariedade, traduzindo os direitos transindividuais, também considerados direitos coletivos e difusos, compreendendo os direitos do consumidor e questões relacionadas à ecologia e ao meio ambiente. A quarta geração foi institucionalizada com base nos debates sobre a bioética, os direitos de manipulação genética, a biotecnologia e bioengenharia, tratando de questões sobre a vida e a morte e relacionando-se com a discussão ética e moral a partir de determinada crença, fé ou religião (BOBBIO, 2004)

Compreendendo isso, fica mais evidente como a questão da liberdade religiosa é considerada uma discussão acerca dos Direitos Humanos, visto que está assimilada à liberdade de expressão, podendo ser representada em duas facetas que são igualmente tutelares, sendo uma positiva e outra negativa. A positiva é inicialmente definida a partir de uma perspectiva interna, condizendo com a possibilidade de apresentar uma ou até mesmo nenhuma religião, ou convicção religiosa;

Complementarmente, a positiva refere-se à vontade pessoal do indivíduo em expressar ou não sua escolha religiosa, ou mesmo a ausência de opção por determinada religião. Já a negativa corresponde à impossibilidade de ser relacionado a determinada convicção religiosa ou crença, prezando-se pela neutralidade. (CERVANTES, 2004).

No recorte internacional, retratamos que a Corte Europeia/TJEU levantou inicialmente essa pauta, em 1976, a partir do caso “Kjeldsen, Madsen e Petersen”, tendo os julgamentos durado até 1993. Isso porque, no caso em questão, a Corte Europeia realizou primeiramente uma precisão conceitual baseada nos institutos jurídicos considerados no Protocolo 1 (um) da sua convenção, focando no respeito à liberdade religiosa e à origem de sua manifestação por meio da educação, tendo o processamento do caso focado em pontuar justamente como a questão da religião é um direito de todas as pessoas que deve ser pontualmente respeitado relativamente à privacidade e à vida familiar de cada indivíduo, bem como sua liberdade de pensamento. Na conclusão desse caso, a Corte Europeia pontuou o artigo 2 de seu protocolo, acerca do Direito à Instrução, em que afirma que o Estado não pode desprezar o direito dos pais e dos responsáveis na escolha sobre o que as crianças podem ou não realizar

segundo as suas crenças e religiões pessoais (CERVANTES, 2004).

Continuamente, um ponto crucial levantado durante o processo desse caso foi que o Estado estaria proibido de perseguir ou propagar determinada doutrina, por meio de instituições da educação, a fim de atribuir o devido respeito a todas as diferentes convicções religiosas e filosóficas existentes, evidenciando que o Estado deve propor uma convivência democrática entre as diversas vertentes relativas às crenças e fé religiosas, de natureza individual ou coletiva, e complementando sobre a necessidade de se ter uma educação de natureza pluralista.

Desde então, a Corte Europeia estabeleceu alguns princípios gerais que devem ser observados para a proteção da liberdade religiosa (conforme o artigo 9 da Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre liberdade de pensamento, consciência e religião). O primeiro refere-se à liberdade de pensamento, religiosidade e crenças, conformando justamente um dos pontos cruciais para a salvaguarda de uma sociedade plural e democrática, devendo-se respeitar as individualidades de cada um. Em segundo lugar, tem-se que a liberdade religiosa é se sentir livre para expressar sua religião. Terceiro, a Corte ressalta as possibilidades coletivas de manifestação religiosa, existindo inclusive o direito de convencimento de outras pessoas acerca de qual religião devem seguir, sendo necessário conciliar os interesses de todos os grupos garantindo que suas crenças sejam respeitadas bem como igualmente propagadas (CERVANTES, 2004).

Dessa forma, é perceptível como a questão da liberdade religiosa vai para além do mero fato de expressar uma religião específica, tratando-se de um direito abrangente que todos possuem relativamente a exporem e manifestarem suas crenças e fé, inclusive enquanto migrantes e refugiados. A partir do momento que um grupo de pessoas está excluindo devido à sua religião, isso configura-se e conforma-se numa ameaça à liberdade de expressão e religiosa, atingindo uma escala coletiva maior para além daquele sujeito de direito. O Estado democrático, portanto, detém como papel garantir a salvaguarda de todos os tipos de manifestações subjetivas de cada um dos indivíduos que se propõe a tutelar e proteger, independente de qualquer condição ou caráter migratório.

Corte Interamericana de Direitos Humanos e seu funcionamento

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem como meta aplicar e interpretar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, especificamente no âmbito do sistema protetivo, conformado para a tutela de direitos básicos pautados num contexto humanitário do direito. É um Tribunal Internacional regional e possui um caráter consultivo e contencioso em alguns casos. O CIDH possui um documento de jurisprudência sobre a pauta de migração, refúgio e apátridas, em que se realiza uma análise consultiva, focando nos Direitos Humanos desses migrantes e refugiados. Visto isso, o CIDH pode teoricamente colaborar de forma efetiva com a garantia de Direitos Humanos essenciais, incluindo-se aqui a garantia do Direito à liberdade religiosa (CIDH, 2014).

A Corte é uma das três cortes regionais de Direitos Humanos e aspira aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre a matéria. Esta Convenção, por sua vez, apresenta direitos essenciais eg. Vida, integridade pessoal, proibição da escravidão e

servidão, proteção da família, igualdade perante à lei, liberdade de associação, liberdade de consciência e religião, liberdade de pensamento e expressão, proteção judicial, relacionando-se com o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Possui alguns instrumentos internacionais que regem seu funcionamento, baseados na própria Convenção Americana, tanto em relação aos seus procedimentos quanto às funções que desempenha e competências que reúne. A Corte também dispõe de um Estatuto aprovado pelos Estados que compõem a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) (CIDH, 2014).

A CIDH apresenta três principais funções, sendo elas contenciosa, poder de adjudicação de medidas provisórias e consultivas. A contenciosa refere-se à prerrogativa da Corte perante um Estado determinando que este tem responsabilidade internacional pela violação de algum dos direitos reconhecidos pela Convenção Americana ou em outros tratados de Direitos Humanos aplicáveis no Sistema Interamericano, sendo a partir dessa função que a Corte supervisiona o cumprimento das sentenças que atribui aos Estados;

O poder relativo às medidas provisórias refere-se às medidas realizadas pelo tribunal em casos de urgência e extrema gravidade de determinadas situações, no intuito de evitar danos irreparáveis aos sujeitos de direito. Essa função é somente acionada quando alguns requisitos são pontualmente cumpridos;

A terceira competência, consultiva, ocorre quando a Corte responde às consultas que lhe são formuladas pelos Estados-Membros da OEA e de seus órgãos, sendo que esses pedidos, requisições devem observar a compatibilidade das normas internas de cada membro com a Convenção, bem como a interpretação da Convenção ou tratados que são associados à proteção dos Direitos Humanos nos Estados Americanos (CIDH, 2014).

Ademais, a Corte também atua com essa fiscalização e cumprimento de normativas relacionadas à proteção de direitos humanos, a partir da qual a Corte emite sentenças que declaram responsabilidade internacional dos Estados por alguma violação de direitos da Convenção Americana. Assim, a Corte ordena que os Estados Implementem uma série de medidas de reparação para as vítimas, traduzindo, portanto, uma de suas perspectivas, jurisdicionais, que consiste justamente na garantia do cumprimento das sentenças e das medidas e compromissos assumidos.

Devido a isso, a Corte acredita que a eficácia das sentenças é somente garantida quando a sua execução é devida e assertiva, bem, como fiscalizada, ou seja, supervisionada por parte da própria Corte. Esse processo compreende desde a materialização da proteção do direito reconhecido na sentença aplicada até a aplicação e implementação do referido pronunciamento judicial e dispositivo (CIDH, 2014).

Corte Interamericana de Direitos Humanos e Liberdade Religiosa

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando se discute a questão da liberdade religiosa, tem um debate em torno da adoção de instrumentos internacionais dos Direitos Humanos, isso desde a ação da Organização dos Estados Americanos (OEA) e sua carta fundadora que estabeleceu o desenvolvimento do sistema de proteção dos Direitos Humanos numa estrutura organizacional, assim como acontece na Europa. É

por meio dessa carta que se encontra referencias, pela primeira vez, sobre a questão da liberdade religiosa, principalmente no sentido de igualdade, em que todas as religiões devem ser respeitadas iguais, se encontra no segundo e no terceiro artigo na Carta da Organização dos Estados Americanos, em que declara que toda pessoa tem o direito de professar livremente suas crenças religiosas (CERVANTES, 2004).

Conclusão

Para ratificar as informações teóricas relativas a essa temática, foi realizada a pesquisa no website da CIDH, com a respectiva elaboração de planilhas, sobre os possíveis casos envolvendo ou descrevendo diretamente o direito à liberdade religiosa, tendo sido contatados exemplos apenas tangenciais acerca da tutela desse direito tão específico e primordial;

Assim, Continuamente, Para realização deste artigo foi necessário pesquisar os conceitos de Direitos Humanos básicos, e diferenciá-los do direito humanitário, dos direitos dos refugiados e do direito migratório, tendo sido preciso contextualizar alguns aspectos da atuação e legitimidade dos Tribunais Internacionais e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para analisar a vinculação ou não a essas decisões por parte dos Estados-membros face à “condenações concretas” ante à violação de direito humanos, lançando-se mão das doutrinas e posicionamentos de Zaffaroni e primordialmente Cançado Trindade, ante à relevância Internacional dos autores nas discussões sobre jurisdição e ativismo judicial no cenário internacional;

Neste trabalho, foi possível verificar o amplo e abrangente impacto social das migrações forçadas, particularmente no recorte religioso, a partir da investigação acerca das questões sociais tangentes ao direito à religião dos refugiados e migrantes, relativamente ao respeito às diferenças e ao aspecto da tolerância religiosa, bem como a forma de tratamento desses Sujeitos em face de suas manifestações religiosas, e invocando finalmente o papel e a legitimidade ativa de atuação da Corte Interamericana nesse âmbito visando assegurar maior efetividade jurídica ao direito à liberdade religiosa.

Um ponto de extrema importância é considerar as particularidades de crenças e religião de cada indivíduo, o que “invoca o outro lado da moeda” - a constatação de práticas reiteradas de intolerância e xenofobia relativamente ao exercício religioso por esses povos migrantes e refugiados.

Destarte, percebe-se que o fator religião, devido ao seu caráter eminentemente subjetivo, é o mais problemático a ser mensurado/de se mensurar no âmbito migratório, refletindo a especial atenção que o direito à liberdade religiosa merece ter por parte das instituições internacionais visando assegurar a sua efetivação;

Desse modo, ressalta-se que a religião é um fator determinante na construção da identidade do sujeito e integração deste no meio social em que se encontra inserido; Tendo isso em mente, o estudo de casos revelou que as decisões da Corte Interamericana, seguindo a linha de proteção dos Direitos humanos lato sensu, parecem relegar a segundo plano a temática da liberdade de exercício religioso de forma mais abrangente e integrada, no que tange à busca por alternativas para a efetiva implementação das garantias religiosas essenciais para os migrantes e refugiados;

Portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foca em garantir os direi-

tos básicos, entretanto a questão dos direitos Correlatos à Liberdade religiosa não são específica e/ou diretamente respaldados/resguardados, no âmbito de decisões e julgamentos dos casos concretos pela Corte, dificultando a garantia desses direitos sui generis face às comunidades de migrantes e refugiados;

Constata-se que são necessárias medidas ao nível da política internacional que sejam perenes, “dispositivas e mais assertivas, e vislumbrem a articulação dialogada e a participação cooperativa das nações e tribunais, imbuídos e pautados nos princípios gerais de direitos humanos a serem assegurados coletivamente, ou seja, atribuídos a todos os grupos étnicos e religiosos, e sócio-econômicos, independente do seu caráter de migrantes ou refugiado.

Referências

- ACNUR. Américas. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/onde-estamos/americas/>. Acesso em: 25 jan. 2023.
- ACNUR. Dados sobre refúgio. 2020. Disponível em: < <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/> > Acesso em: 23 dez. 2022.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Editora Campus: Rio de Janeiro, 2004.
- CERVANTES, Luis. Los principios generales sobre la libertad religiosa em la jurisprudência de los sistemas europeo y interamericano de proteccion de los derechos humanos. Revista do IBDH, vol. 5, n 5, 2004. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/68/69>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- CORTE IDH. Jurisprudência da corte interamericana de Direitos Humanos: migração, refúgio e apátridas. Editora Gráfica Ltda: Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por5.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.
- CORTE IDH. Sistema interamericano de DH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm. Acesso em: 20 jan. 2023.
- HUND, Elizabeth Shakman. Beyond Religious Freedom The New Global Politics of Religion. Princeton University: Nova Jersey, 2015.
- IOM. World migration report 2022. Disponível em: <https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2022-interactive/>. Acesso em: 29 jan. 2022.
- LEITE, Fábio. Estado e Religião - A Liberdade Religiosa no Brasil. Juruá: Rio Grande do Sul, 2014.
- MARSDEN, George M. Religion & American Culture: A Brief History. Eerdmans: Michigan, 2018.
- MCRUDDEN, Christopher. Litigating Religions: An Essay on Human Rights, Courts, and Beliefs. Oxford University: Londres, 2018.
- OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2021. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/enlaces/default.asp>>. Acesso em: 20 dez. 2022.
- SAJÓ, András; UITZ, Renáta. The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism. Oxford University: Londres, 2017.
- SMALI, Soraya S. Migrantes, pós-colonialismo e fundamentalismo: enlaces entre oriente e ocidente e a questão do Islã. Psicologia USP [online], 2015, vol.26, n.2, pp.145-151. ISSN 1678-5177. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-6564D20150002>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- TERAOKA, Thiago. A liberdade religiosa no Direito Constitucional Brasileiro. 2010. 282 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010.

TRINDADE, Caçado. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. Revista Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30426.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2022.

TRINDADE, Caçado. Os tribunais internacionais contemporâneos. Funag: Brasília, 2013. Disponível em: <https://funag.gov.br/loja/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2023.

Coordenador
WAGNER MENEZES

Organizadores
ALDO NUNES FILHO
LUIZA GIANNINI
MÔNICA NOGUEIRA RODRIGUES

Conselho Editorial
BONI DE MORAES SOARES
DANIELA BUCCI
DANIELLE MENDES THAME DENNY
GISELLE AMORIM NERY DE MESQUITA
MARINA BORGES SOARES
NATHALIA PENHA CARDOSO DE FRANÇA
RAFAEL SANTOS MORAIS
SIBELE WALKIRIA LOPES
TATIANA DE A. F. R. CARDOSO SQUEFF