

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Ardyllis Alves Soares

Marcelo Dias Varella

Editores convidados:

Hervé Ascensio

Julien Chaisse

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 18	n. 2	p. 1-397	ago	2021
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito
Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados às disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

Editor Gerente

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo
Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França
Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 18, número 2 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

CRÔNICAS.....	13
REIMAGINING INTERNATIONAL RELATIONS TEACHING DURING (AND AFTER) COVID-19	15
Magdalena Bas	
1 Teaching and learning International Relations in the COVID-19 era	15
2 Challenges and lessons learnt	15
3 The day after COVID-19	17
References.....	17
DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A CRISE SANITÁRIA DO COVID-19 (INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND THE COVID-19 SANITARY CRISIS)	19
SOME QUESTIONS ABOUT INTERNATIONAL ECONOMIC LAW RAISED DURING THE PANDEMIC	21
Hervé Ascensio	
1 Broadening the scope of international economic law.....	22
2 Linking international economic law with other branches of international law	22
3 Enhancing global public policies in the health care sector	24
INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND THE COVID-19 SANITARY CRISIS: AN INTRODUCTION 27	
Julien Chaisse	
1 Introduction	28
2 States and International Organizations in the Context of IEL	29
2.1 States Measures.....	29
2.2 International Economic Organization Reactions	30
3 Indirect effects of the crisis and necessity of a global approach	30
4 Conclusion	33
TRANSPARÊNCIA E COOPERAÇÃO REGULATÓRIA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE PRODUTOS MÉDICOS PARA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA OMC E DAS NOTIFICAÇÕES DO BRASIL EM OBSERVÂNCIA AOS ACORDOS TBT E SPS.....	35
Magali Favaretto Prieto Fernandes e Michelle Ratton Sanchez Badin	
1 Introdução.....	36

2 Relação entre comércio internacional e saúde pública	38
3 O comércio internacional no centro da crise: políticas comerciais e medidas administrativas como respostas à pandemia	39
4 O papel da OMC durante a pandemia e o valor da transparência e do trabalho técnico	42
5 O caso do Brasil: notificações de medidas relacionadas à COVID-19 sob os Acordos TBT e SPS 45	
5.1 Políticas comerciais e administrativas relacionados ao comércio internacional em contraste com outras políticas brasileiras	45
5.2 Avaliação das medidas brasileiras notificadas à OMC	47
5.3 Há relação entre as respostas e medidas adotadas pelo Brasil e a atuação institucional da OMC e o sistema multilateral de comércio?	50
6 Considerações finais	51
Agradecimentos	52
Referências	52

O DEVER HUMANO DE PROMOÇÃO DA SAÚDE: A AVIAÇÃO COMERCIAL INTERNACIONAL EM PERÍODOS DE CALAMIDADE SANITÁRIA E DO RETORNO À NORMALIDADE56

Thiago de Oliveira Frizera, Luisa Cortat Simonetti Gonçalves e Adriano Sant’Ana Pedra

1 Introdução	57
2 Análise de normativas internacionais	58
3 Os deveres humanos e o período de calamidade sanitária	61
4 A extensão e a onerosidade dos deveres no período de calamidade sanitária e pós-pandemia	64
5 Considerações finais	68
Referências	68

POLICE POWERS DOCTRINE: A RELIABLE STATE DEFENSE IN TIMES OF COVID-19?.....73

Thomas Lehmann

1 Introduction	74
2 The concept and integration of the Police Powers Doctrine in International Investment Law	75
2.1 Scope, sources and customary nature of the Police Powers Doctrine	76
2.2 Integration of the Police Powers in the interpretation of international investment agreements.....	78
3 The disputed conditions and threshold for the application of the Doctrine	79
3.1 The requirements for a measure to qualify under the Doctrine	79
3.2 Divergent opinions on the threshold of application	81
5 Conclusion	85
References	86

A INEXISTÊNCIA DO CONTROLE PREVENTIVO LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 936/2020 91

Danilo Garnica Simini, Gabriel Carvalho Moreira e Rafaela Souza Machado

1 Introdução	92
2 As convenções da Organização Internacional do Trabalho	93
3 A Teoria do Controle de Convencionalidade	95
4 Considerações acerca do processo de elaboração das medidas provisórias	98
5 Principais aspectos da Medida Provisória n.º 936/2020.....	100
6 Análise da Medida Provisória n.º 936/2020 pela Comissão Mista do Congresso Nacional	102
7 Considerações finais	104
Referências	105

A CRITICAL ANALYSIS OF THE IMPLICATIONS OF COVID-19 ON PIRACY OFF THE NIGERIAN COAST..... 108

Kalu Kingsley Anele

1 Introduction	109
2 A panoramic view of the convergence of piracy and Covid-19.....	111
3 Overview of piracy in Nigeria	113
3.1 Nature and consequences of piracy in Nigeria	113
3.2 Piracy legal and institutional regimes in Nigeria.....	115
4 Overview of Covid-19 in Nigeria	117
5 Dialectical analysis of the effect of Covid-19 on piracy off the Nigerian coast.....	119
6 Measures to Reduce Piracy in Nigeria.....	123
7 Conclusion	126
References.....	127

THE COVID-19 PANDEMIC AS AN IMPELLER FOR THE AGGRAVATION OF MARINE PLASTIC POLLUTION AND ECONOMIC CRISIS: THE REVERSE EFFECT OF HEALTH PROTECTION MEASURES ON HUMAN LIVES 135

Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão e Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

1 Introduction	136
2 The outbreak of the Covid-19 Pandemic: origin and relation with the environmental crisis.....	137
3 The sanitary measures implemented and the worsening of marine plastic pollution: a warning about the risks to human health	138
4 Ocean vitality: the SDG 14 as an essential objective	140
5 The economic unfeasibility of marine plastic pollution: an attempt to quantify the loss of ecosystem services.....	142

6 International normative instruments as drivers for overcoming the problem: the necessary sustainable management of plastic waste	145
7 Final Considerations	148
References.....	149

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS 154

O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO NOS PARECERES CONSULTIVOS DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: UMA CONJUGAÇÃO DE PERSPECTIVAS UTÓPICAS E APOLOGÉTICAS 156

Talis Prado Pinto Junior e Arthur Roberto Capella Giannattasio

1 Introdução	157
2 Materiais e métodos utilizados	159
2.1 Pesquisa qualitativa baseada em fontes primárias e secundárias	159
2.2 Critérios de análise das fontes primárias.....	160
2.3 Marco teórico: direito internacional entre apologia e utopia.....	161
3 Análise dos pareceres consultivos da CIJ envolvendo DIH	163
3.1 Legalidade da ameaça do uso ou do uso de armas nucleares (8.7.1996)	163
3.2 Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado (9.7.2004).....	164
4 Pareceres consultivos da CIJ sobre DIH: combinando apologia e utopia.....	165
4.1 Legalidade da ameaça do uso ou do uso de armas nucleares (8.7.1996)	165
4.2 Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado (9.7.2004).....	166
5 Considerações finais	167
Referências.....	167

CONTESTING IMMUNITIES IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: AN ANALYSIS OF THE RULINGS OF THE PRE-TRIAL CHAMBERS AND THE APPEALS CHAMBER IN AL BASHIR CASE AND ITS OUTCOMES 171

Luisa Giannini e Roberto Vilchez Yamato

1 Introduction	172
2 The issue of immunity of heads of state in international criminal courts	173
3 The issue of Immunity of Head of State in the Al Bashir Case at the ICC	175
3.1 The ICC and Al Bashir’s immunity.....	176
3.2 The Appeals Chamber Judgment on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Bashir.....	179
3.3 Developments in reaction to the ICC’s rulings on Bashir’s immunity.....	180
4 The rulings from the ICC and the different forms of contestation	182
5 Conclusion	183
References.....	185

RUMO À PROFISSIONALIZAÇÃO DA PREVENÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS (ACFIs) DO BRASIL? 191

Nitish Monebhurrin e Leonardo Vieira Arruda Achtschin

1 Introdução	192
2 Um método de diálogo multicamadas para a prevenção de controvérsias	195
2.1 As camadas principais: o sistema de governança preventiva formado por uma articulação dialógica entre os Comitês Conjuntos e os Ombudspersons dos ACFIs.....	195
2.1.1 A função política do Comitê Conjunto na prevenção de controvérsias	195
2.1.2 A função administrativa do Ombudsperson na prevenção de controvérsias.....	197
2.2 As camadas secundárias: a conexão dialógica entre o órgão de governança de prevenção de controvérsias e as partes interessadas.....	198
2.2.1 A esperada participação do investidor.....	199
2.2.2 A possível participação formal da sociedade civil	200
3 Um procedimento de prevenção de controvérsias conferindo uma função quase-jurisdicional aos Comitês Conjuntos dos ACFIs	203
3.1 A formalidade do procedimento de submissão da prevenção de controvérsias pelas partes	203
3.2 O formalismo do procedimento de avaliação de prevenção de controvérsias pelo Comitê Conjunto ..	204
4 Considerações Finais	206
Referências	207
Legislativas	207
Jurisprudenciais	207
Bibliográficas	208

THE PREVENTIVE CHARACTER OF DISASTER LAW: TAX INCENTIVES IN ENVIRONMENTAL, SOCIAL, AND GOVERNANCE (ESG) INVESTMENTS AS A RISK MITIGATION MECHANISM..... 212

Daniel Dela Coleta Eisaqui e Deilton Ribeiro Brasil

1 Introduction	213
2 Disaster law as an imperative in risk society	213
2.1 Law as a tool for preventive risk management	214
2.2 International nature of disaster law	215
3 The dimensions of development and the symbiotic relationships between sustainability and governance	218
4 The emergence of eco-capitalism and green economy: ESG investments as an essential element of sustainable governance	219
5 Possibility of using tax incentives in ESG investments as a risk management and mitigation solution	221
5.1 Administrative disaster law and public policy-making.....	221
5.2 The role of taxation in disaster risk mitigation	222
5.3 Tax incentives in ESG investments as precautionary public policy against disaster risks	225

6 Conclusion	228
References.....	229

A URGÊNCIA DE UM MODELO DE GOVERNANÇA INTERNACIONAL DA ÁGUA: ELEMENTOS PARA A DISCUSSÃO **235**

José Ivaldo Alves Oliveira Silva

1 Introdução	236
2 O conceito de governança	237
2.1 Fundamentos e diretrizes para uma governança da água.....	239
2.1.1 Governança por regulação	240
2.1.2 Governança sem governo	241
2.1.3 Collibration	241
2.1.4 Controlabilidade.....	242
2.2 A governança da água na ótica de Ostrom	243
3 A governança internacional da água	244
3.1 Sistema normativo de gestão e governança das águas transfronteiriças: a necessidade de uma hidrodiplomacia	251
3.2 A hidrodiplomacia.....	256
4 Considerações finais	258
Referências	259

O FIM DA HIERARQUIA SUPRALEGAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: ANÁLISE DA ADI N.º 5.543/2020-DF: À LUZ DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE NEIL MACCORMICK..... **263**

Ana Maria D´Ávila Lopes e Patrícia K. de Deus Ciríaco

1 Introdução	264
2 A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil	264
3 Os argumentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais na ADI n.º 5.543/2020 DF.....	268
4 Análise da ADI n.º 5.543/2020 DF à luz da teoria de Maccormick.....	271
4.1 Consistência.....	273
4.2 Coerência	273
4.3 Universalidade.....	274
Referências.....	276

OS DIREITOS HUMANOS FRENTE À NORMATIVIDADE “IMPERIAL” E A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA ERA DO “IMPÉRIO” **280**

Fernando Hoffmam e Jose Luis Bolzan de Moraes

1 Introdução	281
2 A construção de uma nova normatividade na era do “Império”: do fechamento à abertura.....	282

2.1 O fim do monopólio estatal da produção normativa e o lugar do constitucionalismo	282
2.2 Nova normatividade e novos atores: do que estamos falando?	285
3 Os direitos humanos no contexto do novo paradigma normativo “imperial” e a responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos	289
3.1 O papel dos direitos humanos face ao novo paradigma “imperial”	290
3.2 O exemplo privilegiado da responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos: entre o enfraquecimento e o fortalecimento dos direitos humanos.....	294
4 Considerações finais	298
Referências.....	299

O RECONHECIMENTO FACIAL NAS SMART CITIES E A GARANTIA DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....302

Diogo Dal Magro e Vinícius Borges Fortes

1 Introdução	303
2 Smart surveillance: o caso de reconhecimento facial aplicado às smart cities chinesas.....	304
3 O impacto do reconhecimento facial das smart cities na privacidade.....	310
4 O desenvolvimento de smart cities no Brasil e a proteção aos direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados pessoais.....	316
5 Considerações finais	324
Referências.....	325

O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROSCRIÇÃO DO DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS E SUA FENOMENOLOGIA NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS 331

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

1 Introdução	332
2 A origem do fenômeno: entre o Gulag e A “Noite e a Névoa”	333
3 O desaparecimento forçado de pessoas desde o Jubileu e o caso dos Juristas: “aparecimento”, “esquecimento” e “ressurgimento” de um crime internacional próprio.....	335
4 O “ressurgimento” do desaparecimento forçado de pessoas no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a luta internacional por sua proscrição/incriminação	343
5 Considerações finais	356
Referências.....	357

CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO GLOBAL E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: INSTRUMENTOS PARA UMA GOVERNANÇA DE DIREITO TRANSNACIONAL NA INTEGRAÇÃO362

Anderson Vichinkeski Teixeira, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Luciane Klein Vieira

1 Introdução	363
--------------------	-----

2 A interação entre o Direito da Integração, o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado sob sua abordagem mais contemporânea.....	366
3 A processualização transformadora do nacionalismo metodológico em um multi-stakeholderism normatizador: o enfoque regulador integrado transnacional do Direito Internacional Privado e do Direito Constitucional	367
4 A governança glocal e global, a integração regional e o Direito Internacional Privado sob o enfoque do constitucionalismo cooperativo global como fundamentos de um Direito Transnacional	370
5 Considerações finais	374
Referências	375

PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELA APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA: ANÁLISE DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA379

Pablo Leurquin

1 Introdução	380
2 Papel do Direito da Concorrência da União Europeia para a proteção da inovação	381
3 Decisão do caso Astrazeneca.....	384
3.1 Incidência de várias técnicas de promoção da inovação	384
3.2 Declarações enganosas	385
3.3 Retirada das cápsulas de Losec do mercado.....	386
4 Decisão do caso Servier	387
4.1 Aquisição abusiva de tecnologia.....	387
4.2 Aplicação dos artigos 101 e 102 do TFUE	387
5 Decisão do caso Buprenorfina.....	388
5.1 Estratégia contra os genéricos.....	389
5.2 Contribuição da Autoridade da Concorrência francesa	390
6 Considerações finais	391
Referências.....	391

NORMAS EDITORIAIS.....395

Envio dos trabalhos:.....	396
www.rdi.uniceub.br.....	397

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

CRÔNICAS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Reimagining International
Relations teaching during (and
after) COVID-19**

**Imaginando o ensino das
Relações Internacionais durante
(e após) o Covid**

Magdalena Bas

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

Reimagining International Relations teaching during (and after) COVID-19*

Imaginando o ensino das Relações Internacionais durante (e após) o Covid

Magdalena Bas**

1 Teaching and learning International Relations in the COVID-19 era

Teaching and learning International Relations is challenging, as international phenomena must be addressed at the time they develop. However, virtual teaching and learning in the COVID-19 era involve extra challenges, even more in massive courses (approximately 140 active students). Thus, firstly this piece aims to examine the author's experience as a professor of International Relations at the University of the Republic (Uruguay) during 2020-2021. In light of the above, the second part of the article presents some guidelines to reimagine International Relations teaching the day after the syndemic¹.

2 Challenges and lessons learnt

The first challenge to tackle in order to reach “virtual” meaningful learning² is getting to know the students and avoid falling into an “allegory of the cave”. That is, believing that students have certain characteristics based on assumptions according to age or where they live. The context of massiveness can mask individualities. However, there are always opportunities to inquire into their interests, look for opinions and reflections, support them during formative and summative evaluations, and even in the development of digital skills.

Coordination within the teaching team is essential to maintain fluid communication through forums. Digital space can also turn into a “natural critical learning environment”, in terms of Bain³, in which the fear of raising doubts or making mistakes is mitigated. Getting to know students also provides information to improve the writing of assessments instructions or “frequently asked questions”, especially useful in summative evaluations.

* Recibido em 01/09/2021
Aprovado em 20/09/2021

** Postdoctoral Researcher at the Institute of Human Rights and Business of the University of Monterrey (UDEM), Mexico. Professor at the University of the Republic, Uruguay. Member of the National Researchers System, Uruguay
Email: magdalenabas@gmail.com

¹ The term syndemic, coined by Singer, is used to include the social and political conditions and effects in addition to the health related to the pathogen. SINGER, Merrill. Introduction to syndemics. A critical systems approach to public and community health. San Francisco: Jossey-Bass, 2009.

² AUSUBEL, David. Significado y aprendizaje significativo. In: AUSUBEL, David; NOVAK, Joseph, HANESIAN, Helen (ed.). *Psicología Educativa: un punto de vista cognoscitivo*. Ciudad de México: Trillas, 1976.

³ BAIN, Ken. *What the Best College Teachers Do*. Boston: Harvard University Press, 2004.

Approaching the role of the professor from this perspective strengthens the construction of what Bruner called “scaffolding”⁴.

The second challenge is to maintain students’ motivation during times of demotivation. Diversity in assessments and approaches to International Relations are two fundamental keys. Regarding the first, both in 2020 and 2021, we included Kahoot, Mentimeter, and Moodle quizzes and the resolution of cases to bring the professional practice into the classroom⁵.

Regarding complementary activities, it was particularly noteworthy the recording of the podcast “(Re) Armando las Relaciones Internacionales” –“(Re)assembling International Relations”-, whose first episode was dedicated to Mercosur⁶. This innovation project was led by Assistant Professor Valentina Starcovich, and although it originated in the 2021 course, it continued after it. The use of third-party podcasts is also a possible option, for instance: “¿Cuál es el plan?” (Uruguay); “Aletheia” (Argentina), “Observatório do Regionalismo” (Brazil), or “The Economist Asks” (United Kingdom).

New approaches towards and from International Relations can also help maintain motivation in the understanding that they present views to which the students are not used to⁷, for instance, the aesthetic turn in the field⁸. Analysis of images (photographs, cartoons, or illustrations) or series and films contributes to new interpretations and interdisciplinary work. Likewise, these activities constitute fertile ground for the profes-

sors to build cognitive bridges between the students’ prior knowledge (a series that they have already seen, a photograph that they already know, academic knowledge acquired in another subject) and new knowledge to be incorporated, reaching a meaningful learning objective⁹.

Finally, the last challenge is to contextualise learning without losing sight that the students will be professionals the day after this syndemic¹⁰. Global International Relations’ perspective, in the words of Acharya and Buzan¹¹, allows incorporating a plurality of themes and approaches. Furthermore, it is useful to introduce the study of the COVID-19 crisis’ different dimensions, as well as other view of traditional topics such as the relevance of the politics of International Law¹² or the increasing power of transnational corporations¹³ even in times of retreat from hyper-globalisation¹⁴.

Consequently, the teaching-learning process requires materials from different sources, which contribute to the field from different views. In both editions of the course, we introduced the analysis of press articles as non-traditional texts in the classroom¹⁵. The evaluation format was also innovative as students had to record an audio file of 60 seconds maximum. In this way, learning competencies related to synthesis capacity, oral communication, adaptability, or critical

⁴ BRUNER, Jerome. The role of dialogue in language acquisition. In: SINCLAIR, Anne; JARVELLA, Robert; LEVELT, Willem (ed.). *The Child’s Concept of Language*. New York: Springer-Verlag, 1978, p. 254.

⁵ The four dilemmas in the resolution of practical cases in Public International Law, extendable to other related disciplines, can be seen in BAS, Magdalena. Trabajar con casos prácticos en Derecho Internacional Público. Una historia de cuatro dilemas. *Revista electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, La Plata, v. 2, n. 2, p. 17-23. 2019. Examples of practical cases and other exercises can be consulted LABORÍAS, Alexis Rodrigo. *Derecho Internacional Público. Ejercitaciones y documentos*. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial, 2013.

⁶ Available in Spotify.

⁷ For other examples see: BAS, Magdalena; NIEVES, Mónica. Tejiendo las Relaciones Internacionales: desafíos de la enseñanza de la disciplina. In: MEMORIAS de ponencias de las X Jornadas sobre Enseñanza del Derecho, Centro para el Desarrollo Docente, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 266-272. 2020.

⁸ BLEIKER, Roland. Mapping visual global politics. In: BLEIKER, Roland (ed.). *Visual Global Politics*. New York: Routledge, 2018. p. 1-29. BLEIKER, Roland. The aesthetic turn in international political theory. *Millennium: Journal of International Studies*, London, v. 30, n. 3, p. 509-533. 2001.

⁹ Regarding previous perceptions, foreign policy and television series, see: HOLLAND, Jack. Visual Literacy in International Relations: Teaching Critical Evaluative Skills through Fictional Television. *International Studies Perspectives*, v. 17, n. 2, p. 173-186, May. 2016.

¹⁰ For further analysis see: BAS, Magdalena. Enseñar relaciones internacionales en tiempos de covid-19: desafíos didácticos desde la enseñanza virtual. *Análisis Carolina*, 35/2020. Madrid: Fundación Carolina. 2020.

¹¹ ACHARYA, Amitav; BUZAN, Barry. *The Making of Global International Relations: Origins and Evolution of IR at its Centenar*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

¹² KOSKENNIEMI, Martti. *The politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

¹³ STRANGE, Susan. *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*. New York: Cambridge University Press, 1996.

¹⁴ RODRIK, Dani. *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*. New York: WW Norton, 2011.

¹⁵ Press analysis required an investigation, although limited, by the student. For further analysis on student research in areas related to International Law in general or related fields see: MONEBHURUN, Nitish. Pensando na articulação entre a internet como instrumento de pesquisa jurídica e o rigor acadêmico. *Revista Opinião Jurídica*, v. 14, n. 19, p. 147-170. 2016.

thinking could be assessed.

3 The day after COVID-19

Although the majority of non-traditional resources or activities that we used during COVID-19 lessons were previously available, their use was not generalised. The syndemic made visible what was invisible, as Sassen argues¹⁶. Thus, adaptation, creativity, and planning were the key ideas to address the challenges and put those resources into practice. Are they applicable to teaching the day after the syndemic? Can we recycle them in order to reimagine teaching after COVID-19? Despite that the syndemic is a turning point in higher education, the experience gained will allow better planning and building of active teaching spaces in face-to-face and virtual classrooms as well as hybrid modalities –for example, flipped classroom-. In the latter, the focus should be on the necessary balance so that the virtual instance does not become an artificial extension of the face-to-face one.

Specifically in the field of International Relations, in addition to planning and didactic innovation, two other elements are fundamental in order to reimagine the teaching-learning process. The first one is to accept that the transformations that take place in the international order “chime intimately on the way we build our knowledge”, as Acharya and Tussie¹⁷ argue. The contents of a subject are not static; syllabus revision does not only imply permanent bibliographic updates but also the incorporation of new topics and trends. Even so, the revision may be insufficient if it does not embrace gender perspective as well as scholars from non-Western or Global North countries. This is what Tickner and Weaver¹⁸ called “worlding beyond the West”, an approach that contributes to building “situated knowledge” from Latin America¹⁹.

¹⁶ KEVE, Carolina. Entrevistas Dipló - Saskia Sassen: “Podemos pensar esta pandemia como una oportunidad para entender más y mejor las injusticias de nuestro sistema”. *Le Monde Diplomatique Edición Cono Sur*, 2021.

¹⁷ ACHARYA, Amitav; TUSSIE, Diana. Latin America and the Caribbean in Global International Relations. In: ACHARYA, Amitav; DECIANCIO, Melisa; TUSSIE, Diana (ed.). *Latin America in global international relations*. New York: Routledge, 2021. p. 1.

¹⁸ TICKNER, Arlene; WEAVER, Ole (ed.). *International Relations scholarship around the world (Worlding beyond the West)*. New York: Routledge, 2009.

¹⁹ Seitz, Ana Mirka. Relaciones Internacionales desde América

Secondly, the future (and present) of International Relations teaching leads to building towards and from its contours because complex issues require approaches from the core and the margins. The knowledge generated in the intersections with other fields, such as Economics, History, Law, Political Science, Sociology, or Visual Studies, allows a more complete understanding of the international facts, a non-fragmented researching agenda and teaching with a broad, innovative, and inclusive view. In short, analysing the challenges posed by teaching International Relations in the COVID-19 era is also an invitation to reimagine the field and its didactics.

References

ACHARYA, Amitav; BUZAN, Barry. *The Making of Global International Relations: Origins and Evolution of IR at its Centenar*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

ACHARYA, Amitav; TUSSIE, Diana. Latin America and the Caribbean in Global International Relations. In: ACHARYA, Amitav; DECIANCIO, Melisa; TUSSIE, Diana (ed.). *Latin America in global international relations*. New York: Routledge, 2021.

AUSUBEL, David. Significado y aprendizaje significativo. In: AUSUBEL, David; NOVAK, Joseph, HANESIAN, Helen (ed.). *Psicología Educativa: un punto de vista cognoscitivo*. Ciudad de México: Trillas, 1976.

BAIN, Ken. *What the Best College Teachers Do*. Boston: Harvard University Press, 2004.

BAS, Magdalena; NIEVES, Mónica. Tejiendo las Relaciones Internacionales: desafíos de la enseñanza de la disciplina. In: MEMORIAS de ponencias de las X Jornadas sobre Enseñanza del Derecho, Centro para el Desarrollo Docente, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 266-272. 2020.

BAS, Magdalena. Enseñar relaciones internacionales en tiempos de covid-19: desafíos didácticos desde la enseñanza virtual. *Análisis Carolina*, 35/2020. Madrid: Fundación Carolina. 2020.

Latina. In: LANGÓN, Mauricio; LÉRTORA MENDOZA, Celina (coord.). *La primera década del siglo XXI: Balance y perspectivas*. XV Jornadas de Pensamiento Filosófico. Buenos Aires: Ediciones FEPAI, 2011.

- BAS, Magdalena. Trabajar con casos prácticos en Derecho Internacional Público. Una historia de cuatro dilemas. *Revista electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, La Plata, v. 2, n. 2, p. 17-23. 2019.
- BLEIKER, Roland. Mapping visual global politics. In: BLEIKER, Roland (ed.). *Visual Global Politics*. New York: Routledge, 2018. p. 1-29.
- BLEIKER, Roland. The aesthetic turn in international political theory. *Millennium: Journal of International Studies*, London, v. 30, n. 3, p. 509-533. 2001.
- BRUNER, Jerome. The role of dialogue in language acquisition. In: SINCLAIR, Anne; JARVELLA, Robert; LEVELT, Willem (ed.). *The Child's Concept of Language*. New York: Springer-Verlag, 1978.
- HOLLAND, Jack. Visual Literacy in International Relations: Teaching Critical Evaluative Skills through Fictional Television. *International Studies Perspectives*, v. 17, n. 2, p. 173-186, May. 2016.
- KEVE, Carolina. Entrevistas Dipló - Saskia Sassen: "Podemos pensar esta pandemia como una oportunidad para entender más y mejor las injusticias de nuestro sistema". *Le Monde Diplomatique Edición Cono Sur*, 2021.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- LABORÍAS, Alexis Rodrigo. *Derecho Internacional Público. Ejercitaciones y documentos*. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial, 2013.
- MONEBHURRUN, Nitish. Pensando na articulação entre a internet como instrumento de pesquisa jurídica e o rigor acadêmico. *Revista Opinião Jurídica*, v. 14, n. 19, p. 147-170. 2016.
- RODRIK, Dani. *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*. New York: WW. Norton, 2011.
- SEITZ, Ana Mirka. Relaciones Internacionales desde América Latina. In: LANGÓN, Mauricio; LÉRTORA MENDOZA, Celina (coord.). *La primera década del siglo XXI: Balance y perspectivas*. XV Jornadas de Pensamiento Filosófico. Buenos Aires: Ediciones FEPAL, 2011.
- SINGER, Merrill. *Introduction to syndemic: A critical systems approach to public and community health*. San Francisco: Jossey-Bass, 2009.
- STRANGE, Susan. *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*. New York: Cambridge University Press, 1996.
- TICKNER, Arlene; WEAVER, Ole (ed.). *International Relations scholarship around the world (Worlding beyond the West)*. New York: Routledge, 2009.

**DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL
ECONÔMICO E A CRISE SANITÁRIA
DO COVID-19**

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Some questions about
International Economic Law
raised during the pandemic**

**Some questions about
International Economic Law
raised during the pandemic**

Hervé Ascensio

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITARIA DO COVID-19

Some questions about International Economic Law raised during the pandemic*

Some questions about International Economic Law raised during the pandemic

Hervé Ascensio**

The articles in the dossier that the *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)* has decided to devote to the topic of international economic law in the face of the covid-19 health crisis raise major questions about the very discipline of international economic law and its evolution. This is not surprising because, as the text of the call for papers pointed out, the sudden emergence of the health issue has not only impacted the world economy significantly, but has also revealed weaknesses in its structure, and has induced States to reassess their essential interests and the needs of their peoples in the light of non-economic goals¹.

Of course, international economic law has never been completely isolated from extra-economic concerns. Both WTO law and preferential agreements contain exceptions that allow them to be taken into account. Sanitary and phytosanitary measures justifying restrictions on trade are the subject of a developed specific regime that departs to a large extent from a simple logic of exception, in order to strike a balance between free trade and protection while relying on scientific expertise. The international health regulations mirror this by aiming at a commensurate response to public health risks and the absence of “unnecessary interference with international traffic and trade”². It is also true that a minimum harmonization of domestic regulations is realized through reference to international standards developed by international institutions such as WHO, FAO, ICAO, *etc.*, each of them pursuing objectives that involve reconciling economic development with other issues, such as health, food safety, air transport security, *etc.*

Nevertheless, in the panorama of international institutions and legal regimes dealing with economic relations, the main prism remains that of the free movement of factors of production. This is due in particular to the high degree of institutionalization of the areas of trade and investment, including in terms of dispute settlement, and their greater effectiveness. Moreover, exceptions clauses in investment treaties are still not so common, and international financial institutions have long been criticised for their indifference to long-term public policy objectives not directly related to macroeconomic rebalancing, such as the development of health or education systems. In this context, normative interactions between the health and trade branches of public international law remain limited. This is, in a way, the legacy of the 1990s and the economic conceptions of an era.

* Guest Editor (Editor Convidado).

** Professor at the University Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sorbonne Law School. PhD – International Law (University of Paris-Nanterre).
E-mail: herveascensio@orange.fr

¹ By contrast to strictly economic goals, if economy is understood as the part of human activity dedicated to the production of wealth.

² WHO, International Health Regulations (2005), article 2.

Under the influence of the sanitary crisis, questions were raised not only in legal literature, but also in mainstream media, about a larger scope of international economic law (1), linkages with other fields of international law (2) and enhanced global public policies for the health care sector (3).

1 Broadening the scope of international economic law

The dossier unfolds a broad view of international economic law on the part of a majority of the authors. This deserves attention, because it reintroduces within the field questions usually appraised as “contextual” – or externalities to use an economic concept.

For instance, crime at sea is a constant concern for the international community, because of the risks it poses to international maritime transport, which is an essential service for the supply of food and raw materials to many countries, but also for the smooth functioning of transnational value chains for manufactured goods. The link between the security of the seas and the global economy is therefore obvious and explains the strong involvement of the international community in the fight against piracy and armed robbery in the Western Indian Ocean, with undeniable success. But the Niger Delta and the Gulf of Guinea remain dangerous maritime areas. The prevailing socio-economic context in Nigeria, aggravated by the covid-19 crisis, would explain the persistence of criminal acts even during the period when maritime traffic decreased due to the pandemic³. Public policies that address all the causes of piracy, including poverty and insufficient redistribution of wealth, should therefore be encouraged.

Another broadening of the perspective concerns the interaction with environmental protection. The term “sustainable development”, reflecting the convergence of the two fields, has of course been gaining prominence for many years now in the diplomatic arena and appears in a significant number of international legal instruments. However, its effects in international economic law remain tenuous, when one looks at the content of treaty obligations, including in the timid en-

vironmental clauses of investment treaties. Yet in 2015 the General Assembly adopted the Sustainable Development Goals, which are intended to influence the public policies of States and international institutions altogether⁴. The pandemic has slowed down these efforts, while revealing the need for a holistic vision even broader than sustainable development. The scale of the task is illustrated in this dossier by the problem of plastic pollution of the oceans, including the waste from masks widely used to combat the pandemic⁵. Moreover, the question has been raised of a possible link between the emergence of the new coronavirus and global warming. Whatever the answer in this case, it is certain that global changes in the environment increase the risk of future zoonoses – diseases passing from animals to humans or vice versa. To address this risk, the United Nations specialised agencies are now promoting the “One World - One Health” approach, considered as a new “principle” by the UN General Assembly.⁶ This makes it all the more urgent to reorient the global economy, and the law that structures it, so as to limit global warming.

The opening up of the discipline also addresses, beyond intergovernmental cooperation, the role of business enterprises as entities accountable to those within their sphere of influence. The transport sector was obviously in the front line at the beginning of the health crisis, which provides an opportunity to examine the international rules in force concerning the liability of transporters, for example in the event of contamination of travellers, and perhaps to deduce from them a form of duty stemming from international law and applicable to the relations between private persons in order to protect the right to health.⁷

2 Linking international economic law

⁴ UN General Assembly, A/RES/70/1, 25 September 2015, “Transforming our world: the 2030 agenda for Sustainable Development”.

⁵ Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão, Tarin Cristino Frota Mont’Alverne, “The Covid-19 Pandemic as an Impeller for the Aggravation of Marine Plastic Pollution and Economic Crisis: the Reverse Effect of Health Protection Measures on Human Lives” (article published in this issue).

⁶ A/RES/74/306, 11 September 2020, § 44.

⁷ Thiago de Oliveira Frizzera, Luisa Cortat Simonetti Gonçalves, Adriano Sant’Ana Pedra, “O dever humano de promoção da saúde: a aviação comercial internacional em períodos de calamidade sanitária e do retorno à normalidade” (article published in this issue).

³ Kalu Kingsley Anele, “A critical analysis of the implications of Covid-19 on piracy off the Nigerian coast” (article published in this issue).

with other branches of international law

A second line of thought concerns the methods that can be used to link the branches of international law, or to better articulate the different legal regimes of international law. This classic theme of “linkage” in the legal doctrine, as a response to the so-called fragmentation of international law, has returned with force under the pressure of events. To avoid it would mean to opt for the idea that the pandemic, or at least the phase during which it led to a brutal and wide-ranging economic recession, was only a parenthesis. During this period, States intervened massively in the economy, without necessarily worrying about scrupulous compliance with the treaties, after which a return to normalcy would follow. But it is to be feared that the economic effects will be long-lasting and, above all, that other pandemics will occur. It should also be stressed that developing countries, including emerging economies, have been hit hardest and that the public debts of developed countries will weigh on the future of the world economy. The idea of a simple parenthesis therefore seems illusory. This, in our view, justifies questioning the legal means for a better linkage between international economic law and global health law.

In economic treaties, non-economic issues are usually dealt with either by reference to the State’s power to regulate or in the form of exceptions. Is this sufficient?

The first method relies on policy space and the capacity of the State to arbitrate between different social needs, considering all its international obligations. But this space must be large enough not to make a choice impossible, or so limited that it seems to deprive democratic discussion – for those States with a democratic regime – and societal choices of all utility. And it may be considered that this space should be wider in certain circumstances, such as a new pandemic, to avoid the State being forced to derogate extensively. Hence the search for justifications in legal doctrines such as the police powers theory, in the event of investment disputes that would be directly linked to the crisis of covid-19⁸.

Another, more radical, option deduced from States’ discretionary powers would be an extensive vision of national security interests, including health security. There have been signs of this in the discourses of some States, whether the idea is based on a national security derogation clause, or on a flexible understanding of the state of necessity, or, and more basically, on a call to sovereignty and exceptional circumstances. Indeed, it represents a response, but one that is weakly framed in the rule of law at the international level, and one that may open the Pandora’s box of self-judgment and weakening of international cooperation at a time when it is most needed.

The second method is health exceptions clauses, such as those drafted after Article XX (b) of the GATT. At first sight, their shortcoming is that they are still thought of as negative, temporary measures, creating obstacles to trade or limits to the protection offered – which may be justified, but obstacles and limits, nonetheless. The more developed regime for sanitary and phytosanitary (SPS) measures adopted at the WTO as a *lex specialis* may lead us to qualify this observation, insofar as it moves away from a logic of exception towards a balancing of interests, and it refers, in the form of a presumption of validity, to technical standards developed by external international bodies in view of non-economic objectives. But a step further might prove useful to fight a pandemic. As exemplified by the Covid-19, the circumstances may require much more far-reaching measures than those usually adopted under a specific sanitary agreement and covering trade in services as well as trade in goods.

A derogation regime specific to periods of pandemic, or at least a consistent set of guidelines with normative value under economic treaties, could prove useful, especially when it causes a disruption of traffic and international trade, and impacts severely the functioning of national markets. It would also help mitigating the systemic – or rather anti-systemic – risk of poorly or uncoordinated national responses, as experienced during the first weeks, or even months, of the Covid-19 crisis. In this respect, it is worth recalling the call for a global reflection on international trade and health launched by the World Health Organization in 2006⁹.

⁸ Thomas Lehmann, “Police Powers Doctrine: a reliable State Defense in times of Covid-19” (article published in this issue).

⁹ Resolution WHA 59.26, 2006, and the Report by the Secretariat, EB116/4, 28 April 2005.

The first difficulty to be resolved is that of identifying the risk of a pandemic and the qualification that triggers the application of a particular legal regime. An express reference to the WHO and the International Health Regulations would be the answer that reflects the best international cooperation. It exists in air law, where one of the – rare – normative links with international health law appears. Annex 9 to the Chicago Convention refers to a situation of a “public health emergency of international concern”, as qualified by the WHO, in case of which the State that would like to adopt health measures in addition to those recommended by WHO shall do so in conformity with the criteria of the international health regulations (2005).¹⁰ The linkage probably needs to remain fairly flexible, as the precautionary principle may lead some States to opt for stricter measures. Another difficulty lies in the weight placed on the Director-General and the scientific committees of the World Health Organization, whose independence and rapid access to information must be guaranteed. Flexibility also depends on the form of normative linkage envisaged. In this respect, international economic law, and particularly WTO law, has already been able to invent forms of linkage that are more nuanced than the automaticity resulting from an obligation, for example the presumption of validity of national measures in accordance with an international standard or the reference to external norms as a relevant criterion.

As for the content, some lessons may be drawn from the Covid-19 crisis too. Given the information now available, transmission through objects seems limited: it occurs essentially between human beings. Trade in goods could therefore continue, and even be facilitated, with certain precautions and sustained attention to the situation of crews – sometimes very badly treated during the crisis¹¹. Conversely, trade in services was more strongly affected, at least for those that require the movement of people, *i.e.* modes 2 and 4 according to the GATS categories. In contrast, cross-border services that do not involve the movement of people have benefited from an acceleration effect, especially in the digital economy. Digitalisation has also offered solutions for trade facilitation, such as the easing of certain control

procedures at points of entry in customs territories. The crisis has also reminded us of the particularity of certain goods, such as foodstuffs of course, but also medicines, vaccines, and medical equipment – including the simplest ones like masks. Of course, the characteristics of a health crisis could be different for other viruses, but one can imagine adaptations according to the hypotheses. Taking these different elements into consideration, a possible regime for the economic aspects of a health emergency is outlined.

A final aspect of this theme is that of a better link between international law and national procedures. The stake here is how to make international law more effective in national law, including in periods of urgency in the adoption of national measures. This is illustrated in this dossier by the article on the timing and function of judicial review to ensure compliance with ILO conventions of the interim measures adopted by Brazil during the health crisis in relation to workers’ rights.¹²

3 Enhancing global public policies in the health care sector

The third axis of the dossier consists of examining the current state of international economic law and its capacity to contribute to international public policies such as the strengthening of the health sector and universal health coverage¹³.

The first steps in a process of international cooperation are often essential, though not sufficiently emphasised by legal doctrine: it starts with access to information and information sharing. Hence the great interest of the article by Magali Favaretto Prieto Fernandes and Michelle Rattton Sanchez Badin on the facilitating national measures adopted by Brazil in relation to medicines during the first months of the pandemic¹⁴. The authors

¹⁰ Annex 9, “Facilitation”, 15th ed., October 2017, standard 2.5.

¹¹ See, in response, the resolution concerning maritime labour issues and the COVID-19 pandemic adopted on 8 December 2020 by the International Labour Organisation (ILO, GB.340/Resolution (Rev.2)).

¹² Danilo Garnica Simini, Gabriel Carvalho Moreira, Rafaela Souza Machado, “A inexistência do controle preventivo legislativo de convencionalidade da Medida Provisória nº 936/2020” (article published in this issue).

¹³ See UN General Assembly, A/RES/74/2, 10 October 2019, “Political Declaration of the high-level meeting on universal health coverage”, a resolution adopted after preparatory works of the World Health Organization (WHA72/2019/REC/1).

¹⁴ Magali Favaretto Prieto Fernandes and Michelle Rattton Sanchez Badin, “Transparência e cooperação regulatória no comércio internacional de produtos médicos para a COVID-19: uma análise da atuação institucional da OMC e das notificações do Brasil em ob-

rightly emphasise transparency as a primary condition for international cooperation and its intrinsic value, as well as the analysis of national experiences under the WTO agreements on sanitary and phytosanitary measures and technical barriers to trade. Such analysis is of particular benefit to developing countries, in order to reduce information asymmetry.

Moreover, the multilateral trade regime has proven its worth in the face of a pandemic. In the first months of 2020, restrictions on free trade due to over-reaction by States had seriously disrupted food and agricultural supplies and increased global poverty and inequality. The Group of Twenty (G20) and the UN General Assembly expressed concern and called for measures to be taken in accordance with WTO law¹⁵. After this initial phase, many States became aware of the problem and sought to facilitate trade, for example by lowering tariffs on medical supplies and simplifying health controls¹⁶.

But a global health risk may also be tackled by building long-term responses, with intervention by the public authorities in the form of incentives and/or targeted investments. Until now, this has been the role of national economic policies, while international economic law has promoted and guaranteed the free movement of factors of production. Perhaps is it time to add a strong capacity-building component to international economic law, especially as this would concur with the goals and values the international community expressed during the pandemic, not only through WHO or other agencies pursuing non-economic objectives, but also through the G20 and the main bodies of the United Nations. For instance, in its resolution 2565 (2021), the UN Security Council “*stresses* the need to develop international partnerships particularly to scale-up manufacturing and distribution capabilities, (...) *notes* the need to maintain incentives for the development of new health products; and *recognising* the role of extensive immunisation against COVID-19 as a global public good for health”¹⁷. The idea of immunisation as a global public good had also been put forward earlier by the UN General Assembly¹⁸.

servância aos Acordos TBT e SPS”.

¹⁵ G20, Trade and Investment Ministerial Statement, 30 March 2020 ; Leaders’ Declaration, Riyadh Summit, 21 November 2020, §§ 12-13 [available at: www.g20.utoronto.ca]; UN General Assembly, resolution A/RES/74/306, 11 September 2020, § 18.

¹⁶ See WTO, *Annual Report*, 2021, pp. 76-79.

¹⁷ S/RES/2565 (2021), 26 February 2021, § 1.

¹⁸ A/RES/74/306, 11 September 2020, § 13.

However, the implementation of these generous objectives into free trade and investment treaties is a work in progress – assuming it has begun –, as these have been conceived in terms of non-interference by the state in the economy, except to offer a stable legal and economic environment. The main development at the international level is the creation by the WHO of the ACT Accelerator, with its COVAX branch for vaccines¹⁹. But the effectiveness of the mechanism remains to be demonstrated and the choice of a public-private partnership restricted to a given pandemic keeps it for the time being on the margins of international economic law. It is nevertheless a welcome initiative.

The issue of intellectual property rights is, as is well known, being debated, as several countries have proposed a new amendment of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights to waive rights on Covid-19 vaccines²⁰. This proposal, which may be viewed mostly as a way of putting pressure on the pharmaceutical industry to lower the price of vaccines, especially for developing countries, does not solve however the other problems, namely access to components at a fair price, increased production capacity, and strengthened distribution channels. The same holds true for medicines, medical supplies, and care services.

If the promises made in international fora are to be taken seriously, it is likely that the funding offered during the crisis by international financial institutions will need to be extended in the long term and directed towards building effective health systems. It would also require a reassessment of the current international rules governing States’ interventions in the economy, including the subsidy regime, which may need more flexibility when public support is directed to the health sector or designed to mitigate climate change. Under these conditions, one could speak of a shift to a new post-Covid-19 world economic order.

¹⁹ See [<https://www.who.int/initiatives/act-accelerator>]

²⁰ WTO, Communication of India and South Africa, IP/C/W/669, 2 October 2020. See also addenda 1 to 16 for the other States joining the proposal.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**International Economic Law and
the COVID-19 Sanitary Crisis: An
Introduction**

**Direito Internacional Econômico
e a crise sanitária do Covid-19:
Uma introdução**

Julien Chaisse

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

**DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19**

International Economic Law and the COVID-19 Sanitary Crisis: An Introduction*

Direito Internacional Econômico e a crise sanitária do Covid-19: Uma introdução

Julien Chaisse**

Abstract

The sanitary crisis has already had a substantial influence on the global economy, with restrictions on sanitary material exports, interruption of international transportation, increased screening of foreign investment, and challenges to intellectual property rights. It has compelled states to reconsider their core interests and national security, for example, in terms of maintaining pharmaceutical and vaccine manufacturing capacity. In addition, the lockdowns adopted in many countries have raised questions about their conformity with the existing free trade and investment treaties, and about the rationale of exceptions and derogations in these treaties. The economic consequences of the crisis have resulted in huge stimulus packages by national governments, putting a strain on the public exchequer and increasing debt. Financial experts also anticipate that the public debt to GDP ratio of most developed as well as emerging nations would further skyrocket and therefore the IMF, development banks, and other international financial institutions have been mobilized to meet the current and forthcoming financial needs of the most affected economies. Consequently, these diverse topics need a legal discussion, with an emphasis on the States' unique reactions and practices in their economic interactions, as well as the possibility of a post-COVID-19 world economic order.

Keywords: State reactions, Pandemic, IMF, Economic Policy, Global approach.

Resumo

A crise sanitária já teve uma influência substancial na economia global, com restrições às exportações de material sanitário, interrupção do transporte internacional, maior seleção de investimentos estrangeiros e desafios aos direitos de propriedade intelectual. Obrigou os Estados a reconsiderar seus interesses centrais e a segurança nacional, por exemplo, em termos de manutenção da capacidade de fabricação de medicamentos e vacinas. Além disso, os bloqueios adotados em muitos países levantaram questões sobre sua conformidade com os tratados de livre comércio e investimento existentes e sobre a justificativa das exceções e derrogações nesses tratados. As consequências econômicas da crise resultaram em enormes pacotes de estímulo por parte dos governos nacionais, pressionando o erário público e aumentando

* Guest Editor (Editor Convidado).

** Prof. Julien Chaisse is Professor, School of Law, City University of Hong Kong & President, Asia Pacific FDI Network. PhD-Law (University of Aix-Marseille).
E-mail: julien.chaisse@cityu.edu.hk

a dívida. Os especialistas financeiros também preveem que a relação entre dívida pública e PIB das nações mais desenvolvidas e emergentes dispararia ainda mais e, portanto, o FMI, os bancos de desenvolvimento e outras instituições financeiras internacionais foram mobilizados para atender às necessidades financeiras atuais e futuras dos mais afetados economias. Consequentemente, esses diversos temas precisam de uma discussão jurídica, com ênfase nas reações e práticas singulares dos Estados em suas interações econômicas, bem como na possibilidade de uma ordem econômica mundial pós-COVID-19.

Palavras-chave: Reação estatal, pandemia, FMI, política econômica, perspectiva global

1 Introduction

The COVID-19 pandemic (and the containment measures to which it gave rise) has deeply affected the way people live and work, before leading to a major economic and social crisis.¹ Some were able to discover new ways of organizing work on this occasion, others lost their jobs. Further, this crisis has not only affected humans in terms of life loss but has significantly affected trade-dependent economies.² In response to the same, several governments, central banks and monetary authorities have engaged in a series of interventions along with national governments adopting measures to address the health and economic consequences of the COVID-19 pandemic. In this, the whole global picture and scenario are worrying. Many States and the United Nations (UN) had earlier adopted the 2030 Agenda and the 17 Sustainable Development Goals (SDGs), including specific targets on the fight and prevention of

epidemics or the strengthening of health systems.³ Widening the SDG spending gap, the current situation got worsen with countries struggling to finance their public health, social and economic responses to COVID-19. The Covid-19 crisis will oblige nations and international organisations to find the ways and means for paradigm shift around the 2030 Agenda.⁴

The present special issue focuses on the issues raised by the COVID-19 pandemic under international economic law, including international trade law, international investment law, international financial law and international taxation. There is a growing body of studies addressing some aspects of the issues and challenge raised by the pandemic.⁵ Regulatory and economic response to the pandemic across countries have been uneven and divided.⁶ Thus as the pandemic continues to raise a number of issues, it makes it difficult to esti-

¹ Estimates indicate the virus “reduced global economic growth in 2020 to an annualized rate of -3.4% to -7.6%.” World Bank, “Global Economy to Expand by 4% in 2021; Vaccine Deployment and Investment Key to Sustaining the Recovery” (2020) <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2021/01/05/global-economy-to-expand-by-4-percent-in-2021-vaccine-deployment-and-investment-key-to-sustaining-the-recovery> accessed 20 August 2021

² James K. Jackson, et al., “Global Economic Effects of COVID-19” (2021) Congressional Research Service, July 9 2021 <https://fas.org/sgp/crs/row/R46270.pdf> accessed 20 August 2021; OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19), “The impact of the coronavirus (COVID-19) crisis on development finance”, (2020) OECD Publishing, Paris <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/the-impact-of-the-coronavirus-covid-19-crisis-on-development-finance-9de00b3b/> accessed 20 August 2021.

³ Prior to the crisis, “levels and trends in domestic revenues and external flows to developing economies were already considered insufficient to support the Sustainable Development Goals (SDG)”. OECD (2021), “Global Outlook on Financing for Sustainable Development 2021”, (2021) OECD Publishing, Paris, <http://www.oecd.org/dac/financing-sustainable-development/> accessed 20 August 2021.

⁴ Gaspar, V. et al., “Fiscal Policy and Development: Human, Social, and Physical Investment for the SDGs”, (2019) International Monetary Fund, Washington D.C., <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2019/01/18/Fiscal-Policy-and-Development-Human-Social-and-Physical-Investments-for-the-SDGs-46444> accessed 20 August 2021.

⁵ Eliana Close and Simon Young and Tina Cockburn and Lindy Willmott and Ben P White, ‘Legal Challenges to ICU Triage Decisions in the COVID-19 Pandemic: How Effectively Does the Law Regulate Bedside Rationing Decisions in Australia?’ (2021) 44 UNSWLJ 9 1; See Julien Chaisse, ‘Both Possible and Improbable: Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes?’ (2020) 13(1) Contemporary Asia Arbitration Journal 97-184; See Frederick M Abbott and Jerome H Reichman, ‘Facilitating Access to Cross-Border Supplies of Patented Pharmaceuticals: The Case of the COVID-19 Pandemic’ (2020) 23 (3) Journal of International Economic Law 535–561; See also Gathii, James Thuo and Akinkugbe, Olabisi D. and Adebola, Titilayo and Mapefane, Nthope and Omiunu, Ohio, International Economic Law in the Global South and COVID-19 (May 18, 2020). Afronomics law Symposium on COVID-19 and International Economic Law in the Global South, 2020, available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3604313>; See also Julien Chaisse & Nilanjan Banik ‘Global Health Law & Governance Amidst the Pandemic: Evidence, Lessons, and Reforms’ (2020) 30(1) Annals of Health Law & Life Sciences 207-269; See also Sara Dehm and Claire Loughnan and Linda Steele, ‘COVID-19 and Sites of Confinement: Public Health, Disposable Lives and Legal Accountability in Immigration Detention and Aged Care’ (2021) 44 UNSWLJ 60.

⁶ Julien Chaisse & Nilanjan Banik, ‘Global Health Law & Governance Amidst the Pandemic: Evidence, Lessons, and Reforms’ (2020) 30 (1) Annals of Health Law & Life Sciences 207-269.

mate the full cost to global economic activity. Against this fast-evolving background, this special issue offers a series of articles that critically discuss the latest legal problems raised by the pandemic under international economic law.

This Introductory article has been divided into various sections in order to clearly address the issue at hand. The following sections, beginning with Section 2 highlights State reactions and actions in the light of the Covid-19 pandemic including that of International Economic Organisations, consequently giving it an international economic law perspective. Further, Section 3 focuses on the indirect effects of the crisis and the need for a global approach to resolving it. Section 4 gives a conclusion to the paper along with an outline of the issue, thereby, summing it up in a nutshell.

2 States and International Organizations in the Context of IEL

The first sub-section under this part of the paper maps the state reactions to the pandemic with an International Economic Law perspective. It discusses the measures taken by various States having direct/indirect impacts on trade and investment. While the second sub-section analyses the reactions of various International Economic Organisations such as the IMF, the World Bank, WTO and, the G-7 countries and therefore covers a wide range of reactions and actions taken as a consequence of Covid-19.

2.1 States Measures

Although the COVID-19 pandemic is essentially a health catastrophe, it has become evident that it has had implications on many aspects of the international order and therefore, has led to reactions from numerous States across the globe. There have been various measures taken by the States as a reaction to the pandemic which had a direct/indirect impact on trade and investment. For instance, according to the International Trade Centre (ITC): 92 countries have imposed export-restrictive measures, with only two countries – Jamaica and Zambia – implementing export-liberalization

measures.⁷ Further, many productive operations had been hampered, initially in Asia, then in Europe, North America, and beyond, with significant border closures. This resulted in a significant increase in unemployment, particularly in the United States, as well as a decrease in demand for goods and services across the globe.

Exports of components for industries such as automotive, electronics, pharmaceuticals, and medical supplies were halted as a result of China's decisions in January (the temporary closure of Hubei Province and national borders). Due to a lack of alternative suppliers, companies throughout North America, Europe, and the rest of Asia were forced to shut down for several weeks. Trade-in Services had also been seriously harmed. In the first quarter of 2020, the value of exports from a group of 37 nations, which accounted for roughly two-thirds of global service exports in 2019, fell by 10.4 percent compared to the same time in 2019. Tourism, which accounted for 24% of all worldwide service exports in 2019, had been heavily impacted as well. International visitor arrivals fell by 44% globally between January and April 2020, compared to the same period in 2019.⁸

Many governments had also implemented restrictions on persons and businesses in order to slow the spread of COVID-19. Several countries ordered municipal or countrywide lockdowns to prevent the spread of COVID-19. International trade had undoubtedly been harmed as a result of these policies. People were allowed to go out during lockdowns to buy essential goods such as food, sanitary items, and medicine but due to the closure of large department stores and retail outlets, it became more difficult to obtain items that are were not available at grocery stores. As a result, consumption was reduced by leaps and bounds. Imports and exports also declined substantially as a result of stay-at-home orders and job closures, respectively. For instance, beginning in April 2020, various Japanese automakers ceased manufacturing for several days each month.⁹

⁷ 'Legal and Policy Implications of Covid-19-Related Export Restrictions' (*International Economics*, 28 August 2020) <https://www.tradeconomics.com/iec_publication/legal-and-policy-implications-of-covid-19-related-export-restrictions/> accessed September 5, 2021.

⁸ *Ibid*

⁹ Hayakawa K and Mukunoki H, 'Impacts of Lockdown Policies on International Trade' (2021) 20 *Asian Economic Papers* 123.

2.2 International Economic Organization Reactions

Under International Economic Law which is relevant in the COVID-19 crisis, key organizations, including IMF, WB, and WTO have provided various responses to COVID-19. Although the efforts and initiatives are certain, there has been certainly a lack of coordination among organizations and between organizations and States.¹⁰ The COVID-19 pandemic has resulted in an unprecedented demand for financial assistance. To counter this, International Monetary Fund has stepped forward and is ready to deploy approximately \$1 trillion—in response to the resulting economic crises.¹¹ This is in line with its fundamental mission of promoting global economic growth and financial stability. Further, it has undertaken several COVID-related programs in numerous countries¹² and has set up Catastrophe Containment and Relief Trust (CCRT), a “donor country trust fund to cover six months of debt payments owed by 29 low-income countries to the IMF”.¹³ In addition to loans, it has taken other policy steps including the creation of a Short-term liquidity line to bolster its COVID-19 response.

International organizations such as World Bank and World Trade Organisation have also been instrumental in mobilizing their resources to support developing countries. World Bank has approved more than 150 COVID-19 projects, totalling \$15 billion, in 99 countries.¹⁴ In addition to this, it has successfully deployed as much as \$160 billion to respond to the COVID-19 pandemic. To complement the donations, the Health Emergency Preparedness and Response Multi-Donor

Fund (HEPRF)¹⁶ has been set up to help countries prepare for disease outbreaks. Similar policy responses to the economic outfall have also been undertaken by the leaders of G-7 countries.¹⁷ World Trade Organization which deals with rules of trade with nations has aided in the absorption of the blow resulting from the pandemic in three ways: first, by assisting members in aligning their trade policies; second, by guaranteeing transparency in pandemic-related measures; and third, by monitoring members’ trade reactions to the pandemic. This includes facilitating communication among its members, analysing the impact of the crisis and suggested measures to counter the adverse impacts¹⁸, reducing transaction cost of policy coordination, increasing transparency and collaborative assessment of countries’ policies through the adoption of WTO’s Trade Policy Review (TPR) Mechanism¹⁹. This has helped its members in reducing the negative effect of export restrictions and nationalist policies specifically in the context of COVID-19.²⁰

3 Indirect effects of the crisis and necessity of a global approach

The stringent dimensions of a firm international order conveniently balance the society, polity, and economy of states. The push to margins inhibits a characteristic deconstruction that dissects the world order into a falling wall – where the legal order symbolizes the bricks. It is the fall of these individual bricks that eventually collapses the continuity of the society and disturbs its equilibrium. The preemptory status of the

¹⁰ Julien Chaisse and Nilanjan Banik, ‘Global Health Law & Governance Amidst the Pandemic: Evidence, Lessons, and Reforms’ (2020) 30 (1) *Annals of Health Law & Life Sciences* 207-269.

¹¹ IMF Managing Director Kristalina Georgieva’s Statement Following a G20 Ministerial Call on the Coronavirus Emergency, March 23, 2020. Some policy experts estimate the IMF’s current maximum lending capacity is about \$787 billion.

¹² IMF Lending Tracker, <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/COVID-Lending-Tracker> accessed 20 August 2021.

¹³ “IMF Adds Liquidity Line to Strengthen COVID-19 Response,” International Monetary Fund, April 15, 2020.

¹⁴ <https://maps.worldbank.org/>. accessed 20 August 2021.

¹⁵ Some of which include \$1 billion for India to support screening, contract tracing, laboratory diagnostics, and setting up new isolation wards and \$11.3 million for Tajikistan to expand intensive care capacity. World Bank, “World Bank Group Launches First Operations for COVID-19 (Coronavirus) Emergency Health

Support, Strengthening Developing Country Response,” Press Release, April 2, 2020.

¹⁶ World Bank, “World Bank Group to Launch New Multi-Donor Trust Fund to help Countries Prepare for Disease Outbreaks” Press Release, April 17, 2020.

¹⁷ White House, G-7 Leaders’ Statement, March 16, 2020 <<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/g7-leaders-statement>> accessed 21 August 2021.

¹⁸ ‘Legal and Policy Implications of Covid-19-Related Export Restrictions’ (*International Economics*, 28 August 2020) <https://www.tradeconomics.com/iec_publication/legal-and-policy-implications-of-covid-19-related-export-restrictions/> accessed 7 September 2021.

¹⁹ Tembey U, ‘WTO and Its Role in Reducing the Economic Shock of the Pandemic’ (*ORF*, 11 February, 2021) <<https://www.orfonline.org/expert-speak/wto-its-role-reducing-economic-shock-pandemic/>> accessed 7 September 2021.

²⁰ WTO, “EXPORT PROHIBITIONS AND RESTRICTION (Information Note)” (2020) https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf

legal order is a complex mixture of a wide array of institutional mechanisms. Each institutional mechanism subserves a higher legal order to maintain the legitimacy of well-founded law. The advent of the coronavirus pandemic represents a titular challenge to this legal order – as States, either by deliberate effort or as an incidental consequence are emerging as an antagonist sovereign, whereas the remaining sheath of the legal order is collapsing in the arms of divine coercion.

Contract tracing emerged as a potent weapon for different states to caterpillar their advance toward fighting the novel virus.²¹ It was established in the early phases of the pandemic that monitoring movements of citizens was a stern prescription against COVID-19.²² There were multiple strands of strategies adopted by different countries: where Israel chose to collect previously-established cell-phone location data²³, Italy adopted acquired cell-phone location data to ensure compliance with lockdown orders.²⁴ The troves of data being collected, stored, and utilized in the middle-of-a-pandemic, had no legal backing. In Singapore's case, the dilution of citizen privacy was attained through systematic sharing of data with law enforcement agencies.²⁵ The abiding courtesy of citizens being left to the courtesy of the state during a crisis invites the darker pastures of a surveillance state.²⁶

A figurative tryst with broken economies is not new to the world. The global economy has witnessed fourteen (14) global recessions since 1870. Ayhan Kose and Naotaka Sugawara noted that the “COVID-19 recess-

sion will be the deepest since 1945-46”.²⁷ The basket of the economy has many eggs within it: banking, contractual ties, and the tyranny of the market. The pandemic exacerbated the need to streamline bankruptcy law. The combined element of take-up, liquidity, and system capacity cumulatively prejudiced a bankruptcy law-based response to tackle the default lines within business.²⁸ At the cusp of the three: a liquidity-based model succumbed to the cash-strapped nature of the banks which could not resist the onslaught of the pandemic.²⁹ In the pyramid of economic stress, contractual liabilities posed the highest frequency of tension. Immediately in the aftermath of coronavirus, the International Chamber of Commerce renovated its *force majeure clause* as: “The occurrence of an event or circumstance that prevents or impedes a party from performing one or more of its contractual obligations under the contract.”³⁰ The response of many states was equally adaptive: for instance, Germany permitted their consumers and enterprises to withhold the performance of contracts on economic grounds for a stipulated period of time.³¹

In the paradigm of international law, States as sovereign have an equitable hyphenation of power and responsibility. The pandemic grants an invariable leeway to states through the International Law Commission's Articles on the Responsibility of States using pleas of force majeure, state of necessity, and distress.³² This is, however, not at the altar of the International Health Regulations whose emergence has ensured that states can no longer adopt an isolation-based policy to shield themselves from global responsibility.³³

²¹ Alan Rozenshtein, ‘Digital Disease Surveillance’ (2021) 70 *American University Law Review* 1511.

²² Katharina Pistor, *Law in the Time of Covid* (Columbia Law School, 2020).

²³ David M. Halbfinger and Isabel Kershner, ‘To Track Coronavirus, Israel Moves To Tap Secret Trove of Cellphone Data’ (*New York Times*, 16 March 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/03/16/world/middleeast/israel-coronavirus-cellphone-tracking.html>> accessed _____

²⁴ Ed Yong, ‘How the Pandemic Will End’ (*The Atlantic*, 25 March 2020) <<https://www.theatlantic.com/health/archive/2020/03/how-will-coronavirus-end/608719/>> accessed October 19, 2021

²⁵ Kirsten Han, ‘Broken Promises: How Singapore lost trust on contact tracing privacy’ (*MIT Technology Review*, 11 January 2021) <<https://www.technologyreview.com/2021/01/11/1016004/singapore-tracetogether-contact-tracing-police/>> accessed October 19, 2021

²⁶ Stephen Humphreys, ‘Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's State of Exception’ (2006) 17(3) *Eur J Int Law* 677– 87; See also Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight For A Human Future At the Frontier of Power* (Public Affairs, 2019).

²⁷ M. Ayhan Kose and Naotaka Sugawara, ‘Understanding the depth of the 2020 global recession in 5 charts’ (*World Bank Blogs*, 15 June 2020) <<https://blogs.worldbank.org/opendata/understanding-depth-2020-global-recession-5-charts>> accessed October 19, 2021

²⁸ Pistor (n 2) 136.

²⁹ Sara Pie Woo, ‘Regulatory Bankruptcy: How Bank Regulation Causes Fire Sales’ (2011) 99 *Geo L J* 1615.

³⁰ International Chamber of Commerce, *ICC Force Majeure and Hardship Clauses* (2020) <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/07/icc-forcemajeure-introductory-note.pdf>

³¹ M. Schmidt-Kessel and C. Mollnitz, ‘Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen’ (2020) *NJW* 1103.

³² Federica Paddeu and Ferya Jephcott, ‘COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I’ (*EJIL:Talk!*, 17 March 2020) <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>> accessed October 19, 2021

³³ David P. Fidler, ‘The Globalization of Public Health: Emerging Infectious Diseases and International Relations’ (1997) 5 *Ind J L Stud* 1, 11; See also Julien Chaisse and Nilanjan Banik, ‘Global

The international economic law (IEL) order is centered on global cooperation. The coronavirus pandemic has eviscerated cooperation and intruded isolation and exclusivity as a hallmark of the IEL.³⁴ Exclusivity is a misnomer in an IEL-centric world which is based on: “open markets, freedom of navigation, migrant workers, and global value chains.”³⁵ Consequently, IEL is faced with the double-edged sword of mitigating a health crisis and maintaining the global economic order.

The pandemic has largely dictated stern shrift towards a reduced flow of goods. States have chosen to adapt and ferment a nationalized and restrictive approach towards the export of goods. Global Trade Alert reported that “at least ninety-five states have put in place 150 or more export restrictions related to medical equipment, food, and other products”.³⁶ The IEL model had achieved an expansionist honorific³⁷, and was primarily intended to “tame States’ protectionist and mercantilist instincts which played a significant role in the outbreak of World War II” through the establishment of institutional mechanisms such as the International Trade Organization (ITO).³⁸ As the throne heir to ITO, the World Trade Organization was seen as a fetter on states’ ability to act in exclusion of other states for its personal predicaments. There are specifically emboldened provisions to establish this fetter during a pandemic: Article I, III, V, XI of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) empower a member state to challenge another’s pandemic response for running afoul of prohibitions on discriminatory treatment, restrictions on

freedom of transit, or import and export restrictions.³⁹ The European Union issued a directive restricting the export of personal protective equipment (PPE).⁴⁰ Similarly, Switzerland restricted the export of masks, gloves, and swabs, whereas India banned the export of ventilators and sanitisers.⁴¹ The “blank exception” of export-related to essential commodities exposes the cracks within IEL.⁴²

International investment is fixated around the framework of treaties, similar to trade. A binocular vision of international investment experts reciprocates the idea that foreign states may seek a palette of relief from the host state including: inadequate compensation for nationalizations,⁴³ discriminatory treatment on the basis of nationality,⁴⁴ breaches of state contracts protected by umbrella clauses,⁴⁵ or violations of fair and equitable treatment⁴⁶ Within the framework of investment dispute settlement, a host of Bilateral Investment Treaty (BIT) provisions has specific exemptions to protect “public health”. This has effectively brought to the fore a crucial enigma of dispute settlement, which Federica Paddeu and Kate Parlett describe as: “whether States will be insulated for measures taken in response to the emergency presented by COVID-19 or will investors be indemnified for the substantial losses they will likely suffer?”⁴⁷ An additional facet is the largely unconcerned

Health Law & Governance Amidst the pandemic: Evidence, Lessons, and Reforms’ (2021) 30(1) *Ann Health Law* 222.

³⁴ Yuval Noah Harari notes: “Given the global nature of the economy and of supply chains, if each government does its own thing in complete disregard of the others, the result will be chaos and a deepening crisis”. Yuval Noah Harari, ‘Yuval Noah Harari: the world after coronavirus’ (*Financial Times*, 20 March 2020) <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>> accessed _____

³⁵ Anne Orford, ‘Theorizing Free Trade’ in Anne Orford & Florian Hoffmann (eds), *The Oxford Handbook Of The Theory Of International Law* (OUP 2016); See also Francisco-Jose Quintana and Justina Uriburu, ‘Modest International Law: COVID-19, International Legal Responses, And Depoliticization’ (2020) ASIL 691.

³⁶ Global Trade Alert, *21st Century Tracking Of Pandemic-Era Trade Policies In Food And Medical Products* (2020) <https://www.global-tradealert.org/reports/54>

³⁷ Tullio Treves, ‘The Expansion of International Law’ (2015) 398 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* 219–261.

³⁸ Robert E. Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy* (Salem: Butterworth Legal Publishers 1990).

³⁹ Julian Arato, Kathleen Claussen, and Benton Heath, ‘The Perils of Pandemic Exceptionalism’ (2020) 114 (4) *ASIL* 628–629.

⁴⁰ European Union, *Commission Implementing Regulation 2020/402 of 14 March 2020 making the exportation of certain products subject to the production of an export authorisation* (2020) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.LI.2020.077.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2020:077:TOC>

⁴¹ ‘India Bans Export of All Ventilators and Sanitizers’ (*Reuters*, 24 March 2020) <<https://www.reuters.com/article/brief-india-bans-exports-of-all-ventilat/brief-india-bans-exports-of-all-ventilators-and-sanitizers-govt-order-idUSFWN2BH10V>> accessed October 19, 2021

⁴² Najina Annabel, ‘Justifying COVID-19 Exportation-Related Quantitative Restriction within the framework of the World Trade Organization Law’ (*AfronomicsLaw*, 10 May 2020) <<https://www.afronomicslaw.org/2020/05/10/justifying-covid-19-exportation-related-quantitative-restrictions-within-the-framework-of-the-world-trade-organization-law/>> accessed October 19, 2021

⁴³ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles Of International Investment Law* (2nd edn, OUP 2012).

⁴⁴ Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn, ‘Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?’ (2008) 102 *AJIL* 48.

⁴⁵ James Crawford, ‘Treaty and Contract in Investment Arbitration’ (2008) 24 *Arb Int’l* 351.

⁴⁶ Gus Van Harten, *International Investment Treaty Arbitration And Public Law* (OUP 2007).

⁴⁷ Federica Paddeu, Kate Parlett, ‘COVID-19 and Investment

prism of International Investment Agreements towards the environment⁴⁸ which further reduces affinities between IEL and a balanced pandemic regurgitation.

4 Conclusion

The sanitary crisis has already impacted the world economy significantly, with the restriction on exports of sanitary materials, disruption of international transportation, strengthened screening of foreign investment, and challenging of intellectual property rights in times of sanitary crisis. It has induced States to reassess their essential interests and national security, for instance in order to maintain a production capacity of medicines and vaccines. In addition, the lockdowns adopted in many countries have raised questions about their conformity with the existing free trade and investment treaties, and about the rationale of exceptions and derogations in these treaties. The economic implications of the crisis have resulted in massive stimulus packages by national governments which have resulted in the burden of public exchequer and debt. The public debt to GDP ratio of most developed well as developing countries is also predicted by financial intuitions to increase drastically. The IMF, development banks, and other international financial institutions have been mobilized to meet the current and forthcoming financial needs of the most affected economies. These different themes deserve a legal discourse, focusing on the States' novel responses and practices towards their economic relations and a possible shift to a new post-COVID-19 world economic order.

Treaty Claims' (*Kluwer Arbitration Blog*, 30 March, 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/>> accessed October 19, 2021

⁴⁸ Francesco Mantanaro and Federica Violi, 'The Remains of the Day: The International Economic Order in the Era of Disintegration' (2020) 23 *J Int Econ Law* 299, 310.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Transparência e cooperação regulatória no comércio internacional de produtos médicos para a COVID-19: uma análise da atuação institucional da OMC e das notificações do Brasil em observância aos Acordos TBT e SPS

Transparency and regulatory cooperation on international trade for medical products to tackle COVID-19: an assessment of the WTO institutional role and the Brazilian notifications under the TBT and SPS Agreements

Magali Favaretto Prieto Fernandes

Michelle Ratton Sanchez Badin

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

Transparência e cooperação regulatória no comércio internacional de produtos médicos para a COVID-19: uma análise da atuação institucional da OMC e das notificações do Brasil em observância aos Acordos TBT e SPS*

Transparency and regulatory cooperation on international trade for medical products to tackle COVID-19: an assessment of the WTO institutional role and the Brazilian notifications under the TBT and SPS Agreements

Magali Favaretto Prieto Fernandes**

Michelle Rattton Sanchez Badin***

Resumo

A pandemia da COVID-19 desafiou, profundamente, os Estados nacionais em suas capacidades de formular políticas públicas de maneira rápida e eficiente. Dentre elas, inclui-se a garantia de acesso a medicamentos, equipamentos de proteção individual (EPI) e produtos médicos em geral, nacionais ou importados. Políticas de comércio externo, portanto, associam-se e dão suporte às políticas sanitárias, exigindo articulação com a esfera internacional. Este artigo analisa a relação entre a regulação do comércio internacional, na perspectiva jurídico-econômica do sistema multilateral GATT/OMC, e as respostas oferecidas pelos Estados-membros, no início da pandemia, relacionadas à importação, exportação e comércio de produtos médicos. Busca-se avaliar a relevância e eficiência da OMC, em seu papel institucional e nas práticas de seus Comitês técnicos TBT e SPS, para garantir transparência e propiciar cooperação entre os países-membros. Para testar a hipótese, empreende-se estudo de caso empírico das políticas comerciais e administrativas formuladas pelo Executivo e órgãos reguladores brasileiros, relacionadas à COVID-19 e notificadas à OMC no período de março a julho de 2020. Os dados coletados foram analisados à luz das normas, acordos e estrutura institucional do sistema multilateral de comércio e da literatura em Direito Internacional Econômico. O estudo demonstra que a interação entre a regulação e práticas desenvolvidas no âmbito multilateral com as estruturas institucionais brasileiras pode ter influenciado positivamente políticas comerciais e medidas administrativas domésticas tomadas durante a crise de saúde, no período analisado.

Palavras-chave: Comércio internacional; Produtos médicos; Transparência; Cooperação regulatória; Comitês TBT e SPS; COVID-19.

* Recebido em 11/11/2020
Aprovado em 06/07/2021

** Doutoranda no Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Beneficiária da bolsa “Prof. Mário Henrique Simonsen” da FGV Direito SP, Programa de Pós-Graduação Acadêmico Stricto Sensu. LL.M. in International Legal Studies pela Washington College of Law, American University. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).
Email: magalifavaretto@gmail.com

*** Professora associada, em tempo integral, na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e do Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmicos em Direito e Desenvolvimento. Co-coordenadora do Núcleo de Direito Global e Desenvolvimento na mesma instituição e da WTO Chair/Brasil. Foi uma das fundadoras da Society of International Economic Law (SIEL) e, atualmente, é diretora da RED-DEI (América Latina) e do capítulo da ILA/Brasil.
E-mail: Michelle.Sanchez@fgv.br.

Abstract

The COVID-19 pandemic has deeply challenged all national states in their ability to formulate public policies efficiently and timely. Among them include the aim of guaranteeing access to medicines, personal protection equipment (EPI) and medical products in general, national or imported. Foreign trade policies give support to urgent sanitary and economic domestic policies and require articulation with the international sphere. This article assesses the relationship between international trade regulation under the GATT/OMC system and the responses provided by member states related to the import, export and trade on medical products. It aimed at analyzing the relevance and efficiency of the WTO in its institutional functions, and the practices of its technical committees TBT and SPS to guarantee transparency and provide opportunity for regulatory cooperation among member-countries. In order to test the hypothesis, we provide a case study on the Brazilian trade policies and trade-related administrative measures from the executive power and regulatory bodies related to the COVID-19, and notified to the WTO in the period from March to July 2020. Data collected were analyzed in light of the agreements and the institutional structure of the trading multilateral system and the literature on International Economic Law. The study demonstrates that the interaction between regulation and practices developed in the multilateral system with the Brazilian domestic institutional structures may have positively influenced effective foreign trade policies and administrative trade-related measures taken during the health crisis, in the period under analysis.

Keywords: International trade; Medical products; Transparency; Regulatory cooperation; TBT and SPS Committees; COVID-19.

1 Introdução

A pandemia da COVID-19 desafiou, profundamente, os Estados nacionais em suas capacidades de formular políticas públicas de maneira rápida e eficiente. Desde medidas de restrição à circulação de pessoas, como imposição de isolamento social e quarentenas, a pacotes de auxílio financeiro emergencial e apoio às populações mais vulneráveis, os governos, com maior ou

menor sucesso, têm se esforçado para diminuir o contágio, prover tratamento aos seus cidadãos e minimizar os óbitos. Dentre as inúmeras medidas necessárias e urgentes, inclui-se a facilitação do acesso a medicamentos, equipamentos de proteção individual (EPI) e dispositivos médicos.

No contexto da pandemia, não apenas as políticas domésticas sanitárias e econômicas têm alta relevância, mas também dependem, e estão fortemente conectadas às políticas de comércio externo, formuladas e adaptadas, inclusive, para mitigar efeitos negativos produzidos por outras medidas de contenção da disseminação do vírus. O fluxo estável, rápido e seguro do comércio internacional de medicamentos e equipamentos de saúde, em uma economia globalizada, impacta, diretamente, as necessidades básicas para lidar com a pandemia internamente, em cada um dos Estados. E também sofre os efeitos das políticas de restrição à circulação de bens e pessoas.

Este artigo, escrito num intervalo de cinco meses, após a OMS caracterizar oficialmente a COVID-19 como uma pandemia, em 11 de março de 2020¹, traz uma análise da relação entre a regulação do comércio internacional, na perspectiva do regime jurídico-econômica do sistema multilateral GATT/OMC, e as primeiras respostas domésticas oferecidas pelos Estados-membros relacionadas à importação, exportação e comércio de produtos médicos necessários ao enfrentamento da COVID-19. Buscou-se avaliar a relevância e eficiência da OMC, em seu papel institucional e nas práticas de seus Comitês técnicos TBT e SPS, para garantir transparência e propiciar cooperação entre os países-membros. Para testar a hipótese, empreendeu-se estudo de caso empírico das políticas comerciais e medidas administrativas formuladas pelo Executivo e órgãos reguladores brasileiros, relacionadas à importação, exportação e comércio de produtos médicos, notificadas à OMC no período de março a julho de 2020. No âmbito doméstico, a análise foi feita sob a perspectiva das políticas públicas de comércio externo dos países-membros da OMC e das obrigações assumidas por estes nos acordos que integram o sistema multilateral.

¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> Acesso em: 20 maio 2020.

Argumenta-se que o papel institucional desempenhado pela OMC, antes e durante a pandemia, especialmente o sistema de notificações, monitoramento de políticas comerciais, e espaço de diálogo e redução de fricções ao comércio, mostrou a relevância dos princípios e obrigações de transparência que informam o sistema. Notadamente em tempos de crise e dificuldades de diálogo e cooperação entre os Estados. Além do valor da transparência, o trabalho técnico e de natureza administrativa da OMC, menos conhecidos do público, desenvolvido principalmente nas últimas décadas pelos Comitês Técnicos da instituição, demonstrou importante interação entre a regulação e práticas desenvolvidas no âmbito multilateral e o desenvolvimento de estruturas institucionais domésticas. Essa interação pode ter influenciado, positivamente, as políticas comerciais e medidas administrativas relacionadas ao comércio externo durante a crise de saúde.

A análise é desenvolvida em quatro seções, além dessa introdução. No item 2, traça-se um panorama geral e introdutório sobre a intensificação da relação entre comércio internacional e saúde pública. No item 3, descreve-se como o comércio internacional passou a ocupar o centro da crise de saúde mundial, apresentando uma perspectiva econômica sobre a abrupta elevação da demanda por produtos médicos, a consequente escassez, os principais exportadores e importadores, o impacto das cadeias de valor, e as dificuldades impostas ao comércio pelas medidas de restrição à circulação de bens e pessoas. Contrasta-se, de um lado, a utilização de medidas de proibições e restrições às exportações de produtos médicos que foram inicialmente impostas por vários países, de maneira reativa e desordenada, e, de outro, as medidas de facilitação de comércio e flexibilização regulatórias, como respostas à necessidade de maior diversificação de produtos necessários ao combate à COVID-19. No item 4, analisa-se a relação entre o sistema jurídico-econômico que rege o comércio internacional e as respostas oferecidas pelos Estados-membros, explorando o papel desempenhado pela OMC, antes e durante a pandemia, no tocante ao sistema de notificações e monitoramento de políticas comerciais. No item 5, traz-se estudo de caso empírico das políticas comerciais e medidas administrativas adotadas pelo Brasil, país que, notadamente, apresentou o maior número de notificações referentes aos Acordos TBT e SPS relacionadas à COVID-19. Ao final, conclui-se pelo valor da transparência e do trabalho técnico desenvolvidos na estrutura

multilateral do comércio, e pela relevância das políticas comerciais e medidas administrativas domésticas relacionadas ao comércio, quando tomadas em concerto e cooperação com o nível multilateral, como um eixo fundamental que dá suporte às cruciais políticas de saúde em meio à crise.

O estudo foi conduzido no período de março a julho de 2020. Os dados empíricos foram coletados majoritariamente na página dedicada criada pelo Secretariado da OMC em março de 2020, contendo dados econômicos, notas informativas e diversas outras publicações². Também foram acessados dados das páginas da Internet da Organização Mundial de Saúde (OMS)³ e do Jornal Oficial de legislação e regulação da União Europeia (UE)⁴. Dados sobre o Brasil, incluindo medidas legislativas e administrativas editadas em resposta à pandemia, foram coletados em sites oficiais do governo brasileiro, da AN-VISA e do INMETRO⁵. Os dados foram processados, sumarizados e analisados à luz das normas, acordos e estrutura institucional que compõem o sistema GATT/OMC, reconhecido amplamente como regime multilateral de comércio. Como fontes secundárias, recorreu-se: *i*) à literatura no campo da Economia Política sobre comércio internacional e cadeias de valor; *ii*) à literatura no campo do Direito Internacional Econômico sobre regras, princípios e práticas que informam o regime e sistema multilateral de comércio; e *iii*) artigos da imprensa nacional e estrangeira sobre fatos e opiniões relacionados às respostas iniciais oferecidas pelos Estados ao comércio externo de produtos médicos. Os métodos utilizados foram: a organização dos dados coletados e análise dos mesmos à luz da literatura, oferecendo uma primeira abordagem sobre o papel do comércio, das instituições internacionais e do direito internacional na

² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Covid-19 and world trade*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid19_e.htm Acesso em: 30 maio 2020.

³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Home*. Disponível em: <https://www.who.int/> Acesso em: 25 mar. 2020.

⁴ EUR-Lex. *Access to European Union Law. Official Journal*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=en> Acesso em: 23 maio 2020.

⁵ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior. *Resoluções CAMEX e outros normativos*. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex> Acesso em: 23 maio 2020; BRASIL. Ministério da Saúde. *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br>. Acesso em: 23 maio 2020; BRASIL. Ministério da Economia. *Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia*. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br>. Acesso em: 15 maio 2020.

pandemia da COVID-19. Outros desenvolvimentos e publicações das organizações internacionais relevantes sobrevieram ao período de análise compreendido, determinando os limites temporais deste artigo.

2 Relação entre comércio internacional e saúde pública

Desde o início do milênio, o notável aumento da movimentação transfronteiriça de bens, serviços, capital e pessoas já vinha alertando governos para problemas relacionados à saúde humana, que deixava cada vez mais de ser uma preocupação nacional para adquirir dimensões e contornos internacionais. Questões relacionadas aos impactos da liberalização econômica e incremento do comércio sobre a saúde das populações, tais como o aumento do risco de disseminação de doenças infecciosas (comunicáveis) e de doenças relacionadas a novos hábitos alimentares (não comunicáveis), já eram objeto de preocupação entre formuladores de políticas públicas nacionais e de organizações internacionais⁶.

O surto da Síndrome Respiratória Aguda (SARS) em 2003 alertou para enormes perdas financeiras, da ordem de US\$ 100 bilhões e predições de maiores impactos econômicos que poderiam resultar de uma pandemia relacionada à influenza⁷. Em 2006, a Organização Mundial da Saúde (OMS) adotou a Resolução WHA 59.26 sobre comércio internacional e saúde. Nesta, a instituição alertava seus Membros sobre os desafios que essa relação impõe à saúde de suas populações e a necessidade de se construir capacidade e entendimento amplo das implicações do comércio internacional e dos acordos comerciais na saúde pública doméstica. Incentava, ainda, a formulação de políticas coerentes e legislação adequada, a partir de uma abordagem sistêmica entre comércio e saúde⁸.

Em 2012, uma publicação da OMS, juntamente à Organização Mundial do Comércio (OMC) e à Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), endereçou o aprofundamento da relação entre comércio e saúde e a necessidade premente de cooperação internacional em questões de saúde, comércio e propriedade intelectual de maneira transparente e holística⁹. Em 2015, a OMS publicou um relatório denominado “*Trade and Health: Towards building a national strategy*”, com o propósito de mapear a multiplicidade de questões envolvendo a relação entre comércio e saúde, tais como: *i*) impactos do aumento do comércio internacional em fatores de risco para doenças infecciosas; *ii*) impactos do comércio em políticas comerciais nacionais em saúde e nas habilidades dos governos de suportar despesas relacionadas à saúde; *iii*) nível das obrigações assumidas pelos países em acordos preferenciais de comércio, normalmente com cláusulas mais restritivas quanto à proteção de propriedade intelectual do que a regulação do sistema multilateral (Acordo TRIPS); e *iv*) impactos dos acordos comerciais e do fluxo do comércio de medicamentos, produtos médicos e tecnologias associadas nas economias domésticas e na saúde da população.

As implicações resultantes da relação entre comércio e saúde são, portanto, multifatoriais. No relatório da OMS, essas implicações são representadas, de forma simplificada, na figura 1. Na parte superior, dentro do retângulo, a abertura econômica, o aumento dos fluxos comerciais e as regras contidas em acordos comerciais e instituições internacionais representam os principais fatores de influência e impacto nas economias domésticas dos países. A parte inferior representa os Estados nacionais individualmente. As setas vermelhas entre as duas partes indicam as principais relações e influências entre as esferas internacional e nacional.

⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *WTO agreements and public health: a joint study by the WHO and the WTO secretariat*. Geneva: World Health Organization and World Trade Organization, 2002. Disponível em: https://www.who.int/media/homepage/en/who_wto_e.pdf?ua=1 Acesso em: 15 maio 2020.

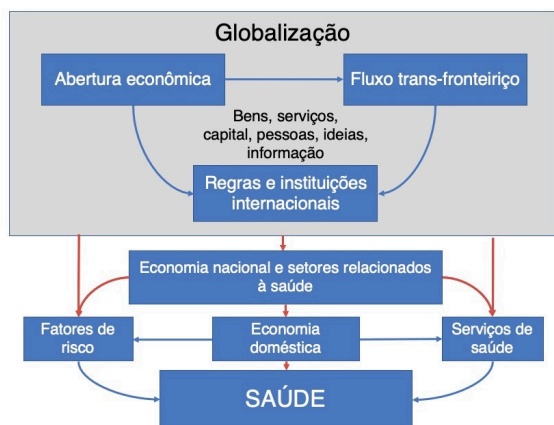
⁷ KEOGH-BROWN, Marcus R.; SMITH Richard D. The economic impact of SARS: how does the reality match the predictions? *Health Policy*, v. 88, p. 110–120, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.healthpol.2008.03.003> Acesso em: 15 maio 2020.

⁸ THE LANCET COMMISSIONS. *Trade and health: an enquiry into the role of the world health organisation in promoting policy coherence across the fields of trade and health*. Disponível em: <https://www.lancet.com/commission/2015>

<https://www.med.uio.no/helsam/english/research/centres/global-health/global-governance-health/background-papers/who-trade.pdf> Acesso em: 25 maio 2020.

⁹ SMITH, Richard *et al.* (eds.). *Trade and health: towards building a national strategy*. Disponível em: <https://www.who.int/phi/documents/trade-and-health/en/> Acesso em: 25 maio 2020.

Figura 1 - Globalização, comércio e saúde



Fonte: OMS. SMITH, Richard *et al.* (eds.). Trade and Health: Towards building a National Strategy.

Na mais recente publicação trilateral, as três organizações internacionais (OMS, OMC e OMPI) trouxeram a mesma abordagem integrada em resposta à pandemia da COVID-19¹⁰. Além dos desafios e ameaças já antes alertados, as instituições ressaltam, dentre as muitas interseções entre saúde pública, propriedade intelectual e comércio, a importância que esse último desempenha no *acesso à tecnologias médicas*, expressão que compreende medicamentos, produtos médicos, serviços e tecnologias. Importância que foi evidenciada no início da pandemia, relacionada à corrida por produtos médicos essenciais à detecção e tratamento da doença, e, conforme avança o desenvolvimento de vacinas, há novos desdobramentos e aplicações concretas.

Mesmo antes da pandemia, o comércio internacional desempenhava papel crucial no acesso a medicamentos e produtos médicos. O comércio desses produtos, em conjunto, representou 1,7% do comércio mundial em 2019, com crescimento de 9% em 2018 e de 6% em 2019, totalizando US\$995 bilhões das exportações totais em 2019, conforme dados da OMC¹¹. Grande parte da produção e consumo desses produtos concentra-se em poucos países. Os Estados Unidos, a União Europeia, o Japão e a China, juntos, foram responsáveis por

¹⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Promoting access to medical Technologies and innovation*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240008267> Acesso em: 30 jul. 2020.

¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Trade in medical goods in the context of tackling COVID19. Information Note*, 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_03apr20_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

90% da produção e consumo globais de equipamentos médicos¹². No que diz respeito a máscaras faciais, por exemplo, em 2019, a China forneceu 25% do total de exportações, e, juntamente a Alemanha e Estados Unidos, forneceram metade das exportações mundiais. Com relação, especificamente, a ventiladores e respiradores, Estados Unidos, Cingapura, Holanda e China respondem por metade das exportações¹³.

Esses dados, por si só, já denotam o quanto diversos países e suas populações, incluindo a ampla maioria de economias emergentes e países em desenvolvimento, dependem do comércio internacional para ter acesso a medicamentos e produtos médicos necessários ao combate à COVID-19. Por sua vez, políticas comerciais, em qualquer tempo, promovem a distribuição de recursos materiais e financeiros nas sociedades, afetando, diretamente, a vida das pessoas, as condições de trabalho, de saúde e segurança¹⁴. No contexto de uma crise sanitária, tornaram-se parte essencial das respostas públicas oferecidas pelos Estados.

3 O comércio internacional no centro da crise: políticas comerciais e medidas administrativas como respostas à pandemia

A pandemia trouxe situações imprevisíveis aos governos. Dada a variedade e velocidade das respostas, ainda levará algum tempo para que se consiga apreender as razões, profundidade e padrões de implementação dessas respostas, tanto no âmbito doméstico quanto na sua articulação entre os níveis nacional e internacional. Igualmente, o fato de os países estarem enfrentando os picos de contágio em momentos diferentes, com recursos também muito diversos, faz com que as políticas

¹² UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION. *Medical devices and equipment: competitive conditions affecting U.S. trade in Japan and other principal foreign markets*. 2007. Disponível em <https://www.usitc.gov/publications/332/pub3909.pdf> Acesso em: 31 maio 2020.

¹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Trade in medical goods in the context of tackling COVID19. Information Note*, 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_03apr20_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

¹⁴ FRIEL, Sharon *et al.* Trade policy and public health. *Annual Review of Public Health*, v. 36, n. 1, p. 325–344, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1146/annurev-publhealth-031914-122739> Acesso em: 31 maio 2020.

domésticas ora se contraponham, ora apresentem maior convergência de interesses, e, em certas circunstâncias ideais, representem iniciativas de cooperação internacional, com maior ou menor grau de articulação entre as esferas nacional e internacional.

Com relação ao mercado mundial, os atuais fluxos comerciais de produtos médicos¹⁵ e a sua organização em cadeias globais de valor chamaram a atenção para o alto nível de concentração das exportações a partir de determinados países, além da necessidade de requisitos técnicos bastante diversos, aplicáveis tanto às exportações quanto à distribuição nos mercados internos. A atual crise de saúde levou à escassez generalizada de suprimentos médicos. Produtos como máscaras cirúrgicas, respiradores, óculos de proteção e protetores faciais (*facial shields*), bem como ventiladores respiratórios e uma gama de dispositivos médicos e produtos farmacêuticos tornaram-se altamente disputados entre os países.

As cadeias de suprimentos globais exigem o fornecimento de insumos e ingredientes de um ou mais países a outros. Do mesmo modo, é frequente a necessidade de se realizar ensaios, testes e inspeções em mais de um país, ao longo do processo produtivo, de forma a garantir que a produção e os processos produtivos respeitem certas práticas laboratoriais e atendam a diferentes padrões e procedimentos de avaliação de conformidade, estabelecidos tanto pelo país exportador quanto pelo importador. Isso significa que as políticas comerciais e regulatórias, abrangendo medidas administrativas, adotadas pelos principais fornecedores e mercados de destino, bem como por qualquer um dos países que participem em etapas intermediárias da cadeia de valor, podem ter grande impacto na disponibilidade e fornecimento de insumos e matérias primas à fabricação desses bens. Consequentemente, requerem muitas vezes ações concertadas entre os Estados, de forma a evitar interrupções ou atrasos nas cadeias de suprimento, e permitir as ações necessárias para frear a pandemia.

¹⁵ Adota-se neste artigo a definição de bens médicos utilizadas pelo Secretariado da OMC, que inclui: medicamentos (produtos farmacêuticos), suprimentos médicos, equipamentos médicos e produtos de proteção individual (EPI). Para acessar a lista detalhada, consultar ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Trade in medical goods in the context of tackling COVID-19. *Information Note*, 2020. Disponível em: [https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_03apr20_e.pdf](https://www.wto.org/english/news_e/news_e/news20_e/rese_03apr20_e.pdf) Acesso em: 31 maio 2020.

Em reação ao surto, a OMC rapidamente adaptou o trabalho que já era realizado por seu Mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais (*Trade Policy Review Mechanism – TPRM*), desde a emergência da crise financeira de 2008, voltado à promoção de maior transparência quanto às medidas editadas por governos que impactam o comércio internacional¹⁶. Em 24 de março de 2020, o Diretor Geral da OMC encorajou os membros a prover informações ao Secretariado da instituição sobre quaisquer medidas ou programas tomados no contexto da crise da COVID-19.¹⁷ Essa iniciativa da OMC favoreceu um maior grau de transparência entre os Estados membros e os principais agentes econômicos. Com efeito, desde março até junho 2020, a OMC já tinha registrado um total de 203 medidas comerciais notificadas relacionadas à COVID-19¹⁸. Dentre os 164 membros da OMC, 80 países notificaram medidas, seja restringindo, liberalizando ou facilitando o comércio de bens essenciais ao enfrentamento da pandemia.

Quanto às medidas restritivas, foram adotadas desde proibições às exportações de certos produtos médicos, solicitações de licenciamento prévio e autorizações especiais, até requisitos burocráticos que dificultavam o desembaraço das exportações. Essas medidas suscitaram grandes preocupações, principalmente quando adotadas pelos maiores exportadores de produtos médicos. Ressalte-se que também esses países foram afetados pela escassez desses bens, dada a dependência do suprimento das cadeias de valor e o abrupto e inesperado crescimento da demanda interna.

A partir do banco de dados da OMC, foi possível verificar algumas medidas nacionais específicas adotadas pelos países-membros, para ilustrar o panorama

¹⁶ O Mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais (*Trade Policy Review Mechanism – TPRM*) foi introduzido pela Decisão do Conselho do GATT em 12 de abril de 1989. Em 1994, o TPRM foi confirmado como parte integrante da OMC, incorporado ao Anexo 3 do Acordo de Marrakesh (WTO Agreement, Annex 3, 1869 UNTS 480). Em 2009, a OMC expandiu seu papel de monitoramento, passando a produzir relatórios semestrais. Para um estudo abrangente sobre o funcionamento do TPRM. KENDE, Mathias. *The trade policy review mechanism: a critical analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *DG Azerêdo requests WTO members to share information on trade measures related to COVID-19*. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/dgra_24mar20_e.htm Acesso em: 31 maio 2020.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *COVID-19: measures affecting trade in goods*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_related_goods_measure_e.htm Acesso em: 20 jun. 2020.

geral de rápida mudança das políticas comerciais. Por exemplo, em fevereiro de 2020, quando o vírus atingiu a Europa, foi anunciado que os principais fornecedores europeus, França, Alemanha e República Tcheca, começariam a impor restrições à exportação, ameaçando inclusive os princípios e regras da União Europeia (UE) quanto ao livre comércio e circulação de bens e serviços entre os países do bloco.¹⁹ Para coibir essas iniciativas unilaterais, em 15 de março, a UE estabeleceu programa emergencial e temporário de autorização de exportação para cinco itens de EPI, restringindo as exportações para fora do mercado único da UE, porém afetando a Suíça e a Noruega.²⁰ E a própria Suíça, outro grande exportador, também respondeu com restrições às exportações.²¹ O Secretariado da OMC rapidamente coletou essas informações, verificando-as com fontes oficiais e as publicou como parte de “um relatório informal da situação”. Ilustrativamente, e como possível reflexo do monitoramento e relatório publicado pela OMC, as medidas de 15 de março foram revisadas em 24 de abril e, posteriormente, formalmente notificadas à OMC em 7 de maio. Pouco depois, ainda em maio, o regime geral de autorização de exportação deixou de ser aplicado pela UE.

Com base no exemplo da UE, as políticas comerciais de restrição às exportações foram impostas de maneira reativa e mutuamente defensivas. Posteriormente, os governos tentaram delinear melhor essas políticas por meio de emendas, fornecendo isenções e exercendo mais cautela com possíveis retaliações, além de manifestarem alguma preocupação humanitária e estabelecerem exceções à regra geral. Contudo, análises com base na perspectiva econômica, têm demonstrado que as restrições às exportações, apesar de aumentarem o suprimento interno no curto prazo, frequentemente levam a uma redução geral da produção global e aumento dos preços.

¹⁹ TSANG, Amie. E.U. seeks solidarity as nations restrict medical exports. *The New York Times*, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/07/business/eu-exports-medical-equipment.html> Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁰ EUROPEAN UNION. Commission Implementing Regulation (EU) making the exportation of certain products subject to the production of an export authorisation. *Official Journal of the European Union*, v. 63, mar. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2020:077I:TOC> Acesso em: 20 jun. 2020.

²¹ SWISS restrict exports of protective equipment as coronavirus hits. *Reuters Staff*, mar. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-swiss-restrictions/swiss-restrict-exports-of-protective-equipment-as-coronavirus-hits-idUSZ8N2AZ00N> Acesso em: 20 jun. 2020.

Em uma publicação recente, que compilou estudos de diversos autores sobre as restrições recém-impostas às exportações de produtos médicos críticos ao combate à COVID-19, com base na perspectiva da Economia Política, argumenta-se de forma quase uníssona que as tentativas dos países de se “voltar para dentro”, por meio da imposição de barreiras nacionais, somente tornam as coisas piores, e que manter o fluxo do comércio e empreender cooperação intergovernamental são, certamente, melhores opções.²²

Em contraste com a imposição de restrições às exportações, vários países, também, implementaram medidas de liberalização comercial, facilitação e flexibilização de requisitos às importações, tais como redução de tarifas de importação, retirada de direitos antidumping, e flexibilização de medidas administrativas. Tanto países em desenvolvimento e economias emergentes, que muitas vezes buscam proteger seus mercados com tarifas relativamente altas - como é o caso do Brasil -, quanto grandes produtores e exportadores de produtos médicos, adotaram medidas relacionadas à redução de tarifas de importação, à retirada ou suspensão temporária de direitos antidumping, e modificações em seus ambientes regulatórios e administrativos para facilitar as importações. Dentre as medidas de facilitação de comércio notificadas, a OMC classificou-as em quatro categorias principais, quanto às suas finalidades: *i*) racionalizar os procedimentos de certificação; *ii*) garantir que os produtos médicos sejam seguros; *iii*) garantir o fornecimento de alimentos, por meio de flexibilização de regulamentos técnicos; e *iv*) acessar os riscos de transmissão da COVID-19 provenientes do comércio internacional de animais vivos.²³

Com respeito, especificamente, a produtos médicos, estes constituem bens altamente regulados, incluindo leis, normas técnicas e regulamentos administrativos que exigem registros de produtos, testes e inspeções obrigatórios, submissão a determinadas práticas laboratoriais, e procedimentos de avaliação de conformidade

²² BALDWIN, Richard; EVENETT, Simon. (eds.). *COVID-19 and trade policy: why turning inward won't work*. Londres: CEPR Press, 2020. Disponível em: <https://voxeu.org/content/covid-19-and-trade-policy-why-turning-inward-won-t-work> Acesso em: 20 mar. 2020.

²³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Standards, regulations and COVID-19: what actions taken by WTO members? *Information Note*, 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/COVID19_e/standards_report_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

(PAC), para garantir a eficácia dos produtos e a segurança do consumidor. Facilitar e agilizar esses requisitos em meio à crise de saúde é uma escolha racional para responder à emergência, desde que a segurança e a saúde de pacientes, e consumidores em geral, não sejam comprometidas. Além disso, algumas das precauções sanitárias adotadas em resposta à pandemia, como diretrizes de distanciamento social, indiretamente exigiram a adaptação de prescrições regulatórias (por exemplo, inspeções *in loco* e pessoais tiveram que ser substituídas pelo uso de tecnologias que permitissem tais práticas à distância). Essas medidas podem facilitar, consideravelmente, tanto a importação quanto a produção doméstica de produtos essenciais, o que auxilia governos e seus sistemas de saúde a conter a disseminação do vírus e as taxas de mortalidade.

Uma vez exposto o contexto das medidas comerciais domésticas com efeitos na esfera internacional, e vistas as consequências imediatas e projeções futuras sob a ótica econômica, passa-se à análise principal deste artigo, à luz da perspectiva institucional do regime multilateral de comércio. Não se objetiva, neste artigo, uma análise do aspecto estrito das regras contidas nos acordos, sua validade, eficácia, e cumprimento ou descumprimento de obrigações pelos membros quanto às notificações ou às limitações impostas pelos acordos. O foco é no aspecto institucional, no papel desempenhado pela OMC, a partir de sua estrutura e funcionamento de órgãos institucionais, como o Secretariado e Comitês Técnicos, especialmente os Comitês TBT e SPS²⁴. Esses últimos Comitês funcionam como órgãos executivos, que implementam as disciplinas dos acordos e proporcionam um fórum para que os membros conheçam os sistemas regulatórios uns dos outros, discutam regulamentos propostos que possam afetar o comércio, e eventualmente colaborem multilateralmente.

²⁴ O Art. 12 do Acordo SPS estabelece o Comitê em Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e dispõe sobre as tarefas a serem realizadas por este. O Art. 13 do Acordo TBT estabelece o Comitê em Barreiras Técnicas ao Comércio, encarregado das responsabilidades previstas no respectivo acordo. Os acordos preveem poucas especificações sobre a composição, papel e modo de operação dos Comitês. Portanto, o estudo do funcionamento desses comitês é um estudo da sua prática institucional, conforme proposto por Lang e Scott. LANG, Andrew; SCOTT, Joanne. The hidden world of WTO governance. *The European Journal of International Law* (EJIL), v. 20, n. 3, p. 575-614, 2009.

4 O papel da OMC durante a pandemia e o valor da transparência e do trabalho técnico

Acredita-se que o sistema multilateral de comércio tenha conseguido evitar o uso generalizado das políticas restritivas ao comércio durante a crise financeira de 2008-2009. Desse modo, teria desempenhado seu papel de impedir a repetição das mesmas aflições que destruíram a economia mundial na década de 30²⁵. Ainda é prematuro determinar se o sistema poderá ter performance similar durante a crise sanitária e o consequente aprofundamento das crises social e econômica, dada a contestação que o próprio sistema multilateral sofre.

Ressalte-se que, antes do início da pandemia, a OMC já vinha enfrentando desafios históricos, decorrentes das dificuldades de seu “braço negociador”, das mudanças sistêmicas nas dinâmicas políticas e econômicas de seus membros, e do crescente nacionalismo e ceticismo sobre o valor das instituições multilaterais²⁶. Em 2019, após falhar na obtenção de consenso para nomear novos membros para o Órgão de Apelação, o sistema de solução de controvérsias da OMC foi severamente afetado. O potencial desaparecimento da “Joia da Coroa” da OMC²⁷ sinalizou um revés funcional à sua estrutura institucional, mas, talvez, ainda mais importante, esse fato possa ser visto como emblemático das profundas pressões que o sistema de comércio multilateral vem enfrentando e da necessidade de reforma.

Mas, além de negociar novas regras comerciais e resolver disputas, os dois “braços” mais conhecidos dessa organização, a OMC também funciona como um repositório de políticas comerciais, notificadas de acordo com um conjunto de princípios e requisitos de transpa-

²⁵ RUDDY, Brendan. The critical success of the WTO: trade policies of the current economic crisis. *Journal of International Economic Law* (JIEL), v. 13, n. 2, p. 475-495, jun. 2010; UNCTAD. *International trade after the economic crisis: challenges and new opportunities*. 2010. Disponível em: https://unctad.org/en/Docs/ditctab20102_en.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

²⁶ NARLIKAR, Amrita. Why multilateralism is in such a mess and how we can fix it. *World Economic Forum*, 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2020/01/why-multilateralism-is-in-such-a-mess-and-how-we-can-fix-it/> Acesso em: 31 maio 2020.

²⁷ PAYOSOVA, Tetyana; HUFBAUER, Gary Clyde; SCHOTT, Jeffrey. The dispute settlement crisis in the World Trade Organization: causes and cures. *Policy Brief*, mar. 2018. Disponível em: <https://www.piie.com/publications/policy-briefs/dispute-settlement-crisis-world-trade-organization-causes-and-cures> Acesso em: 31 maio 2020.

rência, e como um espaço relevante para debate e troca de experiências. Enquanto as recentes crises globais - incluindo a atual - enfatizaram as significativas tensões políticas e desafios enfrentados pelo sistema multilateral de comércio, esse “terceiro braço” da OMC, de repositório de políticas comerciais e espaço privilegiado de trocas e diálogo, continuou seu trabalho.

As obrigações de transparência, contidas em diversos acordos da OMC, têm sido crescentemente consideradas de grande relevância, e até mesmo percebidas como um pilar fundamental às reformas recentes propostas ao sistema do comércio internacional²⁸. O Glossário da OMC define transparência como “o grau de abertura e previsibilidade das políticas, práticas, e processos comerciais”²⁹. Porém, o conceito de transparência no contexto da OMC pode ser entendido numa perspectiva bastante ampla, abrangendo regras de notificação, publicação, monitoramento, relatórios e revisões de compromissos presentes nos acordos. Apenas como exemplo, a obrigação de transparência é prevista no Art. X do GATT, no Art. III do Acordo Geral de Serviços (GATS), no Art.15.4 do Acordo TBT, no Art. 7 e Anexo B do Acordo SPS, e no Art. 63 do Acordo sobre Propriedade Intelectual (TRIPS). Atualmente, quase todos os acordos da OMC contêm cláusulas sobre transparência. Dentre estes, os Acordos TBT e SPS e seus respectivos Comitês destacam-se pelo seu regime de notificações sobre propostas de novas medidas e por promover a cooperação na implementação dessas medidas, constituindo-se nos exemplos mais completos de cooperação regulatória na OMC³⁰.

De forma geral, as obrigações de transparência requerem que seus membros notifiquem, formalmente, todas as leis e regulamentos que afetem o comércio, de

maneira que todos os membros tomem conhecimento sobre as medidas que seus parceiros comerciais estão tomando e possam agir de acordo com as obrigações e compromissos assumidos. Desde o Acordo GATT de 1947, as obrigações de transparência têm evoluído em escopo e abrangência, partindo de obrigações gerais de publicar leis que afetem o comércio, conforme inscritas no Art. X, até o monitoramento e mecanismos de vigilância que foram sendo implementados nos vários Comitês Técnicos da instituição, instrumentais aos acordos, em procedimentos de *peer review*, e no mecanismo institucionalizado de revisão de políticas comerciais (TPRM)³¹. Conforme Halle e Wolfe apontam³², uma terceira geração de políticas de transparência, quanto ao próprio funcionamento da OMC, tem sido ampliada. Isso envolve maior abertura e efetiva participação de países em desenvolvimento, permitindo-os utilizar as informações geradas pelos mecanismos de transparência, e reduzir as assimetrias de informação, não apenas entre governos, mas também entre atores econômicos e cidadãos³³. Ou como Hoekman referiu-se, de forma clara e direta: “a transparência é tão fundamental aos

²⁸ Para um amplo panorama das transformações das políticas de transparência da OMC, passando por três gerações. MAVROIDIS, Petros C.; WOLFE, R. From sunshine to a common agent: the evolving understanding of transparency in the WTO. *Brown J. World Affairs*, v. 21, n. 2, p. 123-129, 2015; CHARNOVITZ, Steve. Transparency and participation in the World Trade Organization. *Rutgers Law Review*, v. 56, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=710522> Acesso em: 31 maio 2020. Para uma visão crítica sobre a evolução da jurisprudência da OMC sobre transparência, ALAI, Padideh. From the periphery to the center? the evolving WTO jurisprudence on transparency and good governance. *Journal of International Economic Law*, v. 11, n. 4, p. 779-802, dez. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jiel/jgn027> Acesso em: 12 maio 2020.

²⁹ HALLÉ, Mark; WOLFE, Robert. A new approach to transparency and the accountability in the WTO, Issue brief. *EN-TWINED*, set. 2010. Disponível em: <https://www.iisd.org/system/files/publications/IssueBrief6-2010-09-14-low.pdf> Acesso em: 12 dez. 2020.

³⁰ Vários países-membros da OMC têm proposto novos procedimentos para aumentar as obrigações de transparência e notificações. Há duas grandes propostas atualmente: uma formulada pela Argentina, Austrália, Canadá, Costa Rica, União Europeia, Japão, Nova Zelândia, Taiwan e Estados Unidos. (JOB/GC/204/Rev.2, JOB/CTG/14 Rev.2 (27 June 2019), e outra apresentada por Cuba, Índia, Nigéria, África do Sul, Tunísia, Uganda e Zimbábue (JOB/GC/218, JOB/CTG/15, JOB/SERV/292, JOB/IP/33/DEV/58, JOB/AG/158 (27 June 2019). REINSCH, William A. *et al.* Transparency matter, and are members meeting their obligations? *CSIS*, abr. 2020. Disponível em: <https://www.csis.org/analysis/transparency-wto-why-does-transparency-matter-and-are-members-meeting-their-obligations> Acesso em: 12 dez. 2020.

²⁸ BORLINI, Leonardo S. A crisis looming in the dark: some remarks on the reform proposals on notifications and transparency. *QIL*, n. 63, p. 83-111, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3525423> Acesso em: 31 maio 2020.

²⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *The degree to which trade policies and practices, and the process by which they are established, are open and predictable*. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/transparency_e.htm Acesso em: 31 maio 2020.

³⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Facilitating trade through regulatory cooperation: the case of WTO's TBT/SPS agreements and committees*. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/tbtsp19_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020; MAVROIDIS, Petros C. Regulatory cooperation: lessons from the WTO and the world trade regime. *E15Initiative*, 2016. Disponível em: <https://e15initiative.org/publications/regulatory-cooperation-lessons-wto-world-trade-regime/> Acesso em: 31 maio 2020.

processos da OMC quanto é relevante aos produtos dessa organização”³⁴.

De forma prática e concreta, o trabalho desempenhado pela OMC em monitorar e rever procedimentos, por meio do TPRM e dos Comitês Técnicos, reflete um papel importante para a criação de uma miríade de estruturas burocráticas nacionais domésticas, com o objetivo de obter informações sobre políticas relacionadas ao comércio, compartilhando-as com outros canais oficiais e mantendo debates contínuos nos diversos comitês específicos. Esses debates não apenas oferecem oportunidades para esclarecer questões técnicas e reduzir pontos de fricções ao comércio, mas são um exercício fundamental na construção da confiança entre parceiros comerciais. Também oferecem importantes espaços para o compartilhamento de experiências e o aprendizado de melhores práticas. Por meio da discussão de políticas específicas, voltadas a diversos objetivos de políticas públicas, desde eficiência energética, capacidade de resposta a desastres naturais, até diversificação econômica e integração das mulheres na força de trabalho, esse trabalho de cooperação técnica, exercido no âmbito da OMC, atua na maior parte do tempo “fora do radar”. Apesar disso, tem proporcionado bem público, disponível a países em desenvolvimento e economias desenvolvidas igualmente, levando alguns a chamar esse “terceiro braço” da OMC de a “Verdadeira Joia da Coroa”³⁵.

No início da pandemia da COVID-19, essas características e funcionalidades do sistema multilateral mostraram seu valor. O Secretariado da OMC estabeleceu um canal dedicado e central de informações e adaptou sua função de monitoramento de políticas comerciais para coletar e reportar as medidas adotadas pelos países-membros em reação à crise sanitária³⁶. Também publicou, nesse canal, uma série de notas informativas, buscando fornecer mais clareza sobre a relação intrínse-

ca e complexa entre as políticas comerciais e as respostas à crise de saúde.

Conforme descrito no item 3 acima, com a proliferação de medidas comerciais, restringindo ou liberalizando o comércio de produtos médicos, tornou-se crucial aos Estados, agentes exportadores e importadores, estarem cientes sobre as novas restrições, modificações tarifárias, e regulamentos em geral, de forma a poderem reagir e continuar a operar num mercado em rápida transformação.

O aumento da transparência promovido pelas iniciativas descritas tem se mostrado indispensável no nevoeiro de uma pandemia global. Sem informações precisas e oportunas sobre medidas que afetam as exportações e importações de produtos médicos e gêneros alimentícios, sobre novos regulamentos que afetam o transporte, ou sobre requisitos técnicos específicos de qualidade e segurança de equipamentos médicos e EPI, os bens essenciais ao combate à crise de saúde podem ficar parados em fronteiras e haver uma perda de tempo precioso com informações errôneas e falta de coordenação.

As conexões, os relacionamentos e os tecidos burocráticos cooperativos, desenvolvidos ao longo dos anos de trabalho regular dos Comitês na OMC, facilitados por instituições governamentais criadas em cumprimento às obrigações estabelecidas nos Acordos TBT e SPS³⁷, denominadas “pontos de contato nacionais” (*national enquiry points*), contribuíram, igualmente, para facilitar o intercâmbio de informações necessárias para que o comércio desempenhasse seu papel no combate à pandemia. A experiência também destacou alguns potenciais caminhos para a melhoria do sistema, seja relacionada à periodicidade dos requisitos de notificação, que varia de acordo com as diferentes políticas comerciais, seja quanto à possibilidade de melhor clareza e incremento do papel das burocracias internacionais e nacionais em relação ao incremento de transparência e cooperação.

Por fim, esses recursos e possibilidades de troca de informações e cooperação também exigem um trabalho

³⁴ HOEKMAN, Bernard. Proposal for WTO reform: a synthesis and assessment. In: DAUNTON, Martin *et al.* (eds). *The Oxford Handbook of the World Trade Organization*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 743-765. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199586103.013.0034> Acesso em: 30 jun. 2020.

³⁵ KARTTUNEN, Marianna. *Transparency in the WTO SPS and TBT agreements: the real jewel in the crown*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

³⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Covid-19 and world trade*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid19_e.htm Acesso em: 31 maio 2020.

³⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on technical barriers to trade*. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm Acesso em: 31 maio 2020; WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreement on the application of sanitary and phytosanitary measures*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/spse/spsagr_e.htm Acesso em: 31 maio 2020.

constante na construção de capacidade institucional, especialmente aos países em desenvolvimento³⁸. Essa última, e potencialmente menos conhecida, função institucional do sistema multilateral de comércio, relacionada ao seu trabalho de assistência técnica, vinha crescendo em relevância e evoluindo quanto à sua natureza nos últimos anos³⁹. A pandemia expôs muitas discrepâncias e fragilidades subjacentes em termos de infraestruturas físicas e virtuais dos países-membros. Na OMC, os países em desenvolvimento podem solicitar, e constantemente o fazem, assistência para o fortalecimento de suas estruturas administrativas comerciais e na capacitação de seus agentes. Portanto, é crucial que esse trabalho seja mantido, e potencialmente aprimorado, para que esse “braço técnico”, voltado ao incremento da transparência do sistema multilateral, continue operando.

No contexto atual, em que se observa um crescente nacionalismo, com a priorização de políticas domésticas, de relações bilaterais preferenciais, e menores oportunidades de colaboração multilateral, o bem público proporcionado pelo trabalho regular técnico desenvolvido no sistema multilateral de comércio tem sido altamente relevante no combate à pandemia.

Organizações internacionais, a exemplo da OMC, são importantes espaços de cooperação, mas sua eficácia depende da participação voluntária dos Estados-membros. Conforme recentemente colocado por Charnovitz sobre os desafios ao comércio internacional, “uma organização internacional não pode ser mais virtuosa que seus Estados-membros”, portanto “sempre haverá limites do quanto a OMC pode derrubar os muros que separam as economias nacionais”⁴⁰. Partindo-se desse

pressuposto, e do papel que vem sendo desempenhado pela OMC, no item seguinte, analisa-se o caso do Brasil frente à pandemia, avaliando-se as políticas comerciais domésticas e medidas administrativas que afetam o comércio de produtos médicos, bem como suas conexões com a estrutura institucional da OMC, em especial as obrigações estabelecidas nos Acordos TBT e SPS e respectivas notificações.

5 O caso do Brasil: notificações de medidas relacionadas à COVID-19 sob os Acordos TBT e SPS

5.1 Políticas comerciais e administrativas relacionados ao comércio internacional em contraste com outras políticas brasileiras

O Brasil agiu com celeridade especificamente no tocante às políticas comerciais de enfrentamento à COVID-19. O país liderou largamente o número de notificações sobre medidas comerciais e administrativas, enviadas em cumprimento às obrigações estabelecidas nos Acordos de Barreiras Técnicas (TBT) e Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS) da OMC (ver Figura 2). Além de eliminar, temporariamente, as tarifas de importação e suspender direitos antidumping⁴¹, o Brasil tomou medidas relevantes para facilitar o acesso às importações de produtos médicos de combate à COVID-19 e garantir que estes fossem legalmente comercializados e distribuídos a hospitais, estabelecimentos prestadores de serviços de saúde e consumidores, de forma mais expedita, evitando-se atrasos decorrentes dos procedimentos regulares de certificação, autorização, teste e avaliação de conformidade.

³⁸ A Declaração Ministerial de Doha (WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de novembro de 2001, explicitou e ampliou o mandato da OMC para desempenhar atividades de cooperação técnica, tal como previsto em vários acordos da OMC e decisões do Órgão de Apelação. Há atualmente diversos programas, publicações e manuais sobre este trabalho desenvolvido pela OMC em cumprimento a este mandato. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Building trade capacity*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/build_tr_capa_e.htm Acesso em: 31 maio 2020.

³⁹ Para um histórico da evolução dos programas de construção de capacidade e avaliação crítica. SHAFFER, Gregory. Can WTO technical assistance and capacity-building serve developing countries? In: PETERSMAN, E; HARRISON, J. (eds.). *Reforming the World Trading System: legitimacy, efficiency, and democratic governance*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012.

⁴⁰ CHARNOVITZ, Steve. Solving the challenges to world trade. *GW Law School Public Law and Legal Theory Paper No. 2020-78*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=373069> Acesso em: 15 dez. 2020.

⁴¹ Resoluções CAMEX n.º 17/2020, N.º 22/2020, N.º 28/2020, N.º 31/2020, N.º 32/2020, N.º 33/2020 e Resolução GECEX N.º 44/2020.

o alinhamento entre regulações divergentes entre os países, encorajando o uso de padrões internacionais e promovendo a cooperação regulatória entre os países e convergência entre os sistemas nacionais.

De acordo com o Secretariado da OMC, cerca de metade das notificações foram submetidas com base nas cláusulas dos Acordos TBT e SPS sobre notificações de urgência, que permitem aos Estados-membros, diante de problemas prementes de saúde, primeiro adotar a medida e imediatamente notificá-la à OMC, sem a necessidade de respeitar o prazo regular de 60 dias para que entre em vigor⁴⁷.

5.2 Avaliação das medidas brasileiras notificadas à OMC

Passando à avaliação das notificações feitas especificamente pelo Brasil, constata-se que se tratam de medidas administrativas editadas, principalmente, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO)⁴⁸. Vale destacar que ambos são os pontos de contato nacionais do Brasil para, respectivamente, os Comitês SPS e TBT⁴⁹.

As medidas notificadas pelo Brasil tiveram como objetivo ampliar e tornar mais fácil o acesso e a importação e distribuição de produtos médicos em geral. Para tanto, foram temporariamente dispensadas, ou flexibilizadas, as certificações de produtos, as expedições de autorizações de estabelecimentos industriais e de fabricantes, as inspeções presenciais de boas práticas de manufatura (BPM), e a necessidade de testes adicionais, dentre outras medidas.

As exigências relacionadas a padrões (normas técnicas), regulamentos técnicos e procedimentos de avaliação da conformidade, em princípio são essenciais à garantia de que os produtos sejam adequados e seguros ao consumidor. Mas essas exigências regulatórias também podem representar obstáculos a uma resposta ade-

quada, com a urgência que se requer numa situação de emergência sanitária. Esse é um equilíbrio delicado que o Brasil, assim como todos os outros países, tem sido desafiado a alcançar, de maneiras e com recursos diferentes, dependendo de seus ambientes regulatórios. O objetivo de medidas que flexibilizem certificações, autorizações, inspeções e procedimentos de conformidade é o de facilitar a importação e distribuição aos hospitais, unidades de saúde, consumidores e pacientes, sem, contudo, comprometer os padrões de segurança, tampouco desprezar os requisitos de legalidade, legitimidade e adequação exigidos por leis, normas técnicas e regulamentos nacionais.

Os esforços dos reguladores brasileiros concentraram-se na remoção ou suspensão temporária de autorizações para operar, de certificações obrigatórias e em medidas para racionalizar ou agilizar procedimentos de avaliação de conformidade (PAC), por meio do uso de tecnologias remotas, análises baseadas em riscos e ênfase em vigilância pós-mercado. Exemplos de medidas adotadas pelos reguladores brasileiros (ANVISA e INMETRO) desde o início da crise e durante o período de coleta das informações (março a julho de 2020) são descritas a seguir:

- a) **Isenção de registros e autorizações:** A ANVISA dispensou temporariamente os fabricantes e importadores de vários EPIs (máscaras cirúrgicas, N95, PFF2, respiradores particulados, óculos, máscaras faciais, e roupas hospitalares), dispositivos médicos e componentes para fabricação destes (válvulas, circuitos e conexões), de licença de operação (Autorização de Funcionamento da Empresa), de notificação à ANVISA e de outras autorizações sanitárias (RDC 356/20)⁵⁰. No entanto, o fabricante e o importador permanecem com a obrigação de conformidade com todas as normas técnicas e regulamentos aplicáveis aos controles pós-comercialização. Esse regulamento excepcional também consolidou todos os requisitos e normas técnicas brasileiras aplicáveis a EPI (normas ABNT);

⁴⁷ Artigos 2.10, 2.12, 5.7 e 5.9 do Acordo TBT e Artigos 7, e Anexo B(2) e B(6) do Acordo SPS.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Sanitary and Phytosanitary Information Management System*. Disponível em: <http://spsims.wto.org/en/EnquiryPointsNotificationAuthorities/Search?CountryCode=C752> Acesso em: 4 out. 2020.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Brazil and the WTO*. Disponível em: www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/brazil_e.htm Acesso em: 4 out. 2020.

⁵⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Resolução de Diretoria Colegiada n. 356, de 23 de Março de 2020*. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/RDC_356_2020_COMP2.pdf/358f9be3-6a74-4b20-9854-ac56732a22ca Acesso em: 4 out. 2020.

- b) Suspensão da certificação compulsória:** O INMETRO suspendeu a certificação compulsória de luvas para procedimentos médicos e filtros de partículas (Portaria 102/20)⁵¹, condicionada à manutenção de registros pelo fornecedor que comprovem o cumprimento de requisitos técnicos através de testes realizados em um laboratório credenciado pelo INMETRO ou outro membro pertencente ao acordo de reconhecimento mútuo que estabeleceu o *International Laboratory Accreditation Cooperation* (ILAC-MRA)⁵²;
- c) Critérios flexíveis para a manufatura e a venda de determinados produtos:** A ANVISA estabeleceu critérios e procedimentos extraordinários e temporários para a fabricação e venda de desinfetantes e antissépticos (RDC 347/20⁵³ e RDC 350/20⁵⁴);
- d) Registro acelerado:** A ANVISA definiu critérios e procedimentos extraordinários e temporários para registro e pós-registro acelerados de medicamentos, produtos biológicos e produtos para diagnóstico *in vitro* (IVDs) indicados para COVID-19 (RDC 348/2020)⁵⁵. Os principais critérios para aprovação condicional de registros e pós-registros acelerados são baseados na escassez iminente ou já instalada de medicamentos ou ingredientes farmacêuticos ativos (IFA) essenciais para o tratamento do COVID-19 no mercado nacional;

- e) Critérios extraordinários para PAC e BPM:** O INMETRO (Portaria 79/20⁵⁶ e Portaria 99/20⁵⁷) e a ANVISA (RDC 346/20⁵⁸ e RDC 349/20⁵⁹) introduziram mudanças e critérios extraordinários em procedimentos de avaliação da conformidade (PAC) e boas práticas de manufatura (BPM) para medicamentos e dispositivos médicos indicados para o tratamento da COVID-19. Essas medidas permitem temporariamente a realização de inspeções remotas por meio de videoconferência, transmissão de dados, testes em laboratórios de fabricantes e aceitação de análise de risco documental, com base nos registros das últimas auditorias internas e análise da administração da empresa fabricante.

Além das medidas unilaterais, a ANVISA e o INMETRO também editaram medidas em coordenação e cooperação com outros países, que vêm sendo amplamente reconhecidas pela OMC e pela OCDE como mecanismos de Cooperação Regulatória Internacional (CRI)⁶⁰. Trata-se de instrumentos jurídicos e regulatórios destinados a facilitar o comércio, baseados em boas práticas regulatórias (BPR), reconhecimento mútuo (RM), harmonização de padrões ou normas técnicas e outras formas de cooperação entre reguladores de países participantes dos esquemas e redes de harmonização regulatória. As regras editadas pela ANVISA para registro acelerado e isenção de certificação de BPM - itens d) e e) acima indicados - alicerçam-se no Programa de Auditoria Única de Dispositivos Médicos (MDSAP)⁶¹ e

⁵¹ INMETRO. Portaria n. 102, 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002627.pdf> Acesso em: 31 maio 2020.

⁵² INTERNATIONAL LABORATORY ACCREDITATION COOPERATION. Home. Disponível em: <https://ilac.org/> Acesso em: 4 out. 2020.

⁵³ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução de Diretoria Colegiada n. 347, de 17 de Março de 2020. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/%283%29RDC_347_2020_COMP.pdf/e8040502-ebb8-4015-926f-2dd8d7ca8fe0 Acesso em: 31 maio 2020.

⁵⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução de Diretoria Colegiada n. 350, de 20 de março de 2020. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/RDC_350_2020_.pdf/2929b492-81cd-4089-8ab5-7f3aab5df612-ebb8-4015-926f-2dd8d7ca8fe0 Acesso em: 31 maio 2020.

⁵⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução de Diretoria Colegiada n. 348, de 17 de Março de 2020. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/5815062/RDC_348_2020_.pdf/ca3791b2-ca73-4ae9-83b8-1882f1e80662 Acesso em: 4 out. 2020.

⁵⁶ INMETRO. Portaria n. 79, de 04 de março de 2020. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002625.pdf> Acesso em: 31 maio 2020.

⁵⁷ INMETRO. Portaria n. 99, de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002626.pdf> Acesso em: 31 maio 2020.

⁵⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução de Diretoria Colegiada n. 346, de 12 de março de 2020. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/RDC_346_2020_.pdf/2bd739f9-283d-44ba-a627-db72d0d0999a Acesso em: 31 maio 2020.

⁵⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução de Diretoria Colegiada n. 349, de 20 de março de 2020. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/RDC_349_2020_.pdf/1db02b46-604a-4345-8362-8267bb802045 Acesso em: 31 maio 2020.

⁶⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Facilitating trade through regulatory cooperation: the case of WTO's TBT/SPS agreements and committees*. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/tbtsp19_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

⁶¹ O MDSAP é um programa de auditoria e monitoramento de

no Esquema de Cooperação em Inspeção Farmacêutica (PIC/S)⁶², como exemplos de tais medidas coordenadas. Em razão da participação da ANVISA como membro dessas redes e esquemas de cooperação, a agência reguladora decidiu aceitar informações fornecidas diretamente por reguladores de outros países que participam da MDSAP e da PIC/S, como alternativa à realização de inspeções.

Da mesma forma, o Brasil passou a aceitar, temporariamente, e em determinadas circunstâncias, a certificação de ventiladores e outros dispositivos médicos sob o esquema de certificação harmonizado estabelecido no âmbito do MDSAP, bem como novos dispositivos médicos e EPIs ainda não regulamentados no Brasil, mas já autorizados em jurisdições de outros membros do Fórum Internacional de Reguladores de Dispositivos Médicos (IMDRF).⁶³

Normalmente, o Brasil aplica seu próprio conjunto de requisitos de BPM⁶⁴. Embora o país tenha ingressado no MDSAP em 2014 e reconheça que uma única auditoria atende aos requisitos de todos os órgãos reguladores dos países, o certificado MDSAP não substitui o Certificado de BPM brasileiro emitido pela ANVISA.

sistemas de gerenciamento da qualidade de fabricantes de dispositivos médicos, que busca uma abordagem harmonizada em escala internacional. Baseia-se em auditorias realizadas por Organismos de Auditoria Autorizados pelas autoridades reguladoras participantes do programa, para avaliar e certificar a conformidade com os padrões e requisitos regulamentares de até cinco diferentes mercados de dispositivos médicos: Austrália, Brasil, Canadá, Japão e Estados Unidos. O objetivo é de que a auditoria realizada de acordo com esse esquema seja aceita por todos os países integrantes, como uma única inspeção, evitando duplicidade de inspeções. INTERNATIONAL MEDICAL DEVICE REGULATORS FORUM. *Home*. Disponível em www.imdrf.org/workitems/wi-mdsap.asp Acesso em: 4 out. 2020.

⁶² A Convenção de Inspeção Farmacêutica e o Esquema de Cooperação em Inspeção Farmacêutica (em conjunto denominado PIC/S) são formas de cooperação internacional entre as autoridades de inspeção farmacêutica no campo das Boas Práticas de Manufatura. PICSCHEME. *Home*. Disponível em: <https://picscheme.org/> Acesso em: 4 out. 2020.

⁶³ O IMDRF é um grupo voluntário mundial de reguladores de dispositivos médicos, criado em 2011, para desenvolver mecanismo ou esquema de harmonização e convergência regulamentares internacionais de dispositivos médicos, por meio de uma Força-Tarefa de Harmonização Global em Dispositivos Médicos.

⁶⁴ Os fabricantes de medicamentos e dispositivos médicos são obrigados a obter um Certificado de Boas Práticas de Manufatura, documento emitido pela ANVISA que certifica que um determinado estabelecimento está em conformidade com as BPM na legislação sanitária em vigor. Há várias resoluções da Anvisa relacionadas a BPM.

A importação de dispositivos médicos no Brasil está sujeita a várias regulamentações técnicas estabelecidas pelo INMETRO e ANVISA, bem como pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Tanto o INMETRO quanto a ANVISA têm feito adaptações relevantes em suas regulamentações nos últimos cinco anos. Entre as agências reguladoras brasileiras, a ANVISA tem liderado o desenvolvimento e emprego de boas práticas regulatórias (BPR) e mecanismos de Cooperação Regulatória Internacional (CRI) e servido de exemplo para iniciativas de revisões de regulamentação e práticas de cooperação por outras agências. O INMETRO lançou e submeteu à consulta pública um novo modelo regulatório baseado na vigilância pós-mercado.⁶⁵

Um estudo comparativo das medidas tomadas por diferentes países demonstrou grande variedade de ações, considerados os diferentes ambientes regulatórios⁶⁶. Contrastando o Brasil com o país que foi o segundo grande notificador de medidas à OMC, a República do Kuwait, nota-se que este país parece ter adotado uma abordagem bastante diversa. O Kuwait notificou a edição de uma série de novos padrões, cobrindo respiradores, desinfetantes, antissépticos, dispositivos médicos e EPI.⁶⁷ O Brasil, ao contrário, enfatizou e consolidou as normas técnicas aplicáveis aos produtos médicos de combate à COVID-19, como forma de garantir o cumprimento a normas técnicas ou padrões já existentes, mesmo que admitida a isenção temporária de certificações e autorizações. Algumas normas técnicas brasileiras são idênticas às normas internacionalmente reconhecidas pela Organização Internacional de Normalização (ISO). No entanto, uma maior equivalência e aceitação de padrões ou normas técnicas estrangeiras podem ser necessários para combater a escassez de oferta, como demonstram as experiências de outros países.

⁶⁵ INMETRO. *Novo modelo regulatório*. Disponível em: <https://www4.inmetro.gov.br/novo-modelo-regulatorio> Acesso em: 4 out. 2020.

⁶⁶ Estudo comparativo entre nove países – Brasil, Canadá, Kenya, Kuwait, União Europeia, Namíbia, Suíça, Uganda e Estados Unidos – em cooperação regulatória para produtos médicos com vistas ao combate à pandemia. PRABHAKAR, D. *et al. Strengthening International Regulatory Cooperation for Medical Supplies in Times of Medical Emergencies*. 2020. Disponível em: www.unescap.org/sites/default/files/142%20Final-Team%20Divya%20Prabhakar-Switzerland_0.pdf Acesso em: 4 out. 2020.

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Standards, regulations and COVID-19: what actions taken by WTO members? Information Note*, 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/COVID19_e/standards_report_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

Não apenas os países em desenvolvimento, tradicionalmente mais dependentes das importações, tomaram medidas para facilitar o comércio, mas também os principais produtores de produtos médicos - como os EUA, os países europeus e o Canadá - abrandaram, temporariamente, os requisitos regulatórios, para permitir o acesso aos seus mercados de uma gama mais ampla e variada de produtos. A UE, por exemplo, que possui um histórico e prática consolidados de regulação pós-mercado, recomendou às autoridades de vigilância a autorizar temporariamente a comercialização de EPI sem a marcação “CE” obrigatória do Mercado Comum Europeu, desde que os níveis de saúde e segurança fossem mantidos e avaliados continuamente⁶⁸. A agência reguladora dos Estados Unidos para produtos médicos e farmacêuticos (*Food and Drug Administration – FDA*) emitiu uma nova Autorização de Uso de Emergência permitindo a elegibilidade de certos produtos, posteriormente revista e adotada seletivamente em função do ingresso no país de produtos considerados de “padrão técnico inferior”, porém mantido certo grau de flexibilização⁶⁹.

5.3 Há relação entre as respostas e medidas adotadas pelo Brasil e a atuação institucional da OMC e o sistema multilateral de comércio?

As medidas tomadas pelo Brasil e notificadas de forma célere à OMC denotam uma abordagem da política comercial brasileira, e corpo técnico de reguladores, em consonância com regras e práticas internacionais. De certa forma, demonstram um reconhecimento de que expertise internacional e a cooperação são fatores importantes à concretização dos objetivos visados pelas políticas nacionais⁷⁰. Mas seria possível relacionar essa

resposta à atuação institucional da OMC? Qual seria a relevância do sistema multilateral, em especial do mecanismo de notificações e consultas, na atuação de reguladores brasileiros? É possível se estabelecer alguma correlação?

Embora seja muito difícil estabelecer qualquer relação de causa e efeito, pode-se extrair do caso brasileiro considerações importantes. Em nível nacional, a rápida resposta dos reguladores brasileiros, com a edição de medidas unilaterais e de cooperação regulatória voltadas à facilitação e flexibilização do comércio internacional de produtos médicos, revela um caminho que já vinha sendo trilhado por alguns órgãos e agências reguladoras no Brasil em direção à Boas Práticas Regulatórias (BPR) e Cooperação Regulatória Internacional (CRI). Esse caminho denota uma crescente colaboração entre os setores público e privado, uma maior articulação entre reguladores e regulados, e o aumento da confiança e aceitação de mecanismos de controles *ex-post* (e.g. vigilância pós-mercado), de acordos de reconhecimento mútuo (ARM) entre organismos certificadores, e de reconhecimento de documentos e informações fornecidos por reguladores de países estrangeiros. A pandemia da COVID-19 tem servido como um verdadeiro laboratório para que sejam testadas a adequação, resiliência e possibilidade de extensão desse tipo de abordagem para a regulação de produtos essenciais à saúde, cuja segurança e eficiência devem ser garantidos pelo Estado.

Em nível e contexto internacionais, a resposta do Brasil, bem como a maioria das notificações feitas pelos demais membros da OMC em cumprimento às obrigações previstas nos Acordos TBT e SPS, fornecem boas evidências sobre a relevância das disciplinas legais que estes acordos estabelecem e da maneira como vêm sendo implementadas por meio de seus respectivos Comitês Técnicos. As previsões e cláusulas de transparência, e requisitos de notificações e consultas presentes nos acordos, podem ser considerados importantes instrumentos de cooperação entre os membros⁷¹. Uma característica fundamental desses acordos é a necessidade de que sejam implementados por meio da troca de informações sobre políticas domésticas, por meio do levanta-

⁶⁸ OFFICIAL JOURNAL OF THE EUROPEAN UNION. *Commission Recommendation (EU) 2020/403 of 13 March 2020 on conformity assessment and market surveillance procedures within the context of the COVID-19 threat*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32020H0403> Acesso em: 4 out. 2020.

⁶⁹ FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. *FFRS Manufactured in China Letter*. Disponível em: <https://www.fda.gov/media/136664/download> Acesso em: 4 out. 2020.

⁷⁰ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Tackling coronavirus (COVID-19): contributing to a global effort: no policy maker is an island: the international regulatory co-operation response to the COVID-19 crises*. 2020. Disponível em: read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=134_134311-cbjgrk3pwj&title=No-policy-maker-is-an-island-the-international-regulatory-co-operation-response-to-the-COVID-19-crisis Acesso em: 4 out. 2020.

⁷¹ MAVROIDIS, Petros C. *Regulatory cooperation: lessons from the WTO and the world trade regime*. *E15Initiative*, 2016. Disponível em: <https://e15initiative.org/publications/regulatory-cooperation-lessons-wto-world-trade-regime/> Acesso em: 31 maio 2020.

tamento de “preocupações específicas ao comércio”, e pela assistência entre membros, incluindo a construção de capacidade técnica a países em desenvolvimento.

O resultado dessas práticas pode ser visualizado, ao menos em parte, em relação à expertise e conhecimento técnico adquiridos pelos reguladores brasileiros que atuam perante os comitês da OMC como pontos de contato.

O trabalho técnico desempenhado pela OMC, notadamente por seus Comitês, normalmente pouco notado, já foi considerado um “mundo oculto da governança da OMC”, na formulação que Andrew Lang e Joanne Scott fizeram ainda em 2009⁷². Trata-se da promoção de troca de informações entre membros, suporte à elaboração de regulação, operando como “facilitadores de assistência técnica e aprendizado regulatório”, nas palavras de Lang e Scott⁷³. Ao olhar para esses órgãos técnicos da OMC, relativamente desconhecidos, que realizam atividades quotidianas, longe das questões de alta política, Lang e Scott, de certa forma, anteciparam uma mudança de papel dessa organização multilateral, de um fórum voltado à criação de normas e solução e adjudicação de conflitos, para uma instituição de supervisão, monitoramento e governança do sistema de comércio internacional. O revés sofrido pelo Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC em 2018 e 2019, e a consequente pandemia, podem ter acelerado esse processo.

Outra característica desses Acordos, e práticas dos seus respectivos Comitês, repousa na importância da assistência técnica entre os países-membros e na capacitação dos países em desenvolvimento, com base no compartilhamento de informações e de conhecimentos para o fortalecimento das capacidades humana e institucional, um resultado que pode ser visualizado no papel desempenhado pelas agências reguladoras brasileiras na crise da saúde.

6 Considerações finais

A análise das políticas comerciais e administrativas tomadas pelos países em resposta à pandemia são ainda baseadas em um quadro incompleto, não sendo possível calibrar adequadamente os resultados concretos dessas medidas. Serão necessários estudos empíricos detalhados sobre os efeitos de medidas de restrição às exportações, sejam protecionistas ou não, e medidas de flexibilização às importações e à comercialização, para que se possa avaliar com clareza se o equilíbrio entre o maior acesso a produtos médicos e os requisitos de segurança foram atingidos.

Contudo, o propósito deste artigo foi identificar, num primeiro momento, as principais forças motrizes relacionadas às medidas comerciais e administrativas com efeitos comerciais no contexto da crise, bem como analisar o papel desempenhado pelo sistema multilateral, representado pela OMC e sua estrutura institucional, em contribuição às respostas domésticas nacionais. Nessa análise, identificou-se a relevância do

“braço técnico e funcional” da OMC, não apenas durante a crise, mas também no trabalho sólido e consistente realizado anteriormente, no âmbito dos Comitês Técnicos, em conjunto com as burocracias estatais dos países-membros, denominados “pontos de contato nacionais”.

Ao identificar esse trabalho, relativamente oculto, do sistema multilateral, longe dos holofotes das negociações e mecanismo de solução de controvérsias, que atualmente encontram-se sob severo ataque, pôde-se visualizar a importância dos esforços de transparência e coordenação, de certa forma refletidos nas ações domésticas tomadas pelos reguladores brasileiros que atuam como pontos de contato nos Comitês TBT e SPS. Tais medidas têm auxiliado a facilitação de importações de bens essenciais para lidar com a crise, fundamentados em cooperação técnica e científica, e não em meros critérios discricionários.

No atual contexto de crescente nacionalismo, de ampla utilização de políticas protecionistas, e diminuição de oportunidades de cooperação multilateral, o bem público proporcionado pelo trabalho técnico, regularmente desenvolvido no âmbito do sistema multilateral de comércio, tem sido fundamental na luta contra a pandemia da COVID-19. As organizações internacionais continuam a ser importantes espaços de diálogo e cooperação entre Estados.

⁷² LANG, Andrew; SCOTT, Joanne. The hidden world of WTO governance. *The European Journal of International Law* (EJIL), v. 20, n. 3, p. 575-614, 2009.

⁷³ LANG, Andrew; SCOTT, Joanne. The hidden world of WTO governance. *The European Journal of International Law* (EJIL), v. 20, n. 3, p. 575-614, 2009. p. 576.

Agradecimentos

Agradecemos as valiosas discussões mantidas com Daniel Fornazziero em versões anteriores deste artigo, bem como aos participantes do Painel II da Conferência *The 3R Initiative: Re-thinking, Re-packaging and Rescuing World Trade Law*, organizada pela Law Schools Global League, em 17 de julho de 2020. Especiais agradecimentos ao Prof. Alan Winters nesse contexto. Todos os erros remanescentes são de nossa responsabilidade.

Referências

- ALAI, Padideh. From the periphery to the center? the evolving WTO jurisprudence on transparency and good governance. *Journal of International Economic Law*, v. 11, n. 4, p. 779-802, dez. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jiel/jgn027> Acesso em: 12 maio 2020.
- BALDWIN, Richard; EVENETT, Simon. (eds.). *COVID-19 and trade policy: why turning inward won't work*. Londres: CEPR Press, 2020. Disponível em: <https://voxeu.org/content/covid-19-and-trade-policy-why-turning-inward-won-t-work> Acesso em: 20 mar. 2020.
- BORLINI, Leonardo S. A crisis looming in the dark: some remarks on the reform proposals on notifications and transparency. *QIL*, n. 63, p. 83-111, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3525423> Acesso em: 31 maio 2020.
- CHARNOVITZ, Steve. Solving the challenges to world trade. *GW Law School Public Law and Legal Theory Paper No. 2020-78*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=373069> Acesso em: 15 dez. 2020.
- CHARNOVITZ, Steve. Transparency and participation in the World Trade Organization. *Rutgers Law Review*, v. 56, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=710522> Acesso em: 31 maio 2020.
- CUNHA, Bruno Queiroz. Brazil's COVID-19 response is caught between denialism and technocratic hubris. *The Regulatory Review*, jun. 2020. Disponível em: www.theregreview.org/2020/06/01/cunha-brazil-covid-19-response-caught-between-denialism-technocratic-hubris/ Acesso em: 4 out. 2020.
- FRIEL, Sharon *et al.* Trade policy and public health. *Annual Review of Public Health*, v. 36, n. 1, p. 325-344, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1146/annurev-publhealth-031914-122739> Acesso em: 31 maio 2020.
- GUERRA, Sérgio *et al.* Regulatory agencies in response to the COVID-19 crisis. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 874-897, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-761220200321x> Acesso em: 4 out. 2020.
- HALLE, Mark; WOLFE, Robert. A new approach to transparency and the accountability in the WTO, Issue brief. *ENTWINED*, set. 2010. Disponível em: <https://www.iisd.org/system/files/publications/IssueBrief6-2010-09-14-low.pdf> Acesso em: 12 dez. 2020.
- HOEKMAN, Bernard. Proposal for WTO reform: a synthesis and assessment. In: DAUNTON, Martin *et al* (eds). *The Oxford Handbook of the World Trade Organization*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 743-765. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199586103.013.0034> Acesso em: 30 jun. 2020.
- KARTTUNEN, Marianna. *Transparency in the WTO SPS and TBT agreements: the real jewel in the crown*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- KENDE, Mathias. *The trade policy review mechanism: a critical analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- KEOGH-BROWN, Marcus R.; SMITH Richard D. The economic impact of SARS: how does the reality match the predictions? *Health Policy*, v. 88, p. 110-120, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.healthpol.2008.03.003> Acesso em: 15 maio 2020.
- LANG, Andrew; SCOTT, Joanne. The hidden world of WTO governance. *The European Journal of International Law (EJIL)*, v. 20, n. 3, p. 575-614, 2009.
- LONDOÑO, Ernesto *et al.* Bolsonaro, isolated and defiant, dismisses coronavirus threat to Brazil. *New York Times*, abr. 2020. Disponível em: www.nytimes.com/2020/04/01/world/americas/brazil-bolsonaro-coronavirus.html Acesso em: 20 jun. 2020.
- MARTINS, Jameson; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Between Science and populism: the Brazilian response to COVID-19 from the perspective of the legal determinantes of Global Health. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 63-86, 2020.
- MAVROIDIS, Petros C. Regulatory cooperation: lessons from the WTO and the world trade regime. *E15 Initiative*, 2016. Disponível em: <https://e15initiative.org/>

org/publications/regulatory-cooperation-lessons-wto-world-trade-regime/ Acesso em: 31 maio 2020.

MAVROIDIS, Petros C.; WOLFE, R. From sunshine to a common agent: the evolving understanding of transparency in the WTO. *Brown J. World Affairs*, v. 21, n. 2, p. 123-129, 2015.

NARLIKAR, Amrita. Why multilateralism is in such a mess and how we can fix it. *World Economic Forum*, 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2020/01/why-multilateralism-is-in-such-a-mess-and-how-we-can-fix-it/> Acesso em: 31 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Promoting access to medical technologies and innovation*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240008267> Acesso em: 30 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Facilitating trade through regulatory cooperation: the case of WTO's TBT/SPS agreements and committees*. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/tbtsp19_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Standards, regulations and COVID-19: what actions taken by WTO members? *Information Note*, 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/COVID19_e/standards_report_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Trade in medical goods in the context of tackling COVID-19. *Information Note*, 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_03apr20_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Transparency: why it matters at times of crisis. *Information Note*, 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/transparency_report_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *WTO agreements and public health: a joint study by the WHO and the WTO secretariat*. Geneva: World Health Organization and World Trade Organization, 2002. Disponível em: https://www.who.int/media/homepage/en/who_wto_e.pdf?ua=1 Acesso em: 15 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Tackling coronavirus (COVID-19): contributing to a global effort: no policy maker is an island: the international regulatory co-operation response to the COVID-19 crises*. 2020. Disponível em: read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=134_134311-cbjgrk3pwj&title=No-policy-maker-is-an-island-the-international-regulatory-co-operation-response-to-the-COVID-19-crisis Acesso em: 4 out. 2020.

OSBORN, Catherine. Bolsonaro Made Brazil a pandemic pariah: can local leaders restore the country's reputation for health leadership? *Foreign Affairs*, jul. 2020. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/brazil/2020-07-07/bolsonaro-made-brazil-pandemic-pariah> Acesso em: 28 jul. 2020.

PAYOSOVA, Tetyana; HUFBAUER, Gary Clyde; SCHOTT, Jeffrey. *The dispute settlement crisis in the World Trade Organization: causes and cures*. 2018. Disponível em: <https://www.piie.com/publications/policy-briefs/dispute-settlement-crisis-world-trade-organization-causes-and-cures> https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/transparency_report_e.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

REINSCH, William A. *et al.* Transparency matter, and are members meeting their obligations? *CSIS*, abr. 2020. Disponível em: <https://www.csis.org/analysis/transparency-wto-why-does-transparency-matter-and-are-members-meeting-their-obligations> Acesso em: 12 dez. 2020.

RUDDY, Brendan. The critical success of the WTO: trade policies of the current economic crisis. *Journal of International Economic Law (JIEL)*, v. 13, n. 2, p. 475-495, jun. 2010.

SHAFFER, Gregory. Can WTO technical assistance and capacity-building serve developing countries? In: PETERSMAN, E; HARRISON, J. (eds.). *Reforming the World Trading System: legitimacy, efficiency, and democratic governance*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012.

SMITH, Richard *et al.* (eds.). *Trade and health: towards building a national strategy*. Disponível em: <https://www.who.int/phi/documents/trade-and-health/en/> Acesso em: 25 maio 2020.

THE LANCET COMMISSIONS. *Trade and health: an enquiry into the role of the world health organisation*

in promoting policy coherence across the fields of trade and health. Disponível em: <https://www.med.uio.no/helsam/english/research/centres/global-health/global-governance-health/background-papers/who-trade.pdf> Acesso em: 25 maio 2020.

UNCTAD. *International trade after the economic crisis: challenges and new opportunities*. 2010. Disponível em: https://unctad.org/en/Docs/ditc-tab20102_en.pdf Acesso em: 31 maio 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O dever humano de promoção da saúde: a aviação comercial internacional em períodos de calamidade sanitária e do retorno à normalidade

The human duty of promoting health: the international commercial civil aviation in pandemic times and normality

Thiago de Oliveira Frizera

Luisa Cortat Simonetti Gonçalves

Adriano Sant'Ana Pedra

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

* Recebido em 31/01/2021
Aprovado em 14/07/2021

** Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e membro do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” do Programa de Pós Graduação em Direito da FDV (PPGD/FDV).
Email: tfrizera@gmail.com

*** PhD in Law pela Maastricht University (Holanda) e Doutora com distinção em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (capes 5), com bolsa da CAPES do Programa Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE). Pesquisadora Visitante na Universidade ONU Flores (Alemanha). Research fellow no Global Governance Centre do Graduate Institute Geneva e assistente em Direito Ambiental na Academia de Direito Europeu ERA. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, bolsista do Fundo de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES). Especialista em Economia e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Graduada em Direito pela FDV, com semestre acadêmico na Universidade de Coimbra. Graduada em Física pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro externo do METRO - Institute for Transnational Legal Research (Holanda). Professora Universitária. Advogada inscrita na OAB, seccional ES. Consultora jurídica em desenvolvimento sustentável e direito ambiental.
E-mail: luisacs@gmail.com

**** Doutor em Direito do Estado (PUC/SP), mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), mestre em Física Quântica (UFES), especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos (Università degli Studi di Pisa), especialista em Economia e Direito do Consumo (Universidad de Castilla-La Mancha), bacharel em Direito (UFES) e bacharel em Física (UFES). Realizou pós-doutorado no Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Professor permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV (conceito CAPES 5), e um dos líderes do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais deste PPGD. Também é Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública - Mestrado Profissional - da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (conceito CAPES 3). É membro da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL), da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC) e da Rede Campus Mare Nostrum de Especialistas em Direito Público e Constitucional. Procurador Federal. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direitos Fundamentais, Direito Constitucional e Direito Administrativo.
E-mail: adrianopedra@fdv.br

O dever humano de promoção da saúde: a aviação comercial internacional em períodos de calamidade sanitária e do retorno à normalidade*

The human duty of promoting health: the international commercial civil aviation in pandemic times and normality

Thiago de Oliveira Frizera**

Luisa Cortat Simonetti Gonçalves***

Adriano Sant'Ana Pedra****

Resumo

A pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2) impactou diversos aspectos da vida humana e, de forma especial, o setor da aviação civil internacional. Destarte, a presente pesquisa investiga: a existência e a extensão de um dever humano de promoção da saúde atribuíveis às operadoras aéreas em voos comerciais internacionais de passageiros, no tocante à prevenção e contenção de doenças transmissíveis, em períodos de pandemia e retorno à normalidade. Para tanto, guiado por uma abordagem dedutiva e à luz da Teoria Internacional dos Deveres Humanos, o artigo analisou: normativas do Direito Internacional Público acerca da aviação, saúde e sanitarismo; bem como julgados de diferentes tribunais acerca do tema. Assim, mediante o entendimento acerca do termo acidente, encontrou-se a possibilidade de atribuição de tal dever humano às companhias aéreas, cuja extensão deve abranger o voo, o embarque e desembarque de passageiros. Complementarmente, fez-se uma breve análise da onerosidade de tal dever, buscando apresentar alternativas para seu custeamento em sociedade, entretanto, dada a sua pertinência, tal tópico deve ser analisado de forma mais profunda em pesquisas futuras. Assim, este artigo contribui no sentido de, no âmbito da aviação civil internacional, instaurar caminhos voltados à resolução de crises sanitárias de magnitude inusitada, na perspectiva dos deveres humanos.

Palavras-chave: Aviação civil internacional; Covid-19; Calamidade sanitária; Direito internacional; Deveres humanos.

Abstract

The coronavirus pandemic (Sars-CoV-2) has impacted many aspects of human life and specially the international civil aviation sector. Thus, this research investigates: the existence and extent of a human duty attributed to airline operators to promote health in international commercial passenger flights, regarding the prevention and containment of communicable dise-

ases, in periods of pandemic and return to normality. Therefore, guided by a deductive approach and in the light of the International Theory of Human Duties, the article analyzed: norms of Public International Law about aviation, health and sanitation; as well as judgments from different courts on the subject. Thus, by interpreting the term *accident*, the possibility of assigning such human duty to airlines was found, whose extension should cover the flight, boarding and disembarking of passengers. In addition, there was a brief analysis of the costs of such a duty, seeking to present alternatives for its costing in society, however, given its relevance, this topic should be analyzed in greater depth in future research. Thus, this article contributes towards, within the scope of international civil aviation, establishing paths aimed at resolving sanitary crises of an unusual magnitude, from the perspective of human duties.

Keywords: International civil aviation; Covid-19; Pandemic; Human duties; International law.

1 Introdução

A pandemia do COVID-19, impulsionada pelo novel Sars-CoV-2 — *coronavírus* — é um acontecimento que marca um ponto chave na história internacional, demonstrando a antítese entre a vanglória humana — e suas várias conquistas intelectuais e tecnológicas — e o poderio nocivo de seres tão pequenos e invisíveis ao olho nu, conforme pontua o texto bíblico encontrado no livro de Lucas 21:11 “haverá grandes terremotos, epidemias e fome em vários lugares, coisas espantosas e também grandes sinais do céu”¹.

Passados meses desde a declaração de que a então epidemia do *coronavírus* houvera se tornado uma pandemia², verifica-se uma marca de milhões de óbitos³ e

impactos imensuráveis na economia de muitos Estados ao redor do globo, o que demonstra parte da dimensão da situação. Com isso, considerando-se a crença de que o fluxo internacional de passageiros no setor aeroviário tenha direta influência no avanço do vírus mundo afora⁴, a humanidade passa a presenciar os ônus — por trás dos bônus, é claro — da *Era do Jato*, marcada por um mundo cada vez mais interconectado e veloz, que cada dia elimina as fronteiras e fusos entre as localidades.

Nessa toada, registraram-se impactos econômicos absurdos na aviação comercial que alcançaram — e continuam a subir — o montante de centenas de bilhões de dólares de prejuízos, em relação ao ano de 2019, causados pela queda da demanda do setor aéreo, custos com a estocagem de aeronaves, o medo, por parte dos passageiros, tomada de medidas e protocolos de segurança, dentre outros motivos⁵.

Em meio a tal situação, é notória a necessidade de que os Estados e Corporações tomem medidas efetivas para prevenir e conter o avanço da pandemia do novel *coronavírus*, quer sejam normativas e/ou concretas, no âmbito doméstico. Além disso, sabe-se também que a Comunidade Internacional possui relevantíssima função no combate a tal crise sanitária, de forma a alcançar espaços inalcançáveis pelas soberanias nacionais, bem como de definir padrões mínimos para as operações e relações que perpassam fronteiras, como é o caso dos voos internacionais.

Desse modo, o estudo acerca das normativas internacionais concernentes à aviação civil torna-se ponto chave para verificar meios de contenção à pandemia do novel *coronavírus*, bem como de eventuais crises sanitárias vindouras, de semelhante envergadura. Apesar disso, muitas vezes, há dificuldades no reconhecimento e efetiva imposição de deveres e prestações na seara internacional, sobretudo quando (i) abordam-se os entes pri-

¹ BÍBLIA. *Bíblia de estudo da reforma*. Tradução de João Ferreira de Almeida. ed.rev. e atualizada. Barueri: Sociedade Bíblia do Brasil, 2017. p. 1734.

² WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 17 maio 2020.

³ JOHN HOPKINS UNIVERSITY (JHU). John Hopkins University & Medicine Corona Virus Research Center. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁴ Vide: PANA, Tiberiu A.; BHATTACHARYA, Sohinee; GAMBLE, David T.; PASDAR, Zahra; SZLACHEKTA, Weronika A.; PERDOMO-LAMPIGNANO, Jesus A.; MCLERNON, David J.; MYNT, Phyo K. Number of International Arrivals Predicts Severity of the first Global Wave of the COVID-19 Pandemic. *Medrxiv*. 2020. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/medrxiv/early/2020/05/16/2020.05.13.20100677.full.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL (OACI). Air Transport Bureau. *Effects of Novel Coronavirus (COVID-19) on civil aviation: economic impact analysis*. 2020. 178 slides. Disponível em: https://www.icao.int/sustainability/Documents/COVID-19/ICAO_Coronavirus_Econ_Impact.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.

vados — nesse caso, as companhias aéreas — e; (ii) em situações inusitadas, como a pandemia da COVID-19.

Diante disso, a presente pesquisa, por meio do método dedutivo, se presta, à luz da Teoria Internacional dos Deveres Humanos, a responder o seguinte questionamento: existe um dever humano, atribuível às operadoras aéreas em voos comerciais internacionais de passageiros, de promover a saúde em períodos de calamidade sanitária e de retorno à normalidade? Bem como, qual a sua extensão?

Portanto, o artigo vislumbra a investigação de possíveis deveres humanos — no âmbito internacional — atribuíveis às transportadoras aéreas da aviação comercial, de promover a saúde no embarque, voo e desembarque internacional de passageiros, bem como de sua extensão, mediante a análise dos principais tratados, documentos internacionais e Jurisprudência que versam acerca do tema. Lembrando sempre que tais deveres pautam-se em uma lógica de prestações proporcionais, não necessariamente incumbidas de sanções, sob a égide da *solidariedade*⁶.

Para além disso, diz-se que muito se teme acerca das incertezas relacionadas ao período de normalidade *pós pandêmica*, considerando-se as indefinições acerca do reaquecimento da economia, oferta de empregos etc. Questiona-se, inclusive, se o termo *o novo normal*, alcinchado no *subprime*, em 2008, seria adequado para caracterizar o momento posterior a essa calamidade global, considerando-se um atual momento de crise que foi antecedido por um período econômico crescente. Nessa linha, haverá o mercado — sobretudo o aéreo comercial — de se readaptar perante as dificuldades de uma economia morna e tímida.

Nessa senda, de forma complementar, a pesquisa se propõe a realizar uma imersão do tema no tocante à onerosidade que a promoção de tais direitos pode gerar em um mundo — e mercado — economicamente já fragilizado por conta do vírus, buscando identificar possibilidades de custeamento de tais deveres em uma lógica social pautada na ordem democrática e na solidariedade.

Isto posto, sumariza-se que este artigo, para alcançar os objetivos estabelecidos será organizado em três capí-

tulos: (i) no primeiro, serão analisados os principais tratados internacionais que versam sobre a aviação civil, bem como julgados que se debruçam sobre suas definições terminológicas, visando identificar e compreender a abordagem do Direito Internacional a respeito da promoção à saúde na lógica da aviação civil; (ii) no segundo, o artigo traz uma abordagem teórica acerca dos deveres humanos, de forma a então submeter os entendimentos obtidos no primeiro capítulo ao crivo da Teoria dos Deveres Humanos, verificando a relação de nexo entre a teoria e o dever de promoção à saúde, sua extensão e atribuição a entes privados (neste caso, as transportadoras aéreas); (iii) no terceiro capítulo, partindo dos resultados obtidos nos tópicos anteriores, o trabalho estabelece os primeiros passos aos estudos acerca dos custos relacionados ao dever fundamental estudado, e de como sua onerosidade pode ser partilhada na lógica de um ambiente democrático.

2 Análise de normativas internacionais

As companhias aéreas, durante o período pandêmico, por determinação de agências reguladoras nacionais (de aviação e sanitárias), têm seguido procedimentos especiais para suas operações. Tais medidas iniciam-se desde novas formas de embarque, inutilização dos assentos do meio, aumento na frequência de esterilização da cabine, distribuição de serviço de bordo, dentre outras.

Além do mais, quando o assunto é a aviação internacional, além das regulações nacionais, consideram-se, também, aqueles referentes ao local de destino e aos de eventuais conexões realizadas. Apesar disso, deixa-se claro, inicialmente, que este artigo não se presta a estudar a responsabilidade civil ou criminal e — inclusive os eventuais deveres — concernentes a fontes normativas locais, por mais que, conforme resta dito, impactem no tráfego internacional, visto que não são genuinamente internacionais, mas sim, fruto da jurisdição extraterritorial, que se relaciona com a “[...] a capacidade legal

⁶ GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Direito internacional dos deveres humanos: reflexões para uma teoria internacional envolvendo autores privados*. 2019. p. 18. Disponibilizado pelos autores.

de um Estado para exercer autoridade sobre agentes e atividades além de seus limites”⁷ 8 .

Delimitado isso, deve-se citar o escopo de documentos que serão analisados por esta pesquisa. Nem todas as normativas que versam acerca de saúde, coronavírus (SARS-CoV-2) e/ou aviação internacional de passageiros, serão analisadas, considerando-se a inviabilidade de tratar de todos os documentos editados e reeditados com frequência devido ao decorrer da pandemia da Covid-19. Até porque muitos deles apenas abordam protocolos sanitários relativos a outros setores, ou mesmo, tratam da aviação civil sem abordar as questões relativas à saúde. tocam, apenas, de forma indireta no assunto tratado neste artigo.

Dessa forma, serão objeto de estudo: a Convenção Internacional da Aviação Civil (1944) — ou, Convenção de Chicago —, a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (1999) — Convenção de Montreal —, e, por fim, algumas resoluções e documentos exarados ao tempo da pandemia provenientes de órgãos tais como a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), a Organização Mundial da Saúde (OMS) e, Associação Internacional de Transportes Aéreos (IATA).

A Convenção de Chicago instaurou a regulamentação sobre a aviação civil internacional, inclusive, por seus termos, fundando a OACI. Dentre seus dispositivos, tem-se o artigo de número 14, que trata, especificamente, a respeito das “Medidas contra disseminação de doenças”. Com isso, a Convenção delega aos Membros Contratantes, isto é, àqueles Estados Nacionais signatários do Tratado em questão, a tomada de medidas eficazes para a contenção de enfermidades tratadas como contagiosas, como:

cada um dos Estados concorda em tomar medidas eficazes para impedir que, por meio da navegação aérea, se propaguem a cólera, tifo (epidêmico), a varíola, a febre amarela, peste bubônica qualquer outra enfermidade contagiosa que os Estados contratantes, oportunamente designem; para esse fim,

⁷ VOIGT, Christina. Up in the Air: Aviation, the EU Emissions Trading Scheme and the Question of Jurisdiction. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Cambridge, v. 14, 27 out. 2017. p. 496. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/abs/up-in-the-air-aviation-the-eu-emissions-trading-scheme-and-the-question-of-jurisdiction/2B6672C2BC7BC09392B42C7FF22AA9A2>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁸ Do original “[...] the legal ability of states to exercise authority over actors and activities beyond its boundaries.”

os Estados contratantes farão consultas frequentes às organizações que tratam de regulamentos internacionais relativos a medidas sanitárias aplicáveis às aeronaves. Estas consultas não deverão prejudicar a aplicação de qualquer Convenção internacional existente sobre esta matéria de que façam parte os Estados contratantes.⁹

Ademais, conforme pode-se depreender da leitura do artigo, *supra*, para além do rol exemplificativo de doenças, permite-se a aplicação das disposições de tal dispositivo a qualquer outra doença contagiosa. Além disso, menciona-se a necessidade de verificação constante das normativas e regulamentos internacionais em vigência — ao tempo da promulgação da Convenção e/ou vindouros —, acerca da saúde por parte dos Estados Contratantes, reforçando uma tentativa de minimizar os impactos do fluxo de pessoas que podem agir como vetores de doenças transmissíveis de forma acelerada pela veloz aviação. Inclusive porque restou comprovado que o número de pousos internacionais implica, diretamente, o número de mortes por *coronavírus*¹⁰.

Por sua vez, a Convenção de Montreal de 1999 tem como objetivo a responsabilização das companhias aéreas por eventuais danos gerados ao passageiro, e/ou carga a bordo da aeronave nos termos de seus artigos, e, no tocante a isso, em seu artigo 17(1) tratou acerca da responsabilidade das transportadoras aéreas em caso de morte ou dano ao passageiro em decorrência de *acidente*:

1. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o **acidente** que causou a morte ou a lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque.¹¹

Destarte, deve-se buscar entender o que a Convenção quis demonstrar com o termo acidente. Para auxiliar

⁹ ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). *Convenção Internacional da Aviação Civil*. 1944. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁰ PANA, Tiberiu A.; BHATTACHARYA, Sohinee; GAMBLE, David T; PASDAR, Zahra; SZLACHEKTA, Weronika A.; PERDOMO-LAMPIGNANO, Jesus A.; MCLERNON, David J.; MYNT, Phyo K. Number of International Arrivals Predicts Severity of the first Global Wave of the COVID-19 Pandemic. *Medrxiv*. 2020. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/medrxiv/early/2020/05/16/2020.05.13.20100677.full.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL. *Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional*. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

esse processo, traz-se à luz a Convenção de Varsóvia de 1929 — por alguns considerada revogada¹² —, que trouxe dispositivo semelhante ao tratar do tema. Considera-se revogada a Convenção até porque de acordo com o preâmbulo e artigo 55 da novel Convenção de Montreal:

RECONHECENDO a importante contribuição da Convenção Para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929, doravante denominada “Convenção de Varsóvia”, e de outros instrumentos conexos, para a harmonização do direito aeronáutico internacional privado;

RECONHECENDO a necessidade de modernizar e refundir a Convenção de Varsóvia e os instrumentos conexos;

CONVENCIDOS de que a ação coletiva dos Estados para uma maior harmonização e codificação de certas regras que regulam o transporte aéreo internacional, mediante uma nova Convenção, é o meio mais apropriado para lograr um equilíbrio de interesses eqüitativo;

Artigo 55 – Relação com Outros Instrumentos da Convenção de Varsóvia

A presente Convenção prevalecerá sobre toda regra que se aplique ao transporte aéreo internacional:

1. entre os Estados Partes na presente Convenção devido a que esses Estados são comumente Partes; (a) da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929 – (doravante denominada Convenção de Varsóvia); [...] 2. dentro do território de qualquer Estado Parte na presente Convenção devido a que esse Estado é Parte em um ou mais dos instrumentos mencionados nas letras a) a e) anteriores¹³.

Assim, mediante a leitura dos dispositivos citados, não é difícil entender a intenção de modernização das normas referentes às regras relativas ao transporte aéreo internacional e, da consequente derrogação da antiga Convenção, por assim dizer¹⁴. Apesar disso, tem-se

que o artigo 12 do acordo assinado em Varsóvia, cuja redação assemelha-se em muito ao artigo 17(1) da atual Convenção, diz:

o transportador é responsável pelo prejuízo superveniente em caso de morte, ferimento ou qualquer outra lesão corporal sofrida por um viajante quando o acidente que causou o prejuízo se produziu a bordo da aeronave ou no decurso de quaisquer operações de embarque ou desembarque.¹⁵

Analizados detidamente os dois dispositivos, é possível perceber que quase não há diferença entre a redação dos artigos das duas convenções. Logo, entende-se que o legislador internacional provavelmente buscou o mesmo sentido ao artigo, bem como a seus termos. Nessa toada, parafraseando os dispositivos, temos que o transportador aéreo é responsável por dano físico ou morte decorrente de acidente durante os processos de embarque, desembarque e voo. Dessa maneira, para verificar a adequação deste dispositivo legal ao nosso escopo temático — até porque nem todos os Estados que eram parte da Convenção de Varsóvia ratificaram a novel Convenção de 1999 —, deve-se buscar entender o sentido empregado na palavra acidente.

Adianta-se que a Jurisprudência das Cortes ao redor do mundo diverge de entendimento quanto ao termo em debate. Primeiramente, entende-se que, em conformidade com o julgado *Saks v Air France* da Suprema Corte Americana, o termo acidente pode ser caracterizado como “um evento inesperado ou atípico ou, um acontecimento que seja externo ao passageiro”. Nesse mesmo sentido, no Julgamento *Dias v. Transbrasil* a Corte Distrital do Distrito Sul de Nova Iorque considerou que a contração de pneumonia causada pelo mal funcionamento do sistema de circulação de ar na aeronave está no escopo da definição obtida no caso *Saks*¹⁶.

Apesar disso, a respeito do entendimento da Corte Distrital do Distrito do Sul de Nova Iorque no caso *Chutter v. KLM Royal Dutch Airlines*¹⁷, no âmbito da

¹² Vide SARAIVA, Bruno Rabelo Coutinho. Cabe à Convenção de Montreal regular transporte aéreo internacional. *Revista Consultor Jurídico*, 28 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-28/bruno-rabelo-cabe-convencao-montreal-regular-voe-internacional>. Acesso em: 18 out. 2020.

¹³ ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL. *Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional*. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁴ SARAIVA, Bruno Rabelo Coutinho. Cabe à Convenção de Montreal regular transporte aéreo internacional. *Revista Consultor Jurídico*, 28 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-28/bruno-rabelo-cabe-convencao-montreal-regular-voe-inter>

nacional. Acesso em: 18 out. 2020

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL. *Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional*. 1929. Disponível em: http://www.apoe.pt/fotos/editor2/convencao_devarsovia.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁶ NABOUSH, Eman; ALNIMER, Raed. Air carrier's liability for the safety of passengers during COVID-19 pandemic. *Jornal os Air Transport Management*. v. 89, 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969699720304804>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). U.S. District Court for the Southern District of New York. *Chutter v. KLM Royal*

Convenção de Varsóvia, o acidente não pode ser causado ou substancialmente influenciado pela negligência daquele que sofre o dano. Além disso, a Suprema Corte americana, no julgamento *Olympic Airways v. Husain*, entendeu que a omissão do transportador, também pode caracterizar o acidente, mesmo em tais situações em que resta demonstrada a atribuição de parcela da culpa ao passageiro.

Dessa maneira, verifica-se que a jurisprudência estadunidense sugere interpretação mais branda, que permite que o acidente não tenha direta relação com problemas estritamente concernentes à aviação em si, tal como no caso *GN v. ZU* julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹⁸. Entende-se, porém, que nem todo o ocorrido durante o período de voo, embarque ou desembarque de uma aeronave, que gere danos, enseje um acidente nos termos das Convenções supracitadas, como definiu a Corte de Apelação da Inglaterra e Gales no caso *Barclay v. British Airways Plc*¹⁹, em um entendimento bem mais restrito que aqueles da América.

Visto isso, acredita-se ser possível que, dentro do escopo abarcado pelo termo acidente, possa ser entendida a contração do vírus Sars-CoV-2, desde que dentro do escopo abarcado pelo caso *Dias v. Transbrasil*, o caso *Saks v. Air France*, e, inclusive, daquele Julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, *GN v. ZU*. Porém, é importante ressaltar que, como julgado no caso *Chutter v. KLM Royal Dutch Airlines*, não se inserem no escopo temático todas as eventuais omissões e negligências decorrentes da própria vítima e, como no caso *Barclay v. British Airways Plc.*, nem todos os acontecimentos, sobretudo aquele que não se ligam de forma direta à operação. Destarte, nesse caso, para fins deste artigo, considera-se acidente aquela infecção de passageiro por COVID-19, quando imprevisível e atípica, causada pela ação, omissão ou negligência do transportador aéreo durante os processos de embarque, voo e desembarque.

Dutch Airlines. 1955. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/132/611/1454904/>. Acesso em: 22 out. 2020.

¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE). QUARTA CÂMARA. *GN v. ZU*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CJ0532&from=EN>. Acesso em 21 nov. 2020.

¹⁹ REINO UNIDO. ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL (Civil Division). *Barclay v. British Airways PLC*. 2008. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1ed2c94e0775e7ec38a>. Acesso em: 15 out. 2020.

Isto posto, verifica-se, também, uma miscelânea de resoluções e documentos emanados por diversos órgãos, tais como a OACI, a IATA e a OMS que visam regular a operação de aeronaves, no que tange a questões sanitárias em geral e, também, em tempos de calamidade — como algumas específicas para o momento atual da pandemia do COVID-19, — o sanitarismo no âmbito internacional.

3 Os deveres humanos e o período de calamidade sanitária

Considerando-se os documentos internacionais e as considerações apresentadas no capítulo anterior, verifica-se a referência, ao menos indireta, ao combate às doenças transmissíveis. Dessa forma, analisa-se, então, neste artigo, a presença de um dever fundamental de promoção da saúde no âmbito da aviação civil comercial em tempos de crise pandêmica.

Destarte, analisa-se o conceito de dever fundamental o qual será estudado, este formulado pelo Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Deveres Fundamentais” do PPGD/FDV, o qual aduz:

uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais²⁰.

Dessa forma, verifica-se que o *dever fundamental* tem o papel de um *contrapeso*, ou do *outro lado da moeda*, para efetivação de direitos fundamentais, pautando-se na solidariedade — aspecto que será detalhadamente tratado mais à frente —, porém, ao mesmo tempo, há de se sopesar a onerosidade da prestação de tais deveres, até porque, afinal, são aplicados sob a égide de uma ordem democrática e, assim, não devem exigir um sacrifício exorbitante dos prestadores, com a onerosidade das prestações²¹.

²⁰ GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury Cezar. Dever Fundamental: A Construção de um Conceito. In: MARCO, Críthian Magnus De; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (Org.). *Série direitos fundamentais civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha*. Santa Catarina. Unoesc. 2013. t. 1. p. 92. Disponível em: https://www.academia.edu/36402794/GON%C3%87ALVES_LCS_FABRIZ_DC_De-ver_fundamental_-_a_constru%C3%A7%C3%A3o_de_um_conceito.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

²¹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. A importância dos Deveres Hu-

Ademais, ao tratar do tema na lógica internacional, faz-se necessário redefinir o conceito dos deveres fundamentais, para adequá-lo à tal esfera, que possui características especiais, senão aquelas guiadas pelo chamado Direito Interno — ou doméstico — dos Estados. Primeiramente, tendo em vista a tendência de, na esfera jurídica internacional, seguirem-se os ditames do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, também porque, em tal seara, os entes não estão vinculados a uma ordem constitucional²², mas sim àquelas fontes dispostas no artigo 38 da Corte Internacional de Justiça (CIJ)²³, a se dizer as (I) convenções internacionais, (II) costumes internacionais, (III) princípios gerais do Direito, (IV) doutrina e, por fim, (V) *ex aequo bono*.

Nessa linha, urge-se a definição de uma Teoria dos Deveres Humanos²⁴, para além daquela destinada aos direitos humanos e aos deveres fundamentais. Com tal aproximação conceitual e, resguardadas as características peculiares do Direito Internacional, com base no supracitado, Gonçalves e Pedra definiram os *deveres humanos* como:

a categoria normativa internacional fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos à ordem democrática internacional, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.²⁵

Adentrando as especificidades da aviação e de um possível dever de promoção à saúde internacional, e mediante a análise dos documentos internacionais utilizados no âmbito desta pesquisa, verificam-se normativas internacionais amplamente difundidas e reconhe-

cidas pelos Estados Nacionais. A título de exemplo, os Estados contratantes da OACI^{26 27}, em que, dentre eles, os 193 são os signatários da Convenção de Chicago de 1944²⁸, e 137 os signatários da Convenção de Montreal de 1999.

Iniciando a elucubração de um possível nexo causal entre os conceitos, as normativas e o assunto abordado, primeiramente, entende-se que um *dever humano de promoção à saúde* é a outra face da moeda que abriga o *direito humano à saúde no campo internacional*. Conforme trataremos no próximo capítulo, em tempos de normalidade, tal dever, é referente a medidas de prevenção e, em tempos pandêmicos, essencialmente de contenção da transmissão de doenças virais.

Além disso, os *deveres humanos*, tais como aqueles *fundamentais*, são pautados na *solidariedade*. Nesse caso, nem em situações de normalidade poder-se-ia pensar em um dever de exclusividade do Estado relacionado à imposição de medidas sanitárias e outras formas de promoção à saúde²⁹, inclusive porque, apesar de as transportadoras aéreas internacionais estarem vinculadas a uma ordem jurídica nacional, e suas aeronaves detentoras de uma *bandeira*³⁰, não há viabilidade da alocação de, por exemplo, um *fiscal* a cada voo de aviação civil comercial internacional para fazer valer as normativas internacionais. Pelo contrário e, principalmente em tempos de calamidade, as pessoas — *físicas e jurídicas* — devem assumir deveres, de forma a exercer uma responsabilidade comunitária:

em tempos de pandemia, os deveres humanos devem ser vistos sob uma perspectiva excepcional, haja vista que o contexto de calamidade sanitária interfere na onerosidade do dever. Não obstante, de

manos na Efetivação de Direitos. In. ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜRGER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Unoesc, 2013, p. 296.

²² Vide, ADEODATO, João Maurício. As fontes primárias do direito: o debate europeu cerca de 1850 a 1950. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 2, p. 99-127, jan./dez. 2007.

²³ GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Direito internacional dos deveres humanos: reflexões para uma teoria internacional envolvendo autores privados*. 2019. p. 18. Disponibilizado pelos autores.

²⁴ Vide, GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3 164, dez. 2016. p. 522-523 Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6965/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.

²⁵ GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Direito internacional dos deveres humanos: reflexões para uma teoria internacional envolvendo autores privados*. 2019. p. 18. Disponibilizado pelos autores.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL. *Member States*. 2019. Disponível em: <https://www.icao.int/MemberStates/Member%20States.English.pdf>. Acesso em: 01 out. 2020.

²⁷ Até o dia 01/10/2020.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL. *Convention on International Civil Aviation signed At Chicago On 7 December 1944*. 2019. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Chicago_EN.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

²⁹ PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres Humanos em Situações de Calamidade Sanitária. In. BAHIA, Saulo José Caseli; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Direitos e deveres em tempos de coronavirus: Terceiro Volume*. São Paulo: IASP, 2020. p. 44.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). *Convenção Internacional da Aviação Civil*. 1944. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

qualquer forma, o Estado não pode agigantar-se e tolher a liberdade do indivíduo, da mesma forma como aquele não pode deixar de exigir a responsabilidade deste³¹.

Nesse sentido, antes de prosseguir em tal análise acerca da atribuição de tais deveres humanos, faz-se necessário verificar a possibilidade de sujeição dos agentes privados na seara internacional, sobretudo nas normativas pesquisadas.

Assim, abrem-se parênteses para discutir algumas diferenças que concernem os dois tratados, quanto à sujeição *direta* ou *indireta* dos entes privados no Direito Internacional Público. Primeiramente, ao analisar a Convenção de Chicago de 1944, percebe-se quase sempre uma menção aos *membros contratantes*, isto é, os Estados que assinaram, não sujeitando diretamente os entes privados.

De forma diametralmente oposta, a Convenção de Montreal, em seu texto, demonstra menção direta aos entes privados — *transportadores aéreos* — como sendo detentores de direitos e, principalmente, sujeitos ao cumprimento de deveres, o que em outras palavras demonstra a sujeição — *ativa e passiva* — dos entes privados ao Direito Internacional, em uma perspectiva mais moderna³².

Nesse diapasão, verifica-se que, de forma direta ou indireta, nos dois casos, há a vinculação dos entes privados ao Direito Internacional. Nessa senda, a Teoria Internacional dos Deveres Humanos entende como viável a atribuição de deveres humanos relacionados ao campo internacional às corporações, por via *direta* ou *indireta*, conforme dissertam Gonçalves e Pedra: “possibilidade de inserção de deveres que se dirijam, direta ou indiretamente, às corporações.”³³, além das tradicionais relações entre Estados³⁴.

³¹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Deveres Humanos em Situações de Calamidade Sanitária. In. BAHIA, Saulo José Caseli; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Direitos e deveres em tempos de coronavírus*. Terceiro Volume. São Paulo: Editora IASP, 2020. p. 44.

³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 11. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 610-611.

³³ GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Direito internacional dos deveres humanos*: reflexões para uma teoria internacional envolvendo autores privados. 2019. p. 18. Disponibilizado pelos autores.

³⁴ *Nesse mesmo sentido*, FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, p. 324-339, n. 1, abr. 2020.

Nesse sentido, em breve síntese, “por tratado internacional entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades [...] *estipulando direitos e obrigações, entre sujeitos de direito internacional*”³⁵. Assim, entende-se que os tratados são manifestações de vontade internacionais, em que as partes signatárias abrem mão de certas liberdades em prol de uma ordem internacional desejável, seja ela entre dois ou mais entes internacionais. Como já mencionado, os dois tratados — *convenções* — citados contemplam grande parte — ou a totalidade — daqueles Estados reconhecidos pela Organização das Nações Unidas, o que por si só demonstra um ambiente democrático, aflorado pela manifestação voluntária de cada ente em tornar-se contratante dos documentos supracitados.

Dessa forma, verifica-se um dever atrelado aos Estados signatários e transportadores aéreos da aviação civil de passageiros internacional em promover a saúde em tempos de pandemia e de normalidade. Apesar disso, lança-se, também, neste artigo, a possibilidade de imposição de tais deveres a Estados senão aqueles que ratificaram a normativa internacional. Admite-se essa linha de pensamento, pois nem sempre a não ratificação implica, diretamente, uma não aceitação da normativa³⁶, mas, talvez, no raciocínio de Antônio Augusto Cançado Trindade, por exemplo, a mora legislativa ou motivo diverso à rejeição.

Nesse raciocínio, verifica-se que, pelo menos ao tratar da Convenção de Chicago de 1944, fala-se em um tratado *codificador*, o qual rege e dita as regras do tráfego aéreo civil internacional. Assim, apesar da assinatura ou não de um tratado, verifica-se a formação de um *costume internacional*³⁷ relativo à forma de se comportar em espaço aéreo internacional, o que será inevitavelmente seguido por aqueles não signatários. Assim, e como os *costumes internacionais* são também fonte reconhecida do Direito Internacional — conforme preceitua o art. 38 do Estatuto da CIJ —, estão eles abarcados pela Teoria

Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/6161/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.

³⁵ ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2 ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2017. p. 85-86.

³⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2 ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2017. p. 85-86.

Internacional dos Deveres Humanos, gerando deveres e obrigações aos sujeitos do Direito internacional. Nesse sentido, tem-se o excerto de Viglino ao tratar da Convenção de Chicago e seus anexos:

portanto, os 19 anexos da Convenção cobrem os aspectos práticos fundamentais do transporte aéreo. Dificilmente se pode imaginar realizar um voo entre países que usam sistemas de telecomunicações diferentes ou incompatíveis; para isso, habemos o Anexo 10 sobre telecomunicações aeronáuticas. Mal se consegue imaginar ter práticas efetivas de segurança sem regras padrão entre todos os países, especialmente no contexto pós-atacos de 11 de setembro de 2001; para isso, habemos os Anexos 17 e 19 sobre normas e gerenciamento de segurança e proteção contra atos de interferência ilícita. São, sobretudo, questões técnicas. No entanto, são questões fundamentais.³⁸

Isto posto, verifica-se a presença de um dever fundamental de promoção à saúde no âmbito internacional pautado na Convenção de Chicago de 1944, nas Convenções de Varsóvia e, por fim, na Convenção de Montreal de 1999, cuja extensão abrange o voo, embarque e desembarque, além de ser perfeitamente atribuível às companhias aéreas. Mesmo assim, ainda resta a esse trabalho discutir, mesmo que de forma inicial, para posterior desenvolvimento em outro estudo — já que seu objetivo já fora substancialmente satisfeito — a onerosidade de tal dever, tanto em tempos de pandemia quanto de normalidade pós-pandêmica, o que será feito no próximo capítulo.

4 A extensão e a onerosidade dos deveres no período de calamidade sanitária e pós-pandemia

A partir do reconhecimento de um dever fundamental a ser prestado pelas transportadoras aéreas comerciais no âmbito internacional para a promoção da saúde em voos internacionais, cogita-se quem seria o patrocinador para a implementação e promoção do *direito* à

saúde — que surge em contrapartida ao dever verificado —, pois, afinal, “os direitos custam dinheiro”³⁹ 40.

Nessa linha, como foi brevemente aludido no primeiro capítulo deste artigo, devido à pandemia da Covid-19, as companhias aéreas, seja por determinações domésticas ou internacionais — estando estas no escopo desta pesquisa — têm adotado procedimentos para além daqueles tradicionalmente requeridos pelos Organismos Internacionais reguladores da aviação civil e do sanitário internacional, que imbuem as transportadoras demais custos, que se estendem desde o embarque ao desembarque, nos termos do supracitado artigo 17(1) da Convenção de Montreal de 1999.

Sem entrar em minúcias e, ressaltando que a aviação civil é notadamente marcada por sua segurança operacional, diversas normativas internacionais foram editadas visando evitar a transmissão do Sars-CoV-2. Isso porque, mesmo com a eficácia das avançadas tecnologias de renovação de ar nas aeronaves comerciais modernas⁴¹ 42 43 — *High-Efficiency Particulate Air* (HEPA) —, bem como da utilização de máscaras e, desinfecção do

³⁸ VIGLINO, Mickael R. Transporte aéreo e o direito transnacional: da convergência à uniformidade. *Revista de Direito Internacional*. v. 13, n. 3 p. 164, dez. 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4531/pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

³⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O Custo dos Direitos*: por que a Liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 5.

⁴⁰ Ver também: SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, n. 2, p. 77-110, fev. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058/pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁴¹ Vide: EMBRAER. *Healthy Journey by Embraer*. 2020. 13 slides. Disponível em: <https://www.iata.org/contentassets/a1a361594bb440b1b7ebb632355373d1/embraer-healthy-journey.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁴² Vide: FARGEON, Bruno; AIRBUS. *Keep Trust in Air Travel*. Preview of Airbus' latest cabin air studies. Airbus: 2020. 6 slides. Disponível em: <https://www.iata.org/contentassets/a1a361594bb440b1b7ebb632355373d1/airbus-trust-airtravel.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁴³ Vide: FREEMAN, Dan. *Cabin Air Quality Research and Analysis*. Boeing: 2020. 5 slides. Disponível em: <https://www.iata.org/contentassets/a1a361594bb440b1b7ebb632355373d1/boeing-air-quality-research-analysis.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

interior da aeronave — dentre outras medidas —^{44 45 46}, ainda há divergência científica quanto à probabilidade de transmissão do *coronavírus* no interior de aeronaves durante o voo e em solo⁴⁷.

Inclusive, nesse sentido, verificam-se pesquisas que até relativizam a efetividade de outras medidas, tais como as de inutilização dos *assentos do meio*^{48 49}. Porém, o que se mostra quase uníssono até o momento é que, em maior ou menor nível, há uma maior probabilidade de que a transmissão viral se dê durante os períodos de embarque e — principalmente — desembarque da aeronave, enquanto passageiros se levantam desordena-

damente da aeronave e atravessam as pontes que a ligam ao terminal^{50 51}.

Para além disso, verifica-se que, conforme discutido anteriormente, o dever fundamental das companhias aéreas de promover a saúde em voos internacionais de passageiros não se limita ao período de calamidade sanitária — a se dizer à pandemia do *coronavírus* —, mas também aos tempos vindouros de normalidade, em uma perspectiva de prevenção e retenção de transmissão de possíveis doenças transmitidas por vias aéreas. Dessa forma, há, também, normativas dos órgãos internacionais no sentido de justamente traçar medidas não apenas para o presente, mas para o período posterior a este.

Além do mais, constata-se que a persistência em tais medidas — tais como a utilização de máscaras no interior da aeronave e o desinfetar dela — pode, inclusive, fomentar que as pessoas retomem a coragem para voar mais após a pandemia⁵², além de medidas relacionadas ao embarque e desembarque — que, conforme pontuado, são os momentos mais críticos em questão de possibilidade de contaminação —, quer seja no mantimento do sistema de renovação de ar da aeronave ligado enquanto em solo, medidas de distanciamento durante tais procedimentos, seja dentro da aeronave, nas pontes de acesso ao terminal⁵³. Ressalta-se essa questão por-

⁴⁴ FACULTY AND SCIENTISTS AT THE HARVARD T.H. CHAN SCHOOL OF PUBLIC HEALTH. *Aviation Public Health Initiative*. Assessment of Risks of SARS-CoV-2 Transmission during Air Travel and Non-Pharmaceutical Interventions to Reduce Risk. 2020. p. 3. Disponível em: <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2443/2020/10/Phase-One-Report-Highlights-1.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020

⁴⁵ Nesse sentido também: INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION (IATA). *Restoring Aviation During COVID-19*: Medical evidence for possible strategies as at 6 August 2020 IATA Medical Advisory Group. 2020. Disponível em: <https://www.iata.org/globalassets/iata/programs/covid/covid-medical-evidence-for-strategies.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

⁴⁶ No mesmo sentido: Estados Unidos da América (2020, no tocante à desinfecção com aerossóis)

⁴⁷ Nesse sentido: MURPHY, Nicola; BOLAND, Máirín; BAMBURY, Niamh; FITZGERALD Margaret; COMERFORD, Liz; DENVER, Niamh; O'SULLIVAN, Margaret B.; PETTY-SAPHON, Naomi; KIERNAN, Regina; JENSEN, Mette; O'CONNOR, Lois. A large national outbreak of COVID-19 linked to air travel, Ireland, summer 2020. *Euro Surveill*. 2020. Disponível em: <https://www.eurosurveillance.org/docserver/fulltext/eurosurveillance/25/42/eurosurv-25-42-3.pdf?expires=1612012252&id=id&accname=guest&checksum=11D5E826C318EA6E4B8F1A563E7F4D01>. Acesso em: 18 nov. 2020.

⁴⁸ Nesse sentido: INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION (IATA). *Restoring Aviation During COVID-19*: Medical evidence for possible strategies as at 6 August 2020 IATA Medical Advisory Group. 2020. p. 27. Disponível em: <https://www.iata.org/globalassets/iata/programs/covid/covid-medical-evidence-for-strategies.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

⁴⁹ No mesmo sentido: BARNETT, Arnold. *Covid-19 Risk Among Airline Passengers: Should the Middle Seat Stay Empty?* *MedRxiv*. ago. 2020. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/medrxiv/early/2020/07/05/2020.07.02.20143826.full.pdf>. Acesso em: 01 out. 2020.

⁵⁰ FACULTY AND SCIENTISTS AT THE HARVARD T.H. CHAN SCHOOL OF PUBLIC HEALTH. *Aviation Public Health Initiative*. Assessment of Risks of SARS-CoV-2 Transmission during Air Travel and Non-Pharmaceutical Interventions to Reduce Risk. 2020. p. 4. Disponível em: <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2443/2020/10/Phase-One-Report-Highlights-1.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020

⁵¹ Nesse mesmo sentido (no âmbito da H1N1): SCHWARTZ, Kevin L.; MURTI, Michelle; FINKELSTEIN, Michael; LEIS, Jerome A.; FITZGERALD-HUSEK, Alanna; BOURNS, Laura; MEGHANI, Hamidah; SAUNDERS, Andrea; ALLEN, Vanessa; YAFFE, Barbara. Lack of COVID-19 transmission on an international flight. *Canadian Medical Association Journal (CMAJ)*. V. 192(15). 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7162437/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁵² LAMB, Tracy; WINTER, Scott R.; RICE, Stephen; RUSKIN, Keith J.; VAUGHN, Austin. Factors that predict passengers willingness to fly during and after the COVID-19 pandemic. *Journal of Air Transport Management*. vol. 89. 2020. p. 6. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969699720304816?dgcid=rss_sd_all&utm_source=researcher_app&utm_medium=referral&utm_campaign=RESR_MRKT_Researcher_inbound. Acesso em 15 nov. 2020.

⁵³ SCHULTS, Michael; EVLER, Jan; ASADI, Ehsan; PREIS, Henning; FRICKE, Hartmut; WU, Cheng-Lung. Future aircraft turnaround operations considering post-pandemic requirements. *Journal of Air Transport Management*. v. 89. out. 2020. p. 10. Dis-

que verifica-se que, em pesquisa conduzida pela IATA, apenas pouco mais de 10% dos respondentes demonstraram interesse em voltar a voar imediatamente após o período pandêmico, enquanto aproximadamente 33% e 36% apenas retornariam após seis meses ou um ano, respectivamente⁵⁴.

Assim, nota-se que, talvez, o reaquecimento da aviação internacional — que já demonstra um *déficit* de mais de duas centenas de bilhão de dólares em relação aos ganhos de 2019 — demande um tempo razoável, com menos demanda, necessidade de reativação de aeronaves estocadas, e realmente a necessidade de adaptar-se a um *novo normal* tal como o período posterior à crise financeira de 2008 — ressaltadas as proporções e naturezas. Isso demonstra a necessidade de buscar amparo no Princípio da *Razoabilidade*. Tal princípio é essencial para, tanto a mensuração da imposição de medidas, quanto para a distribuição de custos decorrentes da extensão da onerosidade do dever humano em análise. Até porque, além de as linhas aéreas, geralmente, já operarem com índices baixíssimos de lucro⁵⁵, soma-se isso ao período pandêmico e ao pós-pandêmico, que demonstram diversos desafios a serem enfrentados.

Destarte, considerando-se a responsabilidade das linhas aéreas em promover a saúde nos atos de embarque, voo e desembarque, segundo o artigo 17(1) da Convenção de Chicago (1944), questiona-se quem arcará com os custos decorrentes do direito à saúde seria, apenas, aquela parcela populacional que se utiliza do transporte aéreo — quer seja para turismo ou negócios — ou toda a população, de uma forma geral, por meio de recursos oriundos dos impostos?

Conforme mencionado, os deveres não devem *sacri-ficar*, demasiadamente, os prestadores por sua onerosidade⁵⁶ e parte-se do pressuposto de que se vive em uma

sociedade democrática, em que pesem os preceitos da *solidariedade*. Isso significa que, muitas vezes:

é necessário haver equidade na onerosidade assumida por cada pessoa, sobretudo naquelas situações em que o ônus incide especificamente em alguns poucos indivíduos, e tem a coletividade como beneficiária [...] Em muitos casos, as obrigações de respeitar (abster-se de interferir direta ou indiretamente no gozo do direito à saúde), defender (adotar medidas que impeçam a interferência de outras partes) e promover (impulsionar ações para a plena realização do direito à saúde) incidem intensamente sobre um ou poucos grupos de indivíduos mas beneficiam uma sociedade. Normas de biossegurança e medidas de prevenção e controle da doença têm um custo muito alto e recaem sobre indivíduos ou grupos específicos. Mas é importante lembrar que todos (universalidade dos deveres) têm o dever de zelar pela saúde pública e pelo meio ambiente sadio, na medida de suas capacidades (igualdade material dos deveres). Assim, o ordenamento jurídico deve prever, tanto quanto possível, a redistribuição desses sacrifícios com os demais indivíduos da sociedade.⁵⁷

Do excerto, pode-se extrair então que, até de forma complementar ao afirmado no capítulo anterior, os deveres humanos — por extensão do que se entende acerca dos fundamentais — subsistem em uma ordem de equidade na distribuição da onerosidade, considerando-se ganhos gerais que toda uma coletividade pode obter por meio da incidência de medidas sobre poucos indivíduos. Nesse sentido tem-se a lição de Holmes e Sunstein que aduz que “os direitos não são custeados por taxas cobradas de seus usuários, mas pela receita arrecadada da comunidade como um todo”⁵⁸.

Como exemplo disso, inclusive em se tratando de aviação civil, tem-se a Medida Provisória n.º 2/2001 — convertida em Lei⁵⁹ — que, após os atentados terroristas que marcaram o dia 11 de setembro de 2001, disse: “assumir as responsabilidades civis perante terceiros no caso de danos a bens e pessoas no solo, provocados

ponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969699720304701>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁵⁴ INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION (IATA). *Restoring Aviation During COVID-19: Medical evidence for possible strategies as at 6 August 2020* IATA Medical Advisory Group. 2020. p. Disponível em: <https://www.iata.org/globalassets/iata/programs/covid/covid-medical-evidence-for-strategies.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

⁵⁵ SCHULTS, Michael; EVLER, Jan; ASADI, Ehsan; PREIS, Henning; FRICKE, Hartmut; WU, Cheng-Lung. Future aircraft turnaround operations considering post-pandemic requirements. *Jornal of Air Transport Management*. v. 89. out. 2020. p. 10. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969699720304701>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁵⁶ PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos Deveres Hu-

manos na Efetivação de Direitos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜRGER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. p. 296.

⁵⁷ PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres Humanos em Situações de Calamidade Sanitária. In: BAHIA, Saulo José Caseli; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Direitos e deveres em tempos de coronavirus*. Terceiro Volume. São Paulo: Editora IASP, 2020. p. 43-44.

⁵⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O Custo dos Direitos: por que a Liberdade depende dos impostos*. 1 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 94.

⁵⁹ Lei n.º 10.309/2001.

por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior”⁶⁰. Ou seja, nesse caso, o Estado tomou para si a responsabilidade civil no tocante a danos a terceiros nos casos descritos no artigo citado, e, mesmo que para tutelar o direito de alguns indivíduos afetados, mobilizou a redistribuição de recursos de toda uma coletividade para tanto.

Nessa mesma linha, tem-se, por exemplo, a Medida Provisória n.º 925/2020, também convertida em Lei⁶¹. Tal Lei estabeleceu “medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19”, incorporou a dita MP e alterou dispositivos de diversas leis, tais como a Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), dentre outras⁶².

Dessa maneira, a Lei dispõe acerca dos meios e prazos de reembolso para os bilhetes referentes ao período de pandemia, bem como de suas modalidades, a possibilidade da utilização do Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC) como “objeto e garantia e aos devedores de concessão aeroportuária ou de concessão para a prestação de serviço regular de transporte aéreo e aos prestadores de serviço auxiliar ao transporte aéreo” que comprovem danos recorrentes da pandemia da Covid-19 etc. Ou seja, também há a transferência de ônus individuais — seja de pessoas físicas, operadores aéreos e demais pessoas jurídicas envolvidas na aviação civil de forma geral — em uma lógica de solidariedade, de forma a não onerar, excessivamente, tais agentes no período de pandemia.

Entretanto, há de se considerar sempre se “o dinheiro gasto na proteção dos direitos (tal como concebida e implementada num determinado momento) beneficia a sociedade como um todo ou pelo menos a maioria de seus membros, e não somente os grupos dotados de

influência política especial”⁶³. Ou seja, mostra-se que, mesmo que a sociedade se pautar em pilares de solidariedade, não se pode olvidar o interesse público imbuído no amparo aos direitos particulares por meio dos recursos da população.

Nesse caso, verifica-se, em um primeiro olhar que, talvez, a tutela do direito à saúde durante o embarque, voo e desembarque de trechos internacionais em aeronaves transportadoras de passageiros, seguindo as normativas sanitárias internacionais, possa, significativamente, reduzir a taxa de transmissão do vírus dentro e fora das aeronaves, em momentos de normalidade ou calamidade sanitária. Isso até porque, por exemplo, a parcela populacional brasileira que se utiliza da aviação civil de modo pago, subiu nos últimos anos, e alcançou, no ano de 2017, o número aproximado de 54,2%⁶⁴, o que demonstra uma crescente popularização do modal em questão, fato que demonstra que os benefícios atingem uma parcela considerável da população.

Apesar disso, ainda se considera a possibilidade de que os transportadores, per se, arquem com os custos para a promoção de tal direito⁶⁵. Porém sempre há de se considerar em até que ponto onerar somente as transportadoras aéreas — e, por consequência seus passageiros — seria viável, tendo em vista a necessidade de recuperação do setor, bem como de sua atratividade perante o mercado.

Visto isso, relembra-se que o objetivo deste capítulo certamente não é o de encontrar respostas ao iminente imbróglio — que demanda um futuro estudo para um desenvolvimento específico, mas sim de, dentre as possibilidades existentes, gerar questionamentos que possam, inclusive ser ponto de partida para posteriores pesquisas. Além do mais, não seria justo verificar a presença e extensão de um dever fundamental — que incumbe ônus ao prestador — sem, ao mínimo, preocu-

⁶⁰ BRASIL. Lei 10.309, de 22 de novembro de 2001. *Dispõe sobre a assunção pela União de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras*. Diário Oficial da União. 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10309.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

⁶¹ Lei n.º 14.034/2020.

⁶² BRASIL. *Lei 14.034 de 5 agosto de 2020*. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19; e altera as Leis nos 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 13.319, de 25 de julho de 2016, 13.499, de 26 de outubro de 2017, e 9.825, de 23 de agosto de 1999. Diário Oficial da União. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14034.htm. Acesso em 28 jan. 2020.

⁶³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 192. Livro virtual.

⁶⁴ BRASIL. Agência Nacional Aviação Civil (ANAC). *Anuário do Transporte Aéreo 2017*. 2018. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo>. Acesso em: 17 nov. 2020.

⁶⁵ SCHULTS, Michael; EVLER, Jan; ASADI, Ehsan; PREIS, Henning; FRICKE, Hartmut; WU, Cheng-Lung. Future aircraft turnaround operations considering post-pandemic requirements. *Journal of Air Transport Management*. v. 89. out. 2020. p. 10. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969699720304701>. Acesso em: 20 out. 2020.

par-se acerca de sua onerosidade e prestadores — algo tão importante quanto o mero reconhecimento.

5 Considerações finais

Considerando-se o período de calamidade sanitária, consequência da proliferação do novel coronavírus, o presente artigo se debruçou nas investigações acerca da existência, extensão e — de forma complementar — a onerosidade de um dever humano, atribuído às companhias aéreas, de promover a saúde, por meio da prevenção e/ou contenção de doenças transmissíveis em períodos de crise sanitária, bem como a existência de tal dever também no período pós-pandêmico, isto é, de retorno à normalidade.

Para tanto, à luz Teoria Internacional dos Deveres Humanos, primeiramente, foram analisados Tratados Internacionais, tais quais a (i) Convenção de Chicago, de 1944, sobretudo no que tange a seu artigo 14, relacionado a “medidas de disseminação de doenças”, considerando-se a possibilidade de enquadramento da covid-19; (ii) As Convenções de Varsóvia (1929) e de Montreal (1999), em relação à análise acerca da definição de *acidente* nos termos de tais acordos multilaterais. Ademais, de forma a contribuir nesse processo, foram analisados (iii) diversos julgados, de tribunais diversos, acerca do tema, sobretudo no que tange à hermenêutica do artigo 17(1) da Convenção de Montreal; bem como, por fim, (iv) a análise de diversas normativas internacionais relacionadas, sobretudo, à pandemia da Covid-19 e à aviação civil.

Nessa senda, verificou-se a natureza meramente exemplificativa do rol de doenças transmissíveis elencadas no artigo 14 da Convenção de Chicago, o que, somado às normativas emitidas por organizações internacionais acerca da aviação e do coronavírus, demonstrou a possibilidade e, inclusive, a aparente intenção do legislador internacional de possibilitar a inclusão de vindouras doenças transmissíveis não originalmente consideradas, tal como a Covid-19. Ademais, mediante à análise jurisprudencial em torno do artigo 17(1) da Convenção de Montreal, sobretudo demonstrada no caso *Dias v. Transbrasil*, foi possível verificar a direta ligação entre a definição do termo *acidente* e a propagação de doenças transmissíveis, quer seja por ações ou omissões do

transportador aéreo, durante o período de embarque, voo e desembarque de passageiros.

Mediante tais constatações, passou-se, propriamente, à análise da Teoria Internacional dos Deveres Humanos (TIDH), por meio da qual foi possível verificar que a promoção de saúde nos voos comerciais internacionais de passageiros, por meio de medidas de prevenção e contenção de doenças transmissíveis — especialmente o covid-19 — em períodos de calamidade sanitária, bem como no retorno à normalidade, constitui-se como dever humano atribuível às transportadoras aéreas, quer seja no voo, embarque e desembarque, visto que se encaixa nos critérios estabelecidos pela TIDH, quais sejam: (i) a fundação na solidariedade; (ii) a imposição de condutas a um agente; (iii) uma ordem democrática internacional; (iv) a finalidade de promoção de direitos fundamentais — a saúde.

Por fim, é notório que, para além da existência, extensão e atribuição de um dever, pautado nos ditames de solidariedade que guiam a Teoria Internacional dos Deveres humanos, importante é verificar a onerosidade de tais deveres, além do custeamento de suas prestações em uma ordem democrática. Dessa forma, muito embora o último capítulo deste artigo tenha se dedicado a discutir tal importante aspecto, limitou-se a estabelecer pontos fundamentais, bem como levantar indagações relevantes para a discussão desses aspectos, de forma a ensejar pesquisas futuras acerca desse tópico de primeira relevância para o aprofundamento no tema.

Referências

- ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ADEODATO, João Maurício. As fontes primárias do direito: o debate europeu cerca de 1850 a 1950. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 2, p. 99-127, jan./dez. 2007.
- BARNETT, Arnold. Covid-19 Risk Among Airline Passengers: Should the Middle Seat Stay Empty? *MedRxiv*. ago. 2020. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/medrxiv/early/2020/07/05/2020.07.02.20143826.full.pdf>. Acesso em: 01 out. 2020.

BÍBLIA. *Bíblia de estudo da reforma*. Tradução de João Ferreira de Almeida. ed.rev. e atualizada. Barueri: Sociedade Bíblia do Brasil, 2017.

BRASIL. Agência Nacional Aviação Civil (ANAC). *Anuário do Transporte Aéreo 2017*. 2018. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. *Lei 10.309, de 22 de novembro de 2001*. Dispõe sobre a assunção pela União de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10309.htm. Acesso em 18 nov. 2020.

BRASIL. *Lei 14.034 de 5 agosto de 2020*. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19; e altera as Leis nos 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 13.319, de 25 de julho de 2016, 13.499, de 26 de outubro de 2017, e 9.825, de 23 de agosto de 1999. Diário Oficial da União. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14034.htm. Acesso em: 28 jan. 2020.

EMBRAER. *Healthy Journey by Embraer*. 2020. 13 slides. Disponível em: <https://www.iata.org/contentassets/a1a361594bb440b1b7ebb632355373d1/embraer-healthy-journey.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). U. S. District Court for the Southern District of New York. *Chutter v. KLM Royal Dutch Airlines*. 1955. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/132/611/1454904/>. Acesso em: 22 out. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). United States Transportation Command (USTRANSCOM). *USTRANSCOM releases results from study testing risk of COVID exposure on contracted aircraft*. 2020. Disponível em: <https://www.ustranscom.mil/cmd/panewsreader.cfm?ID=C0EC1D60-CB57-C6ED-90DEDA-305CE7459D>. Acesso em: 15 nov. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court. *Olympic Airways v. Husain*. 2004. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/540/644.html>. Acesso em: 21 nov. 2020.

FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 324-339. abr. 2020 Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/6161/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.

FACULTY AND SCIENTISTS AT THE HARVARD T. H. CHAN SCHOOL OF PUBLIC HEALTH. *Aviation Public Health Initiative: Assessment of Risks of SARS-CoV-2 Transmission during Air Travel and Non-Pharmaceutical Interventions to Reduce Risk*. 2020. Disponível em: <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2443/2020/10/Phase-One-Report-Highlights-1.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020

FARGEON, Bruno; AIRBUS. *Keep Trust in Air Travel: Preview of Airbus' latest cabin air studies*. Airbus: 2020. 6 slides. Disponível em: <https://www.iata.org/contentassets/a1a361594bb440b1b7ebb632355373d1/airbus-trust-airtravel.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

FREEMAN, Dan. *Cabin Air Quality Research and Analysis*. Boeing: 2020. 5 slides. Disponível em: <https://www.iata.org/contentassets/a1a361594bb440b1b7ebb632355373d1/boeing-air-quality-research-analysis.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury Cezar. Dever fundamental: a construção de um conceito. In: MARCO, Cristhian Magnus De; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (Org.). *Série direitos fundamentais civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha*. Santa Catarina. Unoesc. 2013. t. 1. p. 87-96. Disponível em: https://www.academia.edu/36402794/GON%C3%87ALVES_LCS_FABRIZ_DC._Dever_fundamental_-_a_constru%C3%A7%C3%A3o_de_um_conceito.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais. *Revista de Direito Internacional*. v. 17, n. 3 164, dez. 2016. p. 520-537 Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6965/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Direito internacional dos deveres humanos: reflexões para uma teoria internacional envolvendo autores privados*. 2019. p. 18. Disponibilizado pelos autores.

- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O Custo dos direitos: por que a Liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. 212 p.
- INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION (IATA). *Restoring Aviation During COVID-19: Medical evidence for possible strategies as at 6 August 2020* IATA Medical Advisory Group. 2020. Disponível em: <https://www.iata.org/globalassets/iata/programs/covid/covid-medical-evidence-for-strategies.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.
- JOHN HOPIKINS UNIVERSITY (JHU). John Hopkins University & Medicine Corona Virus Research Center. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 22 nov. 2020.
- LAMB, Tracy; WINTER, Scott R.; RICE, Stephen; RUSKIN, Keith J.; VAUGHN, Austin. Factors that predict passengers willingness to fly during and after the COVID-19 pandemic. *Journal of Air Transport Management*. v. 89. 2020. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969699720304816?dgcid=rss_sd_all&utm_source=researcher_app&utm_medium=referral&utm_campaign=RESR_MRKT_Researcher_inbound. Acesso em: 15 nov. 2020.
- LEITMEYER, Katrin; ADLHOCH. Influenza Transmission on Aircraft: A Systematic Literature Review. *Epidemiology*. v. 27. n. 5. set. 2016. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4969063/pdf/ede-27-743.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 11. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1797 p.
- MURPHY, Nicola; BOLAND, Máirín; BAMBURY, Niamh; FITZGERALD Margaret; COMERFORD, Liz; DENVER, Niamh; O'SULLIVAN, Margaret B.; PETTY-SAPHON, Naomi; KIERNAN, Regina; JENSEN, Mette; O'CONNOR, Lois. A large national outbreak of COVID-19 linked to air travel, Ireland, summer 2020. *Euro Surveill*. 2020. Disponível em: <https://www.eurosurveillance.org/docserver/fulltext/eurosurveillance/25/42/eurosurv-25-42-3.pdf?expires=1612012252&id=id&accname=guest&checksum=11D5E826C318EA6E4B8F1A563E7F4D01>. Acesso em: 18 nov. 2020.
- NABOUSH, Eman; ALNIMER, Raed. Air carrier's liability for the safety of passengers during COVID-19 pandemic. *Journal of Air Transport Management*. v. 89, 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969699720304804>. Acesso em: 10 out. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). *Convenção Internacional da aviação civil*. 1944. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm. Acesso em: 20 out. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). *Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional*. 1929. Disponível em: http://www.apoe.pt/fotos/editor2/convencao_devarsovia.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). *Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional*. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm. Acesso em: 20 out. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). *Convention on international civil aviation signed at Chicago on 7 december 1944*. 2019. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Chicago_EN.pdf. Acesso em: 01 out. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). Air Transport Bureau. *Effects of novel coronavirus (COVID-19) on civil aviation: economic impact analysis*. 2020. 178 slides. Disponível em: https://www.icao.int/sustainability/Documents/COVID-19/ICAO_Coronavirus_Econ_Impact.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). *Member States*. 2019b. Disponível em: <https://www.icao.int/MemberStates/Member%20States.English.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2021.
- PANA, Tiberiu A.; BHATTACHARYA, Sohinee; GAMBLE, David T; PASDAR, Zahra; SZLACHEKTA, Weronika A.; PERDOMO-LAMPIGNANO, Jesus A.; MCLERNON, David J.; MYNT, Phyo K. Number of International Arrivals Predicts Severity of the first Glo-

- bal Wave of the COVID-19 Pandemic. *Medrxiv*. 2020. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/medrxiv/early/2020/05/16/2020.05.13.20100677.full.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos Deveres Humanos na Efetivação de Direitos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜRGER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Unoesc, 2013. p. 281-301.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres Humanos em Situações de Calamidade Sanitária. In: BAHIA, Saulo José Caseli; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Direitos e Deveres em Tempos de Coronavirus: Terceiro Volume*. São Paulo: IASP, 2020. p. 26-50.
- REINO UNIDO. ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL (Civil Division). *Barclay v. British Airways PLC*. 2008. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1ed2c94e0775e7ee38a>. Acesso em: 15 out. 2020.
- SARAIVA, Bruno Rabelo Coutinho. Cabe à Convenção de Montreal regular transporte aéreo internacional. *Revista Consultor Jurídico*, 28 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-28/bruno-rabelo-cabe-convencao-montreal-regular-voe-internacional>. Acesso em: 18 out. 2020.
- SCHULTS, Michael; EVLER, Jan; ASADI, Ehsan; PREIS, Henning; FRICKE, Hartmut; WU, Cheng-Lung. Future aircraft turnaround operations considering post-pandemic requirements. *Journal of Air Transport Management*. v. 89. out. 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969699720304701>. Acesso em: 20 out. 2020.
- SCHWARTZ, Kevin L.; MURTI, Michelle; FINKELSTEIN, Michael; LEIS, Jerome A.; FITZGERALD-HUSEK, Alanna; BOURNS, Laura; MEGHANI, Hamidah; SAUNDERS, Andrea; ALLEN, Vanessa; YAFFE, Barbara. Lack of COVID-19 transmission on an international flight. *Canadian Medical Association Journal (CMAJ)*. V. 192(15). 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7162437/>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, n. 2, p. 77-110, 9 fev. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058/pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2017.
- UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE). QUARTA CÂMARA. *GN v. ZU*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CJ0532&from=EN>. Acesso em: 21 nov. 2020.
- VIGLINO, Mickael R. Transporte aéreo e o direito transnacional: da convergência à uniformidade. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3 p. 160-174, dez. 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4531/pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.
- VOIGT, Christina. Up in the Air: Aviation, the EU Emissions Trading Scheme and the Question of Jurisdiction. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Cambridge, v. 14, 27 out. 2017. p. 486. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/abs/up-in-the-air-aviation-the-eu-emissions-trading-scheme-and-the-question-of-jurisdiction/2B6672C2BC7BC09392B42C7FF22AA9A2>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 17 maio 2020.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Police Powers Doctrine: a reliable State Defense in times of Covid-19?

A Doutrina dos Poderes de Polícia: uma Defesa do Estado confiável nos tempos de Covid-19?

Thomas Lehmann

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

Police Powers Doctrine: a reliable State Defense in times of Covid-19?*

A Doutrina dos Poderes de Polícia: uma Defesa do Estado confiável nos tempos de Covid-19?

Thomas Lehmann**

Abstract

As measures taken against the threats of Coronavirus to the public health affect investments in South America and internationally, states are looking for defenses under international law to counter potential Investor-State claims. This article explores whether the Police Powers Doctrine could justify the policy measures taken to protect the public health during the Covid-19 sanitary crisis and avoid the payment of compensation for alleged indirect expropriations. The analysis will first lay out the general application of Police Powers Doctrine under international investment law. To do so, it will mainly investigate the interpretation of the Doctrine in cases relating to the protection of public health. Finally, it will assess the strength of the Doctrine in defending general policy measures taken during the Covid-19 sanitary crisis. The paper argues that, while most measures should qualify under the Police Powers Doctrine, arbitral tribunals might examine additional conditions to accord their legal qualification of an exercise of police powers with the specific facts of a case.

Keywords: Police Powers Doctrine; Public Health; State Defense; Covid-19; Public Interest.

Resumo

Como as medidas tomadas contra as ameaças do Covid-19 à saúde pública afetam os investimentos na América do Sul como também nas demais regiões, os Estados estão procurando por defesas sob o direito internacional para conter as potenciais reclamações dos investidores contra os Estados anfitriões. Este artigo explora se a doutrina dos Poderes da Polícia poderia justificar as medidas políticas tomadas para proteger a saúde pública durante a crise sanitária da Covid-19 e evitar o pagamento de indenizações por supostas desapropriações indiretas. A análise apresentará primeiramente a aplicação geral da Doutrina dos Poderes da Polícia no direito internacional de investimento. Para tanto, investigará principalmente a interpretação da Doutrina em casos relativos à proteção da saúde pública. Por fim, avaliará a força da Doutrina na defesa de medidas de política geral tomadas durante a crise sanitária da Covid-19. O artigo argumenta que, embora a maioria das medidas deva se enquadrar na Doutrina dos Poderes de Polícia, os tribunais

* Recebido em 05/04/2020
Aprovado em 05/07/2021

** PhD-candidate at Queen Mary University of London, affiliated to the Center for Commercial Law Studies.
Email: t.g.p.lehmann@qmul.ac.uk

arbitrais podem examinar as condições adicionais para conferir sua qualificação legal para o exercício dos poderes de polícia com os fatos específicos de um caso.

Palavras-chave: poder de polícia, saúde pública, defesa do Estado, Covid-19

1 Introduction

Nationalisation, compelling production, stay-at-home policies, workplace closures, public events cancellations, restrictions on gatherings, restriction on internal and international movement¹ - the containment measures adopted by States to counter the spread of the Covid-19 pandemic have had a significant impact on economic activity and foreign investments. According to a recent study by the International Monetary Fund, the containment measures alone led to an estimated loss of about 15-percent in industrial production over a 30-day period following their implementation.²

With important number of public health measures affecting industrial activity and foreign investments³ in South America⁴ and internationally,⁵ the field of International Investment Law could see rising numbers of treaty-based investment claims. This threat has led several non-governmental organisations to call for a memorandum on claims relating to pandemic instigated measures.⁶ The Columbia Center for Sustainable

Investment has published a call for a “Moratorium”⁷ on ISDS disputes emanating from the pandemic. It argued that ISDS awards can “represent sizable percentages of governments’ budgets” and that the “necessary business closures and other emergency responses will create unprecedented changes in the business environment that will likely trigger a massive number of unjustified claims (for) the loss of expected profits.” Similarly, the International Institute for Sustainable Development has called governments to either suspend the application of ISDS claims for all pandemic-related measures or clarify how international law defenses would pertain for this “extraordinary” situation.⁸ Finally, the African Union has produced a declaration on the risks of investor-State arbitration relating to COVID-19 measures.

In this context, States are looking for doctrines that would avoid their liability towards foreign Investors in potential Investment treaties-based claims on the ground of expropriation. This article investigates whether the Police Powers Doctrine may safeguard the State’s right to regulate in protection of the public health during the Covid-19 era. While scholars have generally focused on the human rights implication of the Covid-19 in international investment law,⁹ this paper will analyse whether a defense can protect legitimate measures adopted by States. This paper will thus focus on the Police Powers Doctrine applied to the indirect expropriation standard under international investment law.

Police Powers Doctrine (also ‘Doctrine’), states that a measure considered part of the state’s Police Powers and resulting in substantial loss of asset does not constitute indirect expropriation, and, accordingly, does not

¹ BLAVATNIK SCHOOL OF GOVERNMENT; UNIVERSITY OF OXFORD. Coronavirus Government Response Tracker. Mar. 2021. Available in: <https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/covid-19-government-response-tracker> Accessed on: 31 Mar. 2021.

² INTERNATIONAL MONETARY FUND. “The Economic Effects of COVID-19 Containment Measures” IMF Working Papers No. 20/158. Jul. 2020. Available at: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2020/08/07/The-Economic-Effects-of-COVID-19-Containment-Measures-49571> Accessed on: 31 Mar. 2021.

³ SANDERSON, Cosmo, Peru warned of potential ICSID claims over covid-19 measures. *Latin Lawyer*, Apr 2020. Available at: <https://latinlawyer.com/article/1225491/peru-warned-of-potential-icsid-claims-over-covid-19-measures> Accessed on: 31 Mar. 2021.

⁴ GONZALES, Elizabeth et al. The Coronavirus in Latin America. *America Society Council of the Americas*, Feb. 2021. Available at: <https://www.as-coa.org/articles/coronavirus-latin-america> Accessed on: 31 Mar. 2021.

⁵ UNCTAD INVESTMENT POLICY HUB. Investment Policy Monitor: Special Issue - Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic. May 2020. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d3_en.pdf Accessed on: 31 Mar. 2021.

⁶ UNCTAD INVESTMENT POLICY HUB. Investment Policy

Monitor: Special Issue - Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic. May 2020. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d3_en.pdf Accessed on: 31 Mar. 2021.

⁷ COLUMBIA CENTRE ON SUSTAINABLE INVESTMENT. Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response. May 2020. Available at: <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/> Accessed on: 31 Mar. 2021.

⁸ BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie; BREWIN, Sarah; MAINA, Nyaguthii. Commentary: Protecting Against Investor-State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments. IISD, April 2020. Available at: <https://www.iisd.org/system/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf> Accessed on: 31 Mar. 2021.

⁹ DIAMOND, Nicholas; DUGGAL, Kabir. 2020 in Review: The Pandemic, Investment Treaty Arbitration, and Human Rights. *Kluwer Arbitration Blog*. Jan. 2021. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/23/2020-in-review-the-pandemic-investment-treaty-arbitration-and-human-rights/> Accessed on: 31 Mar. 2021.

give rise to an obligation to compensate.¹⁰ It allows the State to regulate, and to avoid its liability if its measures meet specific conditions. The word “police” originally derived from the Greek πολιτεία (politeia),¹¹ “which properly signified the policy of the civil government”,¹² refers to a liberal concept devised in Europe and later in the United States by philosophers of a natural law philosophy.¹³ The concept grants the States a right to regulate within a specific scope and in accordance with significant requirements, such as public interest, good faith, non-discrimination, reasonableness or proportionality, and two remainder subject to less contentious interpretation in the assessment of an indirect expropriation: legitimate expectations and due process.

The interpretation of the Doctrine constitutes nevertheless an obscure point of law. The integration, scope, requirements and threshold are constantly disputed in the case-law and scholarly opinions. This paper aims at understanding these very points of disputes among arbitral tribunals and demonstrates that the Police Powers Doctrine is applicable to potential disputes arising from the adoption of Covid-19 measures by States. It is further argued that the recognition of the Doctrine’s applicability to measures during the pandemic has the potential to raise the legitimacy of the international investment law altogether.

2 The concept and integration of the Police Powers Doctrine in International Investment Law

In the field of international investment arbitration, where lawyers permanently try to order chaos into

harmony,¹⁴ Police Powers Doctrine appears as a fluid and elusive concept engendering disagreement, appearing in the assessment of emergency measures taken against an economic crisis,¹⁵ as well as the regulation of public utilities.¹⁶

In general, the Doctrine is understood in the case-law as a form of legitimate expression of the State’s customary right to regulate.¹⁷ The right to regulate derives from the concept of State’s sovereignty. This right has been clearly recognised in 2009 by the International Court of Justice.¹⁸ In the case *Costa Rica v Nicaragua*, the Court gave legal substance to the concept of regulation and the State’s intention in the assessment of a regulatory measure. Additionally, the judges provided the protection of the environment with the status of one of the public purpose objectives that a State may legitimately pursue, even though the protection of the environment stood beyond the expectations of both Parties at the time they ratified a Treaty.¹⁹

¹⁴ GAILLARD, Emmanuel. 2018 Lalive Lecture “The Myth of Harmony in International Arbitration”. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Oxford, v. 34, n.3, p. 553-568, Apr. 2018.

¹⁵ *CMS Gas Transmission Co v Argentina* (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/01/8, 12 May 2005); *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc v Argentina* (Decision on Liability) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/02/1, 3 October 2006); *Sempra Energy International v Argentina* (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/02/16, 28 September 2007); *Enron Corp and Ponderosa Assets, LP v Argentina* (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/01/3, 22 May 2007); *BG Group plc v Argentina* (Final Award) (UNCITRAL Arbitral Tribunal, 24 December 2007); *Continental Casualty Co v Argentina* (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/03/9, 5 September 2008); *National Grid plc v Argentina* (Award) (UNCITRAL Arbitral Tribunal, 3 November 2008); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, Inter-Aguas Servicios Integrales del Aguas SA v Argentina* (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/03/17, 30 July 2010); *Daimler Financial Services AG v Argentina* (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/05/1, 22 October 2012); *Poitona and ISTROK4PITAL SE v Hellenic Republic* (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/I13/8, 9 April 2015); *Cyprus Popular Bank Public Co Ltd v Hellenic Republic* (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/14/16).

¹⁶ *Bivater Gauff (Tanzania) Ltd v Tanzania* (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/05/22, 24 July 2004); *Aguas del Tunari SA v Bolivia* (Decision on Respondents Objections to Jurisdiction) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/02/3, 21 October 2005).

¹⁷ PELLETT, Alain. Police Powers of the State’s Right to Regulate. In: KINNEAR, Meg; FISCHER, Geraldine (eds). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, Dec. 2015. p. 447-462.

¹⁸ Dispute regarding Navigational and Related Rights (*Costa Rica v Nicaragua*), International Court of Justice, Judgement Report of 13 July 2009, p. 40, para. 85 « le Nicaragua jouit en tant que souverain d’un pouvoir entier de réglementation ».

¹⁹ Dispute regarding Navigational and Related Rights (*Costa Rica v Nicaragua*), International Court of Justice, Judgement Report of 13

¹⁰ TITI, Catherine. The Evolution of Substantive Investment Protections in Recent Trade and Investment Treaties, 2018. Available at: https://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/ictsd_-_the_evolution_of_substantive_investment_protections_in_recent_trade_and_investment_treaties_-_titi.pdf Accessed on 31 March 2021.

¹¹ TITI, Catherine. Police Powers Doctrine and International Investment Law. In: FONTANELLI Filippo; GATTINI Andrea; TANZI Attila (eds). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Leiden: Brill, 2018. p.323-343.

¹² SMITH Adam. Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms, delivered in the University of Glasgow by Adam Smith: Reported by a Student in 1763 and edited with an Introduction and notes by Edwin Cannan. Oxford: Clarendon Press, 1869.

¹³ LEGARRE, Santiago. The Historical Background of the Police Power. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Philadelphia, v.9, p.745-796, Feb. 2007.

Most recently, the Doctrine has been recognized in the *Philip Morris v Uruguay* award as part of international customary law.²⁰ In *Philip Morris v Uruguay*, the tribunal found that certain anti-smoking measures taken by Uruguay “with a view to protect public health in fulfillment of its national and international obligations” were an “effective means to protect public health.” The tribunal concluded that the measures were a “valid exercise by Uruguay of its police powers for the protection of public health” and, as such, did not constitute a breach of Uruguay’s international obligations.

The Doctrine is however subject to different interpretations as to its scope, integration, customary status, and requirements.²¹ Tribunals have held divergent or contradictory rules and interpreted differently the scope of the customary law.

2.1 Scope, sources and customary nature of the Police Powers Doctrine

In 1941, John Herz stated that where measures indirectly interfere with individual property rights “it may often be very difficult to decide whether or not... the limits of usual interference have been reached or transgressed”.²² Historically two views of scope oppose themselves. Under the broader view of Police Powers Doctrine, it can include morality, public health and the environment.²³ Under the much stricter view the Doctrine limits itself to tax, crime and the maintenance of public order.²⁴

Even though the *Saluka* tribunal was once right in stating that: “International law has yet to identify comprehensively and definitively precisely what regulations are considered ‘permissible’ and ‘commonly accepted’ as falling within the police or regulatory power of States”,²⁵ it is today clearly recognised that the protection of public health is part of the ambit of the Police Powers Doctrine, notably in view of the sources that explicitly refer to the protection of human health, contrarily to the protection of the environment.

Tribunals referring to the Police Powers Doctrine, commonly consider the following four sources: the 1961 Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens’ devised by Harvard Law School (‘1961 Harvard Draft’); the third Restatement of the Foreign Relations Law of the United States of 1987 (‘Restatement’); the OECD Report regarding the ‘Indirect Expropriation’ and the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law of 2004 (‘OECD Report’); and case-law.²⁶ In 2016, the Tribunal in *Philip Morris v. Uruguay* observed that, since 2000, “a range of investment decisions have contributed to develop the scope, content and conditions of the State’s police powers doctrine, anchoring it in international law”.²⁷

Whether the Police Powers Doctrine is part or not of international customary law is a crucial question. It is commonly accepted that no rule of precedence is recognized in international investment arbitration. However, international treaties are bound by an interpretation that is given by international customary law, as codified by the VCLT, article 31 (1)(c). International customary law is in this sense could be perceived as relevant when a case of expropriation and deprivation of the investment is searched under the articles of the IIA and its section “expropriation”. Thus, it is crucial to understand what sources tribunals commonly refer to when stating that the Doctrine has evolved into a customary rule.²⁸

July 2009. para. 89.

²⁰ Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, para.307.

²¹ WAELDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental Regulation, Investment Protection and “Regulatory Taking” in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v.50, n.4, p.811-848, Oct. 2008.

²² HERZ, John. Expropriation of Foreign Property. *The American Journal of International Law*, Cambridge, v. 35, p.243-262, Apr. 1941.

²³ GUDOFISKY, Jason. Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Concerning Expropriations: An Environmental Case Study. *Northwestern Journal of International Law and Business*, Chicago, v.21, n.1, p.243-316, Jan. 2000; See also: CHRISTIE, George. What constitutes a Taking of Property Under International Law? *British Yearbook of International Law*, Oxford, v.38, p.307-338, 331-32, 1962.

²⁴ BAUGHEN, Simon. Expropriation and Environmental Regulation: The lessons of NAFTA Chapter Eleven, *Journal of Environmental Law*, Oxford, v.18, n.2, p.207-228, Jan. 2006.

²⁵ *Saluka Investments BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006. para. 262.

²⁶ ZAMIR, Noam. The Police Powers doctrine in international investment law. *Manchester Journal of International Economic Law*, Manchester, v.14, n.3, p.318-337, Dec. 2017.

²⁷ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016. para. 295.

²⁸ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016. para. 295.

The customary nature law needs the demonstration of an *opinio juris* that stems both from civil and common law.²⁹ The Doctrine of Police Powers seems to have existed in both models of reasoning. In common law, the Doctrine meant that the States were entitled to restrict private rights to ensure the development of health, morals, safety and environmental standards.³⁰ In civil law systems, the concepts of *sic utere tuo ut alterum non leadas* and *Salus Publica suprema lex esto* (public safety is the supreme law)³¹ could found a consensus around the Doctrine. However, comparative studies³² relating to compensation of takings under public policies demonstrates that whether a private property was protected constitutionally (as in France for instance)³³ or not, the amount of compensation is highly variable from countries to countries.³⁴

Investor-States tribunals are divided in their approach of the Doctrine as customary international law. Already the Iran-US Claims Tribunal considered in the

Sedco case 1985 that it is “an accepted principle of international law that a State is not liable for an economic injury which is a consequence of bona fide ‘regulation’ within the accepted police power of states”.³⁵ Later on, S.D. Myers tribunal in its award claimed that the distinction between expropriation and regulation reduces the risk of complaints by Investors and allows the State to manage public affairs³⁶ – even though regulation “could be subject of a legitimate expropriation claim”.³⁷ The Tecmed award elaborated further, considering that regulation affecting economic damage could be exempt from compensation.³⁸

However, the Santa Elena case 2000 excluded the purpose of a measure and used the sole effect Doctrine to state that “no matter how laudable and beneficial to society as a whole(...) where the property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains.”³⁹ Following the same reasoning, Pope & Talbot case rejected Canada’s claim that non-discriminatory regulations were beyond the NAFTA section’s on expropriation.⁴⁰

In the Iran-US Claims Tribunal considered in the Sedco case 1985 that it is “an accepted principle of international law that a State is not liable for an economic injury which is a consequence of bona fide ‘regulation’ within the accepted police power of states”.⁴¹ In the *Sa-*

²⁹ ZAMIR, Noam. The Police Powers doctrine in international investment law. *Manchester Journal of International Economic Law*, Manchester, v.14, n.3, p.318-337, Dec. 2017. 37. HERZ, John. Expropriation of Foreign Property. *The American Journal of International Law*, Cambridge, v. 35, p.243-262, Apr. 1941. 251 “There were always certain cases in which state interference with private property was not considered expropriation entailing an obligation to pay compensation but a necessary act to safeguard public welfare: e.g., measures taken for reasons of police, that is, for the protection of public health or security against internal or external danger.”

³⁰ GALVA, Jorge; ATCHISON Christopher; LEVEY Samuel. Public Health Strategy and the Police Powers of the State. *Public Health Report*, Washington D.C., v. 120, n.1, p. 20-27, 2005.

³¹ REYNOLDS Glenn; KOPEL David. The Evolving Police Power: Some Observations for a New Century. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, San Francisco, v.27, n.3, p. 511-538, Jan. 2000.

³² ALTERMAN, Rachelle; BALLA Evangelina. Takings International: A Comparative Perspective on Land Use Regulations and Compensation Rights. Chicago: American Bar Association Section of State and Local Government Law, 2010.

³³ ALTERMAN, Rachelle; BALLA Evangelina. Takings International: A Comparative Perspective on Land Use Regulations and Compensation Rights. Chicago: American Bar Association Section of State and Local Government Law, 2010. p.30: “However, the Conseil has ruled that most types of land use regulations are outside the scope of the constitutional protection of property.” See also the Preamble of the Constitution of the French Republic from 1958 cites the ‘Declaration de Droits de l’Homme et du Citoyen’ from 1789 that states in its Article 2: “The aim of all political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are liberty, property, security, and resistance to oppression.”

³⁴ ALTERMAN, Rachelle; BALLA Evangelina. Takings International: A Comparative Perspective on Land Use Regulations and Compensation Rights. Chicago: American Bar Association Section of State and Local Government Law, 2010.

³⁵ *Sedco Inc v. National Iranian Oil Co* (1985) 9 Iran-US CTR 248, 275.

³⁶ *S.D. Myers, Inc. v Government of Canada*, First Partial Award (“Merits Award”), 13 November 2000, para. 282: “the distinction between expropriation and regulation screens out most potential cases of complaints concerning economic intervention by a state and reduces the risk that governments will be subject to claims as they go about their business of managing public affairs.”. See also *S.D. Myers*, para 263: “That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders.”

³⁷ *S.D. Myers, Inc. v Government of Canada*, First Partial Award (“Merits Award”), 13 November 2000. para. 282.

³⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v The United Mexican States*, (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, case No. ARB (AF)/00/02, 29 May 2003). para 119: “The principle that the State’s exercise of its sovereign powers within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable.”

³⁹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v The Republic of Costa Rica*, ICSID ARB/96/1, Final Award of 17 February 2000, para 76; *Azurix v Argentina*, Award, 14 July 2006, paras 71-72.

⁴⁰ *Pope & Talbot v Government of Canada*, UNCITRAL Interim Award, June 26, 2000, para 282.

⁴¹ *Sedco Inc* (n 34), 275.

luka v Czech Republic, the tribunal considered the Police Powers Doctrine to be part of customary international law.⁴² The tribunal located the authority of the norm in three international instruments meant to represent the State's practice and scholarly opinion necessary to establish the customary nature of a rule.⁴³ Similarly, the *Philip Morris* tribunal adopted the same sources to establish the customary nature of Police Powers Doctrine.⁴⁴

The most recent take on the scope of Police Powers Doctrine acknowledged in the Magyar arbitral award, that a line of case law had been developed, consisting of "regulatory measures aimed at abating threats that the investor's activities may pose to public health, environment or public order."⁴⁵ We could thus argue that the customary nature of the Doctrine is established.

2.2 Integration of the Police Powers in the interpretation of international investment agreements

Most international investment agreements are from an older generation,⁴⁶ and do not include a direct reference to the Police Powers Doctrine. Thus, they do not provide an exemption for general policies aimed at protecting public health from findings of indirect expropriation on the ground of public interest. Before addressing the general requirements for the application of the Doctrine, it is therefore crucial to understand the process of integration of the doctrine by arbitrators

confronted with an Agreement that does not expressly refer to Police Powers Doctrine.

When assessing the existence of an expropriation and application of the Doctrine, arbitral tribunals are required to apply Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), which sets out the main interpretation principles of treaties.⁴⁷ Article 31(3)(c) has been widely used by arbitral tribunals⁴⁸ to include Police Powers Doctrine as a customary international law in their interpretation of clauses. However, other methods of reasoning provided by the VCLT could also be used to integrate extraneous rules.⁴⁹ Customary international law could be implemented through the "ordinary meaning" under Article 31(1) or as "special" meaning under Article 31(4).⁵⁰

The arbitral tribunals in *Saluka* and *Philip Morris* have referred implicitly and explicitly to the Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties to assess the relevance of the Police Powers Doctrine.⁵¹ Thus, this article is a gateway for arbitral tribunals to bring extraneous rules into the dispute.⁵²

The tribunal should follow the construction of Article 31(3)(c) and find out whether the following requirements are met:⁵³ (a) whether there is 'a rule of

⁴² *Saluka Investments BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006. para. 256.

⁴³ TITI, Catherine. Police Powers Doctrine and International Investment Law. In: FONTANELLI Filippo; GATTINI Andrea; TANZI Attila (eds.). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Leiden: Brill, 2018. p.323-343.

⁴⁴ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016.

⁴⁵ *Magyar Farming v Hungary*, Award, 13 November 2019, para. 302; The tribunal refers to the following cases *Chemtura Corporation v Government of Canada*, UNCITRAL, Award of 2 August 2010; *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and the Merits, 3 August 2005, RL-109; *AWG Group Ltd. v The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Liability, 30 July 2010; *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016.

⁴⁶ TITI, Catharine. *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*. *European Journal of International Law*, Oxford, v.26, n.3, p.639-661, Aug. 2015.

⁴⁷ ASCENSIO, Herve. Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law. *ICSID Review*, Oxford, v. 31, n.2, p.366-387, Jun. 2016.

⁴⁸ The text of the Article 31(3)(c) of the Vienna Convention stipulates that: "There shall be taken into account, together with the context: (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties".

⁴⁹ CHENG, Bin. *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

⁵⁰ PAPANINSKIS, Martin. *Investment Treaty Interpretation and Customary Investment Law: Preliminary Remarks*. In: BROWN, Chester; MILES, Kate (eds.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 65-78.

⁵¹ *Saluka Investments BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006. para. 254; *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016. para. 290; *Veteran Petroleum Ltd v The Russian Federation*, UNCITRAL PCA Case No.  2005-05/AA228, Interim Award, 30 November 2009, para 309; *El Paso Energy International Company v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award of 31 October 2011, para 601-602.

⁵² ASCENSIO, Herve. Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law. *ICSID Review*, Oxford, v. 31, n.2, p.366-387, Jun. 2016.

⁵³ PAPANINSKIS, Martin. *Investment Treaty Interpretation and Customary Investment Law: Preliminary Remarks*. In: BROWN, Chester and MILES, Kate (eds.). *Evolution in Investment Treaty*

international law⁵⁴; (b) whether this rule is “applicable in the relations between the parties”⁵⁵; (c) if the rule is relevant⁵⁶; (d) and if it is admissible in the process of interpretation.⁵⁷ Some argue in addition that, to be admissible, the rule needs to be weighed in with the dispute at stake.⁵⁸ These requirements are not explicitly described by arbitral tribunals in their awards, they offer nevertheless the stability tribunals should aim at when assessing an expropriation and using Article 31(3)(c).

Debate on the use of the Vienna Convention is endemic to international law. As we have broadly described, some argue that Article 31(1) on the ordinary meaning can be expanded in order to take into account the purpose of police powers doctrine, others defend a textual approach to the Convention and warn before the systemic integration of norms through Article 31(3)(c).

This paper positions itself in an equilibrium, arguing that police powers doctrine should not be integrated through an extensive interpretation of the treaty’s words (Article 31(1)), but only integrated through the reasoning when the treaty expressly refers to it, or when the measure at stake makes the use of the Doctrine relevant and necessary under Article 31(3)(c).

3 The disputed conditions and threshold for the application of the Doctrine

After briefly assessing the integration through which arbitral tribunals can employ the Doctrine in their reasoning, we now turn to the general content and requirements of the Doctrine and the criteria that need to be fulfilled for a measure to qualify as an exercise of Police Powers.

3.1 The requirements for a measure to qualify under the Doctrine

A State measure would generally qualify as an exercise of police powers, under the most demanding requirements, only where it fulfils the requirements of public purpose, non-discrimination, and reasonableness or proportionality, with three remainders - legitimate expectations, good faith and due process being more self-explanatory and less contentious in regard of an indirect expropriation.⁵⁹

First and foremost, the measure must be enacted to pursue a public purpose, the purpose of protecting public’s welfare.⁶⁰ Defining this criterion for Police Powers Doctrine purposes is not clear-cut. The reason is that each State developed its own understanding of what a public purpose is, a definition that is often deeply rooted in domestic legal tradition.⁶¹

Earlier decisions sought to detail the exact content of the public purpose concept and of the good faith requirement.⁶² An example of this approach can be found in *Feldman v Mexico*. The tribunal held that: “governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or

Law and Arbitration. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 65-78.

⁵⁴ SIMMA, Bruno. Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, place, v. 60, n. 3, p.573-596, Jul. 2011.

⁵⁵ RANJAN, Prabash. Police Powers, indirect expropriation in international investment law, and article 31(3)(c) of the VCLT: A critique of *Philip Morris v Uruguay*. *Asian Journal of International Law*, place, v. 9, n. 1, p.98-124, Sep. 2019.

⁵⁶ PAPANINSKIS, Martin. Investment Treaty Interpretation and Customary Investment Law: Preliminary Remarks. In: BROWN, Chester and MILES, Kate (eds.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 65-78.

⁵⁷ PAPANINSKIS, Martin. Investment Treaty Interpretation and Customary Investment Law: Preliminary Remarks. In: BROWN, Chester and MILES, Kate (eds.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 65-78.

⁵⁸ PAPANINSKIS, Martin. Investment Treaty Interpretation and Customary Investment Law: Preliminary Remarks. In: BROWN, Chester and MILES, Kate (eds.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 65-78.

⁵⁹ *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and the Merits, 3 August 2005, RL-109. para. 7; *Chemtura Corporation v Government of Canada*, UNCITRAL, Award of 2 August 2010. para. 266; *Saluka Investments BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006. para. 255.

⁶⁰ *Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002, [103]-[105].

⁶¹ MARTINEZ-FRAGA, Pedro; REETZ, Ryan. *Public Purpose in International Law, Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era*. New York: Cambridge University Press, 2015.

⁶² MITCHELL, Kate. *Accommodating the Public Interest in International Investment Treaties: Police Powers, Expropriation and Treaty Interpretation*. 2014. 121 f. Thesis (Masters) – MPhil, University of Oxford, Oxford, 2014.

withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like.”

For some scholars, the notion of public purpose should be defined with regards to the society’s current standard of reasonably acceptable behavior.⁶³ This however echoes the reference to international practices - such as international treaties and customs - to define the scope of the doctrine, while depriving it both from its legal coloration and its international nature. *Prima facie*, measures taken to counter the spread of a pandemic and protect public health, would easily constitute a consensus as to its qualification of a public purpose.

Second, to qualify as an exercise of police powers, the measure must be non-discriminatory.⁶⁴ It must have the same effects on each affected investor, hence not targeting any particular investor.⁶⁵ Some issues can however arise in relation to the definition of “targeting” of an investor. For example, in *Chemtura*, the measure was targeting one single pesticide, which did not prevent the tribunal to grant Canada the police powers protection.

Third, a disputed requirement pertains to whether the exercise of the PPD’s can be affected by the concept of legitimate expectations. One strong evidence for the existence of legitimate expectation as a component of the PPD, is demonstrated by the *Methanex* award. The Tribunal stated that a measure may benefit from the defence of police powers “unless specific commitments had been given by the regulating government”.⁶⁶ Since, it has been put forth that in the case that a host state guarantees the maintenance of a stable regulatory environment, and an investor subsequently invests, that the investor will then acquire a more robust claim for indirect expropriation⁶⁷. However, this feature may also

be understood to the benefit of States. If an investor supplies capital in a sector where existing regulations are high and is expected to persist, then for the investor the chances of a successful claim for indirect expropriation may be reduced.⁶⁸ Nevertheless, the absence of unanimity over the relevance of legitimate expectation to the PPD or indirect expropriation analysis detracts from the ability to draw any absolute conclusions.⁶⁹ It remains equivocal whether this component specifically pertains to the functioning of the PPD, or rather a fragment of the general indirect expropriation claim.⁷⁰

Fourth, the measure must be reasonable and/or proportional. The inherent vagueness of these two notions have led to significant differences in the assessment of tribunals.⁷¹ An unreasonable measure has been described as a regulation which is arbitrary, discriminatory, disproportionate, or entices other unfair conducts.⁷² It has also been argued that a measure which substantially deprives an investor of its investment will necessarily be unreasonable, unless it relates to an inherently hazardous or immoral industry.⁷³ Proportionality is assessed by weighing the damage incurred to the investor by the measure against the aims pursued by that measure.⁷⁴ Thus, the importance of the protected public interest is key to determine whether the measure is proportional, with a public purpose of greater importance allowing for a more substantial infringement of investors’ rights.

ford: Oxford University Press, 2014, Chapter 12, 340-342; HIGGINS, Rosalyn. *The Taking of Property and the State: Recent Developments*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1982.

⁶⁸ VIÑUALES, Jorge E. *Sovereignty in Foreign Investment Law*. In: DOUGLAS, Zachary, PAUWELYN, Joost, and VIÑUALES, Jorge E. (eds). *Foundations of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, Chapter 12, 340-342; *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and the Merits, 3 August 2005, RL-109. para. 8-10.

⁶⁹ VIÑUALES, Jorge E. *Sovereignty in Foreign Investment Law*. In: DOUGLAS, Zachary, PAUWELYN, Joost, and VIÑUALES, Jorge E. (eds). *Foundations of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, Chapter 12, 340-342.

⁷⁰ HIGGINS, Rosalyn. *The Taking of Property and the State: Recent Developments*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1982.

⁷¹ *Generation Ukraine Inc. v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 December 2003, [20]-[29]

⁷² *El Paso Energy International Company v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award of 31 October 2011, [241].

⁷³ MITCHELL, Kate. *Accommodating the Public Interest In International Investment Treaties: Police Powers, Expropriation And Treaty Interpretation*. 2014. 121 f. Thesis (Masters) – MPhil, University of Oxford, Oxford, 2014.

⁷⁴ *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International Inc v The Argentine Republic (Decision on Liability)* ICSID ARB/02/1 3 October 2006 at [195].

⁶³ WAELDE, Thomas; KOLO, Abba. *Environmental Regulation, Investment Protection and “Regulatory Taking” in International Law*. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v.50, n.4, p.811-848, Oct. 2008. p.827.

⁶⁴ *Saluka Investments BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006.

⁶⁵ MITCHELL, Andrew D., HEATON, David, and HENCKELS, Caroline. *Non-Discrimination and the Role of Regulatory Purpose in International Trade and Investment Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.

⁶⁶ *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and the Merits, 3 August 2005, RL-109. para. 7.

⁶⁷ VIÑUALES, Jorge E. *Sovereignty in Foreign Investment Law*. In: DOUGLAS, Zachary, PAUWELYN, Joost, and VIÑUALES, Jorge E. (eds). *Foundations of International Investment Law*. Ox-

Tribunals will also take into account whether less interfering measures could have been used as an alternative.⁷⁵ Following this requirement, the application of the doctrines becomes a fact-specific investigation, requiring tribunals to assess the nature and importance of the problem addressed by the measure, the context in which it has been enacted. This point is further addressed below.

We described the general requirements put forth for the application of police powers doctrine. We now turn to the more specific assessment of the disputed threshold of application of the Doctrine.

3.2 Divergent opinions on the threshold of application

The versatility of decisions considering the threshold of the Doctrine show the level of inconsistency and lack of autonomy of the Doctrine.⁷⁶ Indeed, while private law specialists expose a shift to a form of transnational private law governance through the usage of international customary law,⁷⁷ the use of Police Powers outside of explicit treaty provisions gives rise to substantial questions when defining and applying the Doctrine.⁷⁸

Mainly, four different interpretations were applied in the assessment of the Police Powers Doctrine.⁷⁹

First, the Methanex case emphasizes the role of public purpose in the enactment of the State's measure. The test adopted by the tribunal to determine whether

the measure amounts to expropriation - a lawful, non-compensable regulation - was primarily based on the purpose, the absence of discriminatory treatment and due process.⁸⁰ The limit to this exception are the potential specific commitments given by the State to the Investor that it would refrain from adopting the measure at stake. This rule is the lowest standard of review applied by an arbitral tribunal, since no mention is made of the measure needing to be "reasonable" or "proportional". The Methanex understanding of Police Powers Doctrine leads to rule out the consideration for "economic damage" to the Investor and the "quantum of economic harm caused to foreign investment".⁸¹

Second, in the Saluka case, the tribunal referred to the legitimate "exercise of regulatory actions aimed at maintaining public order" and pointed out that this right justified the deprivation of the investor's assets. The tribunal was faced with the interpretation of the expropriation clause found in Article 5 of the BIT between the Netherlands and the Czech Republic, titled "deprivation". Referring to the interpretation clause under Article 31(3)(c) of the VCLT, the tribunal held that the term "deprivation" given in Article 5 made the import of the customary international law relevant.⁸² In applying the Police Powers Doctrine, the tribunal stated that States are not liable to pay compensation to a foreign investor if their measures are bona fide regulations aimed at general welfare taken without discrimination.⁸³ The Tribunal links the "normal exercise of the state's regulatory power with the exclusion of the expropriation claim, which has the effect of "eviscerating foreign investment".⁸⁴

This interpretation might be seen as the most absolute conception of the Police Powers Doctrine. No mention is made to proportionality, reasonableness,

⁷⁵ HENCKELS, Caroline. Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 15, n.1, p. 223-255, Mar. 2012.

⁷⁶ ALVAREZ, José E. The search for Objectivity: The Use of Experts in Philip Morris v Uruguay. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, v. 9, n. 3, p. 411-422, Apr. 2018. See also *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Concurring and Dissenting Opinion Co-Arbitrator, para.4-5.

⁷⁷ HARRIS, Troy L. Customary International Arbitration Law. *American Review of International Arbitration*, New York, v. 24, n. 2, p. 245-270, Aug. 2013.

⁷⁸ PELLET, Alain. Police Powers of the State's Right to Regulate. In: KINNEAR, Meg; FISCHER, Geraldine (eds). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, Dec. 2015. p. 447-462. p.449.

⁷⁹ RANJAN, Prabash. Police Powers, indirect expropriation in international investment law, and article 31(3)(c) of the VCLT: A critique of Philip Morris v Uruguay. *Asian Journal of International Law*, Cambridge, v. 9, n. 1, p.98-124, Sep. 2019.

⁸⁰ PELLET, Alain. Police Powers of the State's Right to Regulate. In: KINNEAR, Meg; FISCHER, Geraldine (eds). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, Dec. 2015. p. 447-462. p.449.

⁸¹ RANJAN, Prabash. Police Powers, indirect expropriation in international investment law, and article 31(3)(c) of the VCLT: A critique of Philip Morris v Uruguay. *Asian Journal of International Law*, Cambridge, v. 9, n. 1, p.98-124, Sep. 2019.

⁸² *Saluka Investments BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006. para. 254.

⁸³ *Saluka Investments BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006. para. 276.

⁸⁴ *Saluka Investments BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006. para. 276.

specific commitments, or the quantum of damages.⁸⁵ If “evisceration” is a synonym for “substantial deprivation” or expropriation amounting to direct expropriation, then the only boundaries set to Police Powers Doctrine are the discriminatory character and the bona fide purposes, i.e., the demonstration of a rational public purpose.⁸⁶ This rule has been deemed eliciting negative ramifications to the predictability of the international investment system for investors. This may be the reason why later tribunals while referring to the Methanex award, rendered the application of the Doctrine more flexible and subject to a more fact-based approach by arbitrators.

Third, in the *Chemtura v. Canada*,⁸⁷ the Tribunal used a singular approach to apply the Police Powers Doctrine to a ban imposed by the Canadian Pesticide Management Regulation Agency on a pesticide allegedly causing damages to human health and the environment. The US company manufacturing the pesticide challenged the new regulation under Article 1110 of the NAFTA and its expropriation clause. Following, the arbitral tribunal defined Police Powers as follows:

“Irrespective of the existence of a contractual deprivation, the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent’s Police Powers (...) in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State’s Police Powers and, as a result, does not constitute an expropriation. (emphasis added)”⁸⁸

The Chemtura interpretation retrieves the conditions of absence of discrimination and of “deprivation”, which is closely related to the concept of economic damage, from past jurisprudence. It can be argued however that the tribunal introduces a test of reasonableness and scientific knowledge. By stating that the re-

gulations were “motivated” by the human health and environmental risks posed by ‘lindane’, the arbitrators seem to conclude that the measure was “a contribution to the public objective”. Nevertheless, the “proportionality” of the measure is absent from the reasoning of the arbitrators and explicitly rejects the possibility that “contractual deprivation” could set a limit to the use of the Doctrine, let alone the State’s right to regulate. The tribunal thus elaborates a balanced assessment, relying on the scientific evidence, good faith, and reasonableness. The absence of a proportionality test may be justified by the facts of the case, and the specific scientific evidence examined by the tribunal.

Fourth, the *Tecmed v. Mexico* award⁸⁹ introduced the idea of “reasonable relationship of proportionality”. First stating that there existed an indisputable “principle” under international law, “that the State’s exercise of its sovereign power within the framework of its Police Powers may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever.”⁹⁰ The Tribunal then disputed the assumption that only domestic tribunals or domestic laws may determine whether the exercise of such power is legitimate.⁹¹ On the contrary, the tribunal adopted a proportionality analysis, to state that even if the measures taken by the Respondent State are in accordance with its domestic laws, this does not mean that they conform to the Agreement or international law. Arguing this, the tribunal refers to the jurisprudence of the International Court of Justice⁹² and Judge James Crawford.⁹³ According to the latter: “An Act of State must be characterized as internationally wrongful if it constitutes a breach of an international obligation, even if the act does not contravene the State’s internal law – even if under that law, the State was bound to act that way.”⁹⁴

⁸⁵ KURTZ, Jürgen. Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration: On Consistency, Coherence and Identification of Applicable Law. In: DOUGLAS, Zachary, PAUWELYN, Joost and VIÑUALES, Jorge E. (eds). *Foundations of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁸⁶ RANJAN, Prabash. Police Powers, indirect expropriation in international investment law, and article 31(3)(c) of the VCLT: A critique of Philip Morris v Uruguay. *Asian Journal of International Law*, place, v. 9, n. 1, p.98-124, Sep. 2019.

⁸⁷ *Chemtura Corporation v Government of Canada*, UNCITRAL, Award of 2 August 2010.

⁸⁸ *Chemtura Corporation v Government of Canada*, UNCITRAL, Award of 2 August 2010. para. 266.

⁸⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v The United Mexican States*, (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, case No. ARB (AF)/00/02, 29 May 2003)

⁹⁰ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v The United Mexican States*, (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, case No. ARB (AF)/00/02, 29 May 2003). para 119.

⁹¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v The United Mexican States*, (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, case No. ARB (AF)/00/02, 29 May 2003). para 120.

⁹² *Electronic Sical S.p.A. (ELSI)* (United States of America v Italy) [1989], (Judgement) ICJ Rep 73; Marvin (n 59), p.26, 78.

⁹³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v The United Mexican States*, (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, case No. ARB (AF)/00/02, 29 May 2003). para. 221.

⁹⁴ CRAWFORD, James. *The International Law Commission’s Articles*

Most importantly, the tribunal adds that, even if a measure is beneficial to the public at large, if its economic impact on the financial position of the investor is sufficient to amount to full deprivation (neutralize the full value of the investment), the measure might still be considered expropriatory.⁹⁵

Thus, according to this interpretation, to find out “whether actions or measures are *proportional* to the public interest presumably protected thereby *and to the protection legally granted to investments*, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality”.⁹⁶ The tribunal introduces the concept of proportionality into the assessment of indirect expropriation. To that extent, it refers to the jurisprudence of the European Court of Justice on the ‘European concept’⁹⁷ of proportionality.⁹⁸

Moreover, it accepts that the regulatory measure will not be considered as expropriatory if a “reasonable relationship of proportionality” and “could be established between the charge or weight imposed by the measure on foreign investment and the aim that the impugned measure seeks to achieve.”⁹⁹ The reasonableness,¹⁰⁰ according to which a tribunal should assess the contribution of a policy to the objective, combined (‘in relationship’) with the notion of proportionality, enhances

the level of scrutiny and discretion accorded to the tribunal. This introduction of a ‘reasonable relationship of proportionality’ established in 2003, could have disappeared to the benefit of the Methanex, Saluka or Chemtura rules. It nonetheless was a key part of the reasoning in Philip Morris in 2016.¹⁰¹

In the Philip Morris v. Uruguay award, this “reasonable relationship of proportionality” was retrieved. First, the tribunal applied a first test that assessed if the measure did have the effect to deprive the Investor of its Investment. Second, the arbitrators applied the Police Powers Doctrine as a customary law with a test that resembles the Tecmed’s “reasonable relationship of proportionality”. Thus, the tribunal focussed on the sole effect Doctrine and the Police Powers test to assess whether the regulation taken by the State amounted to indirect expropriation.¹⁰²

The decision against the tobacco company Philipp Morris in *Philipp Morris v The Republic of Uruguay* reflects the current dispute on the Doctrine’s interpretation in the field of expropriation. Moreover, we can argue that the tribunal adopted a particularly fact-based analysis that influenced its assessment of the Police Powers Doctrine. Indeed, the investor’s claim was rejected upon *two grounds*. First, it was decided that the *effect* of the regulatory measure taken by the State did not amount to a substantial deprivation of the investment. Only then after, did the tribunal analysed whether the State’s measure fell within the Police Powers Doctrine. It could therefore be argued that the application of the Police Powers Doctrine was more an obiter dictum that grants arbitral tribunal the powers to review a State’s measure, than a decisive interpretation of the measure at stake and its impact on the investor’s claim.

In conclusion, the threshold and application of the Doctrine in a specific case, might considerably depend on the set of relevant facts given to the arbitrators, as

on State Responsibility. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

⁹⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v The United Mexican States*, (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, case No. ARB (AF)/00/02, 29 May 2003). para. 221.

⁹⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v The United Mexican States*, (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, case No. ARB (AF)/00/02, 29 May 2003). para. 222.

⁹⁷ TITI, Catharine. Police Powers Doctrine And International Investment Law. In: GATTINI, Andrea, TANZI, Attila and FONTANELLI, Filippo (eds). *General Principles Of Law And International Investment Arbitration*, Leiden, the Netherlands: Brill Nijhoff, 2018.

⁹⁸ *Matos e Silva, Lda., and Others v Portugal*, European Court of Human Rights, Judgement of 16 September 1996, 92. p. 19.

⁹⁹ RANJAN, Prabash. Police Powers, indirect expropriation in international investment law, and article 31(3)(c) of the VCLT: A critique of Philip Morris v Uruguay. *Asian Journal of International Law*, place, v. 9, n. 1, p.98-124, Sep. 2019.

¹⁰⁰ NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer International Law, 2009; see also ROBERTS, Anthea. The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *Arbitration - The Next Fifty Years*. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2012, p. 170-180; NEWCOMBE, Andrew. The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. In: KAHN, Philippe and WÄLDE Thomas W (eds). *New Aspects of International Investment Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

¹⁰¹ REMOUND, Kyriaki and KOUNDOURI, Phoebe. Environmental Effects on Public Health: An Economic Perspective. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, Basel, v. 6, n. 8, p. 2160-2178, Jul. 2009; JOHNSON, Hope. Investor-State Dispute Settlement and Tobacco Control: Implications For Non-Communicable Diseases Prevention And Consumption-Control Measures. *QUT Law Review*, Queensland, v. 17, n. 2, p. 102-130, Nov. 2014.

¹⁰² RANJAN, Prabash. Police Powers, indirect expropriation in international investment law, and article 31(3)(c) of the VCLT: A critique of Philip Morris v Uruguay. *Asian Journal of International Law*, place, v. 9, n. 1, p.98-124, Sep. 2019.

well as to the judgment of arbitrators on the topic of the bona fide measures adopted by States.

4 Application of the Police Powers Doctrine to Covid-19 measures

As we have demonstrated above, to qualify under the Police Powers Doctrine a policy measure might need to comply with the requirements of public interest, good faith, due process, non-discrimination, legitimate expectation, and a form of proportionality or reasonableness. To address the sanitary crisis, States have adopted a series of measures to differing degrees, ranging from indirect expropriations to discriminative behaviors. These requirements will thus be applied to the measures taken during the Covid-19 sanitary crisis.

The first two requirements – public interest and good faith – seem most evident in the assessment of a measure taken to protect the public health of the State’s population. As shown above, the threshold to meet the requirements of public interest and good faith are the lowest in the standard of review applied by arbitral tribunals. The pandemic is a global phenomenon which has received widespread scientific attention. This has undoubtedly generated a consensus as to the necessity to take measures to counter the spread of Covid-19. Thus, a policy measure adopted to halt the spread of the virus might easily qualify as meeting the public interest requirement. Since good faith is largely dependent on the state’s own evaluation of the sanitary crisis, this requirement appears likely to be met.

Second, in terms of due process, the sanitary crisis has forced States to act fast and with improper knowledge, risking a breach of the transparency doctrine. A measure taken in an emergency state in the wake of the pandemic might have thus lacked the common standards applied to due process.¹⁰³ However, the requirement of due process constitutes a low standard to meet when considering the expropriation clause. Thus, it might not constitute an obstacle to qualify a measure as an exercise of the State’s police powers for the purpose of the

expropriation clause.¹⁰⁴ Practically, a tribunal might assess whether the State has consulted stakeholders when adopting policy options.

Third, the requirement of non-discrimination demands an exhaustive case-by-case analysis. When considering policies such as “social distancing” or the closure of certain businesses incapable of operating remotely, the States will not have acted in a discriminative way - prima facie. On the contrary, the Peruvian emergency measure suspending the collection of toll fees on the country’s road network are likely to fall under the discrimination assessment.¹⁰⁵ Similarly, the measure taken by Mexico to close US owned plants allegedly following the refusal to sell ventilators, are unlikely to respect the non-discrimination requirement.¹⁰⁶

Fourth, legitimate expectations might play an unexpected role in the assessment of whether the liability of the State is avoided.¹⁰⁷ Indeed, if the State has given specific insurances to a foreign Investor, this might influence the arbitral tribunal in its analysis of the fair and equitable treatment, but also, as demonstrated in earlier case-law, in its assessment of the police powers Doctrine. While this does not constitute a sound interpretation of the expropriation clause or of the Doctrine; States shall be aware of the potential influence of the legitimate expectation doctrine on the finding of a police powers measure in a specific case.

Finally, the proportionality and reasonableness of a policy measure might develop into the most disputed factors of the analysis. Whether the measure qualifies as exempting the liability of the State from indirect

¹⁰³ REINISCH, August. The Rule of Law in International Investment Arbitration. In: PAZARTZIS, Photini and GAVOUNEL, Maria (eds). *Reconceptualizing the Rule of Law in Global Governance, Resources, Investment and Trade*. Oxford: Hart Publishing, 2016.

¹⁰⁴ But might not avoid the liability of the State under the Fair and Equitable clause. On a contrary opinion of this paper to the role of due process in the assessment of the legality of an indirect expropriation and qualification under the police powers doctrine, see SLOANE, Robert D. and REISMAN, W. Michael. *Indirect Expropriation and its Valuation in the Bit Generation*. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 75, p. 115-150, 2004.

¹⁰⁵ MORING, Crowell. Client Alert, COVID-19: The Latin America Perspective II – Argentina and Peru. *Crowell*, April 2020. Available at: https://www.crowell.com/NewsEvents/AlertsNewsletters/all/COVID-19-The-Latin-America-Perspective-II-Argentina-and-Peru?fbclid=IwAR39DYXyJZdrjenvPyScJlrd-OjnTXfbnYHL23HlciO nth3R_0oVVcK0I18 Accessed on: 25 February 2021.

¹⁰⁶ ASSOCIATED PRESS. Mexico Closes US Owned Plant for Refusal to Sell Ventilators *US News*, April 2020. Available at: <https://www.usnews.com/news/best-states/minnesota/articles/2020-04-10/mexico-closes-us-owned-plant-for-refusal-to-sell-ventilators> Accessed on: 25 February 2021.

¹⁰⁷ AHMED, Farrah and PERRY, Adam. The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 73, n. 1, p. 61-85, Mar. 2014.

expropriation, will likely depend on the threshold of proportionality adopted by the arbitral tribunal. Here, the factors of a specific case might influence which threshold the tribunal could apply. As a general overview, measures such as social distancing appear as building consensus among the scientific community, so that its implementation could easily fulfill the most demanding requirements of proportionality. On the other hand, more disruptive measures, such as the obligation to companies to manufacture ventilators and masks in the US, the nationalization of private hospitals in Spain and seizure of medical masks by France, will require a fact-based analysis. This analysis will weigh whether their adoption respects the “reasonable relationship of proportionality”¹⁰⁸ stated out in *Tecmed and Philip Morris*. A relationship that “could be established between the charge or weight imposed by the measure on foreign investment and the aim that the impugned measure seeks to achieve”.

Last, it is worth recalling the 1903 US *Bischoff Case*,¹⁰⁹ in which the claimant had its carriage seized by law enforcement authorities based on (incorrect) information that the carriage had carried persons afflicted with smallpox. When the carriage was returned damaged, the claimant brought proceedings for damages before the German-Venezuelan Mixed Claims Commission. The Commission held that ‘during the epidemic of an infectious disease there can be no liability for the reasonable exercise of police power, even though a mistake is made’.¹¹⁰ Nevertheless, the tribunal did award damages in this case, on the ground that the authorities returned the carriage to the claimant after an unreasonable delay.

5 Conclusion

Even in the absence of an express provision under international investment law, non-discriminatory measures of a general application aiming at safeguarding public health are generally considered consistent with

States’ international obligations. This means that the appropriate use of State police powers would ordinarily not give rise to State liability under international law, even if foreign investors have been negatively affected. As demonstrated in this paper, the Doctrine of Police Powers has nevertheless been subject to different interpretations as to its scope, integration, customary status, and conditions of application.¹¹¹

The most recent decision on the Police Powers Doctrine in the *Magyar* award acknowledges that a line of case law has been developed, consisting of “regulatory measures aimed at abating threats that the investor’s activities may pose to public health, environment or public order”.¹¹² We thus argued that the customary nature of the Doctrine is established, and that the protection of public health is situated within the scope of the police powers of states.

The paper then argued for an integration of the Doctrine respectful of the Vienna Convention on the Law of treaties. We argued that Doctrine should not be integrated through an extensive interpretation of the treaty’s words (Article 31(1) VCLT) if the treaty does not refer expressly to an exemption to the expropriation clause. It was argued that a tribunal would do an adequate integration of the Doctrine if the treaty expressly referred to it, or when the measure at stake makes the use of the Doctrine relevant and necessary under Article 31(3)(c) of the VCLT.

The general requirements put forth by arbitral tribunals for the application of police powers doctrine were then examined. The conclusion was that the threshold and application of the Doctrine and its requirement varied considerably in the case-law, so that it could be argued that the decision of arbitrators depends on the set of relevant facts, as well as to the judgment of arbitrators on the topic of the bona fide measures adopted by States.

Finally, we demonstrated that the question of whether a measure crosses the line separating non-compensable regulatory activity from expropriation must be assessed in light of all the circumstances. This principle holds true for measures adopted during the Covid-19

¹⁰⁸ RANJAN, Prabash. Police Powers, indirect expropriation in international investment law, and article 31(3)(c) of the VCLT: A critique of *Philip Morris v Uruguay*. *Asian Journal of International Law*, place, v. 9, n. 1, p.98-124, Sep. 2019.

¹⁰⁹ *Germany-Venezuela Mixed Claims Commission* (1903) reprinted in (1960) 10 RIAA 420

¹¹⁰ *Bischoff Case* (1903) reprinted in (1960) 10 RIAA 420.

¹¹¹ WAELDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental Regulation, Investment Protection and “Regulatory Taking” in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v.50, n.4, p.811-848, Oct. 2008.

¹¹² *Magyar Farming v Hungary*, Award, 13 November 2019. para. 302.

pandemic. It is nevertheless argued that most of the measures adopted by States should, *prima facie*, qualify under the Police Powers Doctrine, on the grounds of public interest, good faith, and non-discrimination. The paper argued that the character of the pandemic, as a *sudden* phenomenon eliciting *consensus* among the scientific community as to the necessity of adoption of measures, should lower the standard of review in the assessment of the other requirements – such as legitimate expectations, due process and proportionality.

References

- ALVAREZ, José E. The search for Objectivity: The Use of Experts in Philip Morris v Uruguay. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, v. 9, n. 3, p. 411-422, Apr. 2018.
- ALTERMAN, Rachele; BALLA Evangelina. *Takings International: A Comparative Perspective on Land Use Regulations and Compensation Rights*. Chicago: American Bar Association Section of State and Local Government Law, 2010.
- ASCENSIO, Hervé. Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law. *ICSID Review*, Oxford, v. 31, n. 2, p.366-387, Jun. 2016.
- ASSOCIATED PRESS. Mexico Closes US Owned Plant for Refusal to Sell Ventilators *US News*, April 2020. Available at: <https://www.usnews.com/news/best-states/minnesota/articles/2020-04-10/mexico-closes-us-owned-plant-for-refusal-to-sell-ventilators> Accessed on: 25 February 2021.
- BAUGHEN, Simon. Expropriation and Environmental Regulation: The lessons of NAFTA Chapter Eleven, *Journal of Environmental Law*, Oxford, v. 18, n. 2, p.207-228, Jan. 2006.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie;
BREWIN, Sarah; MAINA, Nyaguthii. Commentary: Protecting Against Investor–State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments. *IISD*, April 2020. Available at: <https://www.iisd.org/system/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf>. Accessed on: 31 Mar. 2021.
- CHENG, Bin. *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- CHRISTIE, George. What constitutes a Taking of Property Under International Law? *British Yearbook of International Law*, Oxford, v.38, p.307-338, 331-32, 1962.
- COLUMBIA CENTRE ON SUSTAINABLE INVESTMENT. *Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response*. May 2020. Available at: <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/> Accessed on: 31 Mar. 2021.
- DIAMOND, Nicholas; DUGGAL, Kabir. 2020 in Review: The Pandemic, Investment Treaty Arbitration, and Human Rights. *Kluwer Arbitration Blog*. Jan. 2021. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/23/2020-in-review-the-pandemic-investment-treaty-arbitration-and-human-rights/> Accessed on: 31 Mar. 2021.
- GAILLARD, Emmanuel. 2018 Lalive Lecture “The Myth of Harmony in International Arbitration”. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Oxford, v. 34, n. 3, p. 553-568, Apr. 2018.
- GALVA, Jorge; ATCHISON Christopher; LEVEY Samuel. Public Health Strategy and the Police Powers of the State. *Public Health Report*, Washington D.C., v. 120, n. 1, p. 20-27, 2005.
- GONZALES, Elizabeth et al. The Coronavirus in Latin America. *America Society Council of the Americas*, Feb. 2021. Available at: <https://www.as-coa.org/articles/coronavirus-latin-america>. Accessed on: 31 Mar. 2021.
- GUDOFISKY, Jason. Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Concerning Expropriations: An Environmental Case Study. *Northwestern Journal of International Law and Business*, Chicago, v. 21, n. 1, p. 243-316, Jan. 2000.
- HARRIS, Troy L. Customary International Arbitration Law. *American Review of International Arbitration*, New York, v. 24, n. 2, p. 245-270, Aug. 2013.
- HENCKELS, Caroline. Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 15, n.1, p. 223-255, Mar. 2012.

- HERZ, John. Expropriation of Foreign Property. *The American Journal of International Law*, Cambridge, v. 35, p. 243-262, Apr. 1941.
- HIGGINS, Rosalyn. *The Taking of Property and the State: Recent Developments*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1982.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. 'The Economic Effects of COVID-19 Containment Measures' IMF Working Papers No. 20/158. Jul. 2020. Available at: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2020/08/07/The-Economic-Effects-of-COVID-19-Containment-Measures-49571>. Accessed on: 31 Mar. 2021.
- JOHNSON, Hope. Investor-State Dispute Settlement and Tobacco Control: Implications For Non-Communicable Diseases Prevention And Consumption-Control Measures. *QUT Law Review*, Queensland, v. 17, n. 2, p. 102-130, Nov. 2014.
- KURTZ, Jürgen. Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration: On Consistency, Coherence and Identification of Applicable Law. In: DOUGLAS, Zachary, PAUWELYN, Joost and VIÑUALES, Jorge E. (eds). *Foundations of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- LEGARRE, Santiago. The Historical Background of the Police Power. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Philadelphia, v. 9, p. 745-796, Feb. 2007.
- MARTINEZ-FRAGA, Pedro; REETZ, Ryan. *Public Purpose in International Law, Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era*. New York: Cambridge University Press, 2015.
- MITCHELL, Andrew D., HEATON, David, and HENCKELS, Caroline. *Non-Discrimination and the Role of Regulatory Purpose in International Trade and Investment Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.
- MITCHELL, Kate. Accommodating the Public Interest in International Investment Treaties: Police Powers, Expropriation and Treaty Interpretation. 2014. 121 f. Thesis (Masters) – MPhil, University of Oxford, Oxford, 2014.
- MORING, Crowell. Client Alert, COVID-19: The Latin America Perspective II – Argentina and Peru. *Crowell*, April 2020. Available at: https://www.crowell.com/NewsEvents/AlertsNewsletters/all/COVID-19-The-Latin-America-Perspective-II-Argentina-and-Peru?fbclid=IwAR39DYXyJZdrjenvPyScJlrd-OjnTXfbnYHL23HlciOnth3R_0oVVcK0iI8 Accessed on: 25 February 2021.
- NEWCOMBE, Andrew. The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. In: KAHN, Philippe and WÄLDE Thomas W (eds). *New Aspects of International Investment Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer International Law, 2009.
- PAPARINSKIS, Martin. Investment Treaty Interpretation and Customary Investment Law: Preliminary Remarks. In: BROWN, Chester; MILES, Kate (eds.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 65-78.
- PELLET, Alain. Police Powers of the State's Right to Regulate. In: KINNEAR, Meg; FISCHER, Geraldine (eds). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, Dec. 2015. p. 447-462.
- RANJAN, Prabash. Police Powers, indirect expropriation in international investment law, and article 31(3)(c) of the VCLT: A critique of Philip Morris v Uruguay. *Asian Journal of International Law*, place, v. 9, n. 1, p.98-124, Sep. 2019
- REINISCH, August. The Rule of Law in International Investment Arbitration. In: PAZARTZIS, Photini and GAVOUNEL, Maria (eds). *Reconceptualizing the Rule of Law in Global Governance, Resources, Investment and Trade*. Oxford: Hart Publishing, 2016.
- REMOUNDO, Kyriaki and KOUNDOURI, Phoebe. Environmental Effects on Public Health: An Economic Perspective. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, Basel, v. 6, n. 8, p. 2160-2178, Jul. 2009.
- REYNOLDS Glenn; KOPEL David. The Evolving Police Power: Some Observations for a New Century. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, San Fransisco, v.27, n.3, p. 511-538, Jan. 2000.
- ROBERTS, Anthea. The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *Arbitration - The Next Fifty Years*. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2012, p. 170-180.

SANDERSON, Cosmo, Peru warned of potential ICSID claims over covid-19 measures. *Latin Lawyer*, Apr 2020. Available at: <https://latinlawyer.com/article/1225491/peru-warned-of-potential-icsid-claims-over-covid-19-measures> Accessed on: 31 Mar. 2021.

SLOANE, Robert D. and REISMAN, W. Michael. Indirect Expropriation and its Valuation in the Bit Generation. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 75, p. 115-150, 2004.

SMITH Adam. *Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms, delivered in the University of Glasgow by Adam Smith*: Reported by a Student in 1763 and edited with an Introduction and notes by Edwin Cannan. Oxford: Clarendon Press, 1869.

SIMMA, Bruno. Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, place, v. 60, n. 3, p.573-596, Jul. 2011.

TITI, Catharine. International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 26, n. 3, p. 639-661, Aug. 2015.

TITI, Catherine. The Evolution of Substantive Investment Protections in Recent Trade and Investment Treaties, 2018. Available at: https://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/ictsd_-_the_evolution_of_substantive_investment_protections_in_recent_trade_and_investment_treaties_-_titi.pdf Accessed on 31 March 2021.

TITI, Catherine. Police Powers Doctrine and International Investment Law. In; FONTANELLI Filippo; GATTINI Andrea; TANZI Attila (eds.). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Leiden: Brill, 2018. p.323-343.

UNCTAD INVESTMENT POLICY HUB. Investment Policy Monitor: Special Issue - Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic. May 2020. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d3_en.pdf Accessed on: 31 Mar. 2021.

VIÑUALES, Jorge E. Sovereignty in Foreign Investment Law. In: DOUGLAS, Zachary, PAUWELYN, Joost, and VIÑUALES, Jorge E. (eds). *Foundations of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, Chapter 12, 340-342.

WAEDELDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental Regulation, Investment Protection and “Regulatory Taking” in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v.50, n.4, p.811-848, Oct. 2008.

ZAMIR, Noam. The Police Powers doctrine in international investment law. *Manchester Journal of International Economic Law*, Manchester, v.14, n.3, p.318-337, Dec. 2017.

Cases (if necessary)

ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Management Ltd v Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of 2 October 2006.

Aguas del Tunari SA v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction of 21 October 2005.

AWG Group Ltd. v The Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Liability, 30 July 2010.

Azurix Corp v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006.

BG Group plc v Argentina, UNCITRAL Arbitral Tribunal, Final Award of 24 December 2007.

Bywater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of 24 July 2004.

Chemtura Corporation v Government of Canada, UNCITRAL, Award of 2 August 2010.

CMS Gas Transmission Co v Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v The Republic of Costa Rica, ICSID ARB/96/1, Final Award of 17 February 2000.

Continental Casualty Co v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of 5 September 2008.

Cyprus Popular Bank Public Co Ltd v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/14/16, Decision on Jurisdiction and Liability of 8 January 2019.

Daimler Financial Services AG v. Argentina, ICSID Case No. ARB/05/1, Award of 22 October 2012.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentina, ICSID Case no. ARB/01/3, Award of May 22, 2007.

- Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v Italy) [1989], (Judgement) ICJ Rep 73.
- El Paso Energy International Company v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award of 31 October 2011.
- Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), International Court of Justice, Judgement Report of 13 July 2009.
- LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc v Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006.
- Generation Ukraine Inc. v Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 December 2003.
- Germany-Venezuela Mixed Claims Commission (1903) reprinted in (1960) 10 RIAA 420
- Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002.
- Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal, European Court of Human Rights, Judgement of September 16 1996.
- Methanex Corporation v United States of America, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and the Merits, 3 August 2005, RL-109
- National Grid PLC v. Argentina, UNCITRAL Arbitral Tribunal, Award of 3 November 2008.
- Magyar Farming v Hungary, Award, 13 November 2019
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental
- Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award of 8 July 2016.
- Poitova and ISTROK4PITAL SE v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/I13/8, Award of 9 April 2015.
- Pope & Talbot Inc v The Government of Canada, UNCITRAL, Interim Award of 26 June 2000.
- Saluka Investments BV v Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006.
- S.D. Myers Inc. v Canada, UNCITRAL, First Partial Award (“Merits Award”) of 13 November 2000.
- Sedco Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran, IUSCT Case Nos. 128 and 129, Interlocutory Award (No. IITL 55-129-3) of 17 Sept 1985.
- Sempra Energy International v Argentina, ICSID Case no. ARB/02/16, Award of September 28, 2007.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, InterAguas Servicios Integrales del Aguas SA v Argentina (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/03/17, 30 July 2010).
- Técnicas Medioambientales Tecmed SA v United Mexican States (Award), ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003.
- Teleanor v Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006.
- Veteran Petroleum Ltd v The Russian Federation, UNCITRAL PCA Case No. 2005-05/AA228, Interim Award, 30 November 2009.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A inexistência do controle preventivo legislativo de convencionalidade da Medida Provisória n.º 936/2020

The lack of legislative preventive control of conventionality of the Provisional Measure 936/2020

Danilo Garnica Simini

Gabriel Carvalho Moreira

Rafaela Souza Machado

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

A inexistência do controle preventivo legislativo de convencionalidade da Medida Provisória n.º 936/2020*

The lack of legislative preventive control of conventionality of the Provisional Measure 936/2020

Danilo Garnica Simini**

Gabriel Carvalho Moreira***

Rafaela Souza Machado****

Resumo

A pandemia, relativa à doença da Covid-19, trouxe inúmeras consequências sociais, políticas, econômicas e jurídicas em todo o mundo. Dentre as medidas recomendadas pelas autoridades de saúde, encontra-se o distanciamento social, recomendação que afetou, de forma significativa, a sociedade e a economia brasileiras, com alto índice de informalidade. O Presidente da República do Brasil, após um período de inércia, marcado pelo negacionismo da gravidade da doença, editou a Medida Provisória 936/2020 contendo modificações no âmbito do Direito do Trabalho a fim de resguardar a economia e também os empregos dos brasileiros. Contudo, mesmo se tratando de um contexto atípico de pandemia a exigir ações excepcionais, as medidas jurídicas adotadas devem ser compatíveis com a Constituição Federal e com as convenções internacionais, especialmente as ratificadas pelo Estado brasileiro no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Por isso, todas as autoridades públicas envolvidas na elaboração das medidas necessárias ao enfrentamento das consequências da pandemia devem realizar os controles de constitucionalidade e convencionalidade. Assim, o presente trabalho discutiu o controle de convencionalidade por meio de revisão bibliográfica e por meio de análise do parecer da Comissão Mista do Congresso Nacional acerca da Medida Provisória 936/2020. Verificou-se a inexistência do referido controle em relação à Medida Provisória 936/2020, não obstante sua incompatibilidade com convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Estado brasileiro, fato apto a ensejar a responsabilização internacional do Brasil.

Palavras-chave: controle de convencionalidade; Medida Provisória 936/2020; Poder Legislativo; Organização Internacional do Trabalho, Covid-19.

* Recebido em 02/02/2021
Aprovado em 05/07/2021

** Advogado. Docente de Direito Internacional na Universidade de Ribeirão Preto/SP (UNAERP) e na Escola Brasileira de Estudos Jurídicos de Ribeirão Preto. Doutor em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC (UFABC). Mestre em Direito (UNESP). Bacharel pela Faculdade de Direito da PUC-CAMPINAS. Pós-graduado (especialização) em Direito Público (Escola Paulista da Magistratura). Atualmente é membro da Comissão de Arbitragem da OAB de Ribeirão Preto e da Comissão de Relações Internacionais da OAB de São Paulo.
Email: danilosimini@gmail.com

*** Graduando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) e Pesquisador do Grupo Contemporaneidade e Trabalho (UNAERP).
E-mail: gabrielboymoreira@hotmail.com

**** Graduanda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) e Pesquisadora do Grupo Contemporaneidade e Trabalho (UNAERP).
E-mail: machadorafa@outlook.com

Abstract

The Covid-19 pandemic has had numerous social, political, economic and legal consequences around the world. Among the measures recommended by health authorities is social distancing, a recommendation that significantly affected Brazilian society and economy, with a high rate of informality. The President of the Republic of Brazil, after a period of inertia marked by denial of the seriousness of the disease, issued Provisional Measure 936/2020 containing changes in the scope of Labor Law in order to protect the economy and also the jobs of Brazilians. However, even in the case of an atypical pandemic context that requires exceptional actions, the legal measures adopted must be compatible with the Federal Constitution and with international conventions, especially those ratified by the Brazilian State within the scope of the International Labor Organization. Therefore, all public authorities involved in the elaboration of the necessary measures to face the consequences of the pandemic must carry out the constitutionality and conventionality controls. Thus, the present work discussed the conventionality control through a bibliographical review and through the analysis of the opinion of the Mixed Commission of the National Congress on the Provisional Measure 936/2020. It was verified that such control did not exist in relation to Provisional Measure 936/2020, despite its incompatibility with International Labor Organization conventions ratified by the Brazilian State, a fact capable of giving rise to the international responsibility of Brazil.

Keywords: conventionality control; Provisional Measure 936/2020; Legislative power; International Labor Organization, Covid-19.

1 Introdução

No mês de fevereiro de 2020, o Brasil confirmou o primeiro caso da Covid-19 e, no mês de março, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que a enfermidade havia se transformado em uma pandemia. No momento da conclusão do presente artigo, o Brasil totalizava mais de 140 mil mortes e quase 5 milhões de casos. A pandemia da Covid-19 impôs aos brasileiros uma série de medidas, tais como o distanciamento

social e a utilização de máscaras. As aulas presenciais foram suspensas e, durante muitas semanas, o comércio ficou fechado.

O Presidente da República Jair Bolsonaro, desde o início, minimizou a doença, e afirmou, em um pronunciamento na TV, tratar-se de uma “gripezinha”. No mês de abril de 2020, o Presidente da República editou a Medida Provisória n.º 936/2020, cuja finalidade era a instituição do “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda”, e o estabelecimento de medidas trabalhistas complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente da Covid-19. A referida Medida Provisória foi editada como forma de minimizar os danos à economia do país e como forma de preservar os empregos dos brasileiros, e garantir um auxílio emergencial, considerando-se o alto grau de informalidade da economia brasileira.

Contudo, mesmo se tratando de medidas drásticas adotadas em um contexto excepcional, não se pode deixar de analisar a sua compatibilidade com as normas nacionais e internacionais. Assim, além da verificação da compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 (controle de constitucionalidade), deve-se, também, verificar a compatibilidade com as convenções internacionais (controle de convencionalidade), especialmente aquelas ratificadas pelo Brasil no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. No caso da Medida Provisória, o referido controle deve ser realizado pelo próprio Presidente da República no momento da edição do ato e, também, pela Comissão Mista do Congresso Nacional.

Nesse contexto, o presente artigo trata do controle de convencionalidade da Medida Provisória n.º 936/2020 que deveria ter sido feito pela Comissão Mista do Congresso Nacional. Para atingir tal objetivo, dividiu-se o artigo em cinco partes. Inicialmente, serão abordadas as convenções da Organização Internacional do Trabalho e a teoria do controle de convencionalidade. Posteriormente, serão feitas considerações acerca do processo de elaboração das medidas provisórias e sobre a Medida Provisória n.º 936/2020. Por fim, será analisada a atuação da Comissão Mista do Congresso Nacional quanto à análise da referida medida.

Por meio do presente artigo, espera-se contribuir com os estudos acerca da Teoria do Controle de Con-

vencionalidade, particularmente o realizado pelo Poder Legislativo, bem como demonstrar que, mesmo medidas adotadas em contextos atípicos como de uma pandemia, devem respeitar os tratados e convenções internacionais.

2 As convenções da Organização Internacional do Trabalho

A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no início do século XX, está intimamente ligada ao denominado Direito Internacional do Trabalho, um ramo do Direito cujo objetivo é “estabelecer padrões internacionais mínimos de relações trabalhistas, com o intuito maior de promover a dignidade humana em todo o mundo, o maior bem-estar da humanidade e a justiça social, colaborando, assim, para a paz.”¹ A entidade foi criada em 1919, antes da criação da Organização das Nações Unidas, por meio da Parte XIII do Tratado de Versalhes, especificamente, artigos 387 a 427 que constituíam a denominada Constituição da Organização Internacional do Trabalho (Constituição da OIT). Esta foi emendada em 1946 transformando-se em documento autônomo, apresentando como anexo a chamada Declaração referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia) de 1944. Trata-se, portanto, do tratado internacional com os objetivos e regras de funcionamento da Organização Internacional do Trabalho.

O principal objetivo da Organização Internacional do Trabalho é a promoção do programa exposto no preâmbulo da sua Constituição e na Declaração de Filadélfia. O preâmbulo do primeiro documento enuncia que as condições de trabalho podem gerar miséria e privações, tornando necessária a regulamentação do trabalho através de algumas medidas, tais como a regulamentação das horas de trabalho, fixação da jornada de trabalho, garantia de um salário digno e a proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais ou acidentes de trabalho. Ademais, o preâmbulo reconhece que o fato de algum país não criar um regime de trabalho realmente digno e humano pode

gerar obstáculos aos esforços dos outros países interessados em melhorar as condições de trabalho.²

A Declaração de Filadélfia de 1944 reafirma os princípios fundamentais da Organização Internacional do Trabalho: a) o trabalho não é uma mercadoria; b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto; c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral; d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum.³

As deliberações da Organização Internacional do Trabalho podem ser adotadas na forma de convenção ou recomendação. As duas deliberações devem ser aprovadas por meio dos votos de dois terços dos Estados presentes. Em relação à convenção, será dada oportunidade para que os países a ratifiquem. Por outro lado, a recomendação deve ser considerada pelos Estados, tornando-as efetivas por meio de lei nacional ou por outra qualquer forma. Nesse contexto, pode-se dizer que “a diferença entre as convenções e as recomendações da OIT é somente formal, uma vez que ambas podem tratar dos mesmos assuntos.”⁴ Sidney Guerra, por sua vez, afirma que as recomendações “são instruções normativas de caráter genérico e visam assegurar medidas programáticas de proteção aos direitos dos trabalhadores.”⁵ De qualquer forma, as convenções e recomendações “são aplicadas em nível interno e constituem padrões de orientação para os legisladores no aperfeiçoamento e promoção do direito do trabalho dos Estados e valorização da pessoa humana.”⁶

As recomendações da OIT seriam verdadeiras normas internacionais *sui generis*, explica Valério Mazzuoli, pois “caracterizam-se por impor aos Estados-

¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 10ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 503.

² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração de Filadélfia*. 1944.

³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração de Filadélfia*. 1944.

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a, p. 963.

⁵ GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 314.

⁶ GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 315.

-membros dessa organização internacional certas obrigações, ainda que de caráter formal.”⁷ Tais obrigações formais se explicam em razão do disposto no artigo 19, § 6º, “b” e “d”, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, cuja redação determina aos Estados submeterem as recomendações às autoridades internas competentes para a transformação em lei ou adoção de outras medidas e também informarem o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho sobre as legislações internacionais referentes ao tema da recomendação, quando solicitado pela organização.

Portanto, a peculiaridade das recomendações da OIT — não obstante elas não serem tratados, estando dispensadas de ratificação — consiste no fato de serem elas obrigatoriamente submetidas à “autoridade competente” (que, no Brasil, como já se disse, é o Congresso Nacional), ao contrário do que sucede com as demais recomendações votadas na maioria das conferências e congressos internacionais, em que depois de assinadas já passam a valer internacionalmente. Tal peculiaridade torna a recomendação da OIT norma internacional *sui generis*, que cumprirá a função de fonte material de direito.⁸

As convenções da OIT, por sua vez, fazem parte da categoria dos tratados multilaterais abertos, pois não apresentam destinatários certos⁹. O referido autor assevera que as convenções da OIT apresentam uma peculiaridade em relação aos tratados em geral. Tradicionalmente, somente os Estados participam das negociações das convenções, mas, a respeito daquelas firmadas no âmbito da OIT, participam, também, representantes dos empregadores e dos trabalhadores.

Outra diferença com os tratados em geral diz respeito à ratificação. Após a aprovação da convenção, os Estados se comprometem a submetê-la à autoridade ou autoridades competentes, a fim de que estas as transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza (artigo 19, 5, “b” da Constituição da OIT), sendo o Congresso Nacional a autoridade brasileira com tal competência. Posteriormente, o Estado-Membro, com a aprovação do órgão interno competente, comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção e tomará as medidas necessárias para torná-la efetiva (artigo 19, 5, “d” da Constituição da OIT). Assim, após a aprovação

da convenção da OIT pelo Congresso Nacional, o Presidente da República fica obrigado a realizar a ratificação, ao contrário das demais convenções internacionais onde o Presidente da República atua de forma discricionária, podendo ou não realizar a ratificação.

Os tratados em geral, incluindo-se as Convenções da OIT, vinculam os Estados e devem ser cumpridos de boa-fé, nos termos do artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, caracterização do *pacta sunt servanda* no Direito dos Tratados. Por outro lado, o Estado não pode invocar uma norma interna para descumprir o tratado, conforme preceitua o artigo 27 da referida Convenção.

Expressão do princípio *pacta sunt servanda*, fundamento das obrigações internas e internacionais, os tratados não são sugestões de condutas futuras destituídas de obrigatoriedade. Não são, por igual, meros conselhos ou recomendações ou, ainda, diretrizes genéricas, cujo desrespeito não acarreta nenhuma consequência. O tratado, ao contrário, vincula os destinatários, indica o comportamento devido que, uma vez ausente, sujeita o infrator a efeitos jurídicos previamente definidos. Logo, a conduta em causa não é opcional, não pertence ao universo das escolhas em relação às quais o direito se revela indiferente.¹⁰

As convenções da OIT por tratarem de direitos sociais podem ser inseridas na categoria dos tratados de direitos humanos. De acordo com a jurisprudência do STF (RE 466.343-1/SP), os tratados de direitos humanos, se não forem aprovados pela sistemática do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, terão *status* supralegal, ou seja, hierarquicamente, estão abaixo do texto constitucional, mas acima das demais normas do ordenamento jurídico. Assim, as convenções celebradas no âmbito da OIT poderão ser equivalentes às emendas constitucionais ou apresentar *status* supralegal, a depender do procedimento de aprovação adotado pelo Congresso Nacional. Contudo, a própria Constituição da Organização Internacional do Trabalho reconhece a aplicabilidade da norma mais favorável ao ser humano no seu artigo 19.8, conforme observa Valério Mazzuoli.¹¹

Os tratados e convenções em geral, após a ratificação, são incorporados ao ordenamento jurídico interno por meio de um decreto do Poder Executivo, não obstante não haver na Constituição Federal tal

⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a, p. 974.

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a, p. 974-975.

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

¹⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Curso de Direito Internacional Público. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72.

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

exigência, conforme observam Alberto do Amaral Júnior¹² e Marcelo Varella¹³. De qualquer forma, Marcelo Varella observa que o decreto do Executivo apresenta três funções, quais sejam, a promulgação do tratado, a publicação do seu conteúdo e a executoriedade do ato internacional no plano jurídico interno. Assim, a partir da edição do decreto e sua publicação, o tratado passa a integrar o ordenamento jurídico interno, vinculando todos os seus destinatários.

Importa que se retenha desde logo a noção de que o tratado, embora produzido em foro, diverso das fontes legislativas domésticas, não se distingue, enquanto norma jurídica, dos diplomas legais de produção interna. Custa-se a entender, por isso, a tão repetida dúvida sobre produzirem, ou não, os tratados efeitos sobre os indivíduos e sobre as pessoas jurídicas de direito privado. Sua idoneidade, para tanto, não é menor que a das leis internas, tudo se resumindo em buscar no teor de cada um daqueles, como de cada uma destas, o exato perfil de seus destinatários.¹⁴

Tratados e convenções não são, apenas, recomendações, pois tratam-se de normas jurídicas vinculantes a integrar todo o ordenamento jurídico interno. Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito, ao impor a submissão das autoridades à lei, também está a exigir a estrita observância das normas internacionais, tais como as convenções da Organização Internacional do Trabalho. Por isso, a atuação administrativa, em suas múltiplas formas e em todos os níveis de governo, deve se pautar na observância das normas jurídicas, nacionais e internacionais, inclusive em relação à produção normativa, não podendo esta ser incompatível com tratados e convenções internacionais ratificados pelo país. Além do controle de constitucionalidade, compete às autoridades também realizar o controle de convencionalidade.

3 A Teoria do Controle de Convencionalidade

De acordo com Valério Mazzuoli, o controle de convencionalidade é a “compatibilização vertical das

normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado.”¹⁵. O controle de convencionalidade também pode ser definido como “instrumento de compatibilização material dos atos normativos dos Estados signatários com as disposições previstas em um tratado internacional.”¹⁶ (SCHÄFER et al., 2017). A expressão, não obstante, ter sido utilizada, pela primeira vez, em 1975, em uma decisão do Conselho Constitucional da França, conforme observam Valério Mazzuoli¹⁷ e André de Carvalho Ramos¹⁸, se desenvolve por meio da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, particularmente, por meio da atuação do então juiz mexicano Sergio García Ramírez, conforme ressalta Victor Bazán.¹⁹

A partir do ano de 2003, Sergio García Ramírez passa a utilizar a expressão controle de convencionalidade em seus votos nos casos *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, *Tibi vs Equador*, *López Álvarez vs Honduras* e *Vargas Areco vs Paraguai*. Posteriormente, no ano de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a utilizar o termo em suas sentenças a partir do caso *Almonacid Arellano versus Chile*.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre De-

¹² AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Curso de Direito Internacional Público. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹³ VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional Público. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁴ REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 106.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 5ª ed – revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018b, p. 35.

¹⁶ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017.

¹⁷ *Op. Cit.*

¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. *Revista IIDH*, vol. 64, p. 11-32, 2016.

¹⁹ BAZÁN, Victor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 19, Madrid, p. 25-70, 2015.

rechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha lecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁰

No precedente, a Corte Interamericana de Derechos Humanos establece ser dever do Poder Judiciário realizar uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas aplicáveis aos casos concretos e as disposições da Convenção Americana de Derechos Humanos, devendo os juízes considerar não apenas o tratado, mas também a interpretação feita pela própria Corte Interamericana. Também, no ano de 2006, a Corte Interamericana de Derechos Humanos, ao julgar o caso *Trabajadores Cesados del Congreso versus Peru*, tratou, novamente, do controle de convencionalidade ao enfatizar que os juízes nacionais devem realizá-lo de ofício no âmbito de suas respectivas competências.

A expressão foi utilizada em outras sentenças com o passar dos anos. Miriam Henríquez Viñas²¹, em seu levantamento jurisprudencial, indica que, até dezembro de 2017, a Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizou a expressão controle de convencionalidade em 36 sentenças na competência contenciosa. Marcelo Torelly²², por sua vez, ao analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos, demonstra uma ampliação em relação aos sujeitos obrigados ao exercício do controle de convencionalidade. No caso *Almonacid Arellano versus Chile*, tratou-se, apenas, dos juízes e, em 2011, no julgamento do caso *Gelman versus Uruguai*, a Corte Interamericana de Derechos Humanos entendeu que toda autoridade pública deve realizar o controle de convencionalidade. De qualquer maneira, deve-se ressaltar que o controle de convencionalidade deve ser realizado de acordo com as competências das autoridades domésticas.

Assim, não apenas o Poder Judiciário está obrigado a realizar o controle de convencionalidade, mas

também os Poderes Executivo e Legislativo. Por isso, o controle de convencionalidade é, conforme explica Pablo González Domínguez²³, extenso, vertical e geral. Karlos Castilla Juárez²⁴, ao tratar da prática do controle de convencionalidade, explica que o Poder Executivo deve considerar as obrigações internacionais na organização e implementação de políticas públicas e demais atos do governo. Em relação ao Poder Legislativo, o controle de convencionalidade impõe a edição de normas compatíveis com os tratados internacionais.

No que tange ao Brasil, o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal enuncia que os direitos nela previstos não excluem aqueles decorrentes de tratados internacionais. Assim, todos os Poderes da República devem observar os direitos previstos no texto constitucional e nas convenções internacionais. Além de realizarem o controle de constitucionalidade, devem exercer o controle de convencionalidade. O Poder Executivo deve realizar o controle de convencionalidade, por exemplo, por meio do veto de projetos contrários aos tratados de direitos humanos, e o Poder Legislativo, por meio da atuação das Comissões de Constituição e Justiça, explicam Valério Mazzuoli²⁵ e Ingo Sarlet²⁶.

Que o controle de convencionalidade não é, por outro lado, um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. Não se pode olvidar que le-

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentença *Almonacid Arellano vs Chile*, 2006.

²¹ HENRÍQUEZ VINÁS, Miriam Lorena. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n.º 2, p. 337-361, 2018.

²² TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 1, p. 321-353, 2017.

²³ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios constitucionales* [online], vol.15, n.1, pp.55-98, 2017.

²⁴ CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, vol. 64, p. 87-125, 2016.

²⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 5ª ed – revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

gislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do art. 5º, 3º, da CF, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado — mesmo de acordo com o entendimento do STF — integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro.²⁷

A realização do controle de convencionalidade por parte de todos os Poderes é de fundamental importância para evitar a responsabilização internacional do Estado, conforme lembra Victor Bazán²⁸. O Estado poderá responder nesse contexto, portanto, por atos legislativos, administrativos e judiciais produzidos por quaisquer de seus órgãos, quando não tenham observado os tratados internacionais, pois o Estado é uno e indivisível perante o Direito Internacional²⁹. Portanto, pode-se dizer que “o direito internacional não considera as divisões políticas do Estado, mas entende o resultado das ações ou omissões do Estado como um todo.”³⁰

O Poder Executivo é apontado pela literatura como o maior responsável pela prática de atos ilícitos internacionais³¹. Assim, “todos os atos ilícitos internacionais praticados pelo Poder Executivo diretamente ou pelos seus funcionários e agentes, tanto no âmbito interno

como no âmbito internacional, são geradores de responsabilidade.”³². Deve-se ressaltar que responsabilização do Estado por atos do Poder Executivo poderá ocorrer mesmo quando o agente público era incompetente para a prática do ato, salvo quando a incompetência desse agente era tão notória que deveria ter percebido a pessoa lesada, explicam Valério Mazzuoli³³, Alberto do Amaral Júnior³⁴ e André de Carvalho Ramos³⁵.

A responsabilização internacional, em razão da conduta do Poder Legislativo, pode ocorrer em quatro situações: a) quando o Poder Legislativo edita leis contrárias à tratados internacionais já pactuados pelo país; b) quando o Poder Legislativo deixa de revogar lei contrária à tratado internacional; c) quando o Poder Legislativo revoga lei necessária à correta aplicação de tratado internacional; d) quando o Poder Legislativo deixa de aprovar lei necessária à correta aplicação interna do tratado internacional pactuado pelo próprio país.³⁶

Alberto do Amaral Júnior também apresenta a mesma argumentação:

o Poder Legislativo engendra a responsabilidade do Estado quando aprovar lei contrária à obrigação internacional anteriormente assumida, quando for ab-rogada lei interna que impeça a produção de efeitos de tratado em vigor, ou quando o Congresso não adotar a norma pertinente para garantir o cumprimento do acordo internacional já celebrado.³⁷

Portanto, o Poder Legislativo possui obrigações positivas e negativas. A obrigação positiva consiste em aprovar lei necessária à aplicação de tratado internacional, bem como revogar as disposições internas contrárias aos tratados internacionais. A obrigação negativa consiste em não aprovar lei contrária a compromisso internacional e não revogar as leis necessárias à aplicação interna do compromisso internacional. A responsabilização internacional do Estado por atos do Poder Legislativo também poderá ocorrer quando houver violação de costumes internacionais e princípios gerais do Direito Internacional e mesmo a participação do

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 112-113.

²⁸ BAZÁN, Victor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 19, Madrid, p. 25-70, 2015.

²⁹ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e as sanções possíveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 417.

³¹ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e as sanções possíveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a; GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a, p. 506.

³³ Op. Cit.

³⁴ Op. Cit.

³⁵ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e as sanções possíveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

³⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 331.

Poder Executivo na elaboração de uma lei contrária aos compromissos internacionais poderá levar à responsabilização.³⁸

Como se vê, a atuação do Parlamento tem um papel primordial de respeito para com as normas internacionais ratificadas pelo Estado, as quais prevalecem sobre a legislação ordinária interna e têm de ser respeitadas pelo Poder Legislativo, sem que isso signifique, em absoluto, o impedimento de sua atividade político-jurídica consistente na função de legislar. Em suma, nenhum Estado pode fugir ao cumprimento de suas obrigações internacionais sob o pretexto de violação do Direito interno. A razão para tal provém do fato de presumir-se que o Estado, antes de assumir qualquer obrigação internacional, observou as suas regras constitucionais para não levar outrem a erro.³⁹

A discussão acerca da responsabilização internacional do Estado por atos do Poder Legislativo traz um importante questionamento: a responsabilização se dá com a simples edição da lei ou é necessária à sua aplicação através de atos administrativos e judiciais? A literatura apresenta algumas considerações a respeito.

André de Carvalho Ramos explica que, em um primeiro momento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos diferenciava os atos do Poder Legislativo em lei de aplicação imediata e lei de aplicação mediata ou indireta. As leis de aplicação mediata ou indireta estão sujeitas à regulamentação posterior e, por isso, não haveria uma violação imediata, exigindo-se a existência de violações concretas por parte destas leis. Por outro lado, em relação às leis de aplicação imediata, a mera aprovação pode levar à responsabilização internacional do Estado.

Contudo, após o caso *Suárez Rosero vs Equador*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a entender que a violação ao direito internacional ocorreria mesmo sem a aplicação da norma interna, ou seja, “o Estado é, assim, responsável pelos atos do legislador, mesmo quando não realizada qualquer medida concreta de aplicação da citada norma. Basta a possibilidade de aplicação da lei.”⁴⁰

E, no caso de ausência de lei, a responsabilidade do Estado também é concretizada, tendo em vista

o seu dever de assegurar os direitos humanos. Busca-se, com isso, o aumento da proteção ao indivíduo, já que a mera edição de lei (autoaplicável ou não) demonstra uma violação da obrigação internacional de prevenção, não devendo ser esperada a concretização do dano ao particular.⁴¹

Valério Mazzuoli⁴², por sua vez, também leciona que a aprovação de uma lei contrária a compromissos internacionais já pode gerar a responsabilização internacional do Estado, não sendo necessária a existência de danos concretos, pois com a entrada em vigor da lei todos são potencialmente atingidos por ela. Ademais, o referido autor também faz menção à Opinião Consultiva n.º 14 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo esta deixado claro que a criação de uma lei contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos constitui uma violação à própria Convenção capaz de gerar a responsabilização internacional do Estado em questão.

De qualquer forma, o Poder Legislativo, em toda a sua atuação deve considerar os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, inclusive quando analisar Medida Provisória editada pelo Presidente da República. Sendo assim, é importante tecer algumas considerações acerca do processo de elaboração das medidas provisórias e posteriormente apresentar os principais aspectos da Medida Provisória n.º 936/2020.

4 Considerações acerca do processo de elaboração das medidas provisórias

A medida provisória é um ato normativo previsto na Carta Constitucional, editado pelo Presidente da República, com força de lei, resulta na criação de direitos e obrigações. A medida provisória é publicada no *Diário Oficial da União* e, a partir desse momento, ocorre a inovação do ordenamento jurídico. Logo após a edição, o Chefe do Poder Executivo deve submeter, imediatamente, o ato ao Congresso Nacional, cuja atribuição é convertê-la ou não em lei.

³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a, p. 509.

⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e as sanções possíveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 173-174.

⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e as sanções possíveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 174.

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

No que diz respeito à Constituição Federal de 1988, o art. 62 dispõe sobre tal matéria, e apresenta, em seu *caput*, os dois pressupostos para a edição de tal ato, quais são: urgência e relevância da matéria. Vale ressaltar que o Presidente da República deve se atentar a tais requisitos, uma vez que o Congresso Nacional apreciará se estão presentes esses dois requisitos dentro do seu contexto de edição.

Após a medida ser publicada, o Presidente do Congresso Nacional designará uma Comissão Mista, composta por 12 Senadores e 12 Deputados Federais, tendo o mesmo número de suplentes. Essa Comissão tem a incumbência de analisar previamente os pressupostos constitucionais de relevância e urgência, de mérito e de adequação financeira e orçamentária. Alexandre de Moraes⁴³ expõe que a Comissão analisará o mérito, independentemente de cumprir os pressupostos constitucionais.

A referida Comissão realiza a apreciação constitucional da medida provisória, verificando se está em conformidade com a Magna Carta. Logo, tal Comissão realiza controle prévio legislativo de constitucionalidade. Após a formação da Comissão, são eleitos o seu Presidente e o Vice-Presidente, pertencentes a Casas diferentes. No tocante ao cargo de Presidente, esse tem a prerrogativa de indeferir, de forma liminar, as emendas que são alheias à redação original da Medida Provisória.

O Relator da Comissão apresentará o parecer a ser votado, e, caso haja a aprovação, ele constituirá o parecer definitivo da Comissão Mista sobre o ato normativo. Somente após a averiguação supramencionada, a medida será encaminhada para a votação das Casas do Poder Legislativo.

Conforme preceitua o § 9º do art. 62 da Constituição Federal, a votação se inicia na Câmara dos Deputados, com o quórum necessário indicado no art. 47 da Constituição Federal. Deve-se ressaltar que a deliberação de cada uma das Casas do Poder Legislativo Federal deve ser feita após juízo prévio sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais, conforme o artigo 62, § 5º, do texto constitucional. Em relação à votação, em caso de aprovação, seja integral ou com alteração do texto original, a medida será encaminhada

ao Senado Federal. Por outro lado, no caso de rejeição, ocorrerá o arquivamento da medida.

No Senado, o quórum de aprovação permanece variando as consequências do escrutínio da Casa. Havendo rejeição, a tramitação e a vigência da medida provisória estarão acabadas, sendo esta, arquivada. Por outro lado, os demais resultados referem-se à aprovação do ato. A variante diz respeito ao caso de alterações ao texto da medida. Há, apenas, um caso de aprovação sem alterações, e nessa situação, a medida é convertida em lei ordinária.

Na hipótese de haver mudanças no texto, deve-se observar qual Casa modificou o texto, propondo o Projeto de Lei de Conversão (PLV). Na hipótese de proposição do PLV por parte da Câmara dos Deputados, deve-se aguardar a deliberação do Senado Federal a esse respeito. Havendo aprovação do PLV sem alterações, o texto será encaminhado ao Presidente da República, o qual ficará responsável pela sanção ou veto. De outra parte, se o Senado apresentar alterações de mérito a respeito do PLV, a matéria retorna à Câmara dos Deputados, que deliberará sobre as emendas propostas. Outra possibilidade existente diz respeito à aprovação da Medida Provisória, preferindo o texto original do que o PLV. Nesse caso, a decisão retorna à Câmara, que deliberará sobre a medida. Na hipótese de o Senado Federal aprovar um novo projeto de lei de conversão, a matéria será encaminhada à Câmara para deliberar sobre o novo PLV.

Nas hipóteses de retorno da discussão à Câmara dos Deputados, esta poderá aprovar as emendas ao projeto de lei de conversão, o novo PLV ou a medida provisória. As deliberações envolvendo PLV serão encaminhadas para a sanção do Presidente da República. Na hipótese de aprovação do texto original, sua consequência já foi supracitada.

No tocante ao mérito da medida provisória, a Constituição Federal, com a publicação da Emenda Constitucional 32/2001, preconizou inúmeras vedações, as quais estão listadas no § 1º do art. 62. Vale ressaltar algumas, como: matérias reservadas à lei complementar, matéria relativa à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros. Outra vedação importante existente na Carta Maior refere-se à reedição, na mesma sessão legislativa, de medida que já perdeu eficácia por decor-

⁴³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

so do prazo ou foi rejeitada pelas Casas do Congresso Nacional.

Quanto aos prazos fixados pela Constituição, a medida tem eficácia de 60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, conforme o § 7º do 62 da Constituição Federal. Ocorre a prorrogação caso a votação não esteja encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. A respeito desse intervalo, o artigo 62, § 6º apresenta o mecanismo de regime de urgência, a gerar o sobrestamento das pautas da Casa legislativa onde a medida provisória estiver. Trata-se de um mecanismo que busca agilizar o procedimento, pois um dos requisitos é a urgência. O regime de urgência inicia após 45 dias de vigência da medida provisória, desde que o ato normativo não seja apreciado em ambas as Casas. Esse regime dura até o término da votação da medida provisória.

Gilmar Mendes, em sua obra, expõe uma exceção prática a esse sobrestamento:

em 2009, a Presidência da Câmara dos Deputados, alarmada com a paralisação da Casa que o número excessivo de medidas provisórias acabava por provocar, em virtude do trancamento da pauta, decidiu que o sobrestamento das deliberações legislativas aludido no § 2º do art. 64 da Constituição somente se aplica a projetos de lei ordinária, que possam ser objeto de medida provisória. Além disso, entendeu que o sobrestamento determinado não prejudica senão as sessões ordinárias da Câmara.⁴⁴

Após as deliberações das Casas do Congresso Nacional, o resultado obtido gerará efeitos divergentes. No caso de perda de eficácia da medida não convertida em lei, compete ao Congresso Nacional, no prazo de 60 dias, publicar decreto legislativo para regular sobre as relações jurídicas decorrentes dessa. Caso o Congresso não publique o decreto dentro do prazo, ocorrerá a ultratividade da medida provisória, fazendo com que tais relações jurídicas sejam regidas pela mesma. No caso de aprovação do PLV com modificação do texto original da medida, este permanecerá vigente até a sanção ou veto do chefe do Poder Executivo. Caso o texto original for aprovado, ela será promulgada e convertida em lei ordinária pelo Presidente da Mesa do Congresso.

5 Principais aspectos da Medida Provisória n.º 936/2020

A Medida Provisória n.º 936/2020 estabelece o “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda” com o intuito de estipular formas para manter o emprego e a renda do trabalhador em meio ao cenário pandêmico. A solução encontrada por meio dessa medida foi proporcionar a possibilidade de haver a redução da jornada de trabalho e do salário do trabalhador proporcionalmente, ou a suspensão da jornada de trabalho desse, além da concessão do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEPER) como forma de auxiliar o trabalhador nessas circunstâncias.

A oportunidade de redução proporcional da jornada de trabalho e do salário do empregado, gerada pela Medida Provisória n.º 936/2020, é possível a partir do momento em que o empregador negocia com o trabalhador por meio de acordo individual ou por negociação coletiva tal redução, e somente poderá ser concedida em um prazo máximo de 90 dias.

Ao propor essa atenuação ao empregado, o salário-hora referente ao trabalho deve ser mantido e, para que tenha efeito a redução, deve haver antes o consentimento do trabalhador. Além disso, nos casos em que a restrição da jornada de trabalho e do salário forem feitos por meio de acordo individual, o trabalhador deverá ser informado com antecedência de dois dias sobre a redução a ser concedida.

Outros aspectos importantes são: a quantidade a ser reduzida da jornada de trabalho e do salário do trabalhador, quem pagará esse valor e como ocorrerá o restabelecimento do salário e da jornada anteriores. Em relação ao primeiro aspecto, a atenuação pode ser proporcional à 25%, 50% e 70%. Ademais, o valor que foi reduzido do salário do trabalhador será pago pelo Governo Federal e somente haverá o restabelecimento do antigo salário e jornada segundo as condições do artigo 7º, parágrafo único, da Medida Provisória n.º 936/2020:

Parágrafo único. A jornada de trabalho e o salário pago anteriormente serão restabelecidos no prazo de dois dias corridos, contado:

I – da cessação do estado de calamidade pública;

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1229.

II – da data estabelecida no acordo individual como termo de encerramento do período e redução pactuado; ou

III – da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sobre a sua decisão de antecipar o fim do período de redução pactuado.⁴⁵

Em relação à possibilidade de suspensão temporária do contrato de trabalho, a Medida Provisória n.º 936/2020 garante que durante o período de pandemia o empregador pode, através de um acordo individual escrito, negociar com o empregado a suspensão do contrato de trabalho em um prazo máximo de 60 dias, podendo esse período ser dividido em dois de 30 dias. Para que a cessação seja válida, o empregado deve ser informado sobre a ocorrência da suspensão no mínimo dois dias antes, sendo obrigatória a concordância do trabalhador.

Somado a isso, durante a suspensão, o trabalhador não receberá o salário, somente alguns benefícios como o vale-refeição. Porém, há uma exceção quando se trata de empresas com receita bruta superior a R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), pois nesses casos devem pagar 30% do salário do empregado quando esse tiver o contrato de trabalho suspenso.

Ademais, enquanto o contrato de trabalho do empregado estiver suspenso, esse não poderá prestar nenhuma forma de serviço para o empregador. Caso essa circunstância não seja cumprida, a suspensão será considerada nula e o empregador deverá pagar a remuneração e os encargos sociais desse período, podendo ainda sofrer outras sanções previstas em lei. Além disso, o restabelecimento do contrato de trabalho do empregado se dará sobre as mesmas condições expostas na redução do salário e da jornada de trabalho.

Em relação ao “Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda”, este será garantido tanto nos casos de redução de jornada e salário, quanto nos casos de suspensão do contrato de trabalho. A concessão será feita pela União, sendo somente paga a partir do momento em que o empregador comunicar, dentro do prazo de 10 dias, contados da celebração do acordo individual, a Secretaria do Trabalho, pertencente ao Ministério da Economia, sobre a redução ou suspensão.

cente ao Ministério da Economia, sobre a redução ou suspensão.

O valor a ser pago do benefício variará dependendo da situação apresentada. Caso haja a redução do salário e da jornada do trabalhador, o valor do benefício a ser pago será equivalente a quantia do Seguro Desemprego garantido para o empregado. Por outro lado, se ocorrer a suspensão do contrato de trabalho, a quantidade do benefício dependerá da receita bruta da empresa, particularmente, se esta foi superior ou inferior a R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), para, assim, determinar a porcentagem do seguro desemprego a ser pago ao trabalhador.

O pagamento do “Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda” será efetuado 30 dias após o empregador ter informado a Secretaria do Trabalho, pertencente ao Ministério da Economia. Somado a isso, alguns trabalhadores não possuirão esse benefício como garantia pelo motivo de estarem recebendo alguma vantagem da Previdência Social, ou por estarem ganhando uma bolsa de qualificação profissional oferecida em alguns casos de suspensão de contrato de trabalho. Além disso, deve-se salientar que as possibilidades que a Medida Provisória n.º 936/2020 trazem para o empregador e trabalhador podem ser propostas por meio de acordos individuais e convenções ou acordos coletivos. Porém, há algumas regras a serem seguidas.

Para haver a redução da jornada de trabalho e do salário do trabalhador por meio de celebração de acordo individual entre o empregador e o trabalhador, o empregado deverá receber salário com o valor de até R\$ 3.135,01 (três mil cento e trinta e cinco reais e um centavo); ou ter redução de até 25 % do salário. Este não deve ser inferior a R\$ 3.135,01 (três mil cento e trinta e cinco reais e um centavo) e superior a R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos); ou ser um trabalhador com diploma de nível superior e que possui um salário igual ou superior R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos).

Por outro lado, a suspensão temporária do contrato de trabalho acontecerá por meio de acordo individual no caso de o trabalhador ser hipersuficiente, ou seja, possuir um salário equivalente a R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos), tendo, ainda, um diploma de nível superior, e quando o empregado tiver um salário no valor de até R\$ 3.135,01 (três mil

⁴⁵ BRASIL. Medida Provisória no 936, de 1 de abril de 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8083692&ts=1601643145400&disposition=inline>>. Acesso em: 5 out 2020.

cento e trinta e cinco reais e um centavo). Porém, para que os acordos individuais tanto da redução quanto da suspensão sejam válidos, os empregadores deverão comunicar sobre a celebração destes ao sindicato laboral competente dentro de um prazo de 10 dias.

Quando se trata da aplicação da redução e da suspensão, tratadas anteriormente, por meio de convenções ou acordo coletivos, deve-se atentar que, nesse caso, haverá a intermediação do sindicato e que essa forma de convenção ou acordo será obrigatória em algumas ocasiões, como na situação de o trabalhador não possuir diploma de ensino médio e receber salário com um valor igual ou superior a R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos); ou em caso específico da redução, que ocorre quando o empregado tiver redução equivalente à 50% ou 70% do salário, e este ter um valor entre R\$3.135,01 (três mil cento e trinta e cinco reais e um centavo) e R\$12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos).

Porém, todas essas regras para a realização de acordos individuais e convenções ou acordos coletivos sofreram algumas mudanças quando a Medida Provisória n.º 936/2020 foi convertida em lei, se tornando a Lei Ordinária n.º 14.020/2020. As alterações realizadas nos acordos individuais foram relativas à possibilidade de reduzir o limite salarial em alguns casos para a validação desse acordo e novas hipóteses de realização de acordo individual, como no caso de empregados aposentados que antes não tinham essa possibilidade. Juntamente a isso, as convenções ou acordos coletivos também tiveram mudanças na sua execução, podendo a realização desta por todos os empregados.

6 Análise da Medida Provisória n.º 936/2020 pela Comissão Mista do Congresso Nacional

Como exposto anteriormente no presente artigo, no momento da publicação da medida provisória, essa é encaminhada ao Congresso Nacional, que constitui uma Comissão Mista, formada por senadores e deputados federais para que se analise se a medida cumpre com os pressupostos constitucionais retratados. Esse procedimento foi realizado pela Comissão Mista na Medida Provisória n.º 936/2020, em que verificaram primeiramente se a medida provisória respeitava os

pressupostos constitucionais de relevância e urgência indicados no *caput* do artigo 62 da Constituição Federal de 1988. Além disso, a Comissão observou se a Medida Provisória n.º 936/2020 obedecia às regras exigidas no § 5º do artigo 62 da Constituição Federal de 1988, e se não apresentava nenhuma das vedações expostas no § 1º, inciso I ao IV do mesmo artigo, bem como se não possuía nenhuma reedição rejeitada ou sem eficácia.

Em um segundo momento do parecer elaborado pela Comissão Mista, verificou-se a adequação financeira e orçamentária da Medida Provisória n.º 936/2020, ou seja, qual o impacto fiscal desta e se obedece às normas orçamentárias e financeiras vigentes, para assim haver o equilíbrio das metas fiscais. Ademais, foi observado que, por essa medida provisória estar em vigor durante um estado de calamidade pública, não haveria a necessidade de atingir resultados fiscais.

Um último ponto de análise da Comissão Mista foi relacionado ao mérito da Medida Provisória n.º 936/2020. A referida Medida Provisória, conforme ressaltado pela Comissão Mista, apresenta possibilidades para reduzir o impacto negativo que a pandemia proporcionaria ao setor trabalhista, como discorrido de forma ampla no presente artigo. De acordo com o parecer da Comissão Mista, 12 milhões de brasileiros poderiam ficar desempregados sem a propositura dessa medida.

Juntamente a isso, foram feitas considerações sobre a criação do Projeto de Lei de Conversão (PLV) n.º 15, de 2020, proposto pela Câmara dos Deputados com o intuito de prover mudanças ao texto do ato normativo supramencionado, uma vez que o estado de calamidade pública iria se perdurar por mais tempo do que se esperava. Quanto ao voto da Comissão Mista sobre essa medida provisória, a comissão utilizou como arrimo o PLV e algumas emendas que foram acolhidas, para determinar a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade da Medida Provisória n.º 936/2020.

Contudo, mesmo a Comissão Mista analisando tantos pontos importantes dessa medida provisória, faltou realizar algo de muita relevância explicado com mais afinco no presente artigo: o controle de convencionalidade. Esse controle deveria ocorrer, pois a Medida Provisória n.º 936/2020 está totalmente ligada ao Direito do Trabalho, considerado um direito social, e,

consequentemente, inserido no *rol* de direitos humanos. Sendo assim, as convenções internacionais terão *status* de suprallegalidade, estando abaixo da Constituição Federal de 1988 e acima das demais leis.

Todos os órgãos do Estado, conforme explicado anteriormente, devem realizar o controle de convencionalidade, inclusive o Poder Legislativo. O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que deveriam ser levados em consideração quando a Comissão Mista do Congresso Nacional analisou a Medida Provisória 936/2020. O parecer da Comissão Mista sequer fez menção aos tratados internacionais aplicáveis ao caso. Os tratados e convenções não são meras recomendações, são vinculantes e devem ser observados por toda autoridade internamente.

Se o controle de convencionalidade fosse feito, o Poder Legislativo perceberia que a Medida Provisória n.º 936/2020 é incompatível com duas convenções da OIT: as convenções n.º 98 e n.º 154. A primeira trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva. A segunda é referente ao fomento à negociação coletiva. Vale ressaltar ser o Brasil signatário das duas convenções, sendo, então, obrigatório o seu cumprimento, pois com a promulgação pelo Chefe do Executivo, passaram a fazer parte do ordenamento jurídico interno com *status* de suprallegalidade.

O art. 4 da Convenção n.º 98 prevê:

Art. 4 – Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.⁴⁶

Somada a isso, a Convenção n.º 154, no seu art. 5, dispõe que:

Art. 5 – 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que:

a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção;

b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem os anexos a, b e c do artigo 2 da presente Convenção;

c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores;

d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas;

e) os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva.⁴⁷

Quanto aos dispositivos supracitados, é visível a intenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em fazer que o legislador brasileiro fomenta, promova ou estimule o pleno desenvolvimento e utilização da negociação coletiva. A análise do mérito da Medida Provisória 936/2020 mostra que, em diversos pontos mencionados no capítulo referente ao texto da medida, o legislador possibilitou o acordo individual, e não promoveu o desenvolvimento dos instrumentos coletivos. Logo, não houve observação das convenções para a edição da Medida Provisória, sendo, então, uma falha cometida pelo Poder Executivo Federal e ratificada pela Comissão Mista do Congresso Nacional.

No que diz respeito ao parecer da Comissão Mista, este apresenta que, caso haja celebração de algum instrumento de negociação coletiva, e haja normas conflitantes entre o acordo individual já pactuado e o instrumento, deverão ser observadas duas regras. A primeira refere-se à aplicação das condições estipuladas no acordo individual em um momento anterior à convenção coletiva ou ao acordo coletivo. Já a segunda determina que, após a validade e vigência do instrumento coletivo, o texto dessa prevalecerá sobre as condições do acordo individual, quando houver conflito. Há a ressalva que, se as disposições da conciliação entre empregador e empregado forem mais benéficas que a da negociação coletiva, aquelas prevalecerão.

Mais uma vez se observa que não houve a intenção do legislador em promover, estimular ou fomentar a negociação coletiva. Vale ressaltar que a Comissão Mista do Congresso Nacional se volta à prevalência

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 98. 1949.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 154. 1981.

dessa sobre o acordo quando é estipulada futuramente, porém, não há qualquer forma de estímulo aos instrumentos coletivos. Logo, a Comissão, na análise feita, não observou as convenções da OIT, não exercendo o controle de convencionalidade.

O Poder Legislativo tem papel fundamental para a prevenção da responsabilização internacional do Estado por edição de atos normativos contrários aos tratados e convenções internacionais. A Comissão Mista do Congresso Nacional, ao sequer levar considerar as convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil e aplicáveis à Medida Provisória n.º 936/2020, não cumpriu o seu dever de realização do controle de convencionalidade preventivo, fato grave a ensejar a responsabilização internacional do país.

7 Considerações finais

A pandemia da Covid-19 tem exigido de todas as autoridades públicas a adoção de medidas voltadas ao seu enfrentamento. O distanciamento social, aliado ao fechamento por longos períodos de diversos estabelecimentos, apesar de extremamente necessários para a preservação de vidas, impactou, de forma significativa, a economia de todos os países. A realidade não é diferente no Brasil, país subdesenvolvido com economia marcada por grande informalidade. O governo federal, mesmo diante do negacionismo do Chefe do Poder Executivo e das sucessivas trocas no comando do Ministério da Saúde, editou novas normas no intuito de preservar a economia e auxiliar os trabalhadores. Assim, alterações foram feitas na legislação trabalhista por meio da Medida Provisória n.º 936/2020, conforme explicado ao longo do artigo.

Contudo, mesmo em períodos atípicos como vivemos na pandemia, devem-se criar normas compatíveis com a Constituição Federal e com os tratados internacionais ratificados pelo país. Em relação às normas internacionais, demonstrou-se que toda autoridade deve realizar o denominado controle de convencionalidade, cabendo ao Poder Legislativo realizar tal verificação de forma preventiva, ou seja, durante o processo legislativo. A atuação do Poder Legislativo em relação ao controle de convencionalidade é de fundamental importância para evitar a responsabilização do Estado

pelo descumprimento dos compromissos internacionais por ele assumidos.

No caso da Medida Provisória n.º 936/2020 demonstrou-se que a Comissão Mista do Congresso Nacional em momento algum realizou o controle de convencionalidade. Não há, no parecer do referido órgão, nenhuma menção às convenções da Organização Internacional do Trabalho aplicáveis à matéria. Trata-se de uma falha grave do Congresso Nacional, pois deveria ter atuado como garantidor do cumprimento das normas internacionais ratificadas pelo país.

Por meio do parecer analisado, não é possível explicar os motivos da não realização do controle de convencionalidade pelo Poder Legislativo. De qualquer forma, duas hipóteses podem ser veiculadas. Os parlamentares não têm conhecimento do controle de convencionalidade e da obrigatoriedade das normas internacionais ou não analisaram a compatibilidade da Medida Provisória n.º 936/2020 com as convenções internacionais de forma intencional, pois, se a verificação tivesse sido realizada, seria constatada a incompatibilidade com as Convenções n.º 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho.

As duas hipóteses são lamentáveis. Se houve desconhecimento por parte dos parlamentares, compete ao Congresso Nacional realizar a capacitação dos seus membros acerca da temática. Por outro lado, se houve uma omissão deliberada a fim de garantir a conversão da medida provisória em lei, ressalta-se que a pandemia não pode ser utilizada como pretexto para a retirada de direitos fundamentais e como justificativa para o não cumprimento das normas internacionais. As normas internacionais não são meros conselhos ou sugestões. Normas internacionais são normas jurídicas, vinculantes e, por isso, devem ser cumpridas por todos os órgãos estatais. Não faz sentido o Brasil ratificar as convenções da Organização Internacional do Trabalho e, posteriormente, ignorá-las em relação à elaboração de atos normativos e à formulação de políticas públicas, inclusive em períodos atípicos como em uma pandemia.

Referências

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Curso de Direito Internacional Público. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BAZÁN, Victor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 19, Madrid, p. 25-70, 2015.
- BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 29 jun 2020
- _____. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo7>. Acesso em: 14 set 2020
- _____. Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm>. Acesso em 16 set 2020
- _____. Medida Provisória no 936, de 1 de abril de 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8083692&ts=1601643145400&disposition=inline>>. Acesso em: 5 out 2020
- _____. Plenário. Do parecer sobre o Projeto de Lei de Conversão nº 15, de 2020, oriundo da Medida Provisória nº 936, de 2020, que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Relator: Senador Vanderlan Cardoso. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8121524&ts=1601643213961&disposition=inline>>. Acesso em: 22 de set de 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença Almonacid Arellano vs Chile, 2006.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. **Estudios constitucionales** [online], vol.15, n.1, pp.55-98, 2017.
- GUERRA, Sidney. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH**, vol. 64, p. 87-125, 2016.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.
- _____. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 5ª ed – revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.
- MENDES, G. F. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, A. de. Direito Constitucional. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração de Filadélfia. 1944.
- _____. Constituição da Organização Internacional do Trabalho. 1946.
- _____. Convenção n. 98. 1949
- _____. Convenção n. 154. 1981
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 10ª ed. Salvador: JusPO-DIVM, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e as sanções possíveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- RAMOS, André de Carvalho. Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. **Revista IIDH**, vol. 64, p. 11-32, 2016
- REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017.

TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 1, p. 321-353, 2017.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HENRÍQUEZ VINÁS, Miriam Lorena. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 45, n° 2, p. 337-361, 2018.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A critical analysis of the
implications of Covid-19 on
piracy off the Nigerian coast**

**Uma análise crítica das
implicações da Covid-19 sobre
pirataria na costa nigeriana**

Kalu Kingsley Anele

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

A critical analysis of the implications of Covid-19 on piracy off the Nigerian coast*

Uma análise crítica das implicações da Covid-19 sobre pirataria na costa nigeriana

Kalu Kingsley Anele**

Abstract

This paper analyses the implications of Covid-19 to piracy in Nigeria and suggests measures to suppress the crime. The paper dialectically interrogates the the land-based causes of piracy in Nigeria. Further, the paper critically analyses legal instruments, data, and scholarly publications to determine the effects of Covid-19 to piracy in Nigeria. The review reveals that the emergence of Covid-19 significantly aggravated some of the onshore causes of piracy, like poverty. Nonetheless, data suggests that the number of piratical acts has not increased in Nigeria yet. This is due to the Covid-19 preventive measures imposed by the Nigerian government, such as restriction of movement on land and on the sea. Notwithstanding that Covid-19 may not have increased the number of piracy incidences in Nigeria, there is a possibility of a spike in the number of piratical attacks in Nigerian waters post-Covid-19, after the suspension of the Covid-19 countermeasures. This is because the emergence of Covid-19 has escalated the onshore causes of piracy and the movement restrictions on land and on the sea have been lifted. Moreover, Nigerian counterpiracy efforts have been significantly unproductive in the past due to the dearth of maritime domain awareness, weak piracy institutional regime, among others. This research suggests, inter alia, that finding lasting solutions to the onshore causes of piracy, the cultivation of the political will by the Nigerian government to curb piracy, and strengthening the piracy legal regime and institutional framework are key to curbing piracy off the Nigerian waters during and post-Covid-19.

Keywords: Piracy; Covid-19; Nigeria; SPOMO Act; LOSC.

Resumo

Este artigo analisa as implicações do Covid-19 para a pirataria na Nigéria e sugere medidas para suprimir o crime. O jornal interroga dialeticamente as causas terrestres da pirataria na Nigéria. Além disso, o documento analisa criticamente os instrumentos legais, dados e publicações acadêmicas para determinar os efeitos do Covid-19 na pirataria na Nigéria. A análise revela que o surgimento da Covid-19 agravou significativamente algumas das causas da pirataria em terra, como a pobreza. No entanto, os dados sugerem que o número de atos de pirataria ainda não aumentou na Nigéria. Isso se deve às medidas preventivas da Covid-19 impostas pelo governo nigeriano,

* Recebido em 31/01/2021
Aprovado em 13/07/2021

** Doctor of Law, Korea Maritime and Ocean University, Busan, South Korea; Master of Law, University of Lagos, Nigeria; Professor of Local Culture and Creative Economy at Cultural Heritage Preservation Research Institute, Pusan National University.
E-mail: kkanele@gmail.com

como a restrição de movimentos em terra e no mar. Apesar de a Covid-19 não ter aumentado o número de incidentes de pirataria na Nigéria, existe a possibilidade de um aumento no número de ataques piratas em águas nigerianas pós-Covid-19, após a suspensão das contra-medidas da Covid-19. Isso ocorre porque o surgimento da Covid-19 aumentou as causas da pirataria em terra e as restrições de movimento em terra e no mar foram suspensas. Além disso, os esforços de contra-pirataria da Nigéria foram significativamente improdutivos no passado devido à falta de consciência do domínio marítimo, regime institucional de pirataria fraco, entre outros. Esta pesquisa sugere, entre outras coisas, que encontrar soluções duradouras para as causas da pirataria em terra, o cultivo da vontade política por parte do governo nigeriano para conter a pirataria e o fortalecimento do regime jurídico da pirataria e da estrutura institucional são fundamentais para conter a pirataria nas águas nigerianas durante e após a Covid-19.

Palavras-chave: Pirataria, Covid-19, Nigéria, Lei SPOMO, LOSC

1 Introduction

Though many scholarly papers have interrogated the issue of piracy in Nigeria,¹ particularly its impact on the country's economy,² specifically the oil industry,³ the fishing industry,⁴ transportation,⁵ the tourism

sector,⁶ and the implementation of regional economic agreements,⁷ this paper focuses on the implication of Coronavirus (Covid-19) on piracy in the country. It is significant to note that the emergence of Covid-19 has not stopped piratical attacks off the Nigerian coast as shown in Tables 1-3 below. Again, the emergence of Covid-19 aggravated the onshore causes of piracy in Nigeria, such as poverty and unemployment. However, data shows that piratical acts has not necessarily increased in Nigeria, from 1 January – 31 December 2020 compared to the same period in 2019, including the first quarter (1Q) of 2021 compare to the same period in 2019 (see Tables 1 and 2 below).

Despite the absence of a spike in piratical acts in Nigeria, piracy activities will skyrocket post-Covid-19 in Nigeria, long after the removal of the movement of persons restriction on land and permission of vessels to ply the waters of the country as Covid-19 is contained and the Covid-19 vaccine developed. It is further observed that, perhaps, while the measures imposed to stop the spread of Covid-19, such as the restriction of movement on land and the sea, may have prevented the occurrence of piratical acts, the exacerbation of onshore causes of piracy by the pandemic would lead to a spike in the number of piratical acts off the coast of Nigeria post-Covid-19 as more poverty-stricken and unemployed youths may become pirates. Additionally, the absence of maritime domain awareness and weak institutional regime will contribute to the spike in the number of piratical acts off the coast of Nigeria. Consequently, this paper will play a significant role in addressing piracy in Nigeria during and post-Covid-19 era. Hence, the paper will reiterate the need to enhance Nigeria's maritime domain awareness, strengthen the piracy legal and institutional frameworks, and advocate for the introduction of productive economic policies that would create jobs and enhance infrastructure development, such as building of well-equipped hospitals. Again, Nigerian government must engage in the cleaning of polluted environment in the Niger Delta region, where oil is exploited in the country, and cultivate the

impacts to maritime transportation and maritime security. *Journal Of Asian Development*, n. 4, n. 2, p. 1-43, doi:10.5296/jad.v4i2.13124, 2018.

⁶ ANELE, K. Kalu. Addressing the Issues of Piracy off Indonesia and Nigeria. *the indonesian journal of international & comparative law*, v. VII, p. 217-237, 2020.

⁷ ANELE, K. K., The Potential Impact of Piracy on ACFTA: A Nigerian Perspective, *supra* note 3, p. 5-25.

¹ ANELE, K. Kalu. Harvest of Arrests but no Prosecution: Ideation Toward Strengthening the Legal Regime for Prosecuting Pirates in Nigeria. *Commonwealth Law Bulletin*, v. 46, n. 4, p. 611-639, DOI:1080/03050718.2020.1774402, 2020 and SCHNEIDER, Patricia. When Protest goes to Sea: Theorizing Maritime Violence by Applying Social Movement Theory to Terrorism and Piracy in the Cases of Nigeria and Somalia. *Ocean Development & International Law*, p. 1-24, 2020. <https://doi.org/10.1080/00908320.2020.1781383>.

² NVALOZIE, J. Chijioko. Exploring Contemporary Sea Piracy in Nigeria, the Niger Delta and the Gulf of Guinea. *Journal Of Transportation Security*, 2020. <https://doi.org/10.1007/s12198-020-002180y>.

³ ANELE, K. Kalu. The Potential Impact of Piracy on ACFTA: A Nigerian Perspective. *JOURNAL OF Territorial And Maritime Studies*, v. 8, n. 1, p. 15-16, DOI:10.2307/JTMS.8.1.5, 2021.

⁴ NWOKEDI, Theophilus. et al. Assessment of Sea Piracy and Armed Robbery in Nigeria Industrial Trawler Fishery Sub-sector of the Blue Economy. *Journal Of Eta Maritime Science*, v. 8, n. 2, p. 114-132, 2020 and USMAN, Abdullahi. et al. Impact of Piracy and Sea Robberies on Fishing Business in Nigeria: A Focus on Lagos Coastal Area. *Review Of International Comparative Management*, v. 20, n. 4, p. 396-408, 2019.

⁵ OFOSU-BOATENG, R.L. Nana. Piracy in the Gulf of Guinea:

political will to curb piracy, especially the prosecution of pirates, corrupt government officials, and other sponsors of piracy in the country.

Some of the limitations in this research include the absence of funds to conduct field research and interviews with relevant parties, like ship owners. It is significant to note that due to restrictions on movement imposed as a result of the spread of Covid-19, this research relies on a dialectical analysis of primary materials, like legal instruments, and secondary materials - such as scholarly papers and text books to reach its conclusion. Further, the data reviewed in determining the number of piratical acts during this aeon of Covid-19 in Nigeria would be derived from the International Maritime Bureau (IMB) piracy reports for 2020, the third quarter (3Q) of 2020, and 1Q of 2021. More importantly, due to the limitations in the definition of piracy under international law, like the high sea principle, this paper adopts the piracy definition that includes both violent attacks on ships on the high seas (including the exclusive economic zone) and the territorial waters of Nigeria, as incorporated in the Nigerian Suppression of Piracy and Other Maritime Offences (SPOMO) Act 2019, sections 3-4.⁸ This position is strengthened by Schneider's suggestion that the definition of piracy that includes armed robbery against a ship in the territorial waters of a coastal state could be more useful in understanding piracy, specifically, through data analysis⁹ and Denton and Harris who opine that the use of piracy definition that includes both the high seas and the territorial waters arises from the safety and security threat posed by the crime.¹⁰

The paper critically reviews available data to determine the impact of Covid-19 on piracy off the coast of Nigeria by dialectically analysing the convergence of piracy and Covid-19 in terms of their socioeconomic and humanitarian impacts. This is achieved by first highlighting some of the root causes of piracy and how

Covid-19 directly interact with them. In relation to conceptual clarifications, the history, nature, consequences, and legal regime of piracy in Nigeria are interrogated, and thereafter the emergence of Covid-19 in Nigeria is reviewed. Having analysed both concepts, the paper delves into the kernel of the study by addressing the issue of piracy off the coast of Nigeria during Covid-19 through data analysis to determine whether the pandemic impacted on the crime off the country's coast. The data contained in the various piracy reports used in the study (IMB Piracy Reports for 2020, 3Q 2020 and 1Q 2021) reveal that coronavirus may not have exacerbated piracy in Nigeria at the moment because of the land-based movement of person restriction policy, docking of local vessels for quarantine, and banning of international vessels from operating in Nigerian waters. The paper also comparatively analyses the effect of Covid-19 in other piracy hotspots in the world to buttress its hypothesis. Nevertheless, the paper opines that piracy acts in the waters of Nigeria may increase post-Covid-19 due to the removal of the piracy prevention measures and the heightened level of the onshore causes of piracy aggravated by the pandemic. For instance, due to Covid-19, the economic recession in Nigeria has worsened, poverty and unemployment have increased, prices of foodstuffs have gone up, government corruption and misappropriation of public funds are rampant, and violence pervades all the regions in the country.

Further, the enforcement of piracy legal regime is weak due to the dearth of maritime domain awareness occasioned by infrastructure deficit and institutional limitations, and the absence of political will by the Nigerian government to curb piracy. Therefore, the absence of maritime domain awareness, weak piracy institutional regime, the lack of political will by the government of Nigeria to curb piracy, the removal of the Covid-19 counter-measures due to the availability of vaccine, and the need to rejig the economy as well as restore normalcy in the social lives of Nigerians would lead to an increase in the number of pirates and piratical acts off the Nigerian coast. To find the solution to piracy during and post-Covid-19 in Nigeria, the paper suggests measures to tackle the crime, such as finding solutions to land-based causes of piracy that were worsened by Covid-19, enhanced maritime domain awareness, and strengthening piracy legal regime and institutional framework. The paper also maintains that the government of Nigeria must cultivate the political will to curb piracy

⁸ See the United Nations Convention on the Law of the Sea (LOSC), adopted 10 December 1982, (entered into force 16th November 1994) 1833 UNTS 3, article 101 and the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigations, adopted 10 March 1988, (entered into force 1 March 1992) 1678 UNTS 221, art. 3.

⁹ SCHNEIDER, P. *supra* note 1, p. 2.

¹⁰ DENTON, L. Ginger; HARRIS, R. Jonathan. The Impact of Illegal Fishing on Maritime Piracy: Evidence from West Africa. *Studies in conflict & terrorism*, p. 3, 2019. DOI:10.1080/1057610X.2019.1594660.

during and after Covid-19 by practicing good governance, eschewing corruption and prosecuting corrupt government officials, preventing the misappropriation of public funds, among others.

2 A panoramic view of the convergence of piracy and Covid-19

It is common knowledge that the oil and gas industry plays a crucial role in the economic development of Nigeria. While the industry represents a relatively moderate percentage of the Nigerian gross domestic production (GDP), the oil industry is critical in preparing for the country's budget, "contributes to the provision of basic services from security to health and education, and to service foreign debt".¹¹ Aside from the exploitation of crude oil in the waters of Nigeria that requires oil tankers to transport crude oil and refined products - such as Premium Motor Spirit (PMS) - there are vessels that engage in supply services to the offshore oil rigs off the coast of the country.¹² Additionally, Nigeria imports most of its finished goods, exports raw materials, and engages in fishing.¹³ Aside from adversely affecting transactions in these economic sectors, these activities have led to heavy vessel traffic in the waters of Nigeria; thereby providing an enabling environment for pirates to operate.¹⁴

¹¹ Covid-19 and the Nigerian Oil and Gas Sector – Impact on the Nigerian Economy and Key Mitigation Measures. Available at: <http://www.opml.co.uk/files/Projects/a0773-covid-19-nigerian-oil-sector.pdf?noredirect=1>. Accessed on: 3 December 2020.

¹² ANELE, K. K. Addressing the Issues of Piracy off Indonesia and Nigeria. *Supra* note 6, p. 247.

¹³ For detailed assessment of the impact of piracy on the fishing industry in Nigeria, see generally, NWOKEDI, T. et al. *supra* note 4; USMAN, A. et al. *supra* note 4; EZEOZUE, Chidozie. Piratical Challenges in the Nigeria Ocean Space: Implications for National Security. *International Journal Of Research And Innovation In Applied Science*, v. IV, n. X, p. 58, 2019 and ADONGOI, Toakodi. et al. The Impact of Sea Robbery on Artisanal Fishing in Rural Settlements in Niger Delta Region of Nigeria. *INTERNATIONAL JOURNAL OF INNOVATION AND SUSTAINABILITY*, v. 1, p. 32-43, 2017. For the analysis of the effect of piracy on the importation of goods in Nigeria, see ADINGOI, Toakodi. et al. An Appraisal of Sea Robbery Control in Nigeria's Waterways: Lessons from Niger Delta Region. *International Journal Of Criminology And Sociology*, v. 8, p. 75, 2019.

¹⁴ Due to the incessant attacks by pirates off the coast of Nigeria, the waters of the country have been declared risky and dangerous for navigation. See ICC International Maritime Bureau (IMB) Piracy and Armed Robbery against Ships, Report for the Period 1 January – 31 March 2021, April 2020, (ICC/IMB Piracy Report for the 1Q 2020), p. 19, ICC/IMB Piracy and Armed Robbery against Ships,

It is significant to note that piracy is caused, galvanised, and sustained by poverty, unemployment, absence of good governance, corrupt political leaders, corrupt government officials as well as officials of maritime regulatory and security agencies, absence of maritime domain awareness, weak maritime enforcement agencies, and the absence of political will by the Nigerian government to curb piracy. Further, in Nigeria, piracy stems from political violence, activities related to resource control agitation, and the pollution of the environment in the oil-producing communities in the Niger Delta.¹⁵ In recent times, other sources of insecurity in Nigeria have sustained piracy off the country's coast as funds to curb piracy are channeled to curb insecurity in other parts of Nigeria.¹⁶ This has been exemplified by the wanton killings, kidnappings, and violent destruction of properties across the country,¹⁷ thereby exacerbating the factors that motivate the youths to become pirates. It is argued that the susceptibility of Nigeria to piracy means that disasters, like Covid-19, will exacerbate the factors that foster piracy in the country.

More pointedly, some of these factors, like poverty, unemployment, mismanagement of public funds and bad economic policies, have been made worse by the emergence of Covid-19 in Nigeria, especially the measures imposed on citizens to curb the spread of the virus. For illustrative purposes, the ban on international vessels without thermal screening kit from operating in Nigerian waters,¹⁸ the docking of vessels to quarantine

Report for the Period 1 January – 31 December 2020, January 2021, (ICC/IMB Piracy Report for 2020), p. 23 and ICC International Maritime Bureau (IMB) Piracy and Armed Robbery against Ships, Report for the Period 1 January – 30 September 2020, October 2020, (ICC/IMB Piracy Report for the 3Q 2020), p. 22. For the impact of piracy in those economic sectors in Nigeria, see generally, ANELE, K.K. The Potential Impact of Piracy on ACFITA, *supra* note 3.

¹⁵ ANELE, K. K., *ibid*, p. 13.

¹⁶ While the Niger Delta insurgency gave prominence to Nigerian piracy, the insurgent group, Gerakan Aceh Merdeka (GAM), elevated piracy in Indonesia. For detailed analysis of insurgency or terrorism as a precursor to piracy in Nigeria, see NWALOZIE, J. C., *supra* note 2 and SCHNEIDER, P. *supra* note 1, p. 8-10. For further reading on insurgency as the cause of piracy in Indonesia and Southeast Asia, see generally HASTINGS, V. Justin. The Return of Sophisticated Maritime Piracy to Southeast Asia. *Pacific Affairs*, v. 93, n. 1, p. 5-29, DOI: 10.5509/20209315, 2020.

¹⁷ See OBARISIAGBON, I. Emmanuel & AKINTOYE, O. Emily. Insecurity Crisis in Nigeria: The Law Enforcement Agents a Panacea? *J. OF SOC'Y & SOCIAL WORK*, v. 7, n. 1, p. 44, 2019 and SAHEED, B. Owonikoko; ONUOHA, C. Freedom. Child of Necessity: (Ab)uses of the Civilian Joint Task Force in Borno State, Nigeria. *AFSOL J.*, v. 3, n.1, p. 27-40, 2019.

¹⁸ TWINING, Gabriella. Nigeria Bans International Vessels with-

the crew, and the restriction of movement in the country led to the suspension of domestic and international trade in the country.¹⁹ The implication is that most Nigerians will be out of work as poverty and hunger grip the populace. Lending credence to unemployment as one of the chief causes of piracy, it has been argued that pirate groups usually recruit unemployed or underemployed people, especially fishermen and policemen.²⁰ These measures to control the spread of the pandemic aggravated poverty, increased unemployment as people lost their jobs, halted international and domestic trade, impede transportation, especially shipping, enhanced the misappropriation of public funds and corruption, facilitated the killing of the youths, led to the increase in the prices of staple food, and culminated to the inability of many households to pay utility bills and purchase food items.²¹ Beyond the fatalities, the existence of Covid-19 in the country has exposed the poor state of Nigeria's health sector.²² The implication is that the poor and unemployed Nigerians, who are susceptible to the health and socio-economic impacts of the pandemic, are unwittingly driven to criminal acts, like piracy, to survive or to get back at the government for failing to deliver the dividend of democracy.

From a global standpoint, aside from millions that have lost their lives due to the pandemic, the world economy may have decreased by a whopping 4.3 per cent in 2020.²³ Additionally, "millions of jobs have already been lost, millions of livelihoods are at risk, and an estimated additional 130 million people will be living in extreme poverty if the crisis persists."²⁴ Consequently, the emergence of Covid-19 adversely affected the livelihood of the people in the oil sector,²⁵ the fishing industry, and worsened the lives of an average Nigerian. Specifically, maritime transportation, which has been estimated to "handle over 80 percent of global merchandise trade by volume and more than 70 percent by value by value",²⁶ is disrupted by the pandemic; thereby undermining world trade and economic activity. The implication is that the increment in the number of poor, hungry, and jobless Nigerians - especially the youths in the Niger Delta region of the country - as a result of the disruption of economic activities by Covid-19 in Nigeria will lead to an increase in the number of desperate youths who are willing to become pirates. It has been opined that "research works on the causes of insecurity, including piracy,²⁷ across the country have been linked primarily to youth unemployment."²⁸ Consequently, this situation would potentially increase the number of piratical acts in Nigerian waters.²⁹

Arguably, there are further linkages between piracy and Covid-19 in Nigeria. Lending credence to this point, the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) identifies "the lack of resilience in the infrastructure of port security and a diminished ability to react to unexpected events like the spread of Covid-

out Thermal Screening Kits. SAFET AT SEA, 31 March 2020. Available at:

<https://safetyatsea.net/news/2020/nigeria-bans-international-ves-sels-without-thermal-screening-kits/>. Accessed on: 13 January 2021.

¹⁹ According to Professor Prins, Covid-19 would reduce international trade which will lower growth, increase poverty and joblessness and piracy. See LOCHERER, Theo. Surge of Piracy Amid Coronavirus Outbreak. GLOBAL RISK INSIGHTS, 4 October 2020. Available at: <https://globalriskinsights.com/2020/10/surge-of-piracy-amid-coronavirus-outbreak/>. Accessed on: 3 December 2020, quoting Professor Brandon Prins. For more details on the linkage between increased piracy attacks and Covid-19, see PRINS, Brandon. Piracy is on the Rise, and Coronavirus Could Make it Worse. *World Economic Forum*, 15 May 2020. Available at: <https://www.weforum.org/agenda/2020/05/global-sea-piracy-coronavirus-covid19/>. Accessed on: 3 December 2020.

²⁰ DENTON, L. G. & HARRIS, R. J. *supra* note 10, p. 4.

²¹ For detailed analysis of the socioeconomic effects of Covid-19 lockdown on Nigerians, see generally, ANDAM, Kwaw, et al. Estimating the Economic Costs of Covid-19 in Nigeria. IFPRI NIGERIA, STRATEGY SUPPORT PROGRAM, WORKING PAPER 63, July 2020, p. 1-11 and Socio-economic Impact Assessment of Covid-19 Pandemic among Persons of Concern in Nigeria. UN-HCR, July 2020, p. 4-33.

²² AJIBO, Henry. Effect of Covid-19 on Nigerian Socio-economic Well-being, Health Sector Pandemic Preparedness and the Role of Nigerian Social Workers in the War against Covid-19. SOCIAL WORK IN PUBLIC HEALTH, v. 35, n. 7, p. 515-516, DOI:10.1080/19371918.2020.1806168, 2020.

²³ The Impact of the Covid-19 pandemic on Trade and Development. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), United Nations, Geneva, 2020, p. 8.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ OMOLOLA, Coker; MOSANYA, Adebimpe. Covid-19: Impact on the Nigerian Oil and Gas Industry. DNL PARTNERS. Available at: <https://dnlegalandstyle.com/2020/covid-19-impact-on-the-nigerian-oil-and-gas-industry/>. Accessed on: 3 December 2020.

²⁶ Covid-19 and Maritime Transport: Impact and Responses. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), UNCTAD/D/TL/TLB/INF/2020/1, p. 10.

²⁷ The italicised words by this author. For detailed analysis of poverty and unemployment as causes of piracy in Nigeria, see NWOKEDI, T. et al., *supra* note 4, p. 117-120.

²⁸ ALABELEWE, A. Abdulgafar. Two Million Youths Now Jobless with SIM Card Registration Suspension. THE NATION, Lagos, 28 December 2020. Available at: <https://thenationonlineng.net/two-million-youths-now-jobless-with-sim-card-registration-suspension/>. Accessed on: 29 December 2020.

²⁹ LOCHERER, T., *supra* note 19.

-19³⁰ as factors in the rise of piracy. In light of that, the nexus between piracy and Covid-19 in Nigeria is strengthened by the absence of maritime domain awareness in the country. This may have immensely contributed to the spike in piracy in the waters of Nigeria prior to the advent of the pandemic and the spread of Covid-19 in the country.³¹ More importantly, it has been observed that Covid-19 affected, inter alia, international trade,³² energy supply,³³ the fishing industry,³⁴ the maritime sector,³⁵ and family businesses³⁶ in Nigeria. Above all, given the importance of the oil industry to the economic development of Nigeria and the country's dependence on the importation of finished goods and the exportation of raw materials, it becomes imperative to address the issue of piracy and the impact of Covid-19 on the crime in Nigeria.

3 Overview of piracy in Nigeria

3.1 Nature and consequences of piracy in Nigeria

³⁰ LOCHERER, T., supra note 19.

³¹ It has been submitted that travelling influences the outbreak and spread of infectious diseases. See MULEY, Deepti, et al, Role of Transport during Outbreak of Infectious Diseases: Evidence from the Past. *Sustainability*, v. 2, p. 2, doi:10.3390/siu12187367, 2020.

³² IWEDI, Marshal, et al. Covid-19 Pandemic, Global Trade Wars and Impact on the Nigeria Economy. *Academic Journal Of Current Research*, v. 7, n. 5, p. 71-82, 2020.

³³ See The Impact of Covid-19 on African Oil Sector. A Special Report by AFREC on the Implications on African Countries, African Union/African Energy Commission, May 2020, p. 13-15 and OZILI, K. Peterson. Covid-19 Pandemic and Economic Crisis: The Nigerian Experience and Structural Causes. Munich Personal RePEc Archive, MPRA Paper No. 103131, 2020, p. 1-29.

³⁴ See WorldFish Discussed Covid-19 Impacts with Nigerian Aquaculture Community. CGIAR, Research Program on Fish, 2 June 2020. Available at: <https://fish.cgiar.org/news-and-updates/news/worldfish-discussed-covid-19-impacts-nigerian-aquaculture-community>. Accessed on: 21 December 2020.

³⁵ See OKELEKE, J. Ukah & APONJOLOSUN, O. Moses. A Study on the Effects of Covid-19 Pandemic on Nigerian Seafarers. *Journal Of Sustainable Development Of Transport And Logistics*, v. 5, n. 2, p. 135-142, doi:10.14254/jsdtl.2020.5-2.12, 2020 and OKELEKE, J. U.A Study of the Results of Coronavirus (COVID-19) on the Nigerian Maritime Workers. *AIJR*, p. 1-8, 2020.

³⁶ OGUNGBENRO, Tayo. The Twin Shocks (Covid-19 Pandemic & Oil Price Crisis) and Implications for Nigerian Family Businesses. KPMG, May 2020, p. 1-23. Available at: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ng/pdf/audit/impact-of-covid19-on-nigerian-family-businesses-and-enterprises.pdf>. Accessed on: 22 December 2020.

As a historical discourse, the concept of piracy was introduced in Nigeria as a colonial legislation.³⁷ Subsequently, certain economic activities in the country, such as palm oil trade, manifested the crime in the waters of the country.³⁸ The nature of contemporary piracy in Nigeria essentially revolves around the oil sector. This is because the spike in the number of piratical acts in Nigeria has always been fueled by resource control agitation, vandalisation of oil and gas facilities, pollution of the environment of the communities in the Niger Delta, and political violence as a result of the quest by the Niger Delta politicians to control the revenue derived from the oil and gas industry.³⁹ The pollution of the environment of the oil-producing communities that affected fishing, farming, and the health of the people also facilitated poverty and unemployment: precursor to piracy.⁴⁰ Thus, it is argued that piracy off the coast of Nigeria is linked to and affected the petroleum industry - petro-piracy - the bastion of the country's economy, which means that oil tankers are the major targets for attack as pirates aim to steal their cargo. ⁴¹ Also, piracy affects maritime transportation,⁴² the fishing industry (fishing boats and trawlers),⁴³ the tourism industry,⁴⁴ and the exportation of raw materials and the importation

³⁷ See the Slave Trade Act of 1825. See also ANELE, K. K., Addressing the Issues of Piracy off Indonesia and Nigeria, supra note 6, p. 250.

³⁸ See ANELE, K. K., *ibid*. See also AKINSOLA, Jimoh. Maritime Piracy and Lethal Violence Offshore in Nigeria. IFRA-Nigeria Working Papers Series, 2015, p. 5.

³⁹ See NWOKEDI, T. et al., supra note 4, p. 117-120 and NWALOZIE, J. C., supra note 2.

⁴⁰ See ANELE, K. K., Addressing the Issues of Piracy off Indonesia and Nigeria, supra note 6, p. 251, ANELE, K. K. Harvest of Arrests but no Prosecution, supra note 1, p. 619-620, ANELE, K. K. The Potential Effects of Piracy on the Art-Craft Industry: A Comparative Analysis of Nigeria and Indonesia. *Indonesia Law Review*, v. 10, n. 2, p. 217-237, DOI: <http://dx.doi.org/10.15742/ilrev.v10n2.652>, 2020, NWALOZIE, J. C., supra note 2, SCHNEIDER, P., supra note 2 and NWOKEDI, T., et al., supra note 4, p. 114-132.

⁴¹ See ANELE, K. K., The Potential Impact of Piracy on ACFTA, supra note 3, p. 15. See also JIN, Menjie, et al. Marine Piracy Prediction and Prevention: Policy Implications. *MARINE POLICY*, p. 1-2, <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2019.103528>, 2019 and BALOGUN, A. Wasiu. Why has the 'Black' Market in the Gulf of Guinea Endured? *Australian Journal Of Maritime & Ocean Affairs*, p. 1, 2021. <https://doi.org/10.1080/18366503.2021.1876311>.

⁴² ALOZIE, Chinyere, et al. Ocean Governance, Integrated Maritime Security and its Impact in the Gulf of Guinea: A Lesson for Nigeria's Maritime Sector and Economy. *African Review*, v. 11, n. 2, p. 203, 2019. DOI:10.1080/09744053.2019.1631640.

⁴³ ANELE, K. K., The Potential Impact of Piracy on ACFTA: A Nigerian Perspective, supra note 5, p. 16.

⁴⁴ *Ibid*, p. 17.

of finished goods in the country, especially container vessels.⁴⁵

Further, insecurity in Nigeria, for example, insurgency, terrorism, and kidnapping, has worsened and it has affected every facet of life in the country with no sign of abating.⁴⁶ Such insecurity in the country, which has been aggravated by Covid-19 measures, has adversely affected factors like poverty, unemployment, weak leadership, political violence and embezzlement of public funds.⁴⁷ Hence, creating a conducive environment for the potential increase in piracy activities in the country's waters. Even the attempt by the youths to protest against the wanton killings of the citizens by security operatives, especially the Police Special Ant-Robbery Squad (SARS), has resulted in the shooting of the protesters by the Nigerian Army in Lagos.⁴⁸ These security issues create an enabling environment for the youths to challenge the Nigerian government and its security agencies by becoming outlaws: pirates.

Table 1 Actual and Attempted Attacks in Nigeria (1 January 2017 - 31 March (1Q) 2021)

Year	2017	2018	2019	2020	2021
Nigeria	7	22	14	11	2

Source: Table created by this author from IMB Piracy Reports from 1 January 2017-31 March 2021, p. 6.

Table 2 Actual and Attempted Attacks in Nigeria (1 January 2016 – 31 December 2020)

Year	2016	2017	2018	2019	2020
Nigeria	36	33	48	35	35

Source: Table created by this author from IMB Piracy Reports from 1 January 2016-31 December 2020, p. 6.

⁴⁵ Ibid, p. 15.

⁴⁶ OBARISIAGBON, I. E. & AKINTOYE, O. E., supra note 17, p. 44. See also KALU, O. Emenike, et al. Insecurity Challenges in Nigeria: Human Security Option as a Panacea. *Research On Humanities And Social Sciences*, v. 8, n. 5, p. 1-2, 2018.

⁴⁷ OBARISIAGBON, I. E.; AKINTOYE, O. E., ibid, p. 44-45.

⁴⁸ ORJINMO, Nduka. Nigeria SARS Protests: Horror over Shootings in Lagos. BBC NEWS, London, 21 October 2020. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-africa-54630592>. Accessed on: 25 December 2020 and HAYNES, The Nigerian Army Shot Dead at Least 2 Peaceful Protesters in Lagos, Rights Group Says. TIME, New York, 23 October 2020. Available at: <https://time.com/5902112/nigeria-endsars-protest-shootings/>. Accessed on: 25 December 2020. Please note that SARS has been disbanded in Nigeria due to the ENDSARS protest. See JONES M. SARS Ban: Nigeria Abolishes Loathed Federal Special Police Unit Police. BBC NEWS, London 11 October 2020. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-africa-54499497>. Accessed on: 7 July 2021.

Table 3 Actual and Attempted Piracy in Nigeria (1 January 2016 - 30 September (3Q) 2020)

Year	2016	2017	2018	2019	3Q 2020
Nigeria	31	20	41	29	17

Source: Table created by this author from IMB Piracy Reports from 1 January 2015-30 September (3Q) 2020, p. 5 and 6 respectively.

A statistical analysis of the nature and consequences of piracy in Nigeria is critical in comprehensively articulating the impact of Covid-19 on piracy in the country. To that end, a cursory look at Table 2 above shows that the number of attempted and actual piratical acts off the coast of Nigeria in 2020 is similar to that of 2019. In the same vein, Tables 1 and 3 above show that piracy attacks did not increase in the 1Q of 2021 compared to the same period in 2019 and 3Q of 2020 compared to 3Q of 2019, respectively. The simple conclusion is that despite the existence of Covid-19, piracy escalation may have been halted by the restrictions of movement on land and on the sea and the absence of maritime domain awareness to capture all attempted piracy attacks. Consequently, it can be argued that the measures imposed by the Nigerian government to prevent the spread of Covid-19 may have resulted in the low number of piracy acts in the country's waters. For example, the introduction of movement restriction means that pirates are prevented from sailing through the country's waters to hijack vessels and merchants that engage in shipping and international trade are prevented from engaging in their trade.⁴⁹ Additionally, the docking of vessels to quarantine the crew and the ban on international vessels without thermal screening kit from operating in Nigerian waters contributed immensely to the low number of piracy attacks off the Nigerian coast as there were few ships to be attacked by a handful of pirates.⁵⁰ This is particularly significant in terms of the adverse implications of the dwindling oil revenue and the impact of Covid-19 measures on other economic activities in the country.⁵¹ In other words, the low revenue from the oil

⁴⁹ See LOCHERER, T., supra note 19, quoting Professor Brandon Prins and *World Economic Forum*, 15 May 2020. Available at: <https://www.weforum.org/agenda/2020/05/global-sea-piracy-coronavirus-covid19/>. Accessed on: 3 December 2020.

⁵⁰ TWINING, G., supra note 18.

⁵¹ See generally OZILI, K. P., supra note 33, p. 1-29 and EJIOGU, Amanze, et al, Nigerian Budgetary Response to the Covid-19 Pandemic and its Shrinking Fiscal Space: Financial Sustainability, Employment, Social Inequality and Business Implications. *Journal*

industry and the Covid-19 preventive measures would compound the already existing poverty, unemployment, and economic hardship in the country, thereby engendering piracy.

Beyond the humanitarian and security implications of piracy in Nigeria,⁵² the number of piratical acts off the country's coast has economic impacts on the country. For instance, in 2018, it was reported that due to piracy, which led to the payment of high insurance charges and other charges levied on Nigerian shipments, Nigeria lost about US\$2.74 billion in the past 4 years.⁵³ Furthermore, according to the Nigerian National Petroleum Company (NNPC), Nigeria lost about US\$750 million in 2019 due to piracy and crude oil theft.⁵⁴ Other economic activities have been adversely affected by piracy off the waters of Nigeria. For instance, while the fishing industry lost about 50, 000 in Nigeria, the country may have lost an estimated US\$600 million in export earnings because of piracy threats to its fisheries.⁵⁵ Lastly, piracy adversely affects maritime transportation,⁵⁶ potentially threatens the implementation of regional economic agreements by Nigeria,⁵⁷ and adversely implicates the tourism sector and the act-craft industry in the country.⁵⁸

3.2 Piracy legal and institutional regimes in Nigeria

Piracy, under international law, is a violent attack against a ship by another ship on the high seas for personal gain.⁵⁹ This definition has been criticised, and ri-

ghtly so, as being limited in scope and therefore does not capture the nature of contemporary piracy. Aside from being a product of compromise that is tautologous and incoherent,⁶⁰ the high seas limitation of the definition of piracy is a geographical dilemma that perhaps disregards the impact of contemporary technology, the mobility of pirates, 'dry land' facilitators and 'failed states' on suppressing piracy.⁶¹ Moreover, the high seas limitation prevents the initiation of counter-piracy operations within the territorial waters by other countries or joint naval operation team without proper permission.⁶² Similarly, it has been concluded that "the new shape of piracy is better trained people, well-equipped ships, financially sponsored by different groups, terrorism organizations, or cooperated with state organisation which get benefits and money from piracy activities."⁶³ Consequently, the use of maritime definition that incorporates both the high seas and territorial waters, among other things, has been supported by Kao who "argues that having multiple definitions of piracy is, in fact, conducive to combating piracy and addressing the ensuing legal issues."⁶⁴ This paper analyses attacks that occur both on the high seas and in the territorial waters of Nigeria in its interrogation of piracy in the Covid-19 era in the country.

Given the above impact of piracy to the socio-economic development of Nigeria, the country has taken steps to introduce antipiracy measures to curb the crime. For example, in 2019, Nigeria enacted legislation criminalising piracy, the SPOMO Act⁶⁵. Section 4 of the Act also covers other illegal acts that occur in the territorial waters of Nigeria. It is argued that Nigeria has a comprehensive antipiracy legal framework that aligns with international law on piracy. Further, section 7 of

of Public Accounting & Financial Management, v. 32, n. 5, p. 919-928, DOI:10.1108/JPBAFM-07-2020-0101, 2020.

⁵² ICC/IMB Piracy Report for the 1Q of 2021, p. 22 and ICC/IMB Piracy Report for 2020, p. 23.

⁵³ See ANELE, K. K. The Potential Impact of Piracy on ACFTA, *supra* note 3, p. 15.

⁵⁴ See *ibid*, p. 16.

⁵⁵ See *ibid*.

⁵⁶ See NWALOZIE, J. C., *supra* note 2 and OFOSU-BOATENG, R. L. N., *supra* note 5, p. 39.

⁵⁷ See generally ANELE, K. K. The Potential Impact of Piracy on ACFTA, *supra* note 5, p. 1-25.

⁵⁸ See generally ANELE, K. K. The Potential Effects of Piracy on the Art-Craft Industry: A Comparative Analysis of Nigeria and Indonesia, *supra* note 40, p. 217-237 and ADONGOI, Toakodi, et al. Sea Robbery and Its Implications on Tourism Development in Niger Delta Region of Nigeria. *INTERNATIONAL JOURNAL OF SOCIAL & MANAGEMENT SCIENCES*, v. 2, n. 1, p. 1-13, <https://doi.org/10.26762/ijms.201800010>, 2019.

⁵⁹ See the SPOMO Act, s. 3.

⁶⁰ WALLNER, Michal; KOKOSZKIEWICZ, Artur. Maritime Piracy and Limitations of the International Law of the Sea. *Historia I Polityka*, v. 28, n. 35, p. 29, 2019.

⁶¹ GOTTLIEB, Y. International Cooperation in Combating Modern Forms of Maritime Piracy: Legal and Policy Dimensions. University of Amsterdam UvA-DARE (Digital Academic Repository), 2017, p. 38-55.

⁶² AHMAD, Mazyar. Maritime Piracy Operations: Some Legal Issues. *Journal of International Maritime Safety, Environment Affairs, and Shipping*, v. 4, n. 3, p. 63, DOI:10.1080/25725084.2020.1788200, 2020.

⁶³ KYRCHENKO, Volodymyr. "Piracy is a Land-based Crime": Analysis of Definition, Drivers and Government Policy. *Journal Of Maritime Studies And National Integration*, v. 2, n. 1, p. 55, 2018.

⁶⁴ KAO, Bob. Against a Uniform Definition of Maritime Piracy. *Maritime Safety And Security Law Journal*, v. 3, p. 1, 2016.

⁶⁵ The SPOMO Act, s. 3.

the Act envisages the application of the universal jurisdiction principle in prosecuting pirates in Nigeria as the relevant authority has been authorised to seize vessels used in committing piracy within the territorial waters of Nigeria or beyond the jurisdiction of the country. However, one of the gaps in the SPOMO Act is that no maritime enforcement agency has been designated as the ‘relevant authority’ in the Act.

In section 5 (2) of the SPOMO Act, the Federal High Court has jurisdiction to adjudicate piracy cases while section 5 (1) authorises the Attorney General of the Federation to prosecute pirates. The Act, in section 9 (1), stipulates that pursuant to an ex-parte application, the court may grant an order for the detention of a suspect arrested under the Act for a period not exceeding 90 days, subject to renewal for a similar period until the conclusion of the investigation and detention is dispensed with. This provision implies that a ‘suspect’ can be detained for up to 6 months without trial which contradicts the provision of the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria (the Nigerian Constitution). The SPOMO Act was applied by a Federal High Court sitting in Port Harcourt, Rivers State. In that case, the court fined 3 pirates the sum of —20 million naira (US\$52,633) each for the act of piracy.⁶⁶ Though this a laudable step towards suppressing piracy off the coast of Nigeria, the lenient sentencing - which is contrary to section 12 (1) of the SPOMO Act that prescribes life imprisonment and a fine of not more than —50 million naira (US\$131,574) - will not have any deterrent effect on pirates.

In terms of institutional framework, Nigeria has continued to fund and support its maritime regulatory and security agencies. Thus, Nigeria has funded some training courses for the officials of the relevant institutions, such as judges,⁶⁷ and procured surveillance facilities and combat boats for the maritime regulatory and security agencies to maintain maritime domain awareness.⁶⁸ In light of that, the Integrated National Security

and Waterways Protection Infrastructure (Deep Blue Project) is a project initiated by NIMASA,⁶⁹ which is designed to enhance effective maritime domain awareness in Nigeria.⁷⁰ Additionally, the Nigeria Navy installed some “automated camera-equipped surveillance towers in the littoral zone just off the Nigerian coast”.⁷¹ The Nigerian government also acquired four patrol vessel - NNS Centenary, NNS Prosperity, NNS Okpabana and NNS Sagbama - for the Nigerian Navy to strengthen maritime domain awareness in the country’s waters.⁷² Nonetheless, this paper argues that the funding and support are grossly inadequate and that corruption and mismanagement of funds earmarked for maritime infrastructure development have impeded the effective policing of the Nigerian coast.⁷³ Moreover, this paper argues that the effective implementation and utilisation of the Deep Blue Project to curb piracy may be difficult as a result of corruption and the broad nature of the Nigerian coast. The existence of the Deep Blue Project has not facilitated the suppression of piracy in Nigeria. Other support for the Nigerian maritime security sector includes the United States Africa Command (AFRICOM), through Africa Partnership Station (APS) and Africa maritime law enforcement partnership programmes.⁷⁴ These supports are grossly inadequate to effectively combat because of the size of the Nigerian coast and the misappropriation of funds, personal aggrandisement, embezzlement, and corrupt tendencies among government officials and the officials of the maritime regulatory and security agencies.

Regarding regional cooperation, Nigeria has participated in many regional antipiracy activities. Take, for example, Nigeria participated in some regional antipi-

IN_A_NUTSHELL_Capt_NN_SD_Atakpa. Accessed 13 January 2021.

⁶⁹ See NIMASA Act, 2007.

⁷⁰ Navy’s Support for the Maritime DEEP Blue Project. DRYAD GLOBAL, 23 November 2020. Available at: <https://channel16.dryadglobal.com/navys-support-for-the-maritime-deep-blue-project>. Accessed on: 13 January 2021.

⁷¹ See NWALOZIE, J. C., supra note 2.

⁷² See *ibid.*

⁷³ See the case of *Rear Admiral Francis Echie Agbiti v The Nigerian Navy* (2007) LPELR-CA/L/361/2005, (2011) 4NWLR 175. See also ANELE, K. K., Addressing the Issues of Piracy off Indonesia and Nigeria, supra note 6, p. 262-263 and OSTENSEN G. Ase, et al. Capacity Building for the Nigerian Navy: Eyes Wide Shut on Corruption. U4 Anti-Corruption Resource Centre, U4 Issue 2018:4, CMI, 16-20.

⁷⁴ OSTENSEN, A., et al, *ibid.*, p. 1-29.

⁶⁶ *Federal Republic of Nigeria v Binaebi Johnson & Co*, Suit No.FHC/PH/62c/2020 (Unreported).

⁶⁷ See also Nigerian Maritime Administration and Safety Agency (NIMASA) – Nigerian Institute of Advanced Legal Studies (NI-ALS) 9th Admiralty Training for Judges which took place on the 19th-21th February 2020 at the Nigerian Institute of Advanced Legal Studies (NIALS), Lagos.

⁶⁸ Nigeria’s ‘Deep Blue Project’ to Reduce Criminalities in its Waters. SAFETY4SEA, 29 March 2019. Available at: https://www.researchgate.net/publication/327550968_BLUE_ECONOMY_

racy training programmes⁷⁵ and received funds from other countries to bolster its maritime domain awareness.⁷⁶ As mentioned earlier, Nigeria participated in the AFRICOM programme that strengthened the capacity of coastal states in African to combat piracy.⁷⁷ Part of Nigeria's efforts to curb piracy through the instrumentality of regional cooperation includes the Joint Naval Patrol Agreement (Operation Prosperity) between Nigeria and Benin in 2011.⁷⁸ More importantly, Nigeria is a party to the enactment of antipiracy legal instruments in both the Gulf of Guinea and Africa. Because of that, the existence of the Yaoundé Code of Conduct⁷⁹ creates the regional framework to curb piracy in the waters of Nigeria and the Gulf of Guinea. Additionally, the Lome Charter⁸⁰ proffers a veritable platform to repress piracy in African waters.⁸¹ However, it has been argued that the inherent limitations in the Charter, exemplified by its "disproportionate focus on the fishing industry" may hamper its effectiveness in curbing piracy.⁸² Moreover, Nigeria has signed but not ratified the Charter to make it binding on the country. This is because under the Nigerian constitution, any treaty must be passed into law by the National Assembly of Nigeria before such a treaty becomes binding on the country.⁸³ It is submitted that the government of Nigeria has not cultivated the political will to effectively enforce these legal instruments and implement other measures to curb piracy; thereby culminating in the susceptibility of the

⁷⁵ See generally ERUAGA, A. Osatohanmwun & MEJIA, Q. Maximo Jr., Piracy and armed robbery against ships: revisiting international law definitions and requirements in the context of the Gulf of Guinea, in Aldo Chircop, et al, (eds.) *Ocean Yearbook 33* (Brill Nijhoff, Leiden, 2019) p. 432-434 and OSTENSEN G. A., et al. *ibid.*

⁷⁶ OSTENSEN, G. A., et al. *ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ ERUAGA, A. O. & MEJIA, Q. M. Jr., *supra* note 75, p. 432.

⁷⁹ Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery against Ships, and Illicit Maritime Activity in West Africa (25 June) 2013.

⁸⁰ African Charter on Maritime Security and Safety and Development in Africa (Lome Charter) adopted by the Extraordinary Session of the African Union Assembly, Lome, Togo, 15th October 2016.

⁸¹ See the Lome Charter, art. 3, para. 3. See also OLADIPO, Oluseyi. Cooperation as a Tool for Enhancing State Capacity to Fulfil Obligations of the Lome Charter. *Conflicts Trends*, Issue 3, 2017, p. 19.

⁸² OTTO, L. Over-promise, Under-deliver: The Disappointment of the Lome Charter. *Maritime Security Briefings*, Iss. 18. Available at: <http://www.maritimesecurity.global/wp-content/uploads/2017/01/Issue-18-The-disappointment-of-the-Lom%C3%A9-Charter-.pdf>. Accessed on: 2nd December 2020.

⁸³ See the Nigerian Constitution, s. 12.

Nigeria waters to piracy even during disasters, like Covid-19.

4 Overview of Covid-19 in Nigeria

Covid-19 is a type of respiratory disease that can spread from person to person and it was first discovered during an investigation into an outbreak in Wuhan, China.⁸⁴ The first Covid-19 case in Nigeria was confirmed on the 27th of February 2020 in Lagos State.⁸⁵ As at midnight of the 20th December 2020, the Nigeria Centre for Disease Control (NCDC) reported that there were 5,261 cases of Covid-19 in Nigeria.⁸⁶ Considering that Nigeria's health system is inadequate, it must be noted that the low number of Covid-19 cases in the country is not as a result of deliberate observation of the pandemic measures but because there has been limited tests carried out in the country.⁸⁷

Furthermore, while some Nigerians have misconceptions about Covid-19,⁸⁸ the fragile national health system and the dearth of health facilities prevented the country from taking maximum preventive measures as well as effectively responding to the growing number of infected patients.⁸⁹ Besides, the lockdown of schools - which was one of the measures taken to address the issue of Covid-19 - affected higher institutions in the country,⁹⁰ thereby keeping the vast majority of the youths at their impoverished homes. The combined effect of these Covid-19 realities is that the idle youths in the poverty-stricken environment, exemplified by the Niger Delta communities, would be prone to engage in illegal acts, particularly piracy.

The emergence of the pandemic culminated in corruption, "as government workers in statist countries like Nigeria look to sell preferential access to centrally

⁸⁴ AJIBO, H., *supra* note 22, p. 511.

⁸⁵ OKELEKE, U.J., *supra* note 35, p. 1-2.

⁸⁶ Covid-19 Situation Report, Weekly Epidemiological Report 10, Epi Week 51: 14th December – 20th December 2020, 20th December 2020, 1. Available at: <https://ncdc.gov.ng/diseases/sitreps/?cat=14&name=An%20update%20of%20COVID-19%20outbreak%20in%20Nigeria>. Accessed on: 27 December 2020.

⁸⁷ Covid-19 in Nigeria and South Africa. *STRATEGIC COMMENTS*, v. 26, n.4, p. vii, DOI:10.1080/13567888.2020.1797212, 2020.

⁸⁸ OZILLI, K. P., *supra* note 33, p. 5.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*, p. 6.

controlled food or pharmaceutical supplies to increasingly desperate people.”⁹¹ Additionally, the misappropriation of Covid-19 relief funds⁹² and the hoarding of the palliatives by some state governments in Nigeria⁹³ magnified the existing poverty in the country. The implications of these corrupt attitudes and actions of government officials in the health sector to piracy is that the youths would be inured to poverty and corruption in the country and would use the opportunity to engage in criminal activities, such as piracy.

In view of the economy, the outbreak of Covid-19 in Nigeria aggravated the country’s ability to recover from the recession due to the decline in international trade and oil prices. This has been aptly captured thus:

In 2016, a decline in domestic crude-oil production and falling international prices saw Nigeria’s real GDP contract by 1.6% - its first recession in 25 years. The steep decline in international oil prices associated with the pandemic – Brent crude has average US\$39.80/barrel in 2020 against an average of US\$64.20/barrel in 2019 – will hit an already shaken economy, shrinking government revenues and thus the state’s ability to tackle COVID-19 and stimulate the economy.

A cursory look at the above statement reveals that the advent of Covid-19 in Nigeria created a conducive environment for piracy to spike as government revenues and other economic activities, which are already in bad shape, are adversely affected. This is because the attendant poverty and unemployment resulting from the dwindling oil revenue worsened by the Covid-19 mea-

asures would motivate the youths to engage in piracy and other criminal acts in the country.

More pointedly, the heightened security situation in Nigeria as a result of the emergence of Covid-19 would facilitate piracy in the country. Using the security implications of the outbreak of coronavirus in Nigeria as a case study, the extra-judicial killing and maiming of Nigerian youths could potentially motivate the youths in the riverine areas to become pirates. This is pertinent in light of the existing controversy over the role of security agencies saddled with the responsibility of implementing Covid-19 regulations in Nigeria. Lending credence to this submission, the country’s National Human Rights Commission (NHRC) revealed that “law-enforcement agencies had killed 18 people in the first two weeks of the lockdown, by which time only 12 people had actually died of COVID-19.”⁹⁴ Further, the NHRC stated that there were 11 documented incidences of extra-judicial killing in addition to 34 incidences of torture due to the enforcement of Covid-19 containment measures in Nigeria.⁹⁵ This is in addition to other security challenges, such resource control agitation, political violence, crude oil theft, and political marginalisation, that prompt Nigerian youths to become pirates.⁹⁶

Specifically, it was revealed that the Police Force was responsible for 59.6 percent of the total violations, closely “followed by non-state actors (mostly private individuals perpetrating sexual and gender-based violence), who accounted for 18.3% of the total.”⁹⁷ While different special task forces for the enforcement of Covid-19 containment measures across the states in Nigeria perpetrated 10.5 percent of the total cases, “the Nigerian Army and the Nigeria Security and Civil Defence Corps *were responsible for*⁹⁸ 7.7% and 1.9% respectively.”⁹⁹ Thus, the above statistics signify that the security implications of the implementation of Covid-19 regulations by security agencies in Nigeria could influence the youths, particularly in the Niger Delta region, to become pirates.

In concluding this section, this paper argues that Covid-19 is coterminous with the root causes of piracy in Nigeria. It must be noted that the emergence of

⁹¹ Covid-19 in Nigeria and South Africa, supra note 87, p. vii.

⁹² It has been observed that the lack of accountability by public institutions and political appointees led to the misappropriation of Covid-19 relief funds in Nigeria. See Nigeria, IMF and Covid-19. How Nigeria Could Avoid Waste and Corruption when Spending Billions in IMF Emergency Assistance During Covid-19. TRANSPARENCY INTERNATIONAL BLOG, 16 July 2020. Available at: <https://www.transparency.org/en/blog/nigeria-imf-covid-19>. Accessed on: 27 December 2020. Moreover, corruption risks in disbursing the pandemic relief funds “are identified at four stages: when funds allocated to and managed by recipient governments; when decisions are made on who will be the recipients; when funds are handled by the distributing agencies; and when the funds are given to the end users”. AMUNDSEN, Inge. Covid-19, Cash Transfers, and Corruption. Policy Guidance for Donors. CMI, U4 Brief 2020:9, 2020, p. 1-13.

⁹³ OBIEZU, Timothy. Nigerians Justify Massive Looting of Covid-19 Supplies. VOA, Washington, D.C., 27 October 2020. Available at: <https://www.voanews.com/covid-19-pandemic/nigerians-justify-massive-looting-covid-19-supplies>. Accessed on: 27 December 2020.

⁹⁴ Covid-19 in Nigeria and South Africa, supra note 87, p. viii.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ LOCHERER, T, supra note 19.

⁹⁷ Covid-19 in Nigeria and South Africa, supra note 87, p. viii.

⁹⁸ The italicised words by this author.

⁹⁹ Covid-19 in Nigeria and South Africa, supra note 87, p. viii.

Covid-19 in Nigeria culminated to heightened poverty, unemployment, loss of jobs, and corruption, which are some of the chief causes of piracy in the country. This stems from the adverse implications of Covid-19 to shipping, which accounts for about 80 percent of world trade and “is thus vital to the supply chain”.¹⁰⁰ Perhaps, it could be argued that Tables 1-3 above may have revealed no increase in the number of piratical acts off the coast of Nigeria during the aeon of the pandemic in the country. However, this paper submits that due to the escalation of the causes of piracy due to the advent of the pandemic, the dearth of maritime domain awareness, and weak piracy institutional regime, the number of piratical attacks may increase post-Covid-19, especially when the measures to halt the spread of the pandemic have been fully removed and activities in the shipping sector restarted.

5 Dialectical analysis of the effect of Covid-19 on piracy off the Nigerian coast

Piracy incidents during Covid-19 have had different outcomes in different regions, especially when considered from available statistics. In light of that, according to the IMB Piracy Report for 2019, there was “a 25-year low in the number of piracy and armed robbery attacks. But the Covid-19 pandemic appears to have reversed that trend”¹⁰¹ in the first half of 2020 in some regions. For example, while 98 incidents of piracy occurred in the first half of 2020, 78 took place in the same period in 2019.¹⁰² This has been linked to the immobilisation of many vessels at sea, which prevented the seafarers from being replaced, resulting in the depletion of their resistance to piracy.¹⁰³ Further, the increase in global piracy was linked to “the freeze in activities on the docks due to quarantining, and a sharp decrease in incomes for already fragile shore populations.”¹⁰⁴ Thus, the spike in piracy has been linked to “the spread of the virus in January until the global deconfinement in June.”¹⁰⁵ It is

observed that this trend applies to some piracy hotspots, like the Gulf of Mexico¹⁰⁶ and Southeast Asia.¹⁰⁷ Using Southeast Asia as a case study, the number of piracy attacks off the coast of Indonesia in the third quarter (3Q) of 2020 was 23 unlike 20 reported in 2019.¹⁰⁸ Also, in the 1Q of 2019, there were 3 piracy attacks in Indonesia and 5 attacks in 2020.¹⁰⁹ Hastings has argued that the spike in the piratical attacks in Southeast Asia may be linked to the adaptation by pirates in terms of political space, time, geographical location, nature of attacks, and access to economic infrastructure.¹¹⁰ Nonetheless, the number attacks off the coast of Indonesia further reduced in the Q1 of 2021 to 2,¹¹¹ which implies that the Covid-19 movement restrictions on the land and the sea may have kept the pirates at bay.

Similar to the situation in Southeast Asia, it has been reported that there has been an increase in piracy activities in the Gulf of Guinea in the first half of 2020.¹¹² However, data suggests that the number of piratical attacks off the coast of Nigeria has not increased as evidenced by Tables 1-3 above. Lending credence to the possible low piracy incidents during the pandemic in some piracy hotspots, Locherer opines that the low number of piratical attacks “correlates with how the ships are stranded due to quarantining.”¹¹³ This indicates that due to docking of vessels whether as a result of quarantine, as many seafarers contracted the virus,¹¹⁴ or to implement the movement restriction policy, there were fewer vessels to be hijacked. It is observed that piratical acts off the coast of Nigeria reduced because few vessels navigated through the country’s waters or called at the country’s ports or the attacks were not captured due to the absence maritime domain awareness, and weak piracy institutional framework. Moreover, pirates were restricted from moving freely from their onshore base to their vessels at the coast, while vessels that would have been the target of attack were docked. It could also be argued that the limited economic and

¹⁰⁰ DOUMBIA-HENRY, Cleopatra. Shipping and Covid-19: Protecting Seafarers as Frontline Workers. *WMU J. of MARIT. AFFAIRS*, p. 280, <https://doi.org/10.1007/s13437-02000217-9>, 2020.

¹⁰¹ LOCHERER, T., *supra* note 19.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ See ICC/IMB Piracy Report for the 1Q 2021, p. 6.

¹⁰⁸ ICC/IMB Piracy Report for the 3Q 2020), p. 6.

¹⁰⁹ See ICC/IMB Piracy Report for the 1Q 2021, p. 6.

¹¹⁰ See generally HASTINGS, J., *supra* note 16, p. 5-30.

¹¹¹ See ICC/IMB Piracy Report for the 1Q 2021, p. 6.

¹¹² LOCHERER, T., *supra* note 19.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ LI, Martina. Covid-19-infected Seafarers Surface in China, Singapore, and Vietnam. *SAFETY AT SEA*, 20 July 2020. Available at <https://safetyatsea.net/news/2020/covid-19-infected-seafarers-surface-in-china-singapore-and-vietnam/>. Accessed on: 12 January 2021.

shipping activities as a result of the pandemic culminated to a few vessels traversing international sea routes, such as the Gulf of Guinea. Thus, there were fewer vessels for the pirates to attack in the waters of Nigeria. Lending credence to this point, it has been noted that:

Restrictions introduced in response to the pandemic have caused disruptions affecting ports, shipping and supply chains. Various industries faced challenges along their supply chain such as raw material shortages, lead time issues, ocean blank sailings, port closures, reduced working hours at ports, equipment and labor shortages, as well as truck/transport capacity constraints. These obstacles undermine the smooth movement of trade flow and supply chain operations and can significantly erode the transport services trade liberalization and trade facilitation gains achieved over the years.¹¹⁵

In line with the argument of this paper, piratical acts may increase in the waters of Nigeria post-Covid-19 because the advent of the pandemic has increased poverty, unemployment, insecurity, corruption and engendered bad economic policies from the government of Nigeria. It must be stated that prior to the advent of Covid-19, the economy of Nigeria has remained below the pre-crisis level.¹¹⁶ The recovery of the country's economy from the 2014 oil shock and the subsequent recession has taken a long time to occur. This could be because of "tight monetary policy, weak public finances and external accounts, and deteriorating bank balance sheets".¹¹⁷ The import of this is that the Covid-19 challenges may exacerbate Nigeria's fledgeling economy. Alby is of the view that the authority's ability to tackle the underlying structural problems bedevilling the country's economy is questionable,¹¹⁸ which implies that the Covid-19 regulations and bad economy would increase the causes of piracy in Nigeria, such as poverty. Thus, the only logical conclusion would be that the worsening economic condition that manifests in the heightened level of poverty and unemployment in Nigeria contributes to piracy in the country. Additionally, the lockdown imposed by the Nigerian government on account of Covid-19 magnifies the situation, which means that the number of prospective pirates would increase.

From the foregoing, it has been observed that poverty is one of the chief causes of piracy in Nigeria. Thus, there "tend to be significant upswings of piracy during times of economic downturn, and the economic devastation wrought by the Covid-19 pandemic is largely to blame for the resurgence of this global menace."¹¹⁹ Poverty, as a reason to be a pirate, is common in Nigeria, particularly in the Niger Delta area.¹²⁰ Due to bad economic policies,¹²¹ political unrest, terrorism, pollution of the riverine areas due to oil exploration, among others, poverty in Nigeria has become severe. According to Nigeria's National Bureau of Statistics poverty report for 2019, 40.1 percent of the total population of the country is poor, which means that "on average 4 out of 10 individuals in Nigeria has real per capita expenditures below 137,430 naira (US\$ 362.186)¹²² per year".¹²³ The import of this situation is that about 82.9 million Nigerians are poor by the country's standard.¹²⁴ Aside from that, Olurumbi stated that the global pandemic could put an estimated 5 million people into poverty, which could be made worse by a near 14 percent inflation rate and an upcoming recession.¹²⁵ It should be noted that Nigeria was among the 10 countries that had the worst food crises in 2019¹²⁶ and the advent of the pandemic will heighten the already existing acute food scarcity in the country.¹²⁷ From the above statistical analysis of poverty in the era of Covid-19 in Nigeria, it

¹¹⁹ LOCHERER, T., *supra* note 19.

¹²⁰ NWOKEDI, T. et al. *supra* note 4, p. 117-120.

¹²¹ For example, the policy to close the land border by the Nigeria government led to the increase in the prices of staple foods. OGUNTOYE, Philip. Border Closure: Impact on the Nigerian. BUSINESSDAY, Lagos, 20 January 2020. Available at: <https://businessday.ng/opinion/article/border-closure-impact-on-the-nigerian-economy/>. Accessed on: 7 December 2020 and ABIA, Basil. Economic Implications of the Recent Border Closure. Centre for the Study of the Economies of Africa (CSEA), 21 January 2020. Available at: <http://cseaafrica.org/economic-implications-of-the-recent-border-closure/>. Accessed on: 7 December 2020.

¹²² The italicised numbers by this author. Exchange rate as at 4 December 2020.

¹²³ 2019 Poverty and Inequality in Nigeria: Executive Summary, National Bureau of Statistics (NBS), May 2020, p. 6.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ OLUROUNBI, Ruth. Nigeria: Pandemic to Poverty in the Post-Covid Future. THE AFRICA REPORT, Paris, 13 July 2020. Available at: <https://www.theafricareport.com/33300/pandemic-to-poverty-nigeria-in-the-post-covid-future/>. Accessed on: 4 December 2020.

¹²⁶ Global Report on Food Crisis: Joint Analysis for Better Decisions. Food Security Information Network (FSIN), 2020. Available at: <http://www.fao.org/3/ca8786en/CA8786EN.pdf>. Accessed on 4 December 2020.

¹²⁷ OLUROUNBI, R., *supra* note 125.

¹¹⁵ Covid-19 and Maritime Transport: Impact and Responses, *supra* note 26, p. 10.

¹¹⁶ ALBY, Stephane. Nigeria: Convalescent. CONJONCTURE, July 2019, p. 2.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

could be argued that poverty as a result of the pandemic could increase the number of pirates in the country.

From the foregoing, it is submitted that unemployment is coterminous with poverty as the former leads to the latter. According to the Nigerian National Bureau of Statistics (NBS), youth unemployment rate in Nigeria increased from 21.7 percent, which is 47 percent of the proportion of youth unemployment in the labour force to 30.1 percent in 2020, representing 64 percent of the proportion of youth unemployment in labour force.¹²⁸ This clearly shows that youth unemployment, which has been aggravated by Covid-19,¹²⁹ has increased in Nigeria. Unemployment usually aggravates poverty and it implicates on piracy since most of the pirates in Nigeria are essentially people who do not have any kind of employment or those who have lost their jobs due to the degradation of the environment by the multinational oil companies in the Niger Delta region of Nigeria.¹³⁰ The activities in the oil sector affect farmers and fishermen in the oil-producing communities as farmlands are destroyed while rivers are polluted. The aftermath of the environmental destruction is that farmers and fishermen will be unemployed. It has been argued that pirates recruit people who are unemployed and who suffer from economic privation.¹³¹ Given the derailment of the Nigerian economy on account of the fall in the global crude oil prices and the lockdown as a result of Covid-19, the rate of unemployment would continue to rise.¹³² This situation would culminate to a spike in piracy activities off the coast of Nigeria.¹³³

Another contributory factor that could lead to the spike in piracy acts is government misguided socio-economic policies that have continued to stifle development and job creation and other economic activities in the country. Take, for example, the Federal Ministry of Communications and Digital Economy's policy to suspend the sale, registration, and activation of SIM Cards has culminated in rendering over 2 million Nigerian

youths jobless.¹³⁴ This arises because "the income of the telecoms business partners, staff and the agents, majority of whom are within the age bracket between 20 to 40 years in the value chain is determined by the number of activations/SIM registration carried out within the month."¹³⁵ The concern is that due to unemployment and poverty arising from this singular policy by the government, there may be an increase in insecurity in the country, including piracy. Thus, this situation combined with the poverty and unemployment wreaked by Covid-19 will aggravate piracy off the coast of Nigeria.

Additionally, corruption is one of the causes of piracy in Nigeria, and according to the 2019 corruption index, Nigeria ranks 155 out of 183 countries.¹³⁶ This data shows that Nigeria is among the most corrupt countries in the world. In terms of corruption in the era of Covid-19 and its impact on piracy, this author observes that corruption is rife in Nigeria as relief funds designated for managing the spread of the virus and mitigating its consequences were syphoned¹³⁷ and the palliatives meant for the citizens were hoarded¹³⁸ by government officials both at the federal and state government levels in the country. While the Nigerian government purports to fight corruption, the officials of the

¹²⁸ OYEWObI, I. Adepimpe. et al. Covid 10 Pandemic Challenges: The Youth Unemployment in Nigeria. *JOURNAL OF CONTEMPORARY ISSUES IN BUSINESS AND GOVERNMENT*, v. 27, n. 1, p. 2007, 2021, citing the NBS.

¹²⁹ See Nigeria Economic Alert. September 2020. PWC. Available at: <https://www.pwc.com/ng/en/assets/pdf/economic-alert-september-2020.pdf>. Assessed on: 10 July 2021.

¹³⁰ See NWOKEDI, T. et al., supra note 4, p. 117-120.

¹³¹ HASTINGS, V.J., supra note 16, p. 10-11.

¹³² OLURONBI, R., supra note 125.

¹³³ LOCHERER, T., supra note 19.

¹³⁴ ALABELEWE, A. A., supra note 28.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Corruption Perceptions Index 2019: Global Scores, Transparency International. Available at: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Accessed on 4 December 2020.

¹³⁷ See ERANGA, Isaac. Covid-19 Pandemic in Nigeria: Palliatives Measures and the Politics of Vulnerability. *INTERNATIONAL JOURNAL OF MATERNAL AND CHILD HEALTH AND AIDS*, v. 9, n. 2, p. 1-3, DOI:10.21106/ijma.394, 2020 and DABANG, Percy & UKOMADU, Angela. In Nigeria, Looters Target Government Warehouses Stocked with Covid-19 Relief. *REUTERS*, London, 9 November 2020. Available at: <https://uk.reuters.com/article/uk-health-coronavirus-nigeria-food-idUKKBN27P0YZ>. Accessed on: 4 December 2020.

¹³⁸ See ERANGA, I., ibid and KOLO, Jesse, Nigeria: ANEEJ Condemns 'Palliatives Hoarding'. *DEVELOPMENT DIARIES*, Lagos, 26 October 2020. Available at: <https://www.developmentdiaries.com/2020/10/nigeria-aneej-condemns-palliative-hoarding/>. Accessed on: 4 December 2020.

executive,¹³⁹ the legislature¹⁴⁰ and the judiciary¹⁴¹ are alleged to be culpable in corrupt practices in the country. Moreover, the officials of both maritime regulatory and security agencies in Nigeria are susceptible to corruption.¹⁴² The implication is that it may aggravate the existing hardship faced by hapless Nigerians. This situation will lure more youths in the riverine areas, especially, in the Niger Delta region, to become pirates as they have no fighting chance to either bring corrupt government officials to book or survive under such corrupt milieu.

It is trite that insecurity leads to crime, particularly when innocent people are killed through extra-judicial means by security agencies who are saddled with the singular responsibility to protect the lives and properties of the citizens.¹⁴³ More pointedly, insecurity culminates to insurgency as witnessed in the Northeast (Boko Haram),¹⁴⁴ the Southeast (Indigenous People of Biafra: IPOB),¹⁴⁵ the Southwest (Ooduwa People's Congress: OPC)¹⁴⁶ and the Southsouth (the Niger Delta militant

groups)¹⁴⁷ of Nigeria. It has been argued that militancy of any ilk leads to insecurity and piracy.¹⁴⁸ This paper observes that due to insecurity in Nigeria facilitated by the actions of the various dissident groups, the wanton killing of innocent citizens by the security agencies, the absence of maritime domain awareness, and heightened poverty and unemployment due to bad economic policies, piracy has festered in the country's waters, even during Covid-19. It becomes imperative to introduce measures that would curb these factors to eliminate piracy post-Covid-19 in Nigeria.

It is noteworthy that despite the existence of the SPOMO Act, the suppression of piracy has been weak. This is because of the weak piracy institutional framework and the dearth of political will by the government to combat piracy. For instance, government officials and officials of maritime regulatory and security agencies aid and abet piracy in Nigeria without being prosecuted for piracy or related crimes, like corruption¹⁴⁹ and money laundering.¹⁵⁰ Though the government of Nigeria has initiated antipiracy projects (Deep Blue Project), enacted antipiracy legislation (the SPOMO Act), and provided surveillance and communication facilities to the maritime enforcement agencies in the country, piracy has continued unabated of the country's waters (see the Tables above). This is because of inadequate facilities and training of officials of maritime enforcement agencies and a dearth of prosecution of pirates and their enablers in Nigeria. Even in the first

¹³⁹ See AGUNYAI, C. Samuel & OLAWOYIN, W. Kayode. Legislative-Executive Corruption and Good Governance in Nigeria: Insights from Buhari's Administration in the Fourth Republic, in FAGBADEB, Omololu & RUFFIN, Fayth. Perspectives on the Legislative and the Prospects of Accountability in Nigeria and South Africa. (Springer 2019) p. 112-115 and KRECK, Vladimir. Nigeria's Hopeless Fight against Corruption, p. 43-51. Available at: <https://www.kas.de/documents/259121/7787920/Nigeria%E2%80%99s+Hopeless+Fight+Against+Corruption.pdf/bdf29e34-9eba-2a0a-f1d7-6728ee543f88?version=1.0&t=1575996323504>. Accessed on: 11 January 2021.

¹⁴⁰ See AGUNYAI, C. S. & OLAWOYIN W. K., *ibid* and UMARU, D. Usman. Corruption and Legislative Functions in Nigeria. *IOSR JOURNAL OF ECONOMICS AND FINANCE*, v. 8, n. 1, p. 01-08, DOI:10.9790/5933-0801010108, 2017.

¹⁴¹ See ANELE, K. K. Harvest of Arrests but no Prosecution, *supra* note 1, p. 627.

¹⁴² See ANELE, K. K. Addressing the Issues of Piracy off Indonesia and Nigeria, *supra* note 6, p. 262 and OSTENSEN G. A., et al., *supra* note 73, p. 1-29.

¹⁴³ See ABIODUN, F. Temitope, et al. Unlawful Killings of Civilians by Officers of the Special Anti-robbery Squad (SARS) Unit of the Nigerian Police in Southwest Nigeria: Implications for National Security. *African Journal of Law, Political Research And Administration* v. 3, n. 1, p. 49-64, 2020.

¹⁴⁴ For detailed analysis of terrorist groups in Nigeria, see generally IBRAHIM, Jibrin & BALA, Saleh. Civilian-led Governance and Security in Nigeria after Boko Haram. Special Report 438, United States Institute of Peace, December 2018, p. 1-10 and ABANG, O. Sunday. Boko Haram Insurgency: A Challenge on Nigerian National Security. *Public Policy And Administration Research*, v. 5, n. 11, p. 8-14, 2015.

¹⁴⁵ For further reading on IPOB, see generally Nigeria: Biafran Separatists. Country Policy and Information Note, Home Office, Version 1.0, April 2020. Available at: <https://www.justice.gov/eoir/page/file/1267611/download>. Accessed on: 12 January 2021.

¹⁴⁶ See generally GUICHAOUA, Yvan, Self-determination Group

or Extra-legal Governance Agency? The Multifaceted Nature of the Oodua People's Congress in Nigeria, *J. OF INT. DEV.*, p. 520-533, DOI: 10.1002/jid.1569, 2009 and AGBU, Osita, Ethnic Militias and the Threat to Democracy in Post-Transition Nigeria, Research Report No. 127, Nordiska Afrikainstitute Uppsala, 2004,

¹⁴⁷ See generally CHINWOKWU, C. Eke & MICHAEL, E. Christopher, Militancy and Violence as a Catalyst to Kidnapping in Nigeria. *INTERNATIONAL JOURNAL OF POLICE SCIENCE & MANAGEMENT*, v. 21, n. 1, p. 17-35 DOI: 10.1177/1461355719832619, 2019 and ALUMUNA, Steven, et al. Militancy and Kidnapping in the Niger Delta Region of Nigeria; A Recap. *ELIXIR SOCIAL STUDIES*, v. 112, p. 49425-49434, 2017.

¹⁴⁸ See NWALOZIE, J. C., *supra* note 2 and OGBONNAYA, Maurice. Nigeria's Anti-piracy Law Misses the Mark. Institute for Security Studies (ISS), 7 May 2020. Available at: <https://issafrica.org/iss-today/nigerias-anti-piracy-law-misses-the-mark>. Accessed on: 13 January 2021.

¹⁴⁹ See Economic and Financial Crimes Commission (Establishment, etc.) Act, 2004 and Independent Corrupt Practices and other Related Offences Commission Act No.5 Laws of the Federation of Nigeria 2004.

¹⁵⁰ See Money Laundering (Prohibition) Act, Harmonised Act No. 11, 2011 and Act No. 1, 2012 (Money Laundering Act).

piracy case in the country, the court ended up prescribing soft punishments for the pirates. Again, moneys allocated for the purchase of surveillance equipment are embezzled by both officials of government and officers of the maritime enforcement agencies.¹⁵¹ According to Pichon, though “unemployment and poverty appear to be a key driver, it is important to point out that...[w]eak law enforcement and corruption are critical factors that allow maritime piracy to prosper.”¹⁵² In the end, the significance of the SPOMO Act in suppressing piracy during and after the pandemic has been weakened.

The availability of vaccine and the need to restore Nigerian economy and the social lives of Nigerians, are significant developments that would lead to the removal of most of the measures introduced to curb the spread of the virus in Nigeria. It is important to note that the introduction of Covid-19 regulation by the government of Nigeria signals the attempt to return to normalcy in Nigeria,¹⁵³ particularly in terms of land-based movement of people, the commencement of international and domestic trade, and the regularisation of shipping activities. The implication is that pirates would be able to move from their shore base to their pirate vessels in Nigerian waters and resume the attacks on oil and gas tankers, fishing trawlers, bulk carries, and container vessels operating off the coast of Nigeria. The recent attack of a Turkish container ship, which led to the death of a sailor and kidnapping of 15 seafarers off the coast of Nigeria lend credence to the position of this paper that once most of the Covid-19 measures have been removed indicating a return to normal life, there will be a spike in piratical activities in Nigerian waters.¹⁵⁴

¹⁵¹ NWALOZIE, J. C., supra note 2, ANELE, K. K. Addressing the Issues of Piracy off Indonesia and Nigeria, supra note 6, p. 262 and OSTENSEN G. A., et al., supra note 73, p. 1-29.

¹⁵² PICHON, Eric. Piracy and Armed Robbery off the Coast of Africa: EU and Global Impact. European Parliamentary Research Service, March 2019. p. 11. Available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/635590/EPRS_IDA\(2019\)635590_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/635590/EPRS_IDA(2019)635590_EN.pdf). Accessed on: 10 July 2021.

¹⁵³ See the Coronavirus Disease (Covid-19) Health Protection Regulations 2021, which was signed on the 26th January 2021 by the President of Nigeria.

¹⁵⁴ SPICER, Jonathan & KOCA, Irem. One Killed, 15 Kidnapped in Violent Pirate Attack Off Nigeria. GCAPTAIN, 24 January 2021. Available at: https://gcaptain.com/pirates-attack-mozart/?subscriber=true&goal=0_f50174ef03-04d6fd1230-169940757&mc_cid=04d6fd1230&mc_eid=0d16777147&fbclid=IwAR2yqqYeOXt-Xd3yrILD0V8dTmVYsQniaN_AK5i0u1x-H54KdeJkunWkek2A. Accessed on: 29 January 2021.

In concluding this subheading, this paper summarises the above onshore causes of piracy worsened by the pandemic using theories to bolster its hypothesis that due to aggravated land-based causes of piracy by Covid-19, piratical attacks will increase post-Covid-19. Hence, the paper reiterates that frustration-aggression,¹⁵⁵ grievance,¹⁵⁶ protestation,¹⁵⁷ greed,¹⁵⁸ marginalisation,¹⁵⁹ and enterprise¹⁶⁰ theories strengthen its theorem that piratical attacks will increase in the waters of Nigeria post-Covid-19 era as the pandemic has compounded the onshore causes of the crime in the country. In light of that, Balogun avers that the Nigerian coast “is the epicentre of illicit energy-maritime criminal activities with petro-pirates, oil thieves and illegal traders in fuel forming a trivet of energy crime in the region,”¹⁶¹ while Rexer opines that “unequal distribution of rents, or excessive rent-seeking by predatory governments, can generate grievance-driven insurgency”¹⁶² that could culminate to piracy. The implication is that the existence of the aggravated land-based causes of piracy, corrupt government, the volatility of the Nigeria coast, black market for the stolen vessel cargo (crude and refined oil), organised criminal enterprises, among others, will bolster piracy activities off the Nigerian coast post-Covid-19.

6 Measures to Reduce Piracy in Nigeria

Before delving into strengthening sustaining piracy legal framework and institutional regime in Nigeria, the

¹⁵⁵ See generally, BALOGUN A. Wasiu. Crude Oil Theft, Petro-piracy and Illegal Trade in Fuel: An Enterprise-Value Chain Perspective of Energy-Maritime Crime in the Gulf of Guinea. Ph.D Dissertation, Lancaster University, United Kingdom. Available at: https://eprints.lancs.ac.uk/id/eprint/129813/1/APPROVED_PHD_THESIS.pdf. Accessed on: 12 July 2021 and NWOKEDI, T., et al., supra note 4.

¹⁵⁶ BALOGUN A. W., *ibid*.

¹⁵⁷ SCHNEIDER, P. supra note 1

¹⁵⁸ BALOGUN A. W. Crude Oil Theft, Petro-piracy and Illegal Trade in Fuel, supra note 155.

¹⁵⁹ See generally, ANELE K. K. Harvest of Arrests but no Prosecution, supra note 1

¹⁶⁰ See generally, BALOGUN, A. W. Why has the ‘Black’ Market in the Gulf of Guinea Endured?, supra note 41.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 1.

¹⁶² REXER, Jonah. Black Market Crude: Organized Crime and Environmental Externalities in Nigeria’s Oil sector. KLEINMAN CENTER FOR ENERGY POLICY, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA, FEBRUARY 2019, p. 1.

government of Nigeria must tackle the socioeconomic and environmental factors that make piracy to thrive. For instance, since militancy, criminality, and political violence in the Niger Delta manifest in piracy and maritime insecurity in the country, it behooves the Nigerian government to introduce policies aimed at eliminating these challenges and reducing the ability of groups to operate at in the country's waters.¹⁶³ Thus, Affi opines that "onshore solutions are the long-term solutions; they are also more efficient and more sustainable than the offshore approaches."¹⁶⁴ Given the fact that Covid-19 has aggravated these onshore causes of piracy, it becomes necessary to introduce steps to curb the onshore causes of piracy. Thus, short-term response to piracy should be replaced with long-term initiatives through addressing the root causes of piracy in Nigeria.¹⁶⁵ Central to finding a lasting solution to land-based causes of piracy in Nigeria is the lingering issue of good governance. Research has shown that countries with piracy infested waters are mostly failed states and countries that practice anocracy with weak and corrupt institutions and marginalised ethnic minorities.¹⁶⁶ For example, while piracy off the coast of Somalia was as a result of the country's 'failed state status',¹⁶⁷ the Indonesian piracy is essentially linked to the separatist group Gerakan Aceh Merdeka (GEM).¹⁶⁸ In the case of Nigeria, the issue of failed state and secessionist groups abound, it could also be argued that Nigeria practices anocracy which create a fertile ground for piracy to thrive.¹⁶⁹ It is submitted that good governance would expurgate political violence and tribal schisms that exist and fuel the

¹⁶³ OGBONNAYA, M., supra note 148.

¹⁶⁴ AFFI, A. Ladan, et al. Avoiding Somalia: what prevents onshore solutions to piracy? *GLOBAL AFFAIRS*, v. 1, n. 3, DOI:10.1080/23340460.2015.1078576, p. 312, 2015.

¹⁶⁵ KYRYCHENKO, V., supra note 63, p. 55.

¹⁶⁶ See DENTON, L. Ginger & HARRIS, R. Jonathan. Maritime Piracy, Military Capacity, and Institutions in the Gulf of Guinea. *TERRORISM AND VIOLENCE*, p. 2, DOI:10.1080/09546553.2019.1659783, 2019 and HAMZA, R. Farah. Maritime Trade and Piracy in the Gulf of Aden and the Indian Ocean (1994-2017). *J. TRANSP. SECUR.* <https://doi.org/10.1007/s12198-018-0190-4>, 2018.

¹⁶⁷ See KAMOLA, Isaac. Pirate Capitalism, or the Primitive Accumulation of Capital itself. *MILLENNIUM: JOURNAL OF INTERNATIONAL STUDIES*, p. 16-18, DOI:10.1177/0305829818771525, 2018 and HAMZA, R. F., *ibid.*

¹⁶⁸ HASTINGS, V. J., supra note 16, p. 7 and KARAWITA, K. Amali. Piracy in Somalia: An Analysis of the Challenges Faced by the International Community. *JURNAL ILMU SOSIAL DAN ILMU POLITIK*, v. 23, n. 2, p. 104, doi:10.22146/jsp.37855, 2019.

¹⁶⁹ DENTON, L. G. & HARRIS, R. J. Maritime Piracy, Military Capacity, and Institutions in the Gulf of Guinea, supra note 164, p. 2.

violence in the Niger Delta region of Nigeria.¹⁷⁰ Thus, there is a need to entrench good governance in Nigeria.

As part of the measures to eliminate the land-based causes of piracy, it is imperative to introduce economic and fiscal policies that will engender economic boom to expurgate poverty and unemployment in the country. Nigeria needs to increase its capacity to produce items by introducing policies that will bolster the manufacturing sector. Also, it is important to use policies and programmes to strengthen the diversification of the economy from the over-reliance on natural resources to other sectors like agriculture, the blue economy, information technology and communication, among others. It is significant to note that the heightened level of poverty and unemployment in Nigeria has been worsened by the measures introduced by the government to curb the spread of Covid-19. A theory has been developed which suggests that piracy can be suppressed through the expansion of alternative economic activities that will improve "the social and political institutions that promote income-sharing."¹⁷¹ More pointedly, investing in infrastructure development is a significant aspect of good governance and economic development. This implies that government should invest in the health sector of the country to be able to manage health issues, like the outbreak of Covid-19, and avoid unnecessary death of its citizens. Hence, by introducing policies that will create a friendly environment where: healthcare services are efficient, infrastructure development is enhanced, and factories are built so that the youths are gainfully employed and poverty is reduced;¹⁷² piracy will be reduced during and after Covid-19.

One of the major causes of poverty, unemployment and ill-health in Nigeria, particularly in the Niger Delta region, is the pollution of the environment due to oil

¹⁷⁰ EBIEDE, M. T. *Instability in Nigeria's Niger Delta: The Post Amnesty Programme and Sustainable Peace-building* (Friedrich-Ebert-Stiftung, Dakar-Fann, 2017) p. 17-19.

¹⁷¹ ACHARYA, Avidit, et al. Security in the absence of a state: traditional authority, livestock trading, and maritime piracy in northern Somalia. *Journal Of Theoretical Politics*, v. 32, n. 4, p. 520 DOI:10.1177/0951629820941110, 2020.

¹⁷² Hasting argues that though economic privation leads to piracy, "an increase in labour and capital-intensive commodity prices can decrease the number of piracy attacks in an area, as individuals who would otherwise engage in piracy find it more profitable to go into other industries." HASTINGS, V. J., supra note 16, p. 11.

exploration. Both gas flaring¹⁷³ and oil spillage¹⁷⁴ due to oil exploration implicate on the health of members of the Niger Delta communities and pollute farmlands and the aquatic environment. This culminates to loss of jobs, unemployment, poverty, and ill-health. To put an end to self-help geared towards discouraging oil exploration in the Niger Delta in the form of piracy and oil theft, the government of Nigeria must introduce and effectively implement measures to cut oil spillage and gas flaring, and urgently clean up the affected farmlands and rivers. Regarding gas flaring, it has been suggested that the Nigerian government should strictly implement, monitor, and enforce existing gas flaring laws, regulations, and programmes; especially the Nigerian gas Flare Commercialisation Programme.¹⁷⁵ It is argued that the government of Nigeria, in collaboration with the state and local governments in the Niger Delta region, should establish modern hospitals in the region that can treat, among other ailments, people affected by pollution or gas flaring in the oil producing communities and engage in massive clean-up of the environment of these communities to persuade the youths of the region to refrain from criminal acts, like piracy.

Corruption by government officials and officials of the maritime regulatory and security agencies must be eliminated. First, government officials and officials

of maritime regulatory and security agencies need to eschew corruption and corrupt practices in their daily activities. One of the ways to discourage corruption by officials of government is by prosecuting them.¹⁷⁶ Hence, elected officials who are suspected of corruption should be voted out during the election and subsequently prosecuted for the crime.¹⁷⁷ Also, research has shown that both the elite and employees of shipping and clearing agencies provide information, for instance, the cargo manifest, to pirates which facilitate the attacks against vessels.¹⁷⁸ Thus, similar to the prosecution of the officials of government, these onshore facilitators of piracy should be arrested and prosecuted to discourage others from helping pirates to commit crimes. For example, the prosecution of pirates and their enablers as part of the global prosecution programme significantly contributed to the suppression of piracy off the coast of Somalia.¹⁷⁹

The shipping industry also plays a significant role in curbing piracy post-Covid-19 in Nigeria by cooperating with Nigerian maritime enforcement agencies in combating the crime. Ship owners should always use well-equipped vessels, engage well-trained seafarers, regularly comply with IMO security regulations and guidelines, consistently utilise seaworthy vessels, regularly communicate and exchange information with NIMASA in its operations, and routinely support antipiracy law

¹⁷³ See generally GIWA, Solomon O., et al. Gas Flaring Attendant Impacts of Criteria and Particulate Pollutants: A Case of Niger Delta Region of Nigeria. *Journal Of King Saud University- Engineering Sciences*, v. 31, p. 209-217, [HTTP://DX.PRG/10.1016/J.JKSUES.2017.04.003](http://dx.doi.org/10.1016/j.jksues.2017.04.003), 2019 and OSUOHA, A. Christopher & FAKUTIJU, A. Michael. Gas Flaring in Niger Delta Region of Nigeria: Cost, Ecological and Human Health Implications. *Environmental Management And Sustainable Development*, v. 6, n. 2, p. 390-410, doi:10.5296/emsd.v6i2.11662, 2017.

¹⁷⁴ See generally ALBERT, N. Oshienemen, et al. Evaluation of the Impacts of Oil Spill Disaster on Communities and its Influence on Restiveness in Nigeria Delta, Nigeria. *PROCEDIA ENGINEERING*, v. 212, p. 1054-1061, 2018, ENEGIDE, Chinedu & CHUKWUMA, C. Kelechukwu. Oil Spillage and Heavy Metals Toxicity Risk in the Niger Delta, Nigeria. *JOURNAL OF HEALTH & POLLUTION*, v. 8, n. 19, p. 1-8, 2018 and OSUAGWU, S. Eze. & OLAIFA, Esegohene. Effects of Oil Spills on Fish Production in the Niger Delta. *PLOS ONE*, v. 13, n. 10, p. 1-14, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0205114>, 2018.

¹⁷⁵ See generally OLUJOBI, J. Olusola. Analysis of the Legal Framework Governing Gas Flaring in Nigeria's Upstream Petroleum Sector and the Need for Overhauling. *SOCIAL SCIENCE*, v. 9, p. 1-19, doi:10.3390/socsci9080132, 2020. See also IJAIYA, Hakeem, et al. Institutional and Legal Control of Gas Flaring in the Niger Delta Region of Nigeria. *BRAWIJAYA LAW JOURNAL*, v. 5, n. 1, p. 29-42, DOI: <http://dx.doi.org/10.21776/ub.blj.2018.005.01.03>, 2018.

¹⁷⁶ Government officials that sponsor or support piracy should be prosecuted for related crimes, like money laundering. See JIN Jing & TECHERA Erika. Strengthening Universal Jurisdiction for Maritime Piracy Trials to Enhance a Sustainable Antipiracy Legal System for Community Interests. *Sustainability*, v. 13, p. 22, <https://doi.org/10.3390/su13137268>, 2021.

¹⁷⁷ For the prosecution of former Directors General of NIMASA, see ANELE, K. K. Addressing the Issues of Piracy off Indonesia and Nigeria, supra note 6, p. 262-263. For the prosecution of officer of the Nigerian Navy, see the case of *Rear Admiral Francis Echie Agbiti v The Nigerian Navy*. For detailed analysis of the case, see ARUGU, W. Obugheni; HALLIDAY, E. Chidi. Strengthening the legal and institutional framework for combating piracy and armed robbery against ships in Nigeria. 2018, 80. Available at: https://www.academia.edu/39993652/STRENGTHENING_THE_LEGAL_AND_INSTITUTIONAL_FRAMEWORK_FOR_COMBATING_PIRACY_AND_ARMED_ROBBERY_AGAINST_SHIPS_IN_NIGERIA. Accessed on: 4 January 2021.

¹⁷⁸ Hastings observes that pirates that hijack oil tankers in the Gulf of Guinea rely on "access to formal economic infrastructure associated with the oil industry, and acquiescence or buy-in from elites with ties to that infrastructure." HASTINGS, V. J., supra note 16, p. 12. See also NWALOZIE, J. C., supra note 2.

¹⁷⁹ BUEGER, Christian. Learning from Piracy: Future Challenges of Maritime Security Governance. *Global Affairs*, v. 1, n. 1, p. 37, DOI:10.1080/23340460.2015.960170, 2015.

enforcement by maritime regulatory and security agencies in Nigeria.¹⁸⁰ Additionally, the formation of a Maritime Collaboration Forum to provide shared awareness and deconfliction of activities in the Gulf of Guinea (GOD-MCF/SHADE) by Nigeria and the International Coordination Centre for the Implementation of Regional Strategy for Maritime Safety in Central and West Africa is a step in the right direction.¹⁸¹ This forum will not only have positive ramifications in the role of regional and international players in curbing post Covid-19 piracy in Nigeria but also facilitate maritime domain awareness of the country's waters.

In line with the argument that one of the most effective steps in suppressing piracy is through the elimination of onshore causes of piracy, it is imperative to introduce and build juridical capacity in Nigeria. This paper argues that the creation of a special maritime court is one of the ways to enhance proper and sustainable prosecution of pirates and their enablers in Nigeria. Again, to protect the rights of pirates, it is important to review the SPOMO Act, especially section 9, to reflect the provisions of Chapter IV of the Constitution of Nigeria on fundamental human rights: personal liberty. Besides, there is a need to enhance infrastructure in Nigerian courts, particularly in view of the nature of piracy and shipping which may require video conferencing as a means of testifying before a court. Moreover, the existence of the pandemic has made virtual hearing fashionable and it requires modern facilities and regular power supply to become sustainable. More pointedly, judicial officers must be trained regularly, especially the judges, in adjudicating piracy cases. This is important because of the lenient sentence prescribed by a Federal High Court in Port Harcourt, Rivers State, Nigeria, in the first piracy case in the country.¹⁸² Consequently, the NIMASA – Nigerian Institute of Advanced Legal Studies (NIALS) annual Admiralty Law Seminar for Judges is a step in the right direction to build the capacity of the Nigerian courts in handling piracy and other maritime cases. Also, it has been argued that the antipiracy capacity building activities focusing on the military and

the judiciary in the Gulf of Guinea, which Nigeria is part of, play a significant role in tackling piracy.¹⁸³ These programmes contribute to strengthening sustainable piracy legal regime in Nigeria.

This paper further argues that in the absence of political will by the government of Nigeria to curb piracy, it will be difficult to combat the crime. Aside from good governance and the attendant dividend of democracy, it is important for the Nigerian government to, among other things, adequately fund maritime regulatory and security agencies, procure sufficient maritime surveillance and communication facilities, and prosecute government officials that aid and abet piracy in the country. Jacobsen and Nordby opine that the capacity to curb piracy is inadequate in the absence of the political will to do so.¹⁸⁴ Additionally, Bellish is of the view that introducing the political will to combat piracy captures the long-term interests of major parties involved in piracy suppression, and “engaging in a prosecutorial strategy that systematically targets pirate leaders over low-level pirates may help provide the political will needed to justify a sustained counter-piracy effort off the Nigerian¹⁸⁵ coast”.¹⁸⁶ This paper argues that the existence of the political will to suppress piracy is central to the elimination of the onshore causes of piracy in Nigeria, and political will to curb piracy entail both eliminating the land-based causes of piracy and strengthening sustainable piracy legal regime and institutional framework in the country.

7 Conclusion

This paper has shown that Covid-19 implicated piracy in Nigeria. However, it was discovered that though the pandemic affected the land-based causes of piracy,

¹⁸⁰ See generally, The Gulf of Guinea Declaration on Suppression of Piracy. Available at: <https://www.bimco.org/GoGDeclaration>. Accessed on: 19 May 2021.

¹⁸¹ LARSEN, P. Jakob. Nigeria and ICC Announce Ground-breaking Antipiracy Forum. BIMCO. Denmark, 28 April 2021. Available at: <https://www.bimco.org/news/security/20210428---nigeria-and-icc-antipiracy-forum>. Accessed on: 12 July 2021.

¹⁸² See the case of *Federal Republic of Nigeria v Binaebi Johnson & Co.*

¹⁸³ JACOBSEN, L. Katja. Maritime Security and Capacity Building in the Gulf of Guinea: On Comprehensiveness, Gaps, and Security Priorities. *African Security Review*, p. 13, DOI.10.1080/10246029.2017.1291441, 2017.

¹⁸⁴ JACOBSEN, L. Katja & NORDBY, R. Johannes. Maritime Security in the Gulf of Guinea (Royal Danish Defence College Publishing House: Copenhagen, 2015) p. 47.

¹⁸⁵ The italicised word by this author.

¹⁸⁶ BELLISH, Jonathan. The Systemic Prosecution of Somali Pirate Leadership and the Primacy of Multi-level Cooperation. The Ved Nanda Center for International & Comparative Law, Sturm College of Law, University of Denver, June 2014, 39. Available at: <https://www.law.du.edu/documents/ved-nanda-center/SystematicProsecutionPaperDU.pdf>. Accessed on: 25 January 2021.

like unemployment and poverty, data show that piratical attacks have not increased in Nigeria. The paper attempted to proffer reasons for this paradox. It was argued that the reason for the decreasing number of piracy attacks in Nigerian waters was because of the movement restrictions by the Nigeria government to prevent the spread of the pandemic. Moreover, the absence of maritime domain awareness and weak piracy institutional regime mean that attacks may have occurred without being captured. Further, the paper observed that though there is no spike in piracy in Nigeria despite the heightened level of onshore causes of piracy as a result of the pandemic, piratical acts will escalate post-Covid-19, starting from the removal of the Covid-19 measures, such as movement restrictions. It was also observed that weak piracy institutional framework and the dearth of political will by the government of Nigeria to curb piracy will contribute to the escalation of piracy post-Covid-19. The paper argued, among other things, that the escalation of piracy off the coast of Nigeria post-Covid-19 would be as a result of the aggravation of the onshore causes of piracy due to the suspension of the movement restriction measures imposed on individuals and vessels in Nigeria. It was further revealed that many theories support the hypothesis of this paper that the aggravated land-based causes of piracy by the Covid-19 countermeasures, the dearth of maritime domain awareness, and weak piracy institutional regime may lead to spike in piracy attacks in the waters of Nigeria post-Covid-19. In view of finding the solution to piracy during and post-Covid-19 in the country, this paper opines that contemporary scholarship supports the need to focus on eliminating the land-based causes of piracy¹⁸⁷ as “the heavy reliance on the use of navies is a short-term, inefficient and unsustainable way of ending piracy in ... Africa”.¹⁸⁸ Consequently, there must be a concerted effort by the Nigerian government to find lasting solutions to onshore causes of piracy, particularly the cultivation of the political will to curb piracy. It is also instructive to submit that good governance is central in eliminating most of the land-based causes of piracy as jobs are created and poverty is reduced. As Guilfoyle observed, a successful antipiracy “strategy has to acknowledge that suppressing piracy requires both

adequate law enforcement ashore and viable alternative livelihoods for those who might engage in it.”¹⁸⁹ Thus, cultivating the political will to curb piracy by the Nigerian government is central to the implementation of all counterpiracy measures in Nigeria. While this paper would strengthen the on-going attempt by the government of Nigeria to suppress piracy off its coast during and after Covid-19, it is important to engage in further research to determine the effect of offshore causes of piracy during covid-19 and the solutions thereto.

References

- ABANG, O. S. Bokoharam Insurgency: A Challenge on Nigerian National Security. *Public Policy And Administration Research*, v. 5, n. 11, p. 8-14, 2015.
- ABIA, B. *Economic Implications of the Recent Border Closure*. Centre for the Study of the Economies of Africa (CSEA), 21 January 2020. Available at: <http://cseaafrica.org/economic-implications-of-the-recent-border-closure/>. Accessed on: 7 December 2020.
- ABIODUN, F. T. *et al.* Unlawful Killings of Civilians by Officers of the Special Anti-robbery Squad (SARS) Unit of the Nigerian Police in Southwest Nigeria: Implications for National Security. *African Journal Of Law, Political Research And Administration* v. 3, n. 1, p. 49-64, 2020.
- ACHARYA, A. *et al.* Security in the Absence of a State: Traditional Authority, Livestock Trading, and Maritime Piracy in Northern Somalia. *Journal Of Theoretical Politics*, v. 32, n. 4, p. 520, DOI:10.1177/0951629820941110, 2020.
- ADINGOI, T. *et al.* An Appraisal of Sea Robbery Control in Nigeria’s Waterways: Lessons from Niger Delta Region. *International Journal Of Criminology And Sociology*, v. 8, p. 75, 2019.
- ADONGOI, T. *et al.* Sea Robbery and Its Implications on Tourism Development in Niger Delta Region of Nigeria. *International Journal Of Social & Management Sciences*, v. 2, n. 1, p. 1-13, 2019. Available at: <https://doi.org/10.26762/ijmsms.201800010>.

¹⁸⁷ See KARAWITA, A. K. *supra* note 168, p. 22-23 and ELMI, A.; MOHAMMED, S. The Role of the GCC Countries in Ending Piracy in the Horn of Africa. Arab Center for Research & Policy Studies, p. 13, 2016.

¹⁸⁸ ELMI, A.; MOHAMMED, S., *ibid.*

¹⁸⁹ GUIFOYLE, Douglas. Policy Tensions and the Legal Regime Governing Piracy. In: GUIFOYLE, Douglas. (ed.) *Modern Piracy: Legal Challenges and responses* (Edward Elgar Publishing 2013) p. 329.

- ADONGOI, T. et al. The Impact of Sea Robbery on Artisanal Fishing in Rural Settlements in Niger Delta Region of Nigeria. *International Journal Of Innovation And Sustainability*, v. 1, p. 32-43, 2017.
- AFFI, A. L. et al. Avoiding Somalia: What Prevents Onshore Solutions to Piracy? *Global Affairs*, v. 1, n. 3, p. 312, 2015. DOI:10.1080/23340460.2015.1078576.
- AFINOTAN, L. A.; OJAKOROTU, V. The Niger Delta Crisis: Issues, Challenges and Prospects. *African Journal Of Political Science And International Relations*, v. 3, n. 5, p. 191-198, 2009.
- AGBU, O. Ethnic Militias and the Threat to Democracy in Post-Transition Nigeria, Research Report No. 127, Nordiska Afrikainstitute Uppsala 2004.
- AGUNYAI, C. S.; OLAWOYIN, W. K. Legislative-Executive Corruption and Good Governance in Nigeria: Insights from Buhari's Administration in the Fourth Republic. In: FAGBADEB, Omololu; RUFFIN, Fayth. *Perspectives on the Legislative and the Prospects of Accountability in Nigeria and South Africa*. (Springer 2019) p. 112-115.
- African Charter on Maritime Security and Safety and Development in Africa (Lome Charter) adopted by the Extraordinary Session of the African Union Assembly, Lome, Togo, 15th October 2016.
- AHMAD, M. Maritime Piracy Operations: Some Legal Issues. *Journal of International Maritime Safety, Environment Affairs, and Shipping*, v. 4, n. 3, p. 63, 2020. DOI:10.1080/25725084.2020.1788200.
- AJIBO, H. Effect of Covid-19 on Nigerian Socio-economic Well-being, Health Sector Pandemic Preparedness and the Role of Nigerian Social Workers in the War against Covid-19. *Social Work In Public Health*, v. 35, n. 7, p. 515-516, 2020. DOI:10.1080/19371918.2020.1806168.
- AKINSOLA, J. Maritime Piracy and Lethal Violence Offshore in Nigeria. *IFRA-Nigeria Working Papers Series*, p. 5, 2015.
- ALABELEWE, A. A. Two Million Youths Now Jobless with SIM Card Registration Suspension. *The Nation*, Lagos, 28 December 2020. Available at: <https://thenationonlineng.net/two-million-youths-now-jobless-with-sim-card-registration-suspension/>. Accessed on: 29 Dec. 2020.
- ALBERT, N. O. et al. Evaluation of the Impacts of Oil Spill Disaster on Communities and its Influence on Restiveness in Nigeria Delta, Nigeria. *Procedia Engineering*, v. 212, p. 1054-1061, 2018.
- ALBY, S. Nigeria: Convalescent. *Conjoncture*, p. 2, Jul. 2019.
- ALOZIE, C. et al. Ocean Governance, Integrated Maritime Security and its Impact in the Gulf of Guinea: A Lesson for Nigeria's Maritime Sector and Economy. *African review*, v. 11, n. 2, p. 203, 2019. DOI:10.1080/09744053.2019.1631640.
- ALUMUNA, S. et al. Militancy and Kidnapping in the Niger Delta Region of Nigeria; A Recap. *Elixir Social Studies*, v. 112, p. 49425-49434, 2017.
- AMUNDSEN, I. Covid-19, Cash Transfers, and Corruption. *Policy Guidance for Donors*. CMI, U4 Brief 2020:9, p. 1-13, 2020.
- ANDAM, K. et al. Estimating the Economic Costs of Covid-19 in Nigeria. *IFPRI Nigeria, Strategy Support Program*, Working Paper 63, p. 1-11, Jul. 2020.
- ANELE, K. K. The Potential Impact of Piracy on ACFTA: A Nigerian Perspective. *Journal Of Territorial And Maritime Studies*, v. 8, n. 1, p. 13, 2021. DOI:10.2307/JTMS.8.1.5.
- ANELE, K. K. Harvest of Arrests but no Prosecution: Ideation Toward Strengthening the Legal Regime for Prosecuting Pirates in Nigeria. *Commonwealth Law Bulletin*, v. 46, n. 4, p. 611-639, 2020. DOI:1080/03050718.2020.1774402.
- ANELE, K. K. The Potential Effects of Piracy on the Art-Craft Industry: A Comparative Analysis of Nigeria and Indonesia. *Indonesia Law Review*, v. 10, n. 2, p. 217-237, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.15742/ilrev.v10n2.652>.
- ANELE, K. K. Addressing the Issues of Piracy off Indonesia and Nigeria. *The Indonesian Journal Of International & Comparative Law*, v. VII, 247.
- ARUGU, W. O.; HALLIDAY, E. C. Strengthening the Legal and Institutional Framework for Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Nigeria. 2018, 80. Available at: https://www.academia.edu/39993652/STRENGTHENING_THE_LEGAL_AND_INSTITUTIONAL_FRAMEWORK_FOR_COMBATING_PIRACY_AND_ARMED_ROBBERY_AGAINST_SHIPS_IN_NIGERIA. Accessed on: 4 Jan. 2021.

- BALOGUN, A. Wasiu. Why has the 'Black' Market in the Gulf of Guinea Endured? *Australian Journal Of Maritime & Ocean Affairs*, p. 1, 2021. <https://doi.org/10.1080/18366503.2021.1876311>.
- BALOGUN A. Wasiu. Crude Oil Theft, Petro-piracy and Illegal Trade in Fuel: An Enterprise-Value Chain Perspective of Energy-Maritime Crime in the Gulf of Guinea. Ph.D Dissertation, Lancaster University, United Kingdom. Available at: https://eprints.lancs.ac.uk/id/eprint/129813/1/APPROVED_PHD_THESIS.pdf. Accessed on: 12 Jul. 2021.
- BELLISH, J. The Systemic Prosecution of Somali Pirate Leadership and the Primacy of Multi-level Cooperation. The Ved Nanda Center for International & Comparative Law, Sturm College of Law, University of Denver, June 2014, 39. Available at: <https://www.law.du.edu/documents/ved-nanda-center/SystematicProsecutionPaperDU.pdf>. Accessed on: 25 Jan. 2021.
- BUEGER, C. Learning from Piracy: Future Challenges of Maritime Security Governance. *Global Affairs*, v. 1, n. 1, p. 37, DOI:10.1080/23340460.2015.960170, 2015.
- CHINWOKWU, C. E.; MICHAEL, E. C. Militancy and Violence as a Catalyst to Kidnapping in Nigeria. *international journal of police science & management*, v. 21, n. 1, p. 17-35 DOI: 10.1177/1461355719832619, 2019.
- Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery against Ships, and Illicit Maritime Activity in West Africa (25 June) 2013.
- Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999.
- CONVENTION for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigations, adopted 10 March 1988, (entered into force 1 March 1992) 1678 UNTS 221.
- CORONAVIRUS Disease (Covid-19) Health Protection Regulations 2021.
- CORRUPTION Perceptions Index 2019: Global Scores, Transparency International. Available at: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Accessed on: 4 December 2020.
- COVID-19 and Maritime Transport: Impact and Responses. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), UNCTAD/DTL/TLB/INF/2020/1, p. 10.
- COVID-19 and the Nigerian Oil and Gas Sector – Impact on the Nigerian Economy and Key Mitigation Measures. Available at: <https://www.opml.co.uk/files/Projects/a0773-covid-19-nigerian-oil-sector.pdf?noredirect=1> Accessed on: 3 December 2020.
- COVID-19 in Nigeria and South Africa. *Strategic Comments*, v. 26, n. 4, vii, 2020. DOI:10.1080/13567888.2020.1797212.
- COVID-19 Situation Report, Weekly Epidemiological Report 10, Epi Week 51: 14th December – 20th December 2020, 20th December 2020, 1. Available at: <https://ncdc.gov.ng/diseases/sitreps/?cat=14&name=An%20update%20of%20COVID-19%20outbreak%20in%20Nigeria>. Accessed on: 27 December 2020.
- DABANG, P.; UKOMADU, A. In Nigeria, Looters Target Government Warehouses Stocked with Covid-19 Relief. *Reuters*, London, 9 November 2020. Available at: <https://uk.reuters.com/article/uk-health-coronavirus-nigeria-food-idUKKBN27P0YZ>. Accessed on: 4 December 2020.
- DENTON, L. G.; HARRIS, R. J. The Impact of Illegal Fishing on Maritime Piracy: Evidence from West Africa. *Studies In Conflict & Terrorism*, p. 3, DOI:10.1080/1057610X.2019.1594660, 2019.
- DENTON, L. G.; HARRIS, R. J. Maritime Piracy, Military Capacity, and Institutions in the Gulf of Guinea. *Terrorism And Violence*, p. 2, DOI:10.1080/09546553.2019.1659783, 2019.
- DOUMBIA-HENRY, C. Shipping and Covid-19: Protecting Seafarers as Frontline Workers. *WMU J. of Marit. Affairs*, 279, 280, <https://doi.org/10.1007/s13437-02000217-9>, 2020.
- EBIEDE, M. T. *Instability in Nigeria's Niger Delta: The Post Amnesty Programme and Sustainable Peace-building* (Friedrich-Ebert-Stiftung, Dakar-Fann, 2017) p. 17-19.
- ECONOMIC and Financial Crimes Commission (Establishment, etc.) Act, 2004.
- EJIOGU, A. *et al.* Nigerian Budgetary Response to the Covid-19 Pandemic and its Shrinking Fiscal Space: Financial Sustainability, Employment, Social Inequality and Business Implications. *Journal Of Public Accounting & Financial Management*, v. 32, n. 5, p. 919-928. DOI:10.1108/JPBAFM-07-2020-0101. 2020.

- ELMI, A.; MOHAMMED, S. The role of the GCC countries in ending piracy in the Horn of Africa. *Arab Center for Research & Policy Studies*, p. 13, 2016.
- ENEGIDE, C. & Chukwuma, C. K. Oil Spillage and Heavy Metals Toxicity Risk in the Niger Delta, Nigeria. *Journal of Health & Pollution*, v. 8, n. 19, p. 1-8, 2018.
- ERANGA, I. Covid-19 Pandemic in Nigeria: Palliatives Measures and the Politics of Vulnerability. *International Journal of Maternal and Child Health and Aids*, v. 9, n. 2, p. 1-3, 2020. DOI:10.21106/ijma.394.
- ERUAGA, A. O.; MEJIA, Q. M. Jr. Piracy and armed robbery against ships: revisiting international law definitions and requirements in the context of the Gulf of Guinea. In: CHIRCOP, Aldo. *et al.* (eds.) *Ocean Yearbook 33*. Brill Nijhoff: Leiden, 2019. p. 432-434.
- EZEOZUE, C. Piratical Challenges in the Nigeria Ocean Space: Implications for National Security. *International Journal of Research and Innovation In Applied Science*, v. IV, n. X, p. 58, 2019.
- Federal Republic of Nigeria v Binaebi Johnson & Co*, Suit No.FHC/PH/62c/2020 (Unreported).
- GIWA, O. S. et al. Gas Flaring Attendant Impacts of Criteria and Particulate Pollutants: A Case of Niger Delta Region of Nigeria. *Journal Of King Saud University- Engineering Sciences*, v. 31, p. 209-217, 2019. HTTP://DX.PR.G/10.1016/J.JKSUES.2017.04.003.
- GLOBAL Report on Food Crises: Joint Analysis for Better Decisions. *Food Security Information Network (FSIN)*, 2020. Available at: <http://www.fao.org/3/ca-8786en/CA8786EN.pdf>. Accessed on: 4 Dec. 2020.
- GOTTLIEB, Y. International Cooperation in Combating Modern Forms of Maritime Piracy: Legal and Policy Dimensions. University of Amsterdam UvA-DARE (Digital Academic Repository), 2017. p. 38-55.
- GUICHAOUA, Y. Self-determination Group or Extra-legal Governance Agency? The Multifaceted Nature of the Oodua People's Congress in Nigeria, J. OF INT. DEV., p. 520-533, DOI: 10.1002/jid.1569, 2009.
- GUIFOYLE, D. Policy Tensions and the Legal Regime Governing Piracy. In: GUIFOYLE, Douglas (ed.) *Modern Piracy: Legal Challenges and responses*. Edward Elgar Publishing, 2013. p. 329.
- HAMZA, R. F. Maritime Trade and Piracy in the Gulf of Aden and the Indian Ocean (1994-2017). *J. Transp. Secur*, 2018. <https://doi.org/10.1007/s12198-018-0190-4>.
- HASTINGS, V. J. The Return of Sophisticated Maritime Piracy to Southeast Asia. *Pacific affairs*, v. 93. n. 1, p. 5-29, 2020. DOI: 10.5509/20209315.
- HAYNES. The Nigerian Army Shot Dead at Least 2 Peaceful Protesters in Lagos, Rights Group Says. *Time*, New York, 23 October 2020. Available at: <https://time.com/5902112/nigeria-endsars-protest-shootings/>. Accessed on: 25 December 2020.
- IBRAHIM, J.; BALA, S. Civilian-led Governance and Security in Nigeria after Boko Haram. Special Report 438, United States Institute of Peace, December 2018, p. 1-10.
- ICC/ International Maritime Bureau Piracy and Armed Robbery against Ships, Report for the Period 1 January – 31 December 2020, January 2021, p. 6.
- ICC International Maritime Bureau Piracy and Armed Robbery against Ships, Report for the Period 1 January – 3 September 2020, October 2020, p. 6.
- ICC International Maritime Bureau Piracy and Armed Robbery against Ships, Report for the Period 1 January – 31 March 2021, April 2021, p. 6.
- IJAIYA, H. et al. Institutional and Legal Control of Gas Flaring in the Niger Delta Region of Nigeria. *BRAWI-JAYA LAW JOURNAL*, v. 5, n. 1, p. 29-42, DOI: <http://dx.doi.org/10.21776/ub.blj.2018.005.01.03>, 2018.
- Independent Corrupt Practices and other Related Offences Commission Act No.5 Laws of the Federation of Nigeria 2004.
- IWEDI, M. et al. Covid-19 Pandemic, Global Trade Wars and Impact on the Nigeria Economy. *Academic Journal of Current Research*, v. 7, n. 5, p. 71-82, 2020.
- JACOBSEN, L. K. Maritime Security and Capacity Building in the Gulf of Guinea: On Comprehensiveness, Gaps, and Security Priorities. *African security review*, p. 13, 2017. DOI.10.1080/10246029.2017.1291441.
- JACOBSEN, L. K.; NORDBY, R. J. Maritime Security in the Gulf of Guinea. Copenhagen: Royal Danish Defence College Publishing House, 2015. p. 47.
- JIN J.; TECHERA, E. Strengthening Universal Jurisdiction for Maritime Piracy Trials to Enhance a Sustainable Antipiracy Legal System for Community Interests. *Su-*

- stainability*, v. 13, p. 22, 2021. <https://doi.org/10.3390/su13137268>.
- JIN, M. *et al.* Marine Piracy Prediction and Prevention: Policy Implications. *Marine Policy*, p. 1-2, 2019. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2019.103528>.
- JONES, M. SARS Ban: Nigeria Abolishes Loathed Federal Special Police Unit Police. *BBC NEWS*, London 11 October 2020. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-africa-54499497>. Accessed on: 7 July 2021.
- KALU, O. E. *et al.* Insecurity Challenges in Nigeria: Human Security Option as a Panacea. *Research on Humanities and Social Sciences*, v. 8, n. 5, p. 1-2, 2018.
- KAMOLA, I. Pirate Capitalism, or the Primitive Accumulation of Capital itself. MILIENNIUM: *Journal Of International Studies*, p. 16-18, 2018. DOI:10.1177/0305829818771525.
- KAO, B. Against a Uniform Definition of Maritime Piracy. *Maritime Safety And Security Law Journal*, v. 3, p. 1, 2016.
- KARAWITA, K. A. Piracy in Somalia: An Analysis of the Challenges Faced by the International Community. *Jurnal Ilmu Sosial Dan Ilmu Politik*, v. 23, n. 2, p. 104, doi:10.22146/jsp.37855, 2019.
- KOLO, J. Nigeria: ANEEJ Condemns ‘Palliatives Hoarding’. *Development Diaries*, Lagos, 26 October 2020. Available at: <https://www.developmentdiaries.com/2020/10/nigeria-aneej-condemns-palliative-hoarding/>. Accessed on: 4 December 2020.
- KRECK, V. *Nigeria’s Hopeless Fight against Corruption*. p. 43-51. Available at: <https://www.kas.de/documents/259121/7787920/Nigeria%E2%80%99s+Hopeless+Fight+Against+Corruption.pdf/bdf29e34-9eba-2a0a-f1d7-6728ee543f88?version=1.0&t=1575996323504>. Accessed on: 11 January 2021.
- KYRCHENKO, V. “Piracy is a Land-based Crime”: Analysis of Definition, Drivers and Government Policy. *Journal Of Maritime Studies And National Integration*, v. 2, n. 1, p. 55, 2018.
- LARSEN, P. Jakob. Nigeria and ICC Announce Ground-breaking Antipiracy Forum. *BIMCO*. Denmark, 28 April 2021. Available at: <https://www.bimco.org/news/security/20210428---nigeria-and-icc-antipiracy-forum>. Accessed on: 12 July 2021.
- LI, M. Covid-19-infected Seafarers Surface in China, Singapore, and Vietnam. *Safety At Sea*, 20 July 2020. Available at: <https://safetyatsea.net/news/2020/covid-19-infected-seafarers-surface-in-china-singapore-and-vietnam/>. Accessed on: 12 Jan. 2021.
- LOCHERER, T. Surge of Piracy amid Coronavirus Outbreak. *Global Risk Insights*, 4 October 2020. Available at: <https://globalriskinsights.com/2020/10/surge-of-piracy-amid-coronavirus-outbreak/>. Accessed on: 3 Dec. 2020.
- Money Laundering (Prohibition) Act, Harmonised Act No. 11, 2011 and Act No. 1, 2012 (Money Laundering Act).
- MULEY, D. *et al.* Role of Transport during Outbreak of Infectious Diseases: Evidence from the Past. *Sustainability*, v. 2, p. 2, 2020. doi:10.3390/siu12187367.
- NIGERIA: Biafran Separatists. Country Policy and Information Note, Home Office, Version 1.0, April 2020. Available at: <https://www.justice.gov/eoir/page/file/1267611/download>. Accessed 12 January, 2021.
- Nigeria Economic Alert. September 2020. *PWC*. Available at: <https://www.pwc.com/ng/en/assets/pdf/economic-alert-september-2020.pdf>. Assessed on 10 July 2021.
- Nigeria’s ‘Deep Blue Project’ to Reduce Criminalities in its Waters. SAFETY4SEA, 29 March 2019. Available at: https://www.researchgate.net/publication/327550968_BLUE_ECONOMY_IN_A_NUTSHELL_Capt_NN_SD_Atakpa. Accessed on: 13 Jan. 2021.
- Nigeria, IMF and Covid-19. How Nigeria Could Avoid Waste and Corruption when Spending Billions in IMF Emergency Assistance During Covid-19. *Transparency International Blog*, 16 July 2020. Available at: <https://www.transparency.org/en/blog/nigeria-imf-covid-19>. Accessed on: 27 Dec. 2020.
- Nigerian Maritime Administration and Safety Agency (NIMASA) Act, 2007.
- Navy’s Support for the Maritime DEEP Blue Project. *Dryad Global*, 23 November 2020. Available at: <https://channel16.dryadglobal.com/navys-support-for-the-maritime-deep-blue-project>. Accessed on: 13 Jan. 2021.
- NWALOZIE, J. C. Exploring Contemporary Sea Piracy in Nigeria, the Niger Delta and the Gulf of Gui-

- nea. *Journal Of Transportation Security*, <https://doi.org/10.1007/s12198-020-002180y>, 2020.
- NWOKEDI, T. et al. Assessment of Sea Piracy and Armed Robbery in Nigeria Industrial Trawler Fishery Sub-sector of the Blue Economy. *Journal Of Eta Maritime Science*, v. 8, n. 2, p. 114-132, 2020.
- OBARISIAGBON, E. I.; AKINTOYE, E. O. Insecurity Crisis in Nigeria: The Law Enforcement Agents a Panacea? *J. Of Soc'y & Social Work*, v. 7, n. 1, p. 44, 2019.
- OBIEZU, T. Nigerians Justify Massive Looting of Covid-19 Supplies. *VOA*, Washington, D. C., 27 October 2020. Available at: <https://www.voanews.com/covid-19-pandemic/nigerians-justify-massive-looting-covid-19-supplies>. Accessed on: 27 December 2020.
- OFOSU-BOATENG, R. L. N. Piracy in the Gulf of Guinea: Impacts to Maritime Transportation and Maritime Security. *Journal Od Asian Development*, n. 4, n. 2, p. 1-43, 2018. doi:10.5296/jad.v4i2.13124.
- OGBONNAYA, M. Nigeria's Anti-piracy Law Misses the Mark. Institute for Security Studies (ISS), 7 May 2020. Available at: <https://issafrica.org/iss-today/nigerias-anti-piracy-law-misses-the-mark>. Accessed 13 January 2021.
- OGUNGBENRO, T. The Twin Shocks (Covid-19 Pandemic & Oil Price Crisis) and Implications for Nigerian Family Businesses. *KPMG*, May 2020, p. 1-23. Available at: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ng/pdf/audit/impact-of-covid19-on-nigerian-family-businesses-and-enterprises.pdf>. Accessed on: 22 December 2020.
- OGUNTOYE, P. Border Closure: Impact on the Nigerian. *Businessday*, Lagos, 20 January 2020. Available at: <https://businessday.ng/opinion/article/border-closure-impact-on-the-nigerian-economy/>. Accessed on: 7 Dec. 2020.
- OKELEKE, J. U.; APONJOLOSUN, O. M. A Study on the Effects of Covid-19 Pandemic on Nigerian Seafarers. *Journal Of Sustainable Development Of Transport And Logistics*, v. 5, n. 2, p. 135-142, 2020, doi:10.14254/jstdl.2020.5-2.12.
- OKELEKE, U. J. A Study of the Results of Coronavirus (COVID-19) on the Nigerian Maritime Workers. *AIJR*, p. 1-8, 2020.
- OLADIPO, O. Cooperation as a Tool for Enhancing State Capacity to Fulfil Obligations of the Lome Charter', *Conflicts Trends*, Issue 3, p. 19, 2017.
- OLUJOBI, J. O. Analysis of the Legal Framework Governing Gas Flaring in Nigeria's Upstream Petroleum Sector and the Need for Overhauling. *Social Science*, v. 9, p. 1-19, 2020. doi:10.3390/socsci9080132.
- OLUROUNBI, R. Nigeria: Pandemic to Poverty in the Post-Covid Future. *The Africa Report*, Paris, 13 Jul. 2020. Available at: <https://www.theafricareport.com/33300/pandemic-to-poverty-nigeria-in-the-post-covid-future/>. Accessed on: 4 Dec. 2020.
- OMOLOLA, C.; MOSANYA, A. Covid-19: Impact on the Nigerian Oil and Gas Industry. *DNL Partners*. Available at: <https://dnllegalandstyle.com/2020/covid-19-impact-on-the-nigerian-oil-and-gas-industry/>. Accessed on: 3 December 2020.
- ORJINMO, N. Nigeria SARS Protests: Horror over Shootings in Lagos. *BBC NEWS*, London, 21 October 2020. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-africa-54630592>. Assessed on: 25 December 2020.
- OSTENSEN G. A. et al. Capacity building for the Nigerian Navy: eyes wide shut on corruption. *U4 Anti-Corruption Resource Centre*, U4 Issue 2018:4, CMI, p. 16-20.
- OSUAGWU, S. E.; OLAIFA, E. Effects of Oil Spills on Fish Production in the Niger Delta. *Plos One*, v. 13, n. 10, p. 1-14, 2018. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0205114>.
- OSUOHA, A. C.; FAKUTIJU, A. M. Gas Flaring in Niger Delta Region of Nigeria: Cost, Ecological and Human Health Implications. *Environmental Management And Sustainable Development*, v. 6, n. 2, p. 390-410, 2017. doi:10.5296/emsd.v6i2.11662.
- OTTO, L. Over-promise, Under-deliver: The Disappointment of the Lome Charter', *Maritime Security Briefings*, Iss. 18. Available at: <http://www.maritimesecurity.global/wp-content/uploads/2017/01/Issue-18-The-disappointment-of-the-Lom%C3%A9-Charter-.pdf>. Accessed on: 2nd December 2020.
- OYEWOB, I. A. et al. Covid 10 Pandemic Challenges: The Youth Unemployment in Nigeria. *Journal Of Contemporary Issues In Business And Government*, v. 27, n. 1, p. 2007, 2021.

- OZILI, K. P. Covid-19 Pandemic and Economic Crisis: The Nigerian Experience and Structural Causes. *Munich Personal RePEc Archive*, MPRA Paper No. 103131, p. 1-292020.
- PICHON, Eric. Piracy and Armed Robbery off the Coast of Africa: EU and Global Impact. *European Parliamentary Research Service*, Mar. 2019. p. 11. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/635590/EPRS_IDA\(2019\)635590_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/635590/EPRS_IDA(2019)635590_EN.pdf). Accessed on: 10 Jul. 2021.
- PRINS, B. Piracy is on the Rise, and Coronavirus Could Make it Worse. *World Economic Forum*, 15 May 2020. Available at: <https://www.weforum.org/agenda/2020/05/global-sea-piracy-coronavirus-covid19/>. Accessed on: 3 December 2020.
- Rear Admiral Francis Echie Agbiti v The Nigerian Navy (2007) LPELR-CA/L/361/2005, (2011) 4NWLR 175.
- REXER, Jonah. Black Market Crude: Organized Crime and Environmental Externalities in Nigeria's Oil sector. *Kleinman Center For Energy Policy*, University Of Pennsylvania, p. 1, Feb. 2019.
- SAHEED, O. B.; ONUOHA, F. C. Child of Necessity: (Ab)uses of the Civilian Joint Task Force in Borno State, Nigeria. *AFSOL J.*, v. 3, n.1, p. 27-40, 2019.
- SCHNEIDER, P. When Protest goes to Sea: Theorizing Maritime Violence by Applying Social Movement Theory to Terrorism and Piracy in the Cases of Nigeria and Somalia. *Ocean development & international law*, p. 2, 2020. <https://doi.org/10.1080/00908320.2020.1781383>.
- Slave Trade Act of 1825.
- Socio-economic Impact Assessment of Covid-19 Pandemic among Persons of Concern in Nigeria. UNHCR, July 2020, p. 4-33.
- SPICER, Jonathan; KOCA, Irem. One Killed, 15 Kidnapped in Violent Pirate Attack Off Nigeria. *Gcaptain*, 24 January 2021. Available at: https://gcaptain.com/pirates-attack-mozart/?subscriber=true&goal=0_f50174ef03-04d6fd1230-169940757&mc_cid=04d6fd1230&mc_eid=0d16777147&fbclid=IwAR2yqqYeOXt-Xd3yrILD0V8dTmVYsQniaN_AK5i0u1xH54KdeJkunWkek2A. Accessed on: 29 January 2021.
- Suppression of Piracy and Other Maritime Offences (SPOMO) Act 2019.
- THE GULF of Guinea Declaration on Suppression of Piracy. Available at: <https://www.bimco.org/GoGDeclaration>. Accessed on: 19 May 2021.
- THE IMPACT of Covid-19 on African Oil Sector. A Special Report by AFREC on the Implications on African Countries, African Union/African Energy Commission, May 2020, p. 13-15.
- THE IMPACT of the Covid-19 Pandemic on Trade and Development. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), UNITED NATIONS, GENEVA, 2020, p. 8.
- TWINING, G. Nigeria Bans International Vessels without Thermal Screening Kits. *Safet At Sea*, 31 March 2020. Available at: <https://safetyatsea.net/news/2020/nigeria-bans-international-vessels-without-thermal-screening-kits/>. Accessed: 13 Jan. 2021.
- UMARU, D. U. Corruption and Legislative Functions in Nigeria. *Iosr Journal Of Economics And Finance*, v. 8, n. 1, p. 01-08, DOI:10.9790/5933-0801010108, 2017.
- United Nations Convention on the Law of the Sea, adopted 10 December 1982, (entered into force 16th November 1994) 1833 UNTS 3.
- USMAN, A. et al. Impact of Piracy and Sea Robberies on Fishing Business in Nigeria: A Focus on Lagos Coastal Area. *Review Of International Comparative Management*, v. 20, n. 4, p. 396-408, 2019.
- WALLNER, M.; KOKOSZKIEWICZ, A. Maritime Piracy and Limitations of the International Law of the Sea. *Historia I Polityka*, v. 28, n. 35, 25, p. 29, 2019.
- WORLD FISH Discussed Covid-19 Impacts with Nigerian Aquaculture Community. CGIAR, *Research Program on Fish*, 2 June 2020. Available at: <https://fish.cgiar.org/news-and-updates/news/worldfish-discussed-covid-19-impacts-nigerian-aquaculture-community>. Accessed on: 21 December 2020.
- WORLD ECONOMIC FORUM, 15 May 2020. Available at: <https://www.weforum.org/agenda/2020/05/global-sea-piracy-coronavirus-covid19/>. Accessed on: 3 December 2020.
- 2019 Poverty and Inequality in Nigeria: Executive Summary, National Bureau of Statistics (NBS), May 2020, p. 6.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The covid-19 pandemic as an impeller for the aggravation of marine plastic pollution and economic crisis: the reverse effect of health protection measures on human lives

A pandemia COVID-19 como impulsor para o agravamento da poluição marinha por plástico e crise econômica: o efeito reserva das medidas de proteção à saúde em vidas humanas

Adriana Isabelle Barbosa
Lima Sá Leitão

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITARIA DO COVID-19

The covid-19 pandemic as an impeller for the aggravation of marine plastic pollution and economic crisis: the reverse effect of health protection measures on human lives*

A pandemia COVID-19 como impulsor para o agravamento da poluição marinha por plástico e crise econômica: o efeito reverso das medidas de proteção à saúde em vidas humanas

Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne***

* Recebido em 27/02/2021
Aprovado em 05/07/2021

** Mestrado em curso no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará-UFC (2020-atual). Graduação em Direito concluída na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará-UFC (2014-2019). Intercâmbio acadêmico realizado na Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires-UNCPBA, Argentina (2017). Advogada com experiência na prestação de serviços jurídicos em grandes escritórios, atualmente com foco na área de direito societário. Integrante do Portal Direito Internacional sem Fronteiras (DIsF) como membro da Linha de Pesquisa Direito Internacional Ambiental como Direito Humano e elemento da ordem pública internacional. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI) da UFC, na linha de pesquisa Direito da União Europeia. Integrante dos projetos de pesquisa “Módulo Jean Monnet” e “Estratégias para a gestão sustentável dos resíduos plásticos nos mares e oceanos”.

Email: adrianasaleitoadv@gmail.com

*** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2016-2019). Foi Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2012-2016). Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente - Université de Paris V e Universidade de São Paulo (2008). Mestre em Direito Internacional Público - Université de Paris V (2004). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI). Coordenadora do Projeto de Pesquisa em Direito do Mar. Foi Professora Convidada na Universidade Paris-Saclay, Universidade Paris V e Universidade La Rochelle.

E-mail: tarinfmontalverne@yahoo.com.br

Abstract

The outbreak of the Covid-19 pandemic brought a series of behavioural changes in society, such as the need for social distancing and the use of protective masks or latex gloves. The increasing consumption of these materials has raised a new alert about marine plastic pollution: if, on the one hand, the use of masks and gloves is essential to prevent contamination by the new coronavirus, on the other, it has a direct impact on human health, since that plastic waste, when it reaches the oceans, becomes part of the food chain, and releases its toxins into living organisms, including humans. The damage resulting from these residues inserted in the environment can also be reflected in the world economy as it affects all ecosystem services to some extent, with a reduction in its provision. The present study, therefore, through the inductive method and starting from theoretical and qualitative research, intends to reveal the relationship between marine plastic pollution and its impacts on human well-being and on economy, outlining that the European Union may emerge in a privileged position to lead a transition without plastics in the future, becoming a true model of action to overcome the current scenario.

Keywords: Covid-19; Health Crisis; Ecosystem Services; Marine Plastic Pollution; World Economy; European Union.

Resumo

A eclosão da pandemia Covid-19 trouxe uma série de mudanças comportamentais na sociedade, como a necessidade de distanciamento social e o uso de máscaras protetoras ou luvas de látex. O consumo crescente desses materiais trouxe um novo alerta sobre a poluição marinha por plásticos: se, por um lado, o uso de máscaras e luvas é fundamental para evitar a conta-

minação pelo novo coronavírus, por outro, tem impacto direto em humanos saúde, já que esse lixo plástico, ao chegar aos oceanos, passa a fazer parte da cadeia alimentar, e libera suas toxinas para os organismos vivos, inclusive os humanos. Os danos decorrentes desses resíduos inseridos no meio ambiente também podem se refletir na economia mundial, pois afetam todos os serviços ecossistêmicos em alguma medida, com redução na sua provisão. O presente estudo, portanto, através do método indutivo e a partir de investigação teórica e qualitativa, pretende desvendar a relação entre a poluição marinha por plásticos e os seus impactos no bem-estar humano e na economia, sublinhando que a União Europeia pode emergir numa posição privilegiada. liderar uma transição sem plásticos no futuro, tornando-se um verdadeiro modelo de ação para superar o cenário atual.

Palavras-chave: Covid-19. Crise de saúde. Serviços de ecossistema. Poluição marinha de plástico. Economia mundial. União Europeia.

1 Introduction

The Covid-19 crisis has had its most deleterious effects last year, with the World Health Organization—WHO declaring a pandemic case on March 11, 2020¹. With that, mankind went on alert, starting to seek the implementation of several health protection measures to contain the spread of the virus across borders.

Social detachment and the use of social masks have been socially encouraged precautions², which are essential in this scenario, however, it cannot be denied the adverse effect that such measures have caused on the environment. Scholars conjecture that there may be an average consumption of 129 billion facial masks and 65 billion latex gloves per month, in case the 7.8 billion inhabitants of the planet use these materials³. This re-

presents a huge increase for the already existing overload of plastic waste on the planet.

In this sense, plastic pollution, especially in marine ecosystems, is aggravated due to the sanitary measures adopted and the absence of proper disposal of plastic waste. Within the European Union—EU, efforts and actions are taken to manage the disposal of plastics, especially after the pandemic, however, it has nonetheless been found that disposable gloves and masks have inevitably found the oceans as their final reservoir⁴.

The presence of plastic waste in the seas is proving to be more and more harmful. There are statistics that point out that for the year 2025, the world's oceans are expected to contain one ton of plastic for every three tons of fish and, by 2050, it is conjectured that there are more kilograms of plastics than fish in the world seas⁵.

It is essential, thus, to turn our attention to the management of plastic waste, since these materials, commonly discarded after a single use, can be inserted into the food chain, not being yet certain what is the level of damage that the presence of these micro or nanoparticles can generate in animal organisms, especially in human beings⁶.

In this context, there are normative instruments that already deal with problematic issues related to plastic pollution in the oceans, such as European Strategies and Directives for Plastics, the European Green Deal, the 2030 Agenda for Sustainable Development and the Basel Convention. It appears that these devices are essential mechanisms for overcoming the environmental crisis aggravated by the Covid-19 pandemic insurgency

Access on: 31 Jul. 2020.

⁴ FRANCE INFO. *Effet déconfinement: sur la Côte d'Azur, masques et gants jetables polluent déjà les fonds marins*. Published on 05/24/2020. Available on: <https://france3-regions.francetvinfo.fr/provence-alpes-cote-d-azur/alpes-maritimes/antibes/effet-deconfinement-cote-azur-masques-gants-jetables-polluant-deja-fonds-marins-1832828.html>.

⁵ DIXON, Sean; LEES, Zachary; LESHAK, Andrea. *The Big Apple's Tiny Problem: A Legal Analysis of the Microplastic Problem in the N.Y./N.J. Harbor*. *Roger Williams University Law Review*, v. 22, n. 2, article 5. p. 385-430, 2017. p. 390. Available on: https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1629&context=rwu_LR. Access on: 10 Aug. 2020.

⁶ UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP FRONTIERS 2016 REPORT: *Emerging Issues of Environmental Concern*. United Nations Environment Programme, Nairobi. ISBN: 978-92-807-3553-6. Job Number: DEW/1973/NA. Available on: https://environmentlive.unep.org/media/docs/assessments/UNEP_Frontiers_2016_report_emerging_issues_of_environmental_concern.pdf.

¹ According to the World Health Organization, COVID-19 can be characterized as a pandemic, the first being caused by a coronavirus.

² WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Covid-19 Strategy Update*. 14 April 2020. Geneva, Switzerland. Available on: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020.pdf?sfvrsn=29da3ba0_19.

³ PRATA, Joana C.; SILVA, Ana L.P.; WALKER, Tony R.; DUARTE, Armando C.; SANTOS, Teresa Rocha. COVID-19 Pandemic Repercussions on the Use and Management of Plastics. *Environmental Science & Technology*, v. 54, n. 13, p. 7760–7765 2020. Published on June 12, 2020. <https://doi.org/10.1021/acs.est.0c02178>. Available on: <https://pubs.acs.org/doi/pdf/10.1021/acs.est.0c02178>.

and its preventive health measures, as well as for the implementation of the Sustainable Development Goal 14– SDG 14 and, consequently, for the promotion of human well-being.

The analysis now proposed, therefore, traces the relationship between the Covid-19 pandemic and the environmental crisis, then demonstrating its contribution to the worsening of marine plastic pollution that has direct reflexes and impacts on human health and on the world's economy. It highlights, finally, that there is a financial unfeasibility on maintaining the current patterns of production and consumption of plastics, being the ecological balance essential for a healthy quality of life, for what the protection of the oceans is paramount.

This is theoretical, bibliographic, descriptive, exploratory and qualitative research of national and international bibliography, with priority for recently published scientific articles, in addition to legislation and international documents relevant to the object under analysis.

2 The outbreak of the Covid-19 Pandemic: origin and relation with the environmental crisis

The health crisis caused by the new coronavirus demonstrates, both in its origin and in its impacts, the diverse and interconnected risks, and vulnerabilities to which human beings are subjected⁷. The adversities now faced have led specialists and scientists to investigate the origins of the pathology, with the main aim of achieving success in obtaining a cure and, mainly, preventing future pandemics from threatening human existence again.

The WHO initially reported that the likely source of transmission of the new coronavirus could be ecological. The disease may have been transmitted by a bat or another wild or domestic animal⁸.

⁷ BARCHICHE, Damien. Réaliser l'Agenda 2030 pour le développement durable: indispensable horizon pour la sortie de crise, mais comment faire? Billet de Blog, *Institut du développement durable et des relations internationales*. May 12, 2020. Available on: <https://www.iddri.org/fr/publications-et-evenements/billet-de-blog/realiser-lagenda-2030-pour-le-developpement-durable>. Access on: 18 Jun. 2020.

⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 94. Data as received by WHO from national authorities by 10:00 CEST*. April 23, 2020. Available on: <http://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200423-sitrep-94-covid-19.pdf>.

Diseases transmitted from animals to humans are expanding⁹ and intensifying as the natural habitats of these beings are degraded due, mainly, to human activities with a negative impact. Researchers warn that deteriorated environments can stimulate accelerated evolutionary processes and thus diversify zoonosis, since pathogens easily spread from herds to humans¹⁰.

On the other hand, regarding the origins of Covid-19, there are researches that reveal the existence of the new coronavirus before the first case reports of people affected by the disease in 2019, based on the analysis of frozen sewage samples from several countries¹¹. As a result of the new discovery, experts conjecture that the virus might already exist, but inactivated and, due to favourable environmental conditions, it has emerged disseminating its effects¹².

It appears, therefore, that regardless of the origin attributed to the new coronavirus in a definitive character, the fact is that the majority of studies carried out so far have pointed out that environmental issues have a direct interference in this phenomenon. That is: the health crisis of 2020 stems directly from the environmental crisis that has been going on for decades.

In view of the above, it is inconceivable to dissociate environmental disasters— in which one cannot ignore

⁹ KNIGHT, Tim; MADDOX, Tom; WILLIAMS, Nathan. The environmental implications of the Covid-19 pandemic. *Fauna & Flora International*. p. 14, Mayo 2020. Available on: https://cms.fauna-flora.org/wp-content/uploads/2020/06/FFI_2020-The-Environmental-Implications-of-the-Covid-19-Pandemic.pdf. Access on: 25 Jul. 2020.

¹⁰ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Surto de coronavírus é reflexo da degradação ambiental, afirma PNUMA. *Environment Programme*. Reportagem. Ecosystems and Biodiversity, March 03, 2020. Available on: <https://www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/surto-de-coronavirus-e-reflexo-da-degradacao-ambiental-afirma>. Access on: 13 Jun. 2020.

¹¹ BARCELO, Damia; ORIVE, Gorka; LERTXUNDI, Unax. Early SARS-CoV-2 outbreak detection by sewage-based epidemiology. *Science of The Total Environment*, v. 732, 25 August 2020, 139298. Elsevier B.V. Available on: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0048969720328151?token=A1B28889329278A4FDBA881BF3EF6847956C294746BD7C761731B7B4E305B1335CAE53E5961CAED4F11E54AA91892369>; <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.139298>. Access on: 23 July 2020.

¹² KNAPTUN; Sarah. Exclusive: Covid-19 may not have originated in China, Oxford University expert believes. *The Telegraph*. Available on: <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/07/05/covid-19-may-not-have-originated-china-elsewhere-emerged-asia/>. Access on: July 23, 2020.

the influence of human actions¹³ – from the impacts and damages to people’s health. The frequent damage and attacks on the environment, far beyond decimating biodiversity, immediately interfere with the conditions and quality of life on Earth¹⁴.

The protective measures that have been adopted during the Covid-19 pandemic have changed the routine of most people, such as social isolation rules and the mandatory use of face masks that protect the respiratory tract. It could be considered that, with these new behaviours, would arise the opportunity to introduce sustainability concepts and manners into society, hoping that the experience now imposed on the population would become a real awareness in favour of ways of living more aware of the environment.

This expectation, however, must be put into perspective. The situation could be considered as favourable to reflect on ways of living, producing, consuming, and living differently from those that have been cultivated and perpetuated in recent decades. However, the effects of the pandemic on the environment have been increasingly alarming.

In addition to having its origins in the environmental crisis, Covid-19, due to the protection measures adopted by society, has been a real factor of aggravation of the crisis, overloading the environment with more and more plastic waste, which accumulates, especially in the oceans.

3 The sanitary measures implemented and the worsening of marine plastic pollution: a warning about the risks to human health

It is undeniable that plastics have revolutionized society and have been essential as a material used in several ways and with affordable price, with the health crisis triggered by Covid-19 increasing its consumption worldwide, especially the ones that are disposable after single use. It turns out that plastic waste is not inert in the environment, on the contrary, although at first, they are used for the protection of individuals and have relevance for that, they are extremely harmful when disposed inappropriately, still being a vector of transmission of the new coronavirus, which survives on plastic surfaces for up to three days¹⁵.

The pandemic, therefore, represents a factor of enormous increase for the already existing overload of plastic waste in the environment. In view of that, in France, due to environmental pollution by plastic, the Ministry of Ecological Transition has engaged to alert society about this situation, reporting that many disposable masks and gloves have been thrown inappropriately into nature. A broadcast campaign was launched from 27 June to 15 July 2020, in order to alert the population about the consequences of this behaviour, since the garbage disposed of imprudently can spread the virus and still pollute the environment, fragmenting itself into microplastics¹⁶, which do not disappear from nature – conversely to what has already been believed in

¹³ CAVEDON, Fernanda de Salles. As ecological disasters and human rights: constructing resilience by an environmental and ethical approach. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (org.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV, Direito, 2012. ISBN: 978-85-63265-21-0. p. 387-402. Available on: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10355/Instrumentos%20Jur%C3%ADdicos%20para%20Implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel.pdf>. Access on: 23 Jul. 2020.

¹⁴ At this point, it is worth clarifying the concept of environmental disaster. “In a more specific delimitation, the so-called environmental disasters consist of events (of natural, human or mixed cause) capable of compromising environmental functions or injuring human interests mediated by some environmental change”. In: CARVALHO, Délton Winter de. Bases estruturantes da política nacional de proteção e defesa civil a partir de um Direito dos Desastres Ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 13–38, out./dez. 2013. DTR\2013\9301.

¹⁵ PRATA, Joana C.; SILVA, Ana L.P.; WALKER, Tony R.; DUARTE, Armando C.; SANTOS, Teresa Rocha. COVID-19 Pandemic Repercussions on the Use and Management of Plastics. *Environmental Science & Technology*, v. 54, n. 13, p. 7760–7765 2020. Published on June 12, 2020. <https://doi.org/10.1021/acs.est.0c02178>. Available on: <https://pubs.acs.org/doi/pdf/10.1021/acs.est.0c02178>. Access on: 31 Jul. 2020.

¹⁶ MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE. *Une campagne d’information contre les masques et les gants jetés à terre*. June 26, 2020. Available on: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/campagne-dinformation-contre-masques-et-gants-jetes-terre>.

relation to its decomposition^{17,18} –, but, in truth, they accumulate mainly in oceans¹⁹.

In 2017, France already adopted guidelines to prohibit the application of single-use plastic materials, making it clear that the measure had been implemented due to knowledge about the huge volume of plastics polluting the oceans. According to the French Government, floating plastic waste is pushed by sea currents and accumulates to form a continent-sized plate. This seventh continent of plastic would be six times larger than the French state²⁰.

The pandemic, however, has also contributed to delay progress in reaching that measure on prohibiting single-use plastic materials – in addition to the use of disposable personal protective equipment, such as facial masks – because many companies have requested a moratorium on the French Government about taking this decision. The request was especially concerned with the rules on the implementation of environmental measures, especially those related to the fight against waste and encouraging recycling, which was rejected by the Ministry of Ecological Transition²¹.

¹⁷ UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP FRONTIERS 2016 REPORT: *Emerging Issues of Environmental Concern. United Nations Environment Programme*, Nairobi. ISBN: 978-92-807-3553-6. Job Number: DEW/1973/NA. Available on: https://environmentlive.unep.org/media/docs/assessments/UNEP_Frontiers_2016_report_emerging_issues_of_environmental_concern.pdf.

¹⁸ In this sense, it must be clarified that there are several types of plastics, manufactured with the most different materials. Those made of polymers such as aliphatic polyesters, bacterial biopolymers and some polymers of biological origin can be biodegradable in the natural environment. However, many plastics labelled as biodegradable – including disposable plastic bags and “take-out” food containers – only decompose completely when subjected to prolonged temperatures above 50 °C. Such conditions are rarely found in the oceans. In: UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP FRONTIERS 2016 REPORT: *Emerging Issues of Environmental Concern. United Nations Environment Programme*, Nairobi. ISBN: 978-92-807-3553-6. Job Number: DEW/1973/NA. Available on: https://environmentlive.unep.org/media/docs/assessments/UNEP_Frontiers_2016_report_emerging_issues_of_environmental_concern.pdf.

¹⁹ AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE. *O lixo nos nossos mares*. Published on July 21, 2014. Available on: <https://www.eea.europa.eu/pt/sinai-da-aea/sinai-2014/em-analise/o-lixo-nos-nossos-mares>.

²⁰ GOUVERNEMENT FRANÇAIS. *Comment réduire l'utilisation du plastique jetable? Fin du plastique à usage unique*. January 01, 2020. Available on: <https://www.gouvernement.fr/les-actions-du-gouvernement/transition-ecologique/comment-reduire-l-utilisation-du-plastique-jetable>. Access on: 6 Sep. 2020.

²¹ LE MONDE. Planète. Coronavirus et Pandémie de Covid-19.

The concern about plastic visible to the naked eye has expanded, while recent research has shown the abundant presence of microplastics in marine environments²². Plastic waste can be physically harmful to wildlife and, more than that, many plastics can be chemically hazardous in some contexts, either because they are toxic or because they absorb pollutants²³.

There are studies that indicate the need to classify plastic waste as hazardous, in order to search for new, safer polymers capable of replacing them²⁴. The threat of plastic inserted in the food chain represents an enormous risk to human health, since analysis carried out with some living beings, including humans, indicate that the ingested and inhaled microplastics are able to reach the cells and tissues of their organisms. Cellular reactions caused by the chemical components of plastic can interrupt major physiological processes, such as cell division and immunity, causing disease or reducing the ability of organisms to escape from predators or to reproduce²⁵.

The use and mismanagement of these materials by the public contribute to the increase in plastic contamination and will be common debris found in the environment for decades, potentially affecting biota in different environmental compartments and biological systems²⁶.

Coronavirus: deux associations dénoncent l'action des lobbys pendant la crise sanitaire. June 03, 2020. Available on: https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/06/03/coronavirus-deux-associations-denoncent-l-action-des-lobbys-pendant-la-crise-sanitaire_6041598_3244.html.

²² UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP FRONTIERS 2016 REPORT: *Emerging Issues of Environmental Concern. United Nations Environment Programme*, Nairobi. ISBN: 978-92-807-3553-6. Job Number: DEW/1973/NA. Available on: https://environmentlive.unep.org/media/docs/assessments/UNEP_Frontiers_2016_report_emerging_issues_of_environmental_concern.pdf.

²³ ROCHMAN, C.; BROWNE, M.; HALPERN, B. *et al.* Classify plastic waste as hazardous. *Nature*, v. 494, p. 169–171, 2013. <https://doi.org/10.1038/494169a>. Available on: <https://www.nature.com/articles/494169a.pdf>. Access on: 15 Aug. 2020.

²⁴ ROCHMAN, C.; BROWNE, M.; HALPERN, B. *et al.* Classify plastic waste as hazardous. *Nature*, v. 494, p. 169–171, 2013. <https://doi.org/10.1038/494169a>. Available on: <https://www.nature.com/articles/494169a.pdf>. Access on: 15 Aug. 2020.

²⁵ ROCHMAN, C.; BROWNE, M.; HALPERN, B. *et al.* Classify plastic waste as hazardous. *Nature*, v. 494, p. 169–171, 2013. <https://doi.org/10.1038/494169a>. Available on: <https://www.nature.com/articles/494169a.pdf>. Access on: 15 Aug. 2020.

²⁶ PRATA, Joana C.; SILVA, Ana L.P.; WALKER, Tony R.; DUARTE, Armando C.; SANTOS, Teresa Rocha. COVID-19 Pandemic Repercussions on the Use and Management of Plastics. *Environmental Science & Technology*, v. 54, n. 13, p. 7760–7765 2020. Published

A careful look at the management of plastic waste is, therefore, essential, since these materials, commonly discarded after a single use, represent a risk for both the pollution of ecosystems and for human health, as they are easily inserted into the food chain.

Since 2014, the European Environment Agency has warned of the huge amount of waste disposed of in the seas. Garbage dumped in ocean waters, especially plastics, threatens not only the health of the seas and coasts, but also the economy and communities in different locations, including Europe²⁷. There is research that points out that there are more than five trillion plastic fragments in the oceans, whose weight is more than two hundred and fifty thousand tons²⁸.

In this context, the United Nations – UN has already implemented measures and campaigns²⁹ to reduce plastic pollution, in addition to discussing the possibility of adopting an International Agreement for the sustainable management of plastic waste in seas and oceans³⁰. However, with the outbreak of the Covid-19 pandemic, the actions taken to contain the spread of the disease worsened the situation of waste generation.

It is understandable that public health is prioritized in this situation and that there is an increased demand for plastic products to protect the general public and health professionals³¹. However, it cannot be disregar-

ded that the impacts of these conditions on the environment act in a feedback system: environmental damage directly affects human health and actions to promote health have polluted ecosystems, which causes more environmental issues and, therefore, interferences in human health and well-being.

To break this cycle is essential. The impacts induced by the pandemic should be used as a foundation and as a lesson to build a better and different society in the future. It is necessary to reflect on how the adopted sanitary measures will be translated, in the long term, into sustainable waste management³², which will make it possible to guarantee and enforce Human Rights to health and to a balanced environment³³.

Plastics, despite being considered as allies in combating the spread of Covid-19, in fact, present themselves exactly as the opposite: they are sometimes ineffective for protection against the new coronavirus and, more than that, they are toxic to health of living beings at different levels. It is essential, therefore, to control and discourage the consumption of plastics and to adopt effective measures for their proper disposal, especially avoiding their discharge into the seas.

4 Ocean vitality: the SDG 14 as an essential objective

The impacts of the pandemic have been reflected especially in the seas, which have already endured coun-

on June 12, 2020. <https://doi.org/10.1021/acs.est.0c02178>. Available on: <https://pubs.acs.org/doi/pdf/10.1021/acs.est.0c02178>. Access on: 31 Jul. 2020.

²⁷ AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE. *O lixo nos nossos mares*. Published on July 21, 2014. Available on: <https://www.eea.europa.eu/pt/sinais-da-aea/sinais-2014/em-analise/o-lixo-nos-nossos-mares>.

²⁸ ERIKSEN, M.; LEBRETON, L.C.M.; CARSON, H.S.; THIEL, M.; MOORE, C.J. *et al. Plastic Pollution in the World's Oceans: More than 5 Trillion Plastic Pieces Weighing over 250,000 Tons Afloat at Sea. PLoS ONE*, v. 9, n. 12, e111913. doi:10.1371/journal.pone.0111913. Available on: <https://journals.plos.org/plosone/article/file?id=10.1371/journal.pone.0111913&type=printable>. Access on: 6 Sep. 2020.

²⁹ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Campanha Mares Limpos celebra dois anos de atividades contra o lixo plástico. *Desenvolvimento Sustentável*. Published on February 26, 2019. Available on: <https://nacoesunidas.org/campanha-mares-limpos-celebra-dois-anos-de-atividades-contra-o-lixo-plastico/>. Access on: 15 Aug. 2020.

³⁰ UNITED NATIONS. *UN convention on wastes makes breakthrough recommendations to address global marine litter and other types of wastes. Environment Programme. Basel Convention. Controlling transboundary movements of hazardous wastes and their disposal*. 2018, Press Release. Available on: http://www.basel.int/Implementation/PublicAwareness/PressReleases/OEWG11Pressrelease/tabid/7655/Default.aspx#_ftn1.

³¹ KLEMEŠ, J.J.; FAN, Y.V.; TAN, Raymond R.; JIANG, Peng. Minimising the present and future plastic waste, energy and envi-

ronmental footprints related to COVID-19. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, v. 127, p. 4, 2020. 109883. ELSEVIER. Published on April 27, 2020. Available on: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1364032120301763?token=F2E9B1E3E72A8E6733A2D24546C3353E08BF5023D747A7E8FD1EC1ACB3E5FE7CE784F9DE6FC65A3D1F023ABC1D97F367>. Access on: 15 Aug. 2020.

³² KLEMEŠ, J.J.; FAN, Y.V.; TAN, Raymond R.; JIANG, Peng. Minimising the present and future plastic waste, energy and environmental footprints related to COVID-19. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, v. 127, p. 4, 2020. 109883. ELSEVIER. Published on April 27, 2020. Available on: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1364032120301763?token=F2E9B1E3E72A8E6733A2D24546C3353E08BF5023D747A7E8FD1EC1ACB3E5FE7CE784F9DE6FC65A3D1F023ABC1D97F367>. Access on: 15 Aug. 2020.

³³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”. El Salvador, November 17, 1988. Available on: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm.

tless damages, with their main characteristics significantly altered as a result of climate changes and changes related to the atmosphere³⁴. Disordered interference in the seas, bipolarized in the pollution of the oceans and in the excessive use of living marine resources generates ecological imbalance and the degradation of marine environmental conditions, affecting an undetermined number of people, who are diffusely affected in their legitimate interests in the use of the seas.

The oceans are still subjected to the undue discharge and emission of dangerous substances, such as heavy metals and persistent organic pollutants, as well as the elimination of solid waste in these spaces and oil discharges, both as operational discharges and because of maritime disasters that occur when ships are loaded³⁵.

Although there are efforts aimed at protecting marine ecosystems, the truth is that, on the one hand, there is a diminished interest of significant multinational companies in protecting the oceans, or even in implementing the SDG 14^{36,37} and, on the other, there is negligence on the part of the population itself regarding the health of the oceans. There is also a mistaken notion that marine resources would be inexhaustible, as if

they were receptacles of an infinite amount of waste and pollution, without consequences.

In this context, the imperative to carry out marine protection arises from the fact that the protection of the oceans and, consequently, the implementation of SDG 14, is fundamental for the achievement of all other Sustainable Development Goals³⁸ and, certainly, for the maintenance of living conditions on Earth, including human well-being and health³⁹.

The implementation of SDG 14 is designed to eliminate overfishing and illegal and destructive fishing practices, which are necessary preconditions for meeting a large number of SDGs such as no poverty (SDG 1), zero hunger (SDGs 2), good health and well-being (SDG 3) and reduced inequalities (SDG 10). However, individuals have increasingly interfered with marine ecosystems and natural resources, using them for food and energy production, for tourism and transportation, and also dumping different waste into the seas, originated from terrestrial activities. All of this affects the climate regulation by the oceans⁴⁰.

The phenomena that occurred in the last decades, in terms of events and natural disasters, have demonstrated the vitality of the oceans for the maintenance of a minimally stable human life^{41,42}. The rise in sea tempe-

³⁴ CAMPOS, Edmo J. D. O papel do oceano nas mudanças climáticas globais. *REVISTA USP*, São Paulo, n. 103, p. 55-66, 2014. Available on: http://www.io.usp.br/images/noticias/papel_oceanos_clima.pdf. Access on: July 25, 2020.

³⁵ UNITED NATIONS. *The conservation and sustainable use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction*. A technical abstract of the first global integrated marine assessment. New York, 2017. eISBN978-92-1-361370-2 (44 p.). Available on: http://www.un.org/depts/los/global_reporting/8th_adhoc_2017/Technical_Abstract_on_the_Conservation_and_Sustainable_Use_of_marine_Biological_Diversity_of_Areas_Beyond_National_Jurisdiction.pdf.

³⁶ PRICE WATERHOUSE COOPERS. PWC. *SDG Reporting Challenge 2017*. Available on: <https://www.pwc.com/gx/en/sustainability/SDG/pwc-sdg-reporting-challenge-2017-final.pdf>.

³⁷ The UN 2030 Agenda for Sustainable Development is a multilateral declaration on the main challenges that the International Community faces and will face. It is made up of seventeen Sustainable Development Goals - SDGs accompanied by a set of targets to assess compliance. The SDG 14 is entitled "Life in the Water" and is intended for the conservation and sustainable use of the oceans, seas, and marine resources for sustainable development. In: MESSENGER, Gregory. *Desarrollo sostenible y Agenda 2030: El rol de Derecho Internacional dentro del Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030*. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, Sección, FORO, v. 69/1, p. 271-278, ene./jun. 2017. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.2.01>. ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253. Available on: https://www.researchgate.net/publication/315112818_El_Rol_de_Derecho_Internacional_dentro_del_Desarrollo_Sostenible_y_la_Agenda_2030. Access on: 14 Jul. 2020.

³⁸ CLAUDET, Joachim *et al.* A Roadmap for Using the UN Decade of Ocean Science for Sustainable Development in Support of Science, Policy, and Action. *One Earth*, v. 2, Issue 1, p. 34-42, Jan. 2020. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2590332219300934>. Access on: 14 Jul. 2020.

³⁹ UNITED NATIONS. *The Ocean and the Sustainable Development Goals Under the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A technical abstract of the first global integrated marine assessment. New York, 2017. eISBN 978-92-1-361371-9 (48 p.). Available on: https://www.un.org/depts/los/global_reporting/8th_adhoc_2017/Technical_Abstract_on_the_Ocean_and_the_Sustainable_Development_Goals_under_the_2030_Agenda_for_Sustainable_Development.pdf.

⁴⁰ CLAUDET, Joachim *et al.* A Roadmap for Using the UN Decade of Ocean Science for Sustainable Development in Support of Science, Policy, and Action. *One Earth*, v. 2, Issue 1, p. 34-42, Jan. 2020. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2590332219300934>. Access on: 14 Jul. 2020.

⁴¹ CAMPOS, Edmo J. D. O papel do oceano nas mudanças climáticas globais. *REVISTA USP*, São Paulo, n. 103, p. 55-66, 2014. Available on: http://www.io.usp.br/images/noticias/papel_oceanos_clima.pdf. Access on: July 25, 2020.

⁴² As an example, it is known that the oceans are one of the main sinks of carbon dioxide - CO₂ and, therefore, contribute decisively to the removal of most of the carbon released by humans in the atmosphere. In: CAMPOS, Edmo J. D. O papel do oceano nas mudanças climáticas globais. *REVISTA USP*, São Paulo, n. 103, p. 55-66, 2014. Available on: [http://www.io.usp.br/images/](http://www.io.usp.br/images/noticias/)

ratures, a direct consequence of global warming^{43,44} – which, in turn, results directly from anthropic action –, can interfere in the intensification of phenomena such as tropical cyclones of increasing magnitude. The factors that influence its occurrence are known, however, research indicates that the warming of the sea surface temperature is a present phenomenon and that it should continue to intensify tropical cyclones⁴⁵.

It is inconceivable and unacceptable, in this way, that the SDG 14 be seen as an inferior objective in relation to the others when, in reality, it is exactly the opposite. Any company that uses plastic products, for example, has an active participation in ocean pollution, since most of these materials are dumped into the seas in their various forms, whether in macro or micro size⁴⁶.

Aware of the vitality of the oceans for the maintenance of living conditions on Earth, the UN has endeavoured to make the community aware of the terrifying state of the seas, having proclaimed the Decade of Ocean Science for Sustainable Development (2021-2030). The Decade aims to encourage the scientific community, policy makers, the private sector and civil society to think beyond what is conceived as usual in terms of business and companies, aspiring to real changes⁴⁷.

The Decade of the Oceans highlights the prominent place intended for marine protection at all levels. The

ocean is so central to achieving sustainable development in the future (from the present) that it is time to draw a new narrative for the seas, placing the oceans as the centre of human life⁴⁸.

The new coronavirus pandemic cannot be used as an excuse for States to refrain from implementing concrete actions for sustainable development, especially regarding the protection of the oceans. On the contrary, the pandemic reveals the necessity of granting the deserved place of prominence to the environment, especially to the seas. In addition to being indispensable for maintaining the conditions for a quality life to humans, they can be the source of economic recovery in many countries⁴⁹.

5 The economic unfeasibility of marine plastic pollution: an attempt to quantify the loss of ecosystem services

Beyond the damage to the environment and human health, the negative impacts resulting from the release of plastic waste into ecosystems are reflected in the world economy. It is estimated that about 4.8 to 12.7 million metric tons of plastic were launched into the world's oceans from terrestrial sources in 2010 alone, with predictions for the flow of plastics in the marine environment pointing to its increase over the years⁵⁰.

Since the 1950s, the growth in plastic production has largely exceeded that of any other material, with a global shift from the production of durable plastics to

papel_oceanos_clima.pdf. Access on: July 25, 2020.

⁴³ CAMPOS, Edmo J. D. O papel do oceano nas mudanças climáticas globais. *REVISTA USP*, São Paulo, n. 103, p. 55-66, 2014. Available on: http://www.io.usp.br/images/noticias/papel_oceanos_clima.pdf. Access on: July 25, 2020.

⁴⁴ Verification results show that the capacity of CO₂ absorption by the seas has been reduced due to global warming. One of the effects of the increase in temperature in the ocean is its acidification, which decreases its ability to absorb and retain CO₂. In: CAMPOS, Edmo J. D. O papel do oceano nas mudanças climáticas globais. *REVISTA USP*, São Paulo, n. 103, p. 55-66, 2014. Available on: http://www.io.usp.br/images/noticias/papel_oceanos_clima.pdf. Access on: July 25, 2020.

⁴⁵ PATRICOLA, Christina M.; WEHNER, Michael F. Anthropogenic influences on major tropical cyclone events. *Nature*, v. 563, p. 339-346, Nov. 2018. Available on: <https://www.nature.com/articles/s41586-018-0673-2#citeas>; <https://doi.org/10.1038/s41586-018-0673-2>. Access on: 14 Jul. 2020.

⁴⁶ PRICE WATERHOUSE COOPERS. PWC. *SDG Reporting Challenge 2017*. Available on: <https://www.pwc.com/gx/en/sustainability/SDG/pwc-sdg-reporting-challenge-2017-final.pdf>.

⁴⁷ CLAUDET, Joachim *et al.* A Roadmap for Using the UN Decade of Ocean Science for Sustainable Development in Support of Science, Policy, and Action. *One Earth*, v. 2, Issue 1, p. 34-42, Jan. 2020. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2590332219300934>. Access on: 14 Jul. 2020.

⁴⁸ CLAUDET, Joachim *et al.* A Roadmap for Using the UN Decade of Ocean Science for Sustainable Development in Support of Science, Policy, and Action. *One Earth*, v. 2, Issue 1, p. 34-42, Jan. 2020. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2590332219300934>. Access on: 14 Jul. 2020.

⁴⁹ EUROPEAN UNION. *The EU Blue Economy Report*. 2020. Publications Office of the European Union. Luxembourg, 180 p. ISBN 978-92-76-19726-3. Available on: https://ec.europa.eu/maritimeaffairs/sites/maritimeaffairs/files/2020_06_blueeconomy-2020-ld_final.pdf.

⁵⁰ BEAUMONTA, Nicola J.; AANESEN, Margrethe; AUSTEN, Melanie C.; BÖRGER, Tobias; CLARK, James R.; COLE, Matthew; HOOPER, Tara; LINDEQUE, Penelope K.; PASCOE, Christine; WYLES, Kayleigh J. Global ecological, social and economic impacts of marine plastic. *Marine Pollution Bulletin*, v. 142, p. 189-195, Mayo 2019. <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2019.03.022>. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0025326X19302061#bbb0025>. Access on: 05 Oct. 2020.

disposable plastics (including packaging)⁵¹. It happens that, due to the constant increase in production and the presence of plastics in the environment, it is not possible to know the extent to which natural ecosystems can support the expansion of an economic system based on unrestrained consumption without suffering damage and irreversible losses. In view of this uncertainty, the ecological economy demands the adoption of a posture of conscious use of natural resources, translated into the precautionary principle, whose function is to consider the unknown factors, as well as the actions taken on the consequences of human intervention in ecosystems⁵².

Although there is the possibility of removing some plastic from the oceans, the procedure is slow, expensive, and inefficient, especially when compared to the speed with which the waste is improperly released into the seas. The conjectures about the reduction of terrestrial ecosystem services due to anthropogenic disturbances point to a 11% to 28% decline in the services of the global terrestrial ecosystem⁵³.

Understanding the concept of ecosystem services is, thus, vital for it to be possible to assimilate the magnitude of the economic problem that involves marine plastic pollution. Ecosystem services, or environmental services, can be defined as flows from natural capital stocks that combine with human services capital to provide well-being to populations. Such services can be classified into four categories: cultural services (aesthetic and recreational elements); regulation (be it climate, floods, pests and water purification); support (nutrient

cycling and soil formation); and provision (supply of food, fresh water, fibres and fuels)⁵⁴.

Regarding the category of cultural services, it should be noted that recreational users of coastal areas have been exposed with increasing frequency to plastics discarded on the coastline, which implies a series of impacts on the well-being. The garbage on the beaches is not appreciated and is continually pointed out as one of the main reasons why visitors will spend less time in these environments or avoid certain places if they imagine that there will be garbage there. This causes a series of expenditures, from the costs with cleaning to the loss of income from tourism⁵⁵.

More than half of global Gross Domestic Product – that is, 55%, which equals US\$ 41.7 trillion – depends on high-functioning biodiversity and ecosystem services. Of the countries in the world, however, 20% are at risk of their ecosystems collapsing due to the decline in biodiversity and related beneficial services. This strong economic dependence on natural resources highlights the fundamental character of sustainable development and conservation for the long-term sustainability of world economies⁵⁶.

In terms of quantifying the loss, it is possible to estimate that a decline of just 1% to 5% in the provision of marine ecosystem services is equivalent to an annual loss of 500 to 2,500 billion dollars in the value of the benefits derived from these services. Given that this amount includes only the impacts of marine natural capital, the total economic cost is likely to be much higher⁵⁷. This calculation of economic costs per ton of

⁵¹ UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. Legal Limits on Single-Use Plastics and Microplastics: A Global Review of National Laws and Regulations. 113p, 2018. Available on: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27113/plastics_limits.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access on: 9 Nov. 2020.

⁵² ANDRADE, Daniel Caixeta. Economia e meio ambiente: aspectos teóricos e metodológicos nas visões neoclássica e da economia ecológica. *Leituras de Economia Política*, Campinas, v. 14, p. 1-31, ago./dez. 2008. Available on: https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/LEP/L14/1%20LEP14_Economia%20e%20Meio%20Ambiente.pdf. Access on: 9 Nov. 2020.

⁵³ BEAUMONTA, Nicola J.; AANESEN, Margrethe; AUSTEN, Melanie C.; BÖRGER, Tobias; CLARK, James R.; COLE, Matthew; HOOPER, Tara; LINDEQUE, Penelope K.; PASCOE, Christine; WYLES, Kayleigh J. Global ecological, social and economic impacts of marine plastic. *Marine Pollution Bulletin*, v. 142, p. 189-195, Mayo 2019. <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2019.03.022>. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0025326X19302061#bbb0025>. Access on: 05 Oct. 2020.

⁵⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Pagamento por Serviços Ambientais. In: PHILIPPI JR., Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos de; SPINDOLA, Ana Luiza Silva. (ed.) *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Barueri, SP: Manole, 2016. p. 619-643. Coleção Ambiental, vol. 18. ISBN 978-85-204-3922-7.

⁵⁵ BEAUMONTA, Nicola J.; AANESEN, Margrethe; AUSTEN, Melanie C.; BÖRGER, Tobias; CLARK, James R.; COLE, Matthew; HOOPER, Tara; LINDEQUE, Penelope K.; PASCOE, Christine; WYLES, Kayleigh J. Global ecological, social and economic impacts of marine plastic. *Marine Pollution Bulletin*, v. 142, p. 189-195, Mayo 2019. <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2019.03.022>. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0025326X19302061#bbb0025>. Access on: 05 Oct. 2020.

⁵⁶ SWISS RE INSTITUTE. *A fifth of countries worldwide at risk from ecosystem collapse as biodiversity declines, reveals pioneering Swiss Re index*. News release. Available on: <https://www.swissre.com/media/news-releases/nr-20200923-biodiversity-and-ecosystems-services.html>.

⁵⁷ BEAUMONTA, Nicola J.; AANESEN, Margrethe; AUSTEN, Melanie C.; BÖRGER, Tobias; CLARK, James R.; COLE, Matthew; HOOPER, Tara; LINDEQUE, Penelope K.; PASCOE, Christine;

plastic in the oceans is fundamental for future global negotiations in order to transform the way plastics are designed, produced, used, reused and reprocessed, taking into account that the ocean economy is essential for the future of human prosperity and which is an essential source of food, energy, minerals, health and leisure on which hundreds of millions of people depend⁵⁸.

Evidence suggests that the productivity, viability, profitability and safety of the fishing and aquaculture industry are highly vulnerable to the impact of plastic deposited in the oceans, especially when associated with broader factors, including climate change, and over-fishing. The high dependence on seafood for nutrition leaves the well-being of a significant proportion of the world population extremely susceptible to any changes in the quantity, quality, and safety of this food source⁵⁹.

Traditional maritime industries will be increasingly influenced by climate change, as alterations in temperature, ocean acidity and rising sea levels affect the movements of fish stocks, opening up new trade routes and affecting port structures, thus creating new destinations and tourist attractions, while others are destroyed⁶⁰. It should be noted that the destruction of the Aral Sea has led to economic collapse and mass migration from the surrounding coastal area, which provides an extreme illustration of how the collapse of an ecosystem can affect the local economy⁶¹.

The interactions between society, the economy and the environment have an important influence on marine ecosystems through their dynamics and their broader biogeochemical cycle. This is because ecosystem services depend on each other and have complex interactions that result in compensation for the concession of an ecosystem service in relation to the provision of others. For the ocean economy this is relevant because these relationships indirectly determine the viability of ocean-based industries. Human activities that directly or indirectly intervene in the functioning of marine ecosystems therefore have the potential to undermine the economic viability of the ocean economy⁶². Evidence shows that, in acting to reduce marine plastic pollution, society invests both in the current and future supply of marine ecosystem services, and in the human benefits they provide⁶³.

A solid understanding of the ecological, social and economic impact of marine plastic pollution is necessary to inform a global transition in the way plastic is handled, reducing its negative impacts, with implications for public behaviour, standards and governance, industry and commerce⁶⁴.

WYLES, Kayleigh J. Global ecological, social and economic impacts of marine plastic. *Marine Pollution Bulletin*, v. 142, p. 189-195, Mayo 2019. <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2019.03.022>. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0025326X19302061#bbb0025>. Access on: 05 Oct. 2020.

⁵⁸ OECD. *The Ocean Economy in 2030*. OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264251724-en>. ISBN 978-92-64-25172-4. Available on: <https://www.oecd.org/environment/the-ocean-economy-in-2030-9789264251724-en.htm>. Access on: 6 Oct. 2020.

⁵⁹ BEAUMONTA, Nicola J.; AANESEN, Margrethe; AUSTEN, Melanie C.; BÖRGER, Tobias; CLARK, James R.; COLE, Matthew; HOOPER, Tara; LINDEQUE, Penelope K.; PASCOE, Christine; WYLES, Kayleigh J. Global ecological, social and economic impacts of marine plastic. *Marine Pollution Bulletin*, v. 142, p. 189-195, Mayo 2019. <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2019.03.022>. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0025326X19302061#bbb0025>. Access on: 05 Oct. 2020.

⁶⁰ OECD. *The Ocean Economy in 2030*. OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264251724-en>. ISBN 978-92-64-25172-4. Available on: <https://www.oecd.org/environment/the-ocean-economy-in-2030-9789264251724-en.htm>. Access on: 6 Oct. 2020.

⁶¹ SWISS RE INSTITUTE. *A fifth of countries worldwide at risk from ecosystem collapse as biodiversity declines, reveals pioneering Swiss Re index*. News release. Available on: <https://www.swissre.com/media/news-releases/nr-20200923-biodiversity-and-ecosystems-services.html>.

releases/nr-20200923-biodiversity-and-ecosystems-services.html.

⁶² OECD. *The Ocean Economy in 2030*. OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264251724-en>. ISBN 978-92-64-25172-4. Available on: <https://www.oecd.org/environment/the-ocean-economy-in-2030-9789264251724-en.htm>. Access on: 6 Oct. 2020.

⁶³ BEAUMONTA, Nicola J.; AANESEN, Margrethe; AUSTEN, Melanie C.; BÖRGER, Tobias; CLARK, James R.; COLE, Matthew; HOOPER, Tara; LINDEQUE, Penelope K.; PASCOE, Christine; WYLES, Kayleigh J. Global ecological, social and economic impacts of marine plastic. *Marine Pollution Bulletin*, v. 142, p. 189-195, Mayo 2019. <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2019.03.022>. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0025326X19302061#bbb0025>. Access on: 05 Oct. 2020.

⁶⁴ BEAUMONTA, Nicola J.; AANESEN, Margrethe; AUSTEN, Melanie C.; BÖRGER, Tobias; CLARK, James R.; COLE, Matthew; HOOPER, Tara; LINDEQUE, Penelope K.; PASCOE, Christine; WYLES, Kayleigh J. Global ecological, social and economic impacts of marine plastic. *Marine Pollution Bulletin*, v. 142, p. 189-195, Mayo 2019. <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2019.03.022>. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0025326X19302061#bbb0025>. Access on: 05 Oct. 2020.

6 International normative instruments as drivers for overcoming the problem: the necessary sustainable management of plastic waste

The outbreak of the new coronavirus pandemic, as it has been seen, has negative consequences on human health in several areas: both by the spread of the disease itself and by the increase in environmental pollution by plastic, especially in the oceans, which ends up offering more obstacles concerning the promotion of a healthy quality of life for people.

In view of this, as the legal order is a means for transforming reality⁶⁵, it is essential to apply the already existing normative provisions regarding the management of plastic waste and, in due course, the adoption of an international agreement specifically focused on this topic.

Even before the Covid-19 pandemic broke out in 2020, however, the International Community was already mobilizing in the face of the challenges that society has faced in the 21st century. The implementation of the 2030 Agenda for Sustainable Development is seen as an indispensable means for the egress of adversities and crises that have intensified in recent years in different parts of the globe and, especially at this moment, with the insurgency of the new coronavirus⁶⁶.

It is evident that a real attitude change has been sought in the relations between the actors of the International Community, who, through the adoption of a different posture in relation to nature, may reach a consensus in the global governance of the environment, including the oceans, aimed at sustainable management and benefit sharing. Sustainability will only be achieved

when social problems are truly faced and when wealth is shared.

Within the scope of the United Nations, the Basel Convention is a major exponent with regard to the international management of hazardous waste. The general objective of the instrument is to protect human health and the environment against the adverse effects of this type of waste⁶⁷.

Among the most important contributions of the Convention is the development of a significant number of non-binding public policy instruments, in addition to the development of an extensive body of technical guidelines on the management of specific waste streams. These soft law instruments were designed for use by government actors at all levels, as well as other stakeholders, to provide practical guidance and thus facilitate the management of relevant waste streams⁶⁸.

Prior to the implementation of the 2030 Agenda, the Basel Convention had already played a decisive role in achieving the Millennium Development Goals – MDGs⁶⁹, especially the reduction of poverty, the reduction of child mortality, the improvement of maternal health and the guarantee of environmental sustainability. The minimization of waste, no doubt, made it possible to track the achievement of the MDGs and, in the current context, has a direct influence on the implementation of the SDGs⁷⁰.

In the European scenario, since 2015, the EU has turned its attention to the circular economy, having

⁶⁵ The role of Law to modulate society is also present in the dynamics of environmental disasters, so that “the law plays a prominent role in providing stability and normativity to the pre and post-occurrence phases”. In: CARVALHO, Délon Winter de. Bases estruturantes da política nacional de proteção e defesa civil a partir de um Direito dos Desastres Ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 21, out./dez. 2013. DTR\2013\9301.

⁶⁶ BARCHICHE, Damien. Réaliser l’Agenda 2030 pour le développement durable: indispensable horizon pour la sortie de crise, mais comment faire? Billet de Blog, *Institut du développement durable et des relations internationales*. May 12, 2020. Available on: <https://www.iddri.org/fr/publications-et-evenements/billet-de-blog/realiser-lagenda-2030-pour-le-developpement-durable>. Access on: 18 Jun. 2020.

⁶⁷ UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. Stockholm Convention. *Protecting human health and the environment from persistent organic pollutants*. Revised in 2017. Available on: <http://www.pops.int/TheConvention/Overview/TextoftheConvention/tabid/2232/Default.aspx>.

⁶⁸ UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. Stockholm Convention. *Protecting human health and the environment from persistent organic pollutants*. Revised in 2017. Available on: <http://www.pops.int/TheConvention/Overview/TextoftheConvention/tabid/2232/Default.aspx>.

⁶⁹ The millennium development goals, adopted in 2000, did not contemplate the conservation and sustainable use of the oceans, seas and marine resources in the objective 7, concerning the protection of the environment. In: UNITED NATIONS. *Millennium Development Goals and Beyond 2015*. Goal 7: Ensure Environmental Sustainability. Available on: <https://www.un.org/millenniumgoals/envIRON.shtml>.

⁷⁰ UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. Stockholm Convention. *Protecting human health and the environment from persistent organic pollutants*. Revised in 2017. Available on: <http://www.pops.int/TheConvention/Overview/TextoftheConvention/tabid/2232/Default.aspx>.

identified plastics as a major management priority⁷¹. In 2017, the European Commission expressly demonstrated its interest in investing in an intelligent, innovative, and sustainable industry, adopting renewed industrial practices within the EU, as well as a strategy to move towards a circular economy in the field of plastics⁷².

In the European Union, integration is one of the most significant environmental principles. Its purpose is to achieve sustainable development by determining that actions to protect the environment are promoted by the Member States in an integrated manner with other fields, so that sectoral policies are harmonized (administrative and legislative) with environmental protectionist parameters, taking into account that the possible degradation does not respect national or regional borders⁷³, that is, it can spread in a diffuse and cross-border way.

In the scenario triggered by the Covid-19 pandemic, the European Union emerges in a privileged position to lead a transition without plastics in the near future. Equipped with the necessary information and knowledge for the evolution and implementation of projects for the sustainable management of this waste, the EU presented a Strategy that establishes the bases for a new plastic economy, whose production must fully respect the needs of reuse, repair and of recycling to develop more sustainable materials. The EU thus intends to reduce plastic pollution and the negative impact of that pollution on everyday life and on ecosystems⁷⁴.

⁷¹ EUROPEAN COMMISSION. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS. Closing the loop - An EU action plan for the Circular Economy. Brussels, 2.12.2015. COM (2015) 614 final. Available on: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-614-EN-F1-1.PDF>.

⁷² EUROPEAN COMMISSION. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS. A European Strategy for Plastics in a Circular Economy. {SWD (2018) 16 final}. Brussels, 16.1.2018. COM (2018) 28 final. Available on: <https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/plastics-strategy.pdf>.

⁷³ DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; LOPEZ, Tania García. La consolidación del principio de desarrollo sostenible en el Derecho Internacional Público y en el Derecho de la Unión Europea. *NO-MOS*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito- UFC. v. 39 n. 2, 2019. Published on February 27, 2020. 21 p. Available on: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/41063/100091>. Access on: 25 Jul. 2020.

⁷⁴ EUROPEAN UNION. DIRECTIVE OF THE EUROPEAN

Still within the European framework, the Green Deal presented by the elected president of the European Commission, Ursula von der Leyen, expresses guidelines, since its proposition, on the need to transform the way it has been produced, consumed and commercialized in the European Union. Preserving and restoring the ecosystem, then, must guide all work carried out within the continent⁷⁵.

At the epicentre of the responses to the climatic, environmental, and social challenges that are now faced, it is presented the European Green Deal, an ambitious set of proposals that lists measures to reduce the emission of greenhouse gases, preservation of the natural environment, among so many other goals consistent with sustainable development⁷⁶.

The European Green Deal shows itself, along with the European Strategy for Plastics, as a promising mechanism in the turn towards the fight against marine plastic pollution and, in this point, both present themselves as instruments for the achievement and implementation of the UN 2030 Agenda, especially regarding the Sustainable Development Goal 14.

It should be noted that within the text of the Green Deal there are, on several occasions, express references to the problematic issue arising from the expressive consumption of plastic and the need to continue the achievement of the Strategy for Plastics, with special emphasis on measures aimed at combating intentionally added microplastics and unintentionally released plastics⁷⁷.

PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON THE REDUCTION OF THE IMPACT OF CERTAIN PLASTIC PRODUCTS ON THE ENVIRONMENT. Brussels, June 05, 2019, (OR. en). 2018/0172 (COD), LEX 1930, PE-CONS 11/1/19, REV 1. Available on: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-11-2019-REV-1/en/pdf>.

⁷⁵ LEYEN, Ursula von der. POLITICAL GUIDELINES FOR THE NEXT EUROPEAN COMMISSION 2019-2024. *A Union that strives for more- My agenda for Europe*. Available on: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf.

⁷⁶ EUROPEAN UNION. *The EU Blue Economy Report*. 2020. Publications Office of the European Union. Luxembourg, 180 p. ISBN 978-92-76-19726-3. Available on: https://ec.europa.eu/maritimeaffairs/sites/maritimeaffairs/files/2020_06_blueeconomy-2020-ld_final.pdf.

⁷⁷ EUROPEAN UNION. DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON THE REDUCTION OF THE IMPACT OF CERTAIN PLASTIC PRODUCTS ON THE ENVIRONMENT. Brussels, June 05, 2019, (OR. en). 2018/0172 (COD), LEX 1930, PE-CONS 11/1/19, REV 1. Avail-

With the crisis triggered by the pandemic, the Green Deal expresses itself as a necessary transition proposal for the recovery of the European Union⁷⁸, questioning and presenting alternatives to the predatory economic model still predominantly adopted in the Occident. The European Green Deal, therefore, is seen as a skilful mechanism to guide European Member States – and society as a whole, by virtue of its expressiveness and influence – towards environmental preservation and, consequently, the self-perpetuation of humanity and the maintenance of a balanced global economy.

It cannot be ignored, however, that there are countries that are still moving in diametrically opposite directions, without any responsibility towards ecosystems. What is needed, though, is to boost this transition and reflect it on global sustainability actions, whether multi-lateral, regional, or bilateral.

The European Union should, in the coming years, encourage and even pressure non-member countries to adopt more sustainable behaviours, increasingly linking economic development to environmental conservation and preservation.

Sustainable development and the integration of its three dimensions – environmental, social, and economic⁷⁹ – should not be seen only as a vague and abstract conception, but as a concrete notion to be effectively implemented by States in their internal and external political actions. Development must be understood as a process that, in addition to increasing the resources of a country or region, satisfies the objectives of economic growth, raising the quality of life of the population and respecting the balance of ecosystems, contributing to repair the damage already caused as much as possible⁸⁰.

able on: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-11-2019-REV-1/en/pdf>.

⁷⁸ EUROPEAN UNION. *The EU Blue Economy Report*. 2020. Publications Office of the European Union. Luxembourg, 180 p. ISBN 978-92-76-19726-3. Available on: https://ec.europa.eu/maritimeaffairs/sites/maritimeaffairs/files/2020_06_blueeconomy-2020-ld_final.pdf.

⁷⁹ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. 17 Objetivos para transformar nosso mundo. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Available on: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Access on: 14 Jul. 2020.

⁸⁰ DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; LOPEZ, Tania García. La consolidación del principio de desarrollo sostenible en el Derecho Internacional Público y en el Derecho de la Unión Europea. *NOMOS*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito- UFC. v. 39 n. 2, p. 21, 2019. Published on February 27, 2020. Available on: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/41063/100091>. Ac-

Furthermore, the High-level Political Forum on Sustainable Development, undertaken since 2013 under the auspices of the Economic and Social Council – ECOSOC, of the United Nations, constitutes an annual meeting to monitor and review the 2030 Agenda. It has a universal intergovernmental character and should provide political leadership, guidance, and recommendations for sustainable development, examining progress in implementing sustainability commitments, highlighting the integration of its three dimensions in a holistic and intersectoral manner at all levels, adopting a focused agenda, dynamic and action-oriented, ensuring that new and emerging challenges of sustainable development are considered⁸¹.

In 2020, participants debated the directions they were taking in relation to the implementation of the SDGs, especially considering the impact of the Covid-19 pandemic. The objective was to discuss and reflect on how the International Community could and can respond to the pandemic so that it is possible to maintain the achievement and implementation of the SDGs, accelerating progress in the decade of action for sustainable development that is still ahead.

At the heart of this situation, it appears that, both in the 2030 Agenda and in the European Green Deal⁸², mention is made of the evident urgency of devoting greater importance to the conservation of the seas. Within the SDGs, the effective protection of the oceans must be seen as a fundamental target of the nations to achieve the implementation of the other objectives and, consequently, perpetuate human development in all its directions and dimensions.

The European Green Deal recognizes that the oceans are being polluted and degraded and, in this

cess on: 25 Jul. 2020.

⁸¹ UNITED NATIONS. Sustainable Development Goals- Knowledge Platform. *High-Level Political Forum 2020 Under the Auspices of ECOSOC*. Available on: <https://sustainabledevelopment.un.org/hlpf/2020>.

⁸² The Deal expressly mentions that “lasting solutions to climate change require greater attention to solutions based on nature, including healthy and resilient seas and oceans”. In: EUROPEAN COMMISSION. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS. The European Green Deal. Brussels, 11.12.2019 COM(2019) 640 final, p. 14. Available on: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF.

sense, presents itself as a response to the climatic and environmental challenges of the coming decades. In order to solve the ecologically established problem, the document is emphatic in pointing out that its ambition will not be realized by an isolated European Union but must mobilize neighbour countries and other nations to act together, after all, the environmental crisis is not limited by national borders, especially when it comes to the oceans. The oceans, in turn, bear the direct exploitation of natural resources, with the result that there is a significant decrease in biodiversity worldwide.

In the subdivision “2.1.7- Preserving and restoring ecosystems and biodiversity”, the document determines the continuity of working under the common fisheries policy, in order to reduce the negative impacts of this practice on ecosystems, especially in sensitive marine areas, adopting a zero-tolerance position on illegal fishing. It is also listed that better management and connectivity of marine protected areas will be supported, proposing measures that include more sustainable ways of managing the maritime space to take advantage of its growing renewable energy potential.

It is worth noting that the document determines the establishment of a framework to regulate bio-based and biodegradable plastics, administering measures on single-use plastics, in addition to identifying the necessity of drafting new legislation that establishes objectives and measures to minimize packaging and the production of waste⁸³.

Thus, the Green Deal, along with the European Strategy for Plastics and the Basel Convention, has the potential to be a capable normative instrument for the implementation of the 2030 Agenda and, above all, the SDG 14⁸⁴, making it possible, as a consequence, to

overcome the environmental, sanitary and economic imbalance due to plastic pollution.

It is also worth mentioning the European Directive for the reduction of the environmental impact of certain plastic products, approved by the members of the European Parliament. The document, in addition to contextualizing the core of the problem that gave rise to its elaboration, intends to ban the use of certain single-use disposable plastics by 2021 in the European continent, such as disposable plastic plates, cutlery, straws and cotton swabs⁸⁵.

It is seen that, despite the magnitude of the problem, there is a possibility of reversing such disastrous circumstances. The normative instruments discussed here are not mere international documents, but examples of political will, financing and specific action aimed at maintaining the balance of the environment, especially for the oceans, constituting a guide for humanity to strive for their own survival in dignified conditions.

7 Final Considerations

The awareness about the close relationship between the environmental crisis and the outbreak of Covid-19 gives rise to a reflection on the adverse effects arising from the adoption of protection and containment measures for the new coronavirus and, also, on how harmful plastic pollution is to human health.

The highlighted links between a pandemic that affects human health, and terrestrial or marine biodiversity should contribute to emphasize the importance of environmental protection and, thus, the global discourse on the health of the planet should be reinforced in the highest degree, always linked with ecosystem conditions.

The present study demonstrates that the consumption of plastic materials and their inappropriate disposal

⁸³ EUROPEAN UNION. DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON THE REDUCTION OF THE IMPACT OF CERTAIN PLASTIC PRODUCTS ON THE ENVIRONMENT. Brussels, June 05, 2019, (OR. en). 2018/0172 (COD), LEX 1930, PE-CONS 11/1/19, REV 1. Available on: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-11-2019-REV-1/en/pdf>.

⁸⁴ In this regard, the EU Blue Economy Report 2020 notes that “the report must be seen as a tool to support relevant and political initiatives under the auspices of the European Green Deal, which seeks to implement the UN 2030 Agenda by placing the sustainability and the well-being of citizens at the centre of economic policy and the sustainable development at the heart of the political agents of the European Union”. In: EUROPEAN UNION. *The EU Blue Economy Report*. 2020. Publications Office of the European Union. Luxembourg, p. 2. ISBN 978-92-76-19726-3. Available on: https://ec.europa.eu/maritimeaffairs/sites/maritimeaffairs/files/2020_06_blueeconomy-2020-ld_final.pdf

⁸⁵ EUROPEAN UNION. DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON THE REDUCTION OF THE IMPACT OF CERTAIN PLASTIC PRODUCTS ON THE ENVIRONMENT. Brussels, June 05, 2019, (OR. en). 2018/0172 (COD), LEX 1930, PE-CONS 11/1/19, REV 1. Available on: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-11-2019-REV-1/en/pdf>.

sal in the environment, especially in the oceans, directly affects the enjoyment of a healthy quality of life. This is because the pollution and degradation of marine ecosystems interfere with the maintenance of living conditions on Earth, making it difficult, for example, to absorb carbon dioxide or to regulate the climate in the oceans.

The prioritization of public health, during this –still – pandemic period, does not justify the negligence with the indiscriminate disposal of waste in the seas, especially plastics. As has been well demonstrated, marine plastic pollution is a problem that, although at first glance seems remote, directly affects human health and the world economy, with numerous indications and even evidence regarding the environmental damage it causes.

The dissemination of the content of the 2030 Agenda should therefore be seen as the necessary impetus towards a change of conduct in line with the protection of the biosphere and, essentially, of the seas, especially through the implementation of the SDG 14.

The success of the 2030 Agenda and the reduction of marine plastic pollution depend on the cooperation of government officials, institutions, investors, and civil society. Its implementation and achievement, although constituting an immense governance challenge for all countries, must be understood as a means for guaranteeing and maintaining the conditions of human life on Earth, predominantly through the international documents already in force.

It is hoped that, after the pandemic, efforts already made in favour of environmental protection will be maintained and, more than that, deepened, especially regarding the oceans. Humanity endangers its own perpetuity if it does not succeed in achieving the SDGs, above all the SDG 14, which is essential for the perpetuation and for the personal and collective development of human beings.

The issue is not to prevent human activities, but to regulate and stipulate the extent to which such actions may occur, aiming at maintaining, in the long term, marine ecosystems and their environmental services. In being different, the intergenerational right to an ecologically balanced environment will certainly be violated. Yet, if the implementation of the SDGs is achieved and the generation and circulation of plastic waste is reduced, as well as if a real commitment is consolidated by States, companies, and populations in respect and

endeavour to achieving it, human beings will have the opportunity to perpetuate their own existence in conditions of quality and dignity.

References

AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE. *O lixo nos nossos mares*. Published on July 21, 2014. Available on: <https://www.eea.europa.eu/pt/sinais-da-aea/sinais-2014/em-analise/o-lixo-nos-nossos-mares>. Access on: July 25, 2020.

ANDRADE, Daniel Caixeta. Economia e meio ambiente: aspectos teóricos e metodológicos nas visões neoclássica e da economia ecológica. *Leituras de Economia Política*, Campinas, v. 14, p. 1-31, ago./dez. 2008. Available on: https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/LEP/L14/1%20LEP14_Economia%20e%20Meio%20Ambiente.pdf. Access on: 9 Nov. 2020.

BARCELO, Damia; ORIVE, Gorka; LERTXUNDI, Unax. Early SARS-CoV-2 outbreak detection by sewage-based epidemiology. *Science of The Total Environment*, v. 732, 25 August 2020, 139298. Elsevier B.V. Available on: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0048969720328151?token=A1B28889329278A4FDBA881BF3EF6847956C294746BD7C761731B7B4E305B1335CAE53E5961CAED4F11E54AA91892369>; <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.139298>. Access on: 23 July 2020.

BARCHICHE, Damien. Réaliser l'Agenda 2030 pour le développement durable: indispensable horizon pour la sortie de crise, mais comment faire? Billet de Blog, *Institut du développement durable et des relations internationales*. May 12, 2020. Available on: <https://www.iddri.org/fr/publications-et-evenements/billet-de-blog/realiser-lagenda-2030-pour-le-developpement-durable>. Access on: 18 June 2020.

BEAUMONTA, Nicola J.; AANESEN, Margrethe; AUSTEN, Melanie C.; BÖRGER, Tobias; CLARK, James R.; COLE, Matthew; HOOPER, Tara; LINDEQUE, Penelope K.; PASCOE, Christine; WYLES, Kayleigh J. Global ecological, social and economic impacts of marine plastic. *Marine Pollution Bulletin*, v. 142, p. 189-195, Mayo 2019. <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2019.03.022>. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/>

- S0025326X19302061#bbb0025. Access on: 05 Oct. 2020.
- CAMPOS, Edmo J. D. O papel do oceano nas mudanças climáticas globais. *REVISTA USP*, São Paulo, n. 103, p. 55-66, 2014. Available on: http://www.io.usp.br/images/noticias/papel_oceanos_clima.pdf. Access on: July 25, 2020.
- CARVALHO, Délton Winter de. Bases estruturantes da política nacional de proteção e defesa civil a partir de um Direito dos Desastres Ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 13–38, out./dez. 2013. DTR\2013\9301.
- CAVEDON, Fernanda de Salles. As ecological disasters and human rights: constructing resilience by an environmental and ethical approach. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (org.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV, Direito, 2012. ISBN: 978-85-63265-21-0. p. 387-402. Available on: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10355/Instrumentos%20Jur%C3%ADicos%20para%20Implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel.pdf>. Access on: 23 Jul. 2020.
- CLAUDET, Joachim *et al.* A Roadmap for Using the UN Decade of Ocean Science for Sustainable Development in Support of Science, Policy, and Action. *One Earth*, v. 2, Issue 1, p. 34-42, Jan. 2020. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2590332219300934>. Access on: 14 Jul. 2020.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”. El Salvador, November 17, 1988. Available on: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Access on: 27 Jul. 2020.
- DIXON, Sean; LEES, Zachary; LESHAK, Andrea. *The Big Apple's Tiny Problem: A Legal Analysis of the Microplastic Problem in the N.Y./N.J. Harbor*. *Roger Williams University Law Review*, v. 22, n. 2, article 5. p. 385-430, 2017. p. 390. Available on: https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1629&context=rwu_LR. Access on: 10 Aug. 2020.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; LOPEZ, Tania García. La consolidación del principio de desarrollo sostenible en el Derecho Internacional Público y en el Derecho de la Unión Europea. *NOMOS*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito- UFC. v. 39 n. 2, 2019. Published on February 27, 2020. 21 p. Available on: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/41063/100091>. Access on: 25 Jul. 2020.
- ERIKSEN, M.; LEBRETON, L.C.M.; CARSON, H.S.; THIEL, M.; MOORE, C.J. *et al.* *Plastic Pollution in the World's Oceans: More than 5 Trillion Plastic Pieces Weighing over 250,000 Tons Afloat at Sea*. *PLoS ONE*, v. 9, n. 12, e111913. doi:10.1371/journal.pone.0111913. Available on: <https://journals.plos.org/plosone/article/file?id=10.1371/journal.pone.0111913&type=printable>. Access on: 6 Sep. 2020.
- EUROPEAN COMMISSION. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS. Closing the loop - An EU action plan for the Circular Economy. Brussels, 2.12.2015. COM (2015) 614 final. Available on: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-614-EN-F1-1.PDF>. Access on: November 08, 2020.
- EUROPEAN COMMISSION. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS. A European Strategy for Plastics in a Circular Economy. {SWD (2018) 16 final}. Brussels, 16.1.2018. COM (2018) 28 final. Available on: <https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/plastics-strategy.pdf>. Access on: August 24, 2020.
- EUROPEAN COMMISSION. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS. The European Green Deal. Brussels, 11.12.2019 COM(2019) 640 final. Available on: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75e>

d71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF. Access on: February 26, 2021.

EUROPEAN UNION. DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON THE REDUCTION OF THE IMPACT OF CERTAIN PLASTIC PRODUCTS ON THE ENVIRONMENT. Brussels, June 05, 2019, (OR. en). 2018/0172 (COD), LEX 1930, PE-CONS 11/1/19, REV 1. Available on: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-11-2019-REV-1/en/pdf>. Access on: 6 Sep. 2020.

EUROPEAN UNION. *The EU Blue Economy Report*. 2020. Publications Office of the European Union. Luxembourg, 180 p. ISBN 978-92-76-19726-3. Available on: https://ec.europa.eu/maritimeaffairs/sites/maritimeaffairs/files/2020_06_blueeconomy-2020-ld_final.pdf. Access on: 10 Aug. 2020.

FRANCE INFO. *Effet déconfinement: sur la Côte d'Azur, masques et gants jetables polluent déjà les fonds marins*. Published on 05/24/2020. Available on: <https://france3-regions.francetvinfo.fr/provence-alpes-cote-d-azur/alpes-maritimes/antibes/effet-deconfinement-cote-azur-masques-gants-jetables-polluent-deja-fonds-marins-1832828.html>. Access on: 31 Jul. 2020.

GOUVERNEMENT FRANÇAIS. *Comment réduire l'utilisation du plastique jetable? Fin du plastique à usage unique*. January 01, 2020. Available on: <https://www.gouvernement.fr/les-actions-du-gouvernement/transition-ecologique/comment-reduire-l-utilisation-du-plastique-jetable>. Access on: 6 Sep. 2020.

KLEMEŠ, J.J.; FAN, Y.V.; TAN, Raymond R.; JIANG, Peng. Minimising the present and future plastic waste, energy and environmental footprints related to COVID-19. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, v. 127, p. 4, 2020. 109883. ELSEVIER. Published on April 27, 2020. Available on: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1364032120301763?token=F2E9B1E3E72A8E6733A2D24546C3353E08BF5023D747A7E8FD1EC1ACB3E5FE7CE784F9DE6FC65A3D1F023ABC1D97F367>. Access on: 15 Aug. 2020.

KNAPTON; Sarah. Exclusive: Covid-19 may not have originated in China, Oxford University expert believes. *The Telegraph*. Available on: <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/07/05/covid-19-may-not-have-originated-china-elsewhere-emerged-asia/>. Access on: July 23, 2020.

KNIGHT, Tim; MADDOX, Tom; WILLIAMS, Nathan. The environmental implications of the Covid-19 pandemic. *Fauna & Flora International*. p. 14, Mayo 2020. Available on: https://cms.fauna-flora.org/wp-content/uploads/2020/06/FFI_2020-The-Environmental-Implications-of-the-Covid-19-Pandemic.pdf. Access on: 25 Jul. 2020.

LE MONDE. Planète. Coronavirus et Pandémie de Covid-19. *Coronavirus: deux associations dénoncent l'action des lobbys pendant la crise sanitaire*. June 03, 2020. Available on: https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/06/03/coronavirus-deux-associations-denoncent-l-action-des-lobbys-pendant-la-crise-sanitaire_6041598_3244.html. Access on: 6 Sep. 2020.

LEYEN, Ursula von der. POLITICAL GUIDELINES FOR THE NEXT EUROPEAN COMMISSION 2019-2024. *A Union that strives for more- My agenda for Europe*. Available on: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf. Access on: 23 Jul. 2020.

MESSENGER, Gregory. Desarrollo sostenible y Agenda 2030: El rol de Derecho Internacional dentro del Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, Sección, FORO, v. 69/1, p. 271-278, ene./jun. 2017. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.2.01>. ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253. Available on: https://www.researchgate.net/publication/315112818_El_Rol_de_Derecho_Internacional_dentro_del_Desarrollo_Sostenible_y_la_Agenda_2030. Access on: 14 Jul. 2020.

MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE. *Une campagne d'information contre les masques et les gants jetés à terre*. June 26, 2020. Available on: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/campagne-dinformation-contre-masques-et-gants-jetes-terre>. Access on: 31 Jul. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. 17 Objetivos para transformar nosso mundo. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Available on: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Access on: 14 Jul. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Campanha Mares Limpas celebra dois anos de atividades contra o lixo plástico. *Desenvolvimento Sustentável*. Published on February 26, 2019. Available on: <https://nacoesunidas.org/campanha>

ha-mares-limpos-celebra-dois-anos-de-atividades-contra-o-lixo-plastico/. Access on: 15 Aug. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Surto de coronavírus é reflexo da degradação ambiental, afirma PNUMA. *Environment Programme*. Reportagem. Ecosystems and Biodiversity, March 03, 2020. Available on: <https://www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/surto-de-coronavirus-e-reflexo-da-degradacao-ambiental-afirma>. Access on: 13 Jun. 2020.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Pagamento por Serviços Ambientais. In: PHILIPPI JR., Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos de; SPÍNDOLA, Ana Luiza Silva. (ed.). *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Barueri, SP: Manole, 2016. p. 619-643. Coleção Ambiental, vol. 18. ISBN 978-85-204-3922-7.

OECD. *The Ocean Economy in 2030*. OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264251724-en>. ISBN 978-92-64-25172-4. Available on: <https://www.oecd.org/environment/the-ocean-economy-in-2030-9789264251724-en.htm>. Access on: 6 Oct. 2020.

PATRICOLA, Christina M.; WEHNER, Michael F. Anthropogenic influences on major tropical cyclone events. *Nature*, v. 563, p. 339–346, Nov. 2018. Available on: <https://www.nature.com/articles/s41586-018-0673-2#citeas>; <https://doi.org/10.1038/s41586-018-0673-2>. Access on: 14 Jul. 2020.

PRATA, Joana C.; SILVA, Ana L.P.; WALKER, Tony R.; DUARTE, Armando C.; SANTOS, Teresa Rocha. COVID-19 Pandemic Repercussions on the Use and Management of Plastics. *Environmental Science & Technology*, v. 54, n. 13, p. 7760–7765 2020. Published on June 12, 2020. <https://doi.org/10.1021/acs.est.0c02178>. Available on: <https://pubs.acs.org/doi/pdf/10.1021/acs.est.0c02178>. Access on: 31 Jul. 2020.

PRICE WATERHOUSE COOPERS. PWC. *SDG Reporting Challenge 2017*. Available on: <https://www.pwc.com/gx/en/sustainability/SDG/pwc-sdg-reporting-challenge-2017-final.pdf>. Access on: 14 Jul. 2020.

ROCHMAN, C.; BROWNE, M.; HALPERN, B. *et al.* Classify plastic waste as hazardous. *Nature*, v. 494, p. 169–171, 2013. <https://doi.org/10.1038/494169a>. Available on: <https://www.nature.com/articles/494169a.pdf>. Access on: 15 Aug. 2020.

SWISS RE INSTITUTE. *A fifth of countries worldwide at risk from ecosystem collapse as biodiversity declines, reveals*

pioneering Swiss Re index. News release. Available on: <https://www.swissre.com/media/news-releases/nr-20200923-biodiversity-and-ecosystems-services.html>. Access on: 9 Nov. 2020.

UNITED NATIONS. *Millennium Development Goals and Beyond 2015*. Goal 7: Ensure Environmental Sustainability. Available on: <https://www.un.org/millenniumgoals/environ.shtml>. Access on: 8 Aug. 2020.

UNITED NATIONS. Sustainable Development Goals- Knowledge Platform. *High-Level Political Forum 2020 Under the Auspices of ECOSOC*. Available on: <https://sustainabledevelopment.un.org/hlpf/2020>. Access on: 14 Jul. 2020.

UNITED NATIONS. *The conservation and sustainable use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction*. A technical abstract of the first global integrated marine assessment. New York, 2017. eISBN978-92-1-361370-2 (44 p.). Available on: http://www.un.org/depts/los/global_reporting/8th_adhoc_2017/Technical_Abstract_on_the_Conservation_and_Sustainable_Use_of_marine_Biological_Diversity_of_Areas_Beyond_National_Jurisdiction.pdf. Access on: 14 Jul. 2020.

UNITED NATIONS. *The Ocean and the Sustainable Development Goals Under the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A technical abstract of the first global integrated marine assessment. New York, 2017. eISBN 978-92-1-361371-9 (48 p.). Available on: https://www.un.org/depts/los/global_reporting/8th_adhoc_2017/Technical_Abstract_on_the_Ocean_and_the_Sustainable_Development_Goals_under_the_2030_Agenda_for_Sustainable_Development.pdf. Access on: 25 Jul. 2020.

UNITED NATIONS. *UN convention on wastes makes breakthrough recommendations to address global marine litter and other types of wastes*. *Environment Programme. Basel Convention. Controlling transboundary movements of hazardous wastes and their disposal*. 2018, *Press Release*. Available on: http://www.basel.int/Implementation/PublicAwareness/PressReleases/OEWG11Pressrelease/tabid/7655/Default.aspx#_ftn1. Access on: 8 Aug. 2020.

UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP FRONTIERS 2016 REPORT: *Emerging Issues of Environmental Concern*. United Nations Environment Programme, Nairobi. ISBN: 978-92-807-3553-6. Job Number: DEW/1973/

NA. Available on: https://environmentlive.unep.org/media/docs/assessments/UNEP_Frontiers_2016_report_emerging_issues_of_environmental_concern.pdf. Access on: 7 Mayo 2020.

UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. Legal Limits on Single-Use Plastics and Microplastics: A Global Review of National Laws and Regulations. 113p, 2018. Available on: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27113/plastics_limits.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access on: 9 Nov. 2020.

UNITED NATIONS. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. Stockholm Convention. *Protecting human health and the environment from persistent organic pollutants*. Revised in 2017. Available on: <http://www.pops.int/TheConvention/Overview/TextoftheConvention/tabid/2232/Default.aspx>. Access on: 26 Sep. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 94. Data as received by WHO from national authorities by 10:00 CEST*. April 23, 2020. Available on: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200423-sitrep-94-covid-19.pdf>. Access on: 20 Mayo 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Covid-19 Strategy Update*. 14 April 2020. Geneve, Switzerland. Available on: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020.pdf?sfvrsn=29da3ba0_19. Access on: February 12, 2021.

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O Direito Internacional Humanitário nos Pareceres Consultivos da Corte Internacional de Justiça: uma Conjugação de Perspectivas Utópicas e Apologéticas

International Humanitarian Law in the Advisory Opinions of the International Court of Justice: combining Utopic and Apologetic Perspectives

Talis Prado Pinto Junior

Arthur Roberto Capella Giannattasio

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITARIA DO COVID-19

O Direito Internacional Humanitário nos Pareceres Consultivos da Corte Internacional de Justiça: uma Conjugação de Perspectivas Utópicas e Apologéticas

International Humanitarian Law in the Advisory Opinions of the International Court of Justice: combining Utopic and Apologetic Perspectives

Talis Prado Pinto Junior**

Arthur Roberto Capella Giannattasio***

Resumo

O século XX é marcado pela crescente institucionalização do Direito Internacional (DI); seja pela positivação de normas internacionais em Tratados, seja pela criação e difusão de tribunais internacionais. Constituído no século XIX, o Direito Internacional Humanitário (DIH) acompanhou este duplo movimento: a partir da segunda metade do século XX, o DIH se consolidou como instrumento jurídico positivado para regular conflitos armados internacionais e não internacionais e foi invocado em decisões do principal órgão judicial internacional — a Corte Internacional de Justiça (CIJ). Contudo, é importante avaliar os limites desta dupla institucionalização do DIH no século XX. A partir de uma abordagem qualitativa de fontes primárias (análise documental) e secundárias (revisão bibliográfica), este artigo examina como a CIJ mobilizou o DIH nos pareceres consultivos em que esse ramo do DI foi o cerne das questões examinadas (Legalidade da Ameaça do Uso ou do Uso de Armas Nucleares e Consequências Jurídicas da Edificação de um Muro no Território Palestino Ocupado). A fim de compreender, criticamente, a institucionalização do DIH, as informações reunidas foram analisadas de acordo com a distinção conceitual apologia *versus* utopia, formulada por Martti Koskenniemi. Foi possível identificar que a CIJ usa o DIH combinando perspectivas utópicas e apologéticas em seus pareceres consultivos, suscitando um posicionamento ambíguo em torno do suposto progresso encontrado na realização concreta do DIH por meio do tribunal.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário; Corte Internacional de Justiça; Apologia e Utopia; Progresso no Direito Internacional.

Abstract

The 20th century is characterized by the growing institutionalization of International Law (IL) - either by the affirmation of international norms in Treaties, or by the creation and diffusion of international courts. Establi-

* Recebido em 24/04/2020
Aprovado em 29/07/2021

** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - campus Higienópolis (FD/UPM).
Email: talisprado18@gmail.com

*** Professor Doutor do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (IRI/USP). Professor convidado do Global Law Program da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Professor convidado do Master of Laws (LLM) da Koç University (Turquia). Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (FD/USP). Pós-Doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Alemanha).
E-mail: artcapell@gmail.com

shed in the 19th century, International Humanitarian Law (IHL) followed this double movement: from the second half of the 20th century onwards, IHL became a legal instrument established to regulate international and non-international armed conflicts and was invoked in decisions of the principal international judicial body - the International Court of Justice (ICJ). However, it is important to assess the limits of this dual institutionalization of IHL in the 20th century. Using a qualitative approach to primary (document analysis) and secondary (literature review) sources, this article examines how the ICJ mobilized IHL in advisory opinions in which this branch of IL was at the heart of the issues examined (Legality of Threat of Use or the Use of Nuclear Weapons and Legal Consequences of Building a Wall in the Occupied Palestinian Territory). In order to critically assess the institutionalization of IHL, the information gathered was analyzed according to the conceptual distinction *apologia versus utopia* formulated by Martti Koskenniemi. It was possible to identify that the ICJ uses IHL combining utopian and apologetic perspectives in its advisory opinions, raising an ambiguous position concerning the so-called progress achieved by the institutionalization of the IHL while implemented by the Court.

Keywords: International Humanitarian Law; International Court of Justice; Apology and Utopia; Progress in International Law.

1 Introdução

É conhecido o diagnóstico de que o Direito Internacional (DI) teria encontrado, no século XX, maiores condições para se afirmar institucionalmente enquanto padrão regulador das relações internacionais. Com efeito, o século XX teria realizado duas grandes conquistas no passo de afirmação e consolidação do DI: de um lado, a codificação e a positivação de normas jurídicas internacionais costumeiras¹, e, de outro lado, o adensamento jurídico das relações internacionais por meio da instituição de Organizações Internacionais (OIs)² e, principalmente, de Tribunais Internacionais³.

Leituras contemporâneas têm suscitado críticas a esse discurso de suposto progresso da ordem internacional em virtude dessa dupla institucionalização durante o século XX⁴. Enquanto alguns autores denunciam como imoderada a crença na exclusividade de os Tribunais Internacionais solucionarem juridicamente os conflitos de maneira estável⁵, outros apontam esses espaços institucionalizados como lugares privilegiados de uma racionalidade jurídica ocidental⁶ e, por isso mesmo, favorável a um melhor posicionamento estratégico de países do Norte Global em termos teóricos⁷ e práticos⁸.

Outros autores enfatizam que a própria racionalidade regulatória de determinados temas em Tratados se orienta por um padrão terminológico ambíguo, o qual tem efeitos aparentemente contraditórios na condução concreta de questões sensíveis para as relações internacionais⁹. É sobre essa última crítica ao discurso sobre um progresso vivenciado pelo DI em virtude de sua institucionalização no século XX que este texto se debruça, o que será feito a partir de uma análise da aplicação das normas do Direito Internacional Humanitário (DIH).

Criado em meados do século XIX, o DIH corresponde ao conjunto de regras que regulam as condições vigentes em conflitos armados internacionais, não internacionais e não internacionais, mas internacionalizados, no que se refere a seres humanos, a meios a serem utilizados e a alvos não autorizados¹⁰. Longe de ser um instrumento perfeito e completamente eficaz, o DIH prevê um mínimo de regulação voltado a tentar minimizar o sofrimento e os impactos causados pelos conflitos armados. Trata-se nesse sentido do direito aplicável às

Brasília: FUNAG, 2013.

⁴ SKOUTERIS, Thomas. *The notion of progress in international law*. Hague: TMC, 2010.

⁵ ONUMA, Yasuaki. *Direito internacional em perspectiva transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

⁶ KOSKENNIEMI, Martti. What Should International Lawyers Learn from Karl Marx? *Leiden Journal of International Law*, v. 17, n. 2, p. 229-24, 2004.

⁷ GIANNATTASIO, Arthur, Débora DREZZA & Maria Wehby. In / On Applied Legal Research: Pragmatic Limits to the Impact of Peripheral International Legal Scholarship via Policy Papers. *Leiden Journal of International Law*, v. 34, n. 3, 2021.

⁸ PAHUJA, Sundhya. The Postcoloniality of International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, p. 459-69, 2005.

⁹ KOSKENNIEMI, Martti. Entre a Apologia e a Utopia: A Política do Direito Internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018 e, do mesmo autor, A Política do Direito Internacional: 20 Anos Depois. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 30-40, 2018.

¹⁰ ALMEIDA, Guilherme. *A proteção da pessoa humana no direito internacional*. São Paulo: CLA, 2018.

¹ CASELLA, Paulo. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

² TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. *Le Droit International*. Paris: PUF, 2016.

³ TRINDADE, Antônio. *Os tribunais internacionais contemporâneos*.

pessoas e bens relevantes durante o conflito armado (*jus in bellum*), e não de normas relativas ao direito de usar a força nas relações internacionais — o direito à guerra (*jus ad bellum*).¹¹

O DIH acompanhou o movimento geral de institucionalização do DI no século XX. Além de sua sistematização nas Convenções de Genebra de 1949 e em seus Protocolos Adicionais de 1977, consolidou-se institucionalmente sua aplicabilidade por meio de 3 (três) mecanismos internacionais: (i) 2 (dois) sediados na Haia (Países Baixos), a saber, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) e o Tribunal Penal Internacional (TPI)¹², e (ii) 1 (hum) sediado em Genebra (Suíça), o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)¹³. Este texto se debruça, especificamente, sobre a CIJ, mais precisamente sobre o exercício de sua função consultiva quando se manifestou sobre o DIH¹⁴.

Estudos anteriores já analisaram normas do DIH a partir de perspectiva similar. Ao identificarem o caráter indeterminado de regras relativas a direitos e deveres de potências ocupantes, eles apontaram que a mobilização desse conjunto normativo está condicionada a variações de interpretação instrumental por parte de estados e por organismos de OIs marcados por alto teor de política¹⁵.

Ao examinar como outros segmentos do DIH são mobilizados em um Tribunal Internacional, este texto avança a discussão por focar em outro tipo de espaço internacional institucionalizado. Tribunais Internacio-

nais têm sua legitimidade reconhecida pelo fato de fundamentarem suas manifestações em normas jurídicas positivas¹⁶, as quais são trabalhadas por juristas independentes e imparciais¹⁷ — estes, por sua vez, são especialistas cuja **expertise** consiste em recorrer a técnicas de argumentação consolidadas pela tradição jurídica¹⁸. Contudo, este artigo salienta que, mesmo nesses espaços privilegiados da técnica jurídica, a politicidade na mobilização das regras de DIH não desaparece. Mais do que apontar politicidade na instituição da CIJ — como ocorre em discussões sobre a construção de qualquer Tribunal Internacional¹⁹, este texto diagnostica haver uma politicidade na própria técnica jurídica que trabalha, argumentativamente, os termos da legalidade estabelecida pelo DIH²⁰ — situação que, inclusive, não é exclusiva deste ramo do DI²¹.

Para tanto, este artigo foi dividido em 3 (três) partes.

Na primeira parte (2), apresentam-se e justificam-se os materiais utilizados (fontes primárias e secundárias) para coleta das informações pertinentes (2.1), explicitam-se os critérios de análise das fontes primárias levantadas (2.2), apresenta-se e descreve-se o par conceitual utopia *versus* apologia e discutem-se os limites epistemológicos e metodológicos derivados da adoção do marco teórico formulado por Martti Koskenniemi (2.3). Na segunda parte (3), apresentam-se os resultados da pesquisa, a partir da descrição e da análise dos 2 (dois) casos selecionados em 2.1 e analisados de acordo com os

¹⁶ KELSEN, Hans. *Paz pelo Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁷ FERNANDES, Raul. *The United States and the Permanent Court of International Justice*. New York: American Foundation, 1927.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001; VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

¹⁹ GIANNATTASIO, Arthur. A juridificação de conflitos políticos no direito internacional público contemporâneo: uma leitura política da paz pelo direito de Hans Kelsen a partir do pensamento político de Claude Lefort, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 57-76, 2016, e, do mesmo autor, A Favor de uma Corte Latino-Americana de Justiça - Uma Reação sobre a Legalidade e a Legitimidade de seu Desenho Institucional, *Revista de Direito Internacional*, v. 17, p. 14-18, 2020. V. ainda GIANNATTASIO, Arthur; BEZERRA, Tainá; BANNWART, Elizabeth; DREZZA, Débora; BUCHLER, Jéssica; CARDOSO, Giovana; OLIVEIRA, Breno. International Constitutional Court: rise and fall of an international debate. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, p. 130-146, 2019.

²⁰ KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. *Modern Law Review*, v. 70, n. 1, p. 1-30, 2008.

²¹ KOSKENNIEMI, Martti. A Política do Direito Internacional: 20 Anos Depois. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 30-40, 2018.

¹¹ OKIMOTO, Keiichiro. *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*. Oxford/Portland: Hart, 2011.

¹² O TPI é responsável por julgar pessoas acusadas de crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de agressão (art. 5º, 6º, 7º e 8º do Estatuto do TPI).

¹³ O CICV não apenas defende as vítimas de tais conflitos, mas também exerce os papéis de aprimoramento das normas do DIH e de fiscal dos estados que ratificaram as Convenções de Genebra de 1949 e se comprometeram a observar as regras do DIH (art. 142 da IV Convenção de Genebra de 1949).

¹⁴ Os pareceres consultivos consistem na opinião da Corte em determinado assunto requisitado por um país membro das Nações Unidas ou órgão legitimado pelo artigo 96 da Carta da ONU (órgão reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas). Por serem uma opinião, não possuem caráter vinculante. Essa natureza jurídica dos pareceres consultivos é de suma importância para a compreensão da efetividade do DIH assegurada por mecanismos judiciais internacionais.

¹⁵ RORIZ, João; VEÇOSO, Fabia; TASQUETO, Lucas. A administração de territórios ocupados: indeterminação das normas de direito internacional humanitário? *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 183-195, 2013.

critérios descritos e 2.2. Na terceira parte (4), interpretam-se os casos analisados com base no par conceitual utopia *versus* apologia apresentado em 2.3 e suscitam-se as consequências relativas à ambiguidade do tratamento dado ao DIH pela Corte.

Espera-se com isso contribuir para uma agenda de pesquisa sobre DIH que, mais do que simplesmente se restringir a compreensão normativa em torno desse ramo do DI, seja capaz de exercer um raciocínio crítico²² que deixe de lado a ideologia veiculada pelo demasiado otimismo a respeito do discurso do suposto progresso atingido pelo DI contemporâneo por meio de sua institucionalização ao longo do século XX²³.

2 Materiais e métodos utilizados

2.1 Pesquisa qualitativa baseada em fontes primárias e secundárias

O presente trabalho se baseia em uma pesquisa qualitativa derivada de coleta e análise de fontes primárias (análise documental) e de fontes secundárias (revisão bibliográfica).

As fontes primárias consistem nos pareceres consultivos proferidos pela CIJ sobre DIH. A escolha desse órgão deriva do fato de esta Corte ser o principal judiciário das Nações Unidas (ONU), razão pela qual suas decisões e seus pareceres são reconhecidos como aptos a homogeneizar o DIH frente a uma possível fragmentação do DI por diferentes órgãos regionais aplicadores do DIH²⁴. Nesse particular, não se pode ignorar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já aplicou

o DIH à luz de manifestações oficiais da CIJ sobre o tema²⁵.

Entretanto, por ser um órgão de análise geral da ONU, inúmeras são as matérias examinadas pela CIJ. O presente texto se debruçou, apenas, sobre os pareceres consultivos produzidos pela Corte, a fim de verificar em quais deles temas relacionados a DIH foram trabalhados diretamente pela CIJ. A ênfase em pareceres consultivos — e não em sentenças — deriva de 2 (dois) motivos principais, a saber:

(i) do ponto de vista metodológico, estudos anteriores mostraram que uma análise de pareceres consultivos é importante, pois permite revelar e discutir aspectos técnico-jurídicos outros nas manifestações da Corte²⁶, o que diversifica os espectros de análise jurídica e torna mais rico e complexo o leque de tópicos a serem investigadas em DI, buscando outras questões além daquelas usualmente enfatizadas em estudos voltados a debater de forma central os fundamentos de decisões judiciais; e

(ii) do ponto de vista de coerência teórica deste estudo, é importante perceber que, sob uma perspectiva formal, esses documentos em si incorporam e escancararam a própria ambiguidade jurídica examinada por este texto — uma oscilação entre perspectivas apologéticas e utópicas²⁷, a saber: um instrumento normativo não vinculante (parecer consultivo) que trata de matérias *ius cogens*.

Dentre seus 26 (vinte e seis) pareceres consultivos, somente em 7 (sete) se pôde observar, em verificação inicialmente sumária, uma discussão em torno de DIH²⁸. Contudo, após uma análise mais minuciosa do

²² A relevância de promover abordagens críticas no pensamento brasileiro em DI é enfatizada por inúmeros estudos recentes; nesse sentido, v., entre outros, Arthur GIANNATTASIO. Fundamentos de uma análise sociológica crítica das instituições jurídicas internacionais: negatividade e política na metodologia dos estudos em Direito Internacional no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 116, p. 113-158, 2018, e SANCTIS, Adriane. América Latina em Continuidades e Rupturas. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 285-9, 2017.

²³ SKOUTERIS, Thomas. *The Notion of Progress in International Law*. Hague: TMC, 2010.

²⁴ RAIMONDO, Fabián The International Court of Justice as a Guardian of the Unity of Humanitarian Law. *Leiden Journal of International Law*, v. 20, n. 3, p. 593-611, 2007.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Crus Sánchez e outros v. Peru*, sentença de 07 de abril de 2015: En igual sentido, la Corte Internacional de Justicia ha considerado que, “[e]n principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades [...]”.

²⁶ LIMA, Lucas Carlos. Da Relevância dos casos de Desarmamento Nuclear perante a Corte Internacional de Justiça. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 202-15, 2017.

²⁷ Sobre essa distinção conceitual, v. o item 2.3, *infra*.

²⁸ Em ordem cronológica e tradução livre: 1º Interpretação dos Tratados de Paz entre a Bulgária, Hungria e Romênia de 30 de março de 1950 (primeira fase); 2º Interpretação dos Tratados de Paz entre a Bulgária, Hungria e Romênia de 18 de julho de 1950 (segunda fase); 3º Reservas à Convenção para a prevenção e repressão ao crime de genocídio de 28 de maio de 1951; 4º Consequências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia não

material, verificou-se que somente 2 (dois) pareceres utilizaram conceitos do DIH²⁹, a saber: (i) o parecer de 8.7.1996 sobre a **Legalidade da Ameaça do Uso ou Uso de Armas Nucleares**; e (ii) o parecer de 9.7.2004 acerca das **Consequências Jurídicas da Edificação de um Muro no Território Palestino Ocupado**. Os demais pareceres discutem principalmente outros temas — tais como soberania e interpretação de acordos de paz — e apenas tangenciam aspectos relativos a DIH — combatentes, potência ocupante, entre outros. Por esse motivo, eles foram excluídos da presente análise.

O presente texto ainda se fundamentou em fontes secundárias — tais como artigos, livros, capítulos. Estes foram levantados a partir de pesquisa realizada em repertórios de Universidades, bem como de base de dados como JSTOR, ATLA, Portal de Periódicos da CAPES e Scielo, a partir das seguintes palavras-chave: “International Court of Justice and Humanitarian Law” e “Principles of Humanitarian Law” e “International Court of Justice”. O objetivo foi realizar uma revisão bibliográfica relativa a textos que discutissem o DIH e o papel dado pela CIJ no tratamento do DIH.

2.2 Critérios de análise das fontes primárias

O método de análise dos pareceres seguiu em torno das seguintes categorias: (i) dispositivos legais e costumes utilizados, (ii) interpretação dada pela Corte a tais dispositivos, e (iii) efeitos de tais interpretações na consulta demandada. Tais aspectos foram selecionados por atenderem ao enfoque do presente trabalho: estudo de como as normas humanitárias são interpretadas e aplicadas pela CIJ.

Foram construídas, assim, 2 (duas) tabelas, uma para cada parecer. Em cada tabela, foram inseridas informações relativas a: (i) normas e princípios invocados, (ii) o texto da norma internacional positivada, e (iii) a

respectiva interpretação dada pela CIJ. A tabulação foi realizada porque esse instrumento de pesquisa permite visualizar mais rapidamente a relação artigo-interpretação estabelecida pela CIJ. Para melhor compreensão da tabulação, a Tabela 1 reproduz o filtro analítico utilizado para examinar o parecer no caso sobre Legalidade da Ameaça do Uso ou Uso de Armas Nucleares é feita a seguir.

Norma invocada	Conteúdo da norma	Interpretação pela CIJ
<i>Opinio juris</i> acerca do uso de armas nucleares	Direito Consuetudinário	Corte não sabe concluir se o não uso de armas nucleares constitui uma <i>opinio juris</i> .
IV Convenção da Haia de 1907	Citada como um todo Interdita “o emprego de armas, projéteis ou materiais próprios a causar maus supérfluos”.	Citada somente como argumento de autoridade. Não é desenvolvida.
Princípios “cardinais” do DIH	Distinção civil-militar; vedação a mal supérfluo.	Vedação a armas que não fazem essa distinção. Estados não possuem escolha ilimitada sobre tipos de armas.
Cláusula Martens – II Convenção da Haia de 1899 – atualmente no art. 1º, § 2º, protocolo adicional I de 1977	“Nos casos não previstos pelo presente protocolo e por outros acordos internacionais, os civis e combatentes ficam sob a salvaguarda e sob o império dos princípios das gentes, tais que resultam das práticas estabelecidas, princípios de humanidade e exigências da consciência pública.”	Vedação à indistinção civil-militar, às armas de sofrimento inútil (superiores à consecução de um fim militar legítimo), considerações elementares de humanidade (acórdão de 9/04/1949 – Detroit de Corfour - princípios intransponíveis do DIH).

obstante a resolução 276(1970) do Conselho de Segurança, de 21 de junho de 1971; 5º Legalidade da utilização de armas nucleares por um Estado em conflito armado, de 08 de julho de 1996; 6º Legalidade da ameaça do uso ou do uso de armas nucleares, de 08 de julho de 1996 e; 7º Consequências jurídicas da edificação de um muro em território Palestino Ocupado, de 09 de julho de 2004.

²⁹ Os pareceres selecionados abordam as fontes tradicionais do Direito Internacional e do DIH: tratados internacionais gerais e específicos sobre certa situação, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, Convenções de Genebra, a Carta das Nações Unidas, o artigo 38 do Estatuto da própria Corte Internacional de Justiça e, principalmente, as Convenções da Haia acerca do DIH.

Norma invocada	Conteúdo da norma	Interpretação pela CIJ
Resolução 1653 (XVI) de 24/11/1961 da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU)	Cita a resolução como um todo na ilegalidade do uso de armas nucleares – 1ª resolução acerca da questão.	Instrumento de <i>soft law</i> – início de uma <i>opinio juris</i> .
Direito consuetudinário específico às armas nucleares	Não se aplica.	Várias resoluções da AGNU recomendam a realização de tratados para vedar o uso de armas nucleares – nascimento de uma <i>opinio juris</i> .
Convenção de 10/10/1980 de Interdição ou Limitação de certas Armas que Produzem Trauma Excessivo ou Discriminatório	Convenção citada como um todo.	Instrumento utilizado como argumento de autoridade.

Fonte: os próprios autores.

2.3 Marco teórico: direito internacional entre apologia e utopia

A oposição conceitual entre utopia e apologia é a base da reflexão teórica desenvolvida pelo presente artigo. A ideia é pensar a interpretação da CIJ sobre normas de DIH com base nessa distinção, a qual foi identificada por Martti Koskenniemi como elemento característico do Direito Internacional a partir do século XIX³⁰.

A distinção foi escolhida em virtude de ela fornecer elementos para construir uma consciência crítica em torno da indeterminação que marca os dispositivos normativos do DIH, como em qualquer ramo do DI. Na perspectiva do autor mencionado, a tradição jurídica ocidental europeia liberal é fundada em uma técnica regulatória que prevê normas de conteúdo indeterminado. Essa fórmula geral promoveria uma abertura que, enquanto solução de compromisso, atenderia a expecta-

tivas contraditórias em virtude da precisa generalidade da previsão normativa³¹.

Nesses termos, a indeterminação das regras de DI estabeleceria um elevado grau de maleabilidade dos sentidos que lhes poderiam ser atribuídos. A regulação estabelecida pelo DI se encontraria, assim, em uma zona cinzenta, cuja ambiguidade na formulação de promessas amplas seria suprida por juristas treinados em técnica jurídica consolidada. Contudo, Martti Koskenniemi identifica que a mobilização argumentativa realizada por juristas tende a oscilar entre 2 (duas) orientações: uma utópica, outra apologética³².

Uma orientação utópica tende a enfatizar uma independência do DI em relação à vontade dos Estados. Essa perspectiva compreende que as regras jurídicas estabeleceriam uma normatividade dotada de força própria, o que fundaria a convicção de ser este ramo do Direito capaz de dirigir e de modificar as maneiras de agir e de pensar soberanas de tais sujeitos de DI no sentido de atender os objetivos dessas regras jurídicas. Assim, a normatividade do DI operaria como ideal norteador de promessas inesgotáveis de realização e de ampliação de liberdade e de igualdade individuais e coletivas.

Por seu turno, uma orientação apologética tende a visualizar uma maior relação de dependência do DI em relação à vontade dos Estados. Fundada em uma percepção de concretude da verdade efetiva das relações internacionais, juristas tenderiam a reconhecer que, em muitos casos, o DI se retrairia “desculposamente” (**apologetically**) diante das incontroláveis e imponderáveis manifestações de poder dos Estados. A realidade da estrutura internacional estabeleceria, assim, uma dinâmica em que concretamente o DI não seria capaz de influenciar, de forma integral, as decisões soberanas dos Estados.

Nessa perspectiva, a argumentação jurídica que modularia os diferentes sentidos possíveis das normas de DI se moveria incessantemente dentro de 2 (dois) padrões de justificativa: um padrão descendente, que “privilegia normatividade sobre concretude (tradução livre)”, e um padrão “ascendente, o qual faz o oposto

³⁰ KOSKENNIEMI, Martti. Entre a Apologia e a Utopia: A Política do Direito Internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018.

³¹ KOSKENNIEMI, Martti. What Should International Lawyers Learn from Karl Marx? *Leiden Journal of International Law*, v. 17, n. 2, p. 229-24, 2004.

³² KOSKENNIEMI, Martti. Entre a Apologia e a Utopia: A Política do Direito Internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018.

(tradução livre)³³. Assim, nos distintos espaços institucionalizados no interior dos quais normas de DI são invocadas para solucionar conflitos, juristas recorreriam à expertise consolidada em sua área de conhecimento para justificar um sentido dentro de padrão descendente ou ascendente. Por isso mesmo, entende-se que essa oscilação pode ocorrer também no uso das normas de DIH pela CIJ, o que será analisado nos itens a seguir.

Contudo, é importante realizar, ainda, uma rápida consideração sobre os limites epistemológicos e metodológicos que derivam do recurso a esse par conceitual.

Do ponto de vista epistemológico, ao recorrer ao marco teórico de Martti Koskenniemi, este texto se insere em uma específica leitura crítica do DI. Apesar de haver hoje uma profusão de diferentes abordagens críticas desse ramo do Direito³⁴, este artigo se inscreve, de maneira consciente, no arco de questões em torno do problema da relação entre Política e DI apresentado pela abordagem crítica proposta pelo autor.

Não se trata de realizar uma genealogia das fundações do pensamento de Martti Koskenniemi³⁵. Mas de reconhecer que ele apresenta uma certa leitura que trabalha precisamente em torno da “estrutura retórica do Direito (tradução livre)”, a qual se concentra em compreender “padrões de argumentação (tradução livre)” deste campo intelectual³⁶. Nesse sentido, há uma preocupação desse marco teórico em analisar a linguagem empregada por juristas nos momentos de justificar a construção de sentidos a serem atribuídos a textos normativos³⁷, a fim de compreender as condições que marcam as formas possíveis de argumentação³⁸.

³³ KOSKENNIEMI, Martti. Entre a Apologia e a Utopia: A Política do Direito Internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018.

³⁴ BADIN, Michelle; MOROSINI, Fabio; GIANNATTASIO, Arthur (org.). *Direito internacional: leituras críticas*. São Paulo: Almedina, 2019.

³⁵ Alguns autores buscaram apresentar essa reflexão, como RASULOV, Akbar. From apology to utopia and the inner life of international law. *Leiden Journal of International Law*, v. 29, n. 3, p. 641-666, 2016, e HASKELL, John. From apology to utopia's condition of possibility. *Leiden Journal of International Law*, v. 29, n. 3, p. 667-676, 2016.

³⁶ KENNEDY, David. The Last Treatise: Project and Person (Reflections on Martti Koskenniemi's From Apology to Utopia). *German Law Journal*, v. 7, n. 2, 2006, p. 982.

³⁷ SANCTIS, Adriane. América Latina em Continuidades e Rupturas. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 285-9, 2017.

³⁸ KENNEDY, David. The Last Treatise: Project and Person (Reflections on Martti Koskenniemi's From Apology to Utopia). *German Law Journal*, v. 7, n. 2, 2006, p. 985.

É por esse motivo que, ao analisar as manifestações da CIJ sobre DIH, o presente artigo coteja textos normativos com as manifestações da Corte. A ideia consistiu em compreender, conceitualmente, o esforço argumentativo da Corte em torno do par conceitual, a fim de identificar e nomear as formas que a CIJ encontrou para mobilizar conjuntamente as duas orientações assinaladas por Martti Koskenniemi na atribuição de sentido para normas de DIH para “se desculpar por o que é e prometer o que ainda pode ser (tradução livre)”³⁹.

Do ponto de vista metodológico, deve-se estar consciente de que operar dentro da distinção conceitual utópica *versus* apologia implica, ao menos, 2 (duas) consequências para a reflexão proposta ao final deste texto.

A primeira consiste em admitir a compreensão crítica proposta por Martti Koskenniemi em torno do problema da relação entre Política e DI. Ao enfatizar o aspecto indeterminado das regras jurídicas internacionais derivadas da tradição jurídica liberal⁴⁰, este artigo deixa de analisar os pareceres da CIJ com base em outra discussão proposta pelo próprio autor em torno da especialização técnica e temática do DI em virtude da fragmentação em distintas OIs⁴¹.

A segunda consiste em reconhecer algo mais simples, a saber: o estabelecimento de uma lente de análise determinada significa, por si só, restringir os termos de interpretação dos fenômenos observados. Em outros termos, se este estudo recorresse a outra linguagem para compreender as manifestações da CIJ sobre o tema ensinaria a formulação de outras conclusões. Por esse motivo, a interpretação de todo e qualquer fenômeno é, por si só, inesgotável e jamais definitiva, pois sempre realizada segundo perfis iluminados a partir das categorias utilizadas⁴².

Considerando-se os critérios de seleção e de coleta das fontes primárias e secundárias, as categorias de

³⁹ KENNEDY, David. The Last Treatise: Project and Person (Reflections on Martti Koskenniemi's From Apology to Utopia). *German Law Journal*, v. 7, n. 2, 2006, p. 986.

⁴⁰ KOSKENNIEMI, Martti. What Should International Lawyers Learn from Karl Marx? *Leiden Journal of International Law*, v. 17, n. 2, p. 229-24, 2004.

⁴¹ KOSKENNIEMI, Martti. A Política do Direito Internacional: 20 Anos Depois. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 30-40, 2018.

⁴² GIANNATTASIO, Arthur. Contra um Fetichismo nos Estudos Empíricos em Direito Internacional: moldura intencional e o esvaziamento significativo da empiria. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 5, p. 9-24, 2018.

análise das fontes primárias, as definições dos conceitos operacionais do marco teórico escolhido e os problemas epistemológicos e metodológicos que a escolha desse referencial e do respectivo par conceitual implica para o presente estudo, passa-se, assim, para a compreensão do objeto de investigação selecionado.

3 Análise dos pareceres consultivos da CIJ envolvendo DIH

Este item apresenta individualmente cada um dos pareceres selecionados e destaca os principais elementos relacionados às regras de DIH trabalhados pela CIJ. Será analisado, em primeiro lugar, o parecer relativo à Legalidade da Ameaça do Uso ou do Uso de Armas Nucleares (3.1) e, em segundo lugar, o parecer relativo às Consequências Jurídicas da Edificação de um Muro no Território Palestino Ocupado (3.2). A partir da compreensão dos argumentos trabalhados pela CIJ em cada caso, será mais fácil compreender como se propõe mais adiante (4.) a aplicação do par conceitual para compreender os padrões de argumentação desse Tribunal em relação à aplicação das regras de DIH.

3.1 Legalidade da ameaça do uso ou do uso de armas nucleares (8.7.1996)

Este parecer deriva de outro apresentado anteriormente à CIJ e que não teve seu mérito analisado em virtude da ausência de capacidade de pedir por parte da Requerente⁴³. Contudo, devido à relevância da matéria, a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) solicitou à CIJ um parecer muito semelhante, o qual foi analisado pela CIJ: “seria a ameaça do uso ou o uso de armas nucleares permitido, em qualquer circunstância, pelo direito internacional? (tradução livre)”.

Em sua resposta à pergunta formulada pela AGNU, depois de considerar normas de Direitos Humanos (Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos) e Direito Ambiental (Declaração do Rio), a CIJ se concentra em normas específicas de DIH.

⁴³ No parecer anterior, a Organização Mundial da Saúde (OMS) havia demandado se era lícito o uso de armas nucleares, mas a CIJ decidira que a OMS não tinha capacidade postulatória (art. 96, item “a” da Carta da ONU).

O primeiro movimento argumentativo da CIJ é analisar se haveria um costume internacional em DIH que autorizaria ou proibiria o uso de armas nucleares como instrumentos aceitáveis em conflitos armados.

Nesse sentido, a Corte expôs que a regulação das armas nucleares era tratada com relevância pela comunidade internacional — havendo inúmeras Resoluções da AGNU recomendando a celebração de tratados sobre o tema. Por um lado, CIJ reconheceu não haver convenção que expressamente vetasse o uso ou a ameaça de uso por países detentores de armamento nuclear, não havendo, assim, um costume internacional que, nos termos do art. 38 do Estatuto da CIJ, pudesse ser reconhecido como proibindo o uso desse tipo de arma. Por outro lado, ao examinar especificamente a Resolução 1653 (XVI) de 24/11/1961 da AGNU, a Corte reconheceu que essa recomendação poderia ser um primeiro passo em direção à construção de uma *opinio juris*⁴⁴ em torno da ilicitude do uso ou da ameaça do uso de armas nucleares⁴⁵.

Ainda no que se refere aos meios empregados em situações de conflitos armados, a CIJ também invocou no parecer a Convenção de Interdição ou Limitação de Certas Armas que Produzem Trauma Excessivo ou Discriminatório, celebrada em Genebra em 10 de outubro de 1980, e o Regramento da Haia de 1907 — o qual, em seu artigo 22, afirma que os beligerantes não possuem direito ilimitado de escolha quanto aos meios de causar dano ao inimigo. No mesmo sentido, a CIJ mencionou a Convenção de São Petersburgo de 1868, por meio da qual se condena o “emprego de armas que agravam inutilmente o sofrimento dos homens fora de combate ou deixem suas mortes inevitáveis (tradução livre)”.

Outras normas de DIH foram mobilizadas pela Corte nesse mesmo parecer, as quais são combinadas a partir da consideração da distinção jurídica entre seres humanos envolvidos em conflitos armados: civis e combatentes.

⁴⁴ Sobre *opinio juris*, v. Arthur GIANNATTASIO. A Opinio Juris Sive Necessitatis: Do Elemento Subjetivo Consuetudinário à Inter-subjetividade Jurídica. In: CASELLA Paulo; RAMOS, André (Org.). *Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁴⁵ Aspecto retomado poucos anos depois, em futuras decisões da CIJ sobre temas correlatos, como discute, p. ex., Lucas Carlos LIMA. Da Relevância dos casos de Desarmamento Nuclear perante a Corte Internacional de Justiça. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 202-15, 2017.

A partir do art. 2º da IV Convenção da Haia de 1907 — a qual interdita “o emprego de armas, projéteis ou materiais próprios a causar mal supérfluo (tradução livre)” —, a CIJ argumentou que se proibiu o uso de todo e qualquer armamento que não respeitasse aquela diferença entre pessoas envolvidas em conflitos. Ao mesmo tempo, a Corte invocou a cláusula Martens — norma costumeira que surgira na Conferência de Paz da Haia de 1899⁴⁶, a qual estabelece que, em uma situação não regulamentada pelas partes em conflito, civis e combatentes estão “sob a proteção e o império dos princípios do direito internacional, derivado dos usos estabelecidos entre nações civilizadas, das leis humanas e das exigências da consciência pública (tradução livre)”⁴⁷. No entanto, a CIJ parece ter invocado esse costume apenas como uma estratégia para justificar a aplicação das regras de DIH ao uso ou à ameaça do uso de armas nucleares.

A conclusão da CIJ ao final do parecer é nebulosa. Se a CIJ afirma que o art. 2º, § 4º e o art. 51 da Carta das Nações Unidas não autorizam essa prática, ela afirma, também, em seguida, ser lícita essa prática se realizada conforme as exigências do DIH. Essa postura parece ter preservado um grau de indeterminabilidade na construção dos sentidos juridicamente aceitáveis de atribuição às regras de DIH.

3.2 Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado (9.7.2004)

Este parecer consultivo também foi solicitado pela AGNU e questionou a CIJ sobre quais seriam as consequências jurídicas potencialmente derivadas da construção de um muro por Israel (potência ocupante) no território da Palestina (ocupado por Israel). Após a análise dos critérios referentes à admissibilidade, com base na Carta da ONU, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e em normas de DIH, a CIJ concluiu que a ação de Israel é contrária ao DI e que esse Estado deveria pôr fim às violações.

Seguindo o recorte proposto por este texto, concentra-se a análise sobre o modo pelo qual a CIJ mobilizou

as regras específicas do DIH para caracterizar as práticas de Israel no território Palestino como ações claras de uma potência ocupante que age em progressiva violação de diferentes normas de DIH.

A CIJ inicia seu esforço argumentativo invocando as regras da Convenção da Haia de 1907 e trabalhando no sentido de construir uma interpretação com base em categorias de DI geral. Em primeiro lugar, a CIJ afirmou ter a Convenção um caráter costumeiro e que, em virtude da *opinio juris* geral reconhecida nas disposições deste documento, a obrigatoriedade de suas regras independeria da vontade israelense. Nesses termos, mesmo sem ter ratificado essa Convenção, Israel estaria vinculado às previsões desta Convenção. Em segundo lugar, a CIJ entendeu que a instalação de colônias israelenses na Palestina seria uma grave violação à autodeterminação deste povo — isto é, uma violação às regras *ius cogens* prevista na Carta da ONU e a uma obrigação *erga omnes* prevista na Convenção da Haia de 1907.

A IV Convenção de Genebra de 1949 — da qual Israel e a Jordânia são signatárias — é também mobilizada pela CIJ, quem reconhece o caráter impositivo dessa Convenção em caso de ocupação, mesmo sem resistência militar por parte da população cujo território foi ocupado. Com base no art. 49 da IV, alínea 6, da Convenção de Genebra, a CIJ orienta sua interpretação no sentido de afirmar que, se a norma estabelece que a potência ocupante não poderá proceder à deportação ou à transferência de uma parte de seus próprios civis em território ocupado por ela, Israel estaria claramente violando o DI por práticas recorrentes. Essa anexação *de facto* por Israel de tais territórios seria, nos termos da CIJ, um “obstáculo grave ao exercício de autodeterminação pelo povo palestino, cujo direito deveria ser respeitado por Israel, enquanto potência ocupante (tradução livre)”⁴⁸.

Nesses termos, os art. 43 e 46 do Regulamento da Haia de 1907 são também mobilizados pela CIJ, que lhe permite reforçar e aprofundar seu entendimento. Partindo da previsão de que a potência ocupante tem o dever de tomar “todas as medidas que dependem dele para restabelecer ou assegurar, na medida do possível, a ordem e a vida públicas, sem impedimento absoluto, as

⁴⁶ BERNSTORFF, Jochen. Martens Clause. *In*: WOLFRUM, R. *The Max Planck encyclopedia of public international law*. Oxford: Oxford University, 2012. v. 6.

⁴⁷ TICEHURST, Rupert. The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict. *International Review of the Red Cross*, n. 317, 1997.

⁴⁸ Parecer Consultivo de 09 de julho de 2004 da Corte Internacional de Justiça: Consequências jurídicas da edificação de um muro em território palestino ocupado, p. 137.

leis em vigor no país [ocupado] (tradução livre)⁴⁹ e que, nesses termos, a propriedade privada deve ser respeitada e não confiscada, a CIJ reconhece a ilegalidade das colônias israelenses na ocupação da Palestina.

Ao se voltar, de maneira específica, sobre a mesma IV Convenção de Genebra, a CIJ amplia as bases de sua argumentação. Para tanto, ela recorre, conjuntamente, aos artigos 47, 49, 52, 53 e 59 da referida Convenção e modula o sentido jurídico de cada um deles segundo uma estrutura normativa que revela um pouco mais sobre a orientação da CIJ na aplicação das normas de DIH para o caso concreto.

Os 3 (três) primeiros artigos se destinam propriamente à proteção de pessoas em situação de conflitos armados. O primeiro define que, em nenhum caso, as pessoas do território ocupado serão privadas das garantias trazidas no presente documento, ainda que haja troca de governo por parte da nação ocupante ou uma anexação. Por seu turno, o segundo artigo estabeleceu a interdição de transferências forçadas, em massa ou individuais, bem como de deportações de pessoas protegidas fora do território ocupado para o do ocupante ou de qualquer outro país está interdito — salvo evacuações por questões humanitárias. E o terceiro artigo protege a força de trabalho da nação ocupada, ao determinar ser vedado ao país ocupante propagar medidas que visem à promoção ou à manutenção do desemprego.

O quarto artigo se destina à proteção de bens nos territórios ocupados. Nesse sentido, há uma vedação expressa à nação ocupante de destruir bens, mobiliários ou imobiliários, individuais ou coletivos de pessoas privadas, do Estado, organizações sociais e cooperativas. A norma excepciona essa proibição apenas nos casos em que tal medida for necessária para a consecução das operações militares, de maneira a minimizar o potencial destrutivo das investidas armadas sobre territórios ocupados.

Por fim, o quinto artigo estipula o elemento fundamental do DIH: o reconhecimento da garantia de livre passagem de ajuda humanitária ao país ocupado. Essa passagem livre está autorizada pelo documento precisamente por a ajuda humanitária ser feita por instituições independentes — como o CICV.

⁴⁹ Parecer Consultivo de 09 de julho de 2004 da Corte Internacional de Justiça: Consequências jurídicas da edificação de um muro em território palestino ocupado, p. 185.

É por meio da conjugação desses dispositivos que a CIJ entende ser ilegal a construção do muro por Israel, rechaçando os argumentos israelenses de que tais medidas (i) foram necessárias para a realização dos fins militares garantidos nas Convenções de Genebra, (ii) representam legítima defesa e estado de necessidade. A CIJ conferiu um enfoque restritivo a tais instrumentos, os quais são excepcionais⁵⁰ — não cabendo ao estado interessado julgar se os requisitos de sua aplicação estão presentes. Ao mesmo tempo, a Corte afirma ter havido confisco por Israel de terras férteis da Cisjordânia, a destruição de plantações, a tributação de produtos palestinos e a anexação do lençol freático ocidental da região — importante fonte de água para a Palestina⁵¹.

4 Pareceres consultivos da CIJ sobre DIH: combinando apologia e utopia

Diante da rápida apresentação acima dos pareceres examinados por este estudo (3.), esse item esmiúça e explicita os padrões de argumentação (descendente/ascendente) no interior dos quais se moveu a técnica jurídica da CIJ. Do mesmo modo que no item anterior, será analisado, em primeiro lugar, o parecer relativo à Legalidade da Ameaça do Uso ou do Uso de Armas Nucleares (4.1) e, em segundo lugar, o parecer relativo às Consequências Jurídicas da Edificação de um Muro no Território Palestino Ocupado (4.2). Isso permitirá identificar e nomear como o recurso ao DIH nesses casos expressa uma oscilação, nas condições de possibilidade de argumentação jurídica dentro da Corte, entre uma orientação utópica (propugnando pela normatividade) e uma orientação apologética (reconhecendo a concretude).

4.1 Legalidade da ameaça do uso ou do uso de armas nucleares (8.7.1996)

O primeiro dispositivo a ser analisado é a *opinio juris*. Não se trata de um conceito puramente humanitário,

⁵⁰ OKIMOTO, Keiichiro. *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*. Oxford/Portland: Hart, 2011.

⁵¹ Alguns autores enfatizam que as regras de DIH examinadas pela CIJ neste caso representam regra costumeira, mas que a indeterminabilidade de seu conteúdo pode ensejar abusos por Estados mais poderosos. V. nesse sentido RORIZ, João; VEÇOSO, Fabia; TASQUETO, Lucas. A administração de territórios ocupados: indeterminação das normas de direito internacional humanitário? *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 183-195, 2013.

mas ele influencia diretamente a tratativa do tema pela CIJ. Elencado no art. 38 do Estatuto da CIJ como a “prática geral aceita como sendo o Direito”, esse instituto é influenciado, inicialmente, por argumentos apologéticos. O consenso internacional acerca do que é aceito como “sendo o Direito” é variável, restando o sentido jurídico de costumes na dependência de um posicionamento estatal. Contudo, a interpretação da CIJ nesse caso parece realizar um deslocamento dessa influência apologética, de modo a ceder lugar ao argumento utópico — isto é, a uma concepção de ampliação do justo nos parâmetros dados pela própria CIJ, separada da vontade estatal.

Assim, observa-se o fenômeno descrito por Koskeniemi em que ambas as concepções realizam uma dinâmica argumentativa. Quando se verifica um Estado manipular o conceito de “prática aceita como sendo o Direito”, tem-se a concretude, mais ligada a um imoderado realismo. Todavia, a CIJ utiliza o art. 38 de seu Estatuto em um sentido mais normativo, o qual é mobilizado contra Estados. Há, assim, uma busca de conciliação entre a concretude e a normatividade na modulação do sentido do instituto da *opinio iuris*.

Ao invocar a Resolução 1653 (XVI) de 24/11/1961 da AGNU, a CIJ trabalha esse instituto com base em influência da orientação apologética. Por não ser um instrumento vinculante e por depender exclusivamente do poder político para sua implementação, o padrão ascendente de justificação é dominante na matéria, sendo observável uma prática mais concreta do que normativa na abordagem deste documento. Por esse motivo, a orientação utópica se restringe a reconhecer nesse documento uma tendência de potencial formação, no futuro, de uma *opinio juris* em torno do tema.

Do mesmo modo, quando a CIJ invoca e interpreta, a Convenção de Interdição ou Limitação de Certas Armas com trauma excessivo e discriminatório de 1980, o Regramento de Haia de 1907 e a Convenção de São Petersburgo de 1868, ela o faz novamente dentro de uma dinâmica que oscila entre as duas orientações.

Com efeito, por serem tratados, esses documentos normativos vinculam as partes signatárias que os ratificaram — o que evidencia a presença dupla da normatividade e da concretude: o valor único de justiça foi escolhido pelos signatários de forma consensual. Todavia, por não regulamentar o uso ou ameaça do uso de armas nucleares, a normatividade apresentada por esses

documentos não é trazida como um posicionamento final, mas como balizas para auxiliar o aplicador do DI na resolução da questão a ele formulada. Em outras palavras, se se parte da apologia (“foi o mínimo que os estados convencionaram”), a modulação dos termos dessa previsão segue tendo em mente a utopia (“é possível ampliar a realização originalmente prevista para este caso”).

Mesmo a IV Convenção da Haia de 1907 interpretada pela CIJ não foge a essa oscilação, ainda que de forma distinta. Essa norma costumeira não trata taxativamente da vedação do uso e/ou ameaça de uso de armas nucleares, mas, mesmo em outros temas, é, por vezes, marcada profundamente pela concretude, pois não se verifica na prática essa Convenção como limitadora do poderio bélico dos estados⁵².

Por fim, ao citar a cláusula Martens — pedra angular no lastro argumentativo da CIJ, a Corte remete esse costume à aplicação dos princípios reconhecidos pelas nações civilizadas em caso de lacunas humanitárias. Desse modo, a CIJ justifica a normatividade sobre concretude: a CIJ se valeu da abrangência dessa previsão e foi capaz de construir um argumento jurídico segundo uma orientação utópica: um único valor de Justiça — o da própria CIJ — sobre o que são os valores das nações civilizadas, independentemente da vontade estatal.

4.2 Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado (9.7.2004)

O primeiro instituto jurídico invocado neste parecer, a partir da lente DIH, é o Princípio da Autodeterminação dos Povos. Esse *topos* sofre influência duplamente utópica e apologética: de um lado, tem sua normatividade derivada de um valor do justo típico da sociedade ocidental, mas também é largamente utilizado mais na concretude “do real” do jogo das relações internacionais. Mas, com base nessa ambiguidade da norma, a CIJ mobiliza a técnica jurídica argumentativa para construir seu posicionamento.

⁵² Entretanto, como mencionado no item 3.2, *supra*, esta mesma Convenção foi reconhecida pela CIJ como portadora de obrigações *erga omnes* e, por isso, aplicada contra a vontade de Israel. Como se apontará no item 4.2, *infra*, essa postura da CIJ propugna nessa mesma Convenção sua normatividade em detrimento da concretude e, com isso, evidencia, de forma clara, a oscilação argumentativa entre utopia e apologia no tratamento das normas de DIH pela Corte.

No que se refere à Convenção da Haia de 1907, é observável novamente a relação entre a dupla concretude e normatividade. Um prévio acordo entre partes estabelece um mínimo reconhecido consensual (apologia) — o que, por si só, não possui natureza *erga omnes*. Contudo, a Corte concede caráter costumeiro à Convenção e, por meio desse raciocínio, orienta utopicamente a compreensão deste documento dentro de uma chave interpretativa que reforça sua normatividade. Desse modo, para a CIJ ocorreu um processo histórico no qual a concretude cedeu lugar à normatividade e, por esse motivo, a Convenção foi utopicamente reconhecida como portando obrigações *erga omnes*, sendo aplicável independentemente da vontade de Israel, contra esse Estado.

Em relação à IV Convenção de Genebra, mais uma vez, a chave explicativa do costume auxilia a compreensão do esforço argumentativo da CIJ. Israel é parte signatária das Convenções e a história do país é marcada por conflitos. Nesses termos, a CIJ insere o Estado no interior do regime jurídico do Tratado precisamente a partir de argumentos que se sustentam em uma orientação apologética, a qual reconhece estar esse estado vinculado a essa norma e a seus padrões consensuais de justiça por sua própria vontade soberana.

5 Considerações finais

À luz de todo o exposto, observa-se que, como parte do DI, o DIH é igualmente influenciado pela ambiguidade dada pela oscilação argumentativa entre orientações utópicas e apologéticas na condução da técnica jurídica de atribuição de sentido a normas. Mesmo em processos decisórios judiciais — local por excelência de operação da **expertise** jurídica, e não política⁵³, as normas não se desvencilham de seu horizonte de indeterminação regulatória e, portanto, de um certo tipo de politicidade⁵⁴.

Nesses termos, entende-se que a pacificação do sentido normativo se desenvolve precisamente a partir de uma modulação interpretativa que se guia duplamente pela dinâmica de interação entre padrões ascendentes

e descendentes de argumentação. Com isso, da criação das normas internacionais para sua aplicação, geralmente há um deslocamento incessante entre a afirmação da concretude do real (consenso entre os estados) e a afirmação da normatividade do DI (ampliação, a partir de tal consenso), e vice-versa. As divergências interpretativas na aplicação de normas internacionais ocorrem assim em um movimento pendular entre uma orientação apologética (“que se desculpa”) e utópica (horizonte de possibilidades alternativas).

As normas do DIH não parecem, assim, escapar à dinâmica apologética/utópica, o que é verificável nos 2 (dois) pareceres selecionados. Passados oito anos entre um parecer e outro, a questão do muro israelense em território palestino rompe com os interesses de um dos principais aliados dos membros permanentes do Conselho de Segurança: as atitudes de Israel são declaradas ilegais, modulando por exemplo o sentido jurídico (concreto *versus* normativo) de um mesmo documento.

Esse processo somente é possível pela flexibilização da apologia à utopia da CIJ, um processo que tende a se reproduzir pela preferência da normatividade sobre a concretude. A anterior verificação prática de medidas estatais cede espaço à normatividade menos concreta de uma declaração não vinculante. Nesse jogo duplo, o sentido normativo do DIH se torna progressivamente mais palpável, ainda que suas normas se mostrem inicialmente ambíguas — e permaneçam como tais, mesmo nas decisões da CIJ.

Referências

- ALMEIDA, Guilherme. *A Proteção da Pessoa Humana no Direito Internacional*. São Paulo: CLA, 2018.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- BADIN, Michelle; MOROSINI, Fabio; GIANNATTASIO, Arthur (org.). *Direito internacional: leituras críticas*. São Paulo: Almedina, 2019.
- BERNSTORFF, Jochen. Martens Clause. In: WOLFRUM, R. *The Max Planck encyclopedia of public international law*. Oxford: Oxford University, 2012. v. 6.
- CASELLA, Paulo. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁵³ KELSEN, Hans. *Paz pelo Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁵⁴ KOSKENNIEMI, Martti. Entre a Apologia e a Utopia: A Política do Direito Internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018.

- DANN, Phillip; RIEGNER, Michael. The World Bank's Environmental and Social Safeguards and the Evolution of Global Order. *Leiden Journal of International Law*, v. 32, n. 3, p. 537-59, 2019.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DUNANT, Henri. *Un souvenir de Solferino*. Genebra: Pro-dinnova, 2019.
- FERNANDES, Raul. *The United States and the Permanent Court of International Justice*. New York: American Foundation, 1927.
- GIANNATTASIO, Arthur. A Opinião Iuris Sive Necessitatis: do elemento subjetivo consuetudinário à inter-subjetividade jurídica. In: CASELLA Paulo; RAMOS, André (org.). *Direito internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- GIANNATTASIO, Arthur. A juridificação de conflitos políticos no direito internacional público contemporâneo: uma leitura política da paz pelo direito de Hans Kelsen a partir do pensamento político de Claude Lefort. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 57-76, 2016.
- GIANNATTASIO, Arthur. Fundamentos de uma análise sociológica crítica das instituições jurídicas internacionais: negatividade e política na metodologia dos estudos em Direito Internacional no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 116, p. 113-158, 2018.
- GIANNATTASIO, Arthur. Contra um fetichismo nos estudos empíricos em direito internacional: moldura intencional e o esvaziamento significativo da empiria. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 5, p. 9-24, 2018.
- GIANNATTASIO, Arthur. A favor de uma corte latino-americana de justiça: uma reação sobre a legalidade e a legitimidade de seu desenho institucional. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, p. 14-18, 2020.
- GIANNATTASIO, Arthur; BEZERRA, Tainá; BANNWART, Elizabeth; DREZZA, Débora; BUCHLER, Jéssica; CARDOSO, Giovana; OLIVEIRA, Breno. International Constitutional Court: rise and fall of an international debate. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, p. 130-146, 2019.
- GIANNATTASIO, Arthur, DREZZA, Débora; WEHBY, Maria. In: On applied legal research: pragmatic limits to the impact of peripheral international legal scholarship via policy papers. *Leiden Journal of International Law*, v. 34, n. 3, 2021.
- HASKELL, John. From apology to utopia's condition of possibility. *Leiden Journal of International Law*, v. 29, n. 3, p. 667-676, 2016.
- KELSEN, Hans. *Paz pelo direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KENNEDY, David. The last treatise: project and person (reflections on Martti Koskenniemi's from apology to utopia). *German Law Journal*, v. 7, n. 2, p. 982-992, 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti. What should international lawyers learn from Karl Marx? *Leiden Journal of International Law*, v. 17, n. 2, p. 229-324, 2004.
- KOSKENNIEMI, Martti. The fate of public international law: between technique and politics. *Modern Law Review*, v. 70, n. 1, p. 1-30, 2008.
- KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: a política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018.
- KOSKENNIEMI, Martti. A política do direito internacional: 20 anos depois. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 30-40, 2018.
- LIMA, Lucas Carlos. Da relevância dos casos de desarmamento nuclear perante a corte internacional de justiça. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 202-15, 2017.
- ONUMA, Yasuaki. *Direito internacional em perspectiva transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- OKIMOTO, Keiichiro. *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*. Oxford/Portland: Hart, 2011.
- PAHUJA, Sundhya. The postcoloniality of international law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, p. 459-469, 2005.
- RAIMONDO, Fabián. The international court of justice as a guardian of the unity of humanitarian law. *Leiden Journal of International Law*, v. 20, n. 3, p. 593-611, 2007.
- RASULOV, Akbar. From apology to utopia and the inner life of international law. *Leiden Journal of International Law*, v. 29, n. 3, p. 641-666, 2016.
- RORIZ, João; VEÇOSO, Fabia; TASQUETO, Lucas. A administração de territórios ocupados: indeterminação

das normas de direito internacional humanitário? *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 183-195, 2013.

SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al derecho internacional humanitario*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 2016.

SANCTIS, Adriane. América Latina em continuidades e rupturas. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 285-9, 2017.

SKOUTERIS, Thomas. *The notion of progress in international law*. Hague: TMC, 2010.

SWINARSKI, Christophe. *Direito internacional humanitário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TRINDADE, Antônio. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

TICEHURST, Rupert. The Martens clause and the laws of armed conflict. *International Review of the Red Cross*, n. 317, 1997.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. *Le Droit International*. Paris : PUF, 2016.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Contesting immunities in the International Criminal Court: an analysis of the rulings of the Pre-Trial Chambers and the Appeals Chamber in Al Bashir Case and its outcomes

Contestando imunidades no Tribunal Penal Internacional: uma análise das decisões das Câmaras de Pré-Julgamento e da Câmara de Apelações no Caso Al Bashir e seus resultados

Luisa Giannini

Roberto Vilchez Yamato

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

Contesting immunities in the International Criminal Court: an analysis of the rulings of the Pre-Trial Chambers and the Appeals Chamber in Al Bashir Case and its outcomes*

Contestando imunidades no Tribunal Penal Internacional: uma análise das decisões das Câmaras de Pré-Julgamento e da Câmara de Apelações no Caso Al Bashir e seus resultados

Luisa Giannini**

Roberto Vilchez Yamato***

Abstract

This article aims to examine the rulings of the International Criminal Court's Pre-Trial Chambers and Appeals Chamber regarding the relationship between the law of immunities, in particular heads of state immunity, and the exercise of jurisdiction by international criminal courts in the context of the Al Bashir Case. In terms of methodology, this investigation analyses these decisions highlighting the manner through which the chambers engaged with the legal reasonings presented especially by states. Through this examination, it seeks to identify the different forms of contestation from the actors in the field of international criminal law that were triggered by these rulings in a way that it is possible to make a correlation amongst the degree of engagement of the Chamber with outside arguments and the reaction it provoked. The article concludes that the different ways the Court deals with external actors and their reasonings will generate distinct kinds of responses, meaning that if these actors feel that the rulings are disregarding their arguments a more productive type of contestation can become an objection to the authority or legitimacy of the Court.

Keywords: Al Bashir Case; Immunities of Heads of State; International Criminal Court; Contestation; African Union; Pre-Trial Chamber; Appeals Chamber.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo examinar as decisões das Câmaras de Pré-Julgamento e da Câmara de Apelações do Tribunal Penal Internacional sobre a relação entre a lei de imunidades, em particular a imunidade de chefes de estado, e o exercício da jurisdição por tribunais criminais internacionais no contexto do Caso Al Bashir. No que tange à metodologia, essa investigação realiza uma análise dessas decisões, destacando a forma como as câmaras se engajam com os raciocínios jurídicos apresentados prin-

* Recebido em 20/10/2020
Aprovado em 05/08/2021

** Doctoral candidate at the Institute of International Relations at the Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (IRI/PUC-Rio). Researcher at the Centre for the Study of International Courts at the University of São Paulo (NETI-USP).
Email: luisa.giannini@gmail.com

*** Professor at the Institute of International Relations at the Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (IRI/PUC-Rio). Holds a PhD in International Relations from IRI/PUC-Rio (2011). PhD Candidate in Law at Birkbeck, University of London.
E-mail: robertoyamato@puc-rio.br

principalmente pelos estados. Através desse exame, o artigo busca identificar as diferentes formas de contestação dos atores do campo do direito internacional penal que foram desencadeadas por essas decisões de forma que seja possível fazer uma correlação entre o grau de engajamento da Câmara com argumentos externos e a reação que provocou. O artigo conclui que as diferentes formas como o Tribunal trata os atores externos e seus raciocínios ocasionarão diferentes tipos de respostas, o que significa que, se esses atores sentirem que as decisões estão desconsiderando seus argumentos, um tipo mais produtivo de contestação pode se tornar uma objeção à autoridade ou legitimidade do Tribunal.

Palavras-chave: Caso Al Bashir; Imunidades de Chefes de Estado; Tribunal Penal Internacional; Contestação; União Africana; Câmara de Pré-Julgamento; Câmara de Apelações.

1 Introduction

Many renowned scholars in the field of international criminal law have recognised that the manner through which the International Criminal Court (ICC) has dealt with the issue of head of state immunity in the last decade has had a profound impact on its authority and legitimacy.¹ This is the result of a chain of reactions that, more or less, started with the two arrest warrants issued by the ICC against the then sitting Head of State of Sudan, Omar Al Bashir.

Facing a sequence of non-compliances with its requests for the arrest and surrender of Bashir by its member states, the Court saw itself in the position of needing to issue decisions that would affirm and explain the need for these states to comply with its rulings. Nevertheless, these were considered unsatisfactory answers to the problem. They were not only disappointing and,

¹ AKANDE, Dapo. The Immunity of Heads of States of Nonparties in the Early Years of the ICC, *AJIL Unbound*, v. 112, p. 172–176, 2018. This article does not seek in any way to measure the legitimacy or the authority of the ICC. The terms are used here in a broad fashion to evaluate the impact of certain practices. Even though we consider the way the Court has dealt with the Al Bashir Case affects how actors perceive it, we acknowledge that a comprehensive analysis on the Court's authority and legitimacy must take into account other factors that affect its effectiveness. In that sense, see for example: GONZÁLEZ-RUIZ, Cristián D.; MIJARES, Víctor M., Los fuertes hacen lo que quieren: exponiendo los límites de la Corte Penal Internacional, *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 1, 2020.

at times, misleading, but also provided four different ways for grounding the argument that Al Bashir was not entitled to immunity before the ICC and, therefore, these states were under the obligation to comply with the arrest warrants.²

The present article seeks to investigate whether these answers given by ICC to the immunity challenges presented in the Al Bashir Case have had an impact on the kind of practices of contestation directed towards the Court. To account for the actual effects of these contestations, it is crucial to understand the intentions that drive such actions. It is the purpose of this analysis to map the patterns and forms of contestation directed towards the Court. For qualifying the process of contestation in a way that we can acknowledge their different objectives, discern the array of triggers and, finally, identify their consequences for the ICC, we will use the framework developed by Madsen, Cebulak and Wiebusch.³

Through this analysis, we seek to argue that the ICC, with its unsatisfactory rulings and lack of engagement with the contestation stemming from the vast range of actors from the field, have turned reactions that would otherwise be mere engagements with its case-law into challenges to the authority and legitimacy of the court. For this purpose, this article unfolds in the following way: section 2 engages in a brief overview of the relevant case law on the immunities of heads of state and other high-ranking officials to present its findings that will be contrasted later with its use by the Chambers of the ICC; the ensuing section turns the gaze to the practices from and surrounding the ICC in three moments, first in the Pre-Trial Chamber's (PTC) rulings for situations of non-compliance with its arrest warrants, second in the process initiated by the Appeals Chamber (AC) of opening the Court to external voices and the decision that culminated from it and third the reactions outside the court to the findings of these chambers; section 4 analyses the events presented in the previous segment to establish a correlation between the postures adopted by the ICC and the kinds of contestation that

² AKANDE. The Immunity of Heads of States of Nonparties in the Early Years of the ICC.

³ MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts, *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 197–220, 2018.

it generated; the final section presents some concluding remarks.

2 The issue of immunity of heads of state in international criminal courts

The Case against Omar Al Bashir at the ICC has been a challenging one from the outset. He was the first sitting Head of State to have issued an arrest warrant by the ICC.⁴ However, this was not the first time the issue of a head of state or any other high-ranking official in office wanted to for trial for the perpetration of international crimes has arisen. Some cases have become landmarks when the topic of immunities for heads of state or other high-ranking officials emerges. Their importance is mainly due to the status of immunities as customary international law, therefore liable to change according to the practices of states and the *opinio juris* of authorities in the field. When it comes to trials for international crimes in international criminal jurisdictions, there are not many references to draw from, one of the reasons why taking such measures is a difficult path.⁵

⁴ In 2011, the Court issued a summons to appear to Kenyan politician Uhuru Kenyatta, who would become president in 2013. PRE-TRIAL CHAMBER II, *Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2011. The case, however, was dropped in 2015 due to lack of evidence. TRIAL CHAMBER V, *Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2015. The only other time the ICC has issued an arrest warrant against a sitting head of state was in 2011 for Libya's president Muammar Gaddafi. PRE-TRIAL CHAMBER I, *Warrant of Arrest for Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2011. The case of Kenyatta was different from the proceedings against Gaddafi and Bashir, since in the case of the latter two they were heads of states not party to the ICC Statute, which generates a series of questions regarding the nature of the ICC's jurisdiction over non-party states referred by the United Nations Security Council. For more on this topic, see AKANDE, D., The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities, *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 2, p. 333–352, 2009. AKANDE, Dapo. Who Is Obligated to Arrest Bashir?, *EJIL: Talk!*, Available at: <http://www.ejiltalk.org/the-african-union-the-icc-and-universal-jurisdiction-some-recent-developments/>. Accessed: 5 Aug. 2020. GAETA, P., Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?, *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 2, p. 315–332, 2009. PAPPALON, Sophie, Has the United Nations Security Council Implicitly Removed Al Bashir's Immunity?, *International Criminal Law Review*, v. 10, n. 2, p. 275–288, 2010.

⁵ In the general debate, it is widely defended that the violation of

The experience of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) was of utmost importance in the developing of the range of immunities for state officials in international law. There, the discussion of immunities occurred in more than one of its cases, since most of the tried individuals held positions that would entitle them to immunities. The case in the ICTY that raised most attention for the issue of immunities was the one against Slobodan Milošević, the former president of Serbia. Once the *amici curiae* posed the question of Milošević's entitlement to immunities – which had the point of questioning the ICTY's authority and competence to prosecute the defendant –, the Trial Chamber its decision referred to both ICC's Rome Statute and the International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind to highlight the “customary character of the rule that a Head of State cannot plead his official position as a bar to criminal liability in respect of crimes over which the International Tribunal has jurisdiction.”⁶

However, other cases in the ICTY also debated the issue of immunities. In the Blaškić Case, the Appeals Chamber, presided by Judge Antonio Cassese, affirmed that there are exceptions in the implementation of the law of immunities posed by “norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. Under these norms, those responsible for such crimes cannot invoke immunity from national or international jurisdiction even if they perpe-

ius cogens norms would be enough to withstand the waiver of sovereign immunities. Nevertheless, the practice of international law shows a much more nuanced set of positions. The issue of whether human rights norms with a *jus cogens* character justify the removal of immunity was discussed by the International Court of Justice in the Jurisdictional Immunities of the State Case in which the Court understood that there is no conflict between immunity and *jus cogens* norms. ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz, Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália, *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, p. 516–541, 2016; LARA ABREU, Patrícia Maria; BASTOS RAPOSO, Rodrigo, Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil pela prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã, *Revista de Direito Internacional*, v. 11, n. 2, 2015; KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. A imunidade de jurisdição das Organizações Internacionais face ao direito de acesso à justiça. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, 2017, p. 393; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, The Hague: International Court of Justice (ICJ), 2012. para. 93.

⁶ TRIAL CHAMBER. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Decision on Preliminary Motions*, The Hague: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2001. para. 31.

trated such crimes while acting in their official capacity.⁷⁷ The case against Karadžić, Mladić and Stanišić had the defence requesting that the Court deferred its jurisdiction in favour of a national tribunal, which prompted an answer from the ICTY's Trial Chamber stating that there was not any impediment for its exercise of jurisdiction since the official position of these individuals either in government or the military would pose no obstacle for the exercise of criminal responsibility by the ICTY.⁸ The Appeals Chamber in the Krstić case raised the point that no official would be granted immunity before an international criminal court, meaning that neither immunity *ratione personae* for Heads of State and other officials in office, nor immunity *ratione materiae* for former officials of the state, in cases where crimes under international law were committed would be admissible before criminal proceeding in the ICTY.⁹

Although it was recognised, in general, as an international court,¹⁰ the ICTY was still different from the ICC. While the first had an *ad hoc* nature and was created by UNSC Resolutions, the ICC is a treaty-based court. This means that the ICTY was acting under the authority of Chapter VII of the United Nations Charter, which would grant it the capacity to impose obligations to all UN members, encompassing the creation of obligations to arrest and surrender individuals wanted by the Court. Even though these differences would mean that it is not a question of merely transposing the principles consecrated by the ICTY to the ICC, it is essential to revisit the jurisprudence of the ICTY (together with the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)) because it helped in the setting of the foundations upon which other international criminal tribunals would ope-

rate, including the establishment into customary international law of the possibility of criminal responsibility for heads of state and other high-ranking officials.

The International Court of Justice (ICJ), in the *Arrest Warrant Case*,¹¹ demonstrated not to have such an absolute position as the ICTY. The Court was careful as “to avoid a ruling that would reinforce impunity,”¹² but at the same time did not affirm that the law on immunities is never applicable in the face of an international criminal court. The ICJ's ruling listed the scenarios in which immunities would not pose a barrier to criminal responsibility. Immunities for heads of state or other high-ranking state officials under international law would not stand in situations where these leaders are tried in their own countries and before foreign jurisdictions, but, in this second case, only if their state waives their immunities. Officials that are no longer serving their country are also not entitled to immunities related to acts perpetrated before or after their time in office. The last scenario discussed by the ICJ is perhaps the one that clearly shows that it does not want to have an unmitigated position regarding the existence of immunities before international criminal courts.¹³ In this matter, the ICJ affirms that

[A]n incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction. Examples include the International Criminal Tribunal for the former Yugos-

⁷⁷ APPEALS CHAMBER. *Prosecutor v. Tibomir Blaskić, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, The Hague: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 1997. para. 41.

⁸ TRIAL CHAMBER. *In re Radovan Karadžić, Ratko Mladić and Mićo Stanišić, Decision in the Matter of a Proposal for a Formal Request for Deferral to the Competence of the Tribunal Addressed to the Republic of Bosnia and Herzegovina*, The Hague: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 1995. The jurisdiction of the ICTY worked differently from the ICC's. While the latter works based on the principle of complementarity, the former had the preference of hosting the trials over the domestic jurisdictions.

⁹ PEDRETTI, Ramona. *Immunity of heads of state and state officials for international crimes*, Leiden ; Boston: Brill Nijhoff, 2015. p. 255.

¹⁰ For more on the discussion on the characterization of international criminal courts, see SCHABAS, William A. The Special Tribunal for Lebanon: Is a ‘Tribunal of an International Character’ Equivalent to an ‘International Criminal Court’?, *Leiden Journal of International Law*, v. 21, n. 2, p. 513–528, 2008.

¹¹ In this article, we will make reference only to the elements of the *Arrest Warrant Case* that are of importance to the discussion of immunities before the ICC. For a detailed analysis of this decision, see BASSIOUNI, M. Cherif, UNIVERSAL JURISDICTION UNREVISITED: THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE DECISION IN CASE CONCERNING THE ARREST WARRANT OF 11 APRIL 2000 (DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO V BELGIUM). *The Palestine Yearbook of International Law*, v. 12, n. 1, p. 27–48, 2002; WOUTERS, Jan, The Judgement of the International Court of Justice in the *Arrest Warrant Case*: Some Critical Remarks. *Leiden Journal of International Law*, v. 16, n. 2, p. 253–267, 2003; BOISTER, N., The ICJ in the Belgian Arrest Warrant Case: Arresting the Development of International Criminal Law. *Journal of Conflict and Security Law*, v. 7, n. 2, p. 293–314, 2002; YAMATO, Roberto Vilchez, Mandado de Prisão de 11 de Abril de 2000 (República Democrática do Congo vs. Bélgica) (14 de Fevereiro de 2002), *in*: RORIZ, João Henrique Ribeiro; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org.), *O direito internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: IBDC, 2016. p. 115–137.

¹² PEDRETTI. *Immunity of heads of state and state officials for international crimes*, p. 130.

¹³ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, The Hague: International Court of Justice (ICJ), 2002. para. 61.

lavia, and the International Criminal Tribunal for Rwanda, established pursuant to Security Council resolutions under Chapter VII of the United Nations Charter, and the future International Criminal Court created by the 1998 Rome Convention. The latter's Statute expressly provides, in Article 27, paragraph 2, that "[i]mmunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person."¹⁴

While in this last situation it is clearly stated that immunities would not stand in the way of tribunals established by the UN Security Council, as is the case of the ICTY and ICTR, the answer given by the ICJ left open the possibility of some immunities barring the exercise of jurisdiction by an international criminal court.

The decision of the *Arrest Warrant Case* was revisited, in 2004, in a ruling by the Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone (SCSL) in the trial of Charles Taylor, who was President of Liberia. However, it was a somewhat controversial interpretation. Instead reaffirming the notion that state officials "retain their personal immunities before courts (especially national courts) even when there are allegations of international crimes,"¹⁵ the Appeals Chamber of the SCSL concluded that heads of state and other state officials would not be entitled to personal immunities before international criminal courts.¹⁶

Another trial against a sitting head of state was the one against Hissène Habré, Chad's former Head of State, in the Extraordinary African Chambers, a court established in Senegal through an agreement between Senegal and the African Union (AU). Nonetheless, the issue of immunity was not raised, since Chad had waived Habré's immunities in 2002.¹⁷

The effort of looking back into these cases that debated the existence of personal immunities for heads of state and other high-ranking state officials in office has

the purpose of understanding the (lack of) structured arguments posed by these international/hybrid criminal courts. This is important considering that one of the goals of this article is to analyse the reasoning given by the chambers of the ICC to corroborate their position that Bashir is not entitled to personal immunities in the face of its jurisdiction and these arguments are many times characterised by flawed legal reasoning.¹⁸

3 The issue of Immunity of Head of State in the Al Bashir Case at the ICC

It is considered that one of the greatest and most significant achievements in the drafting of the Rome Statute is article 27, which represents a massive win in the fight against impunity for perpetrators of international crimes. Including this article in the constitutive treaty of the ICC meant that no head of state or other high-ranking officials from a member state could raise their immunities against the exercise of jurisdiction by the ICC, rendering the official capacity of the accused irrelevant in the face of criminal proceedings before the Court.¹⁹ While article 27(1) deals with immunities *ratione materiae*, article 27(2) deems irrelevant immunities *ratione personae*.²⁰

Despite being a great accomplishment for the Court, article 27 does not set the tone of the ICC's Rome Statute in its entirety. In contrast to the provisions of article 27, there is article 98. In a very different spirit, article 98 seems to bring back the immunities deemed irrelevant in article 27, when it declares that "[t]he Court may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the requested state to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person"²¹ or "would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international agreements pursuant to which the consent of a sending

¹⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, The Hague: [s.n.], 2002. para. 61.

¹⁵ CRYER, Robert. Prosecuting the Leaders: Promises, Politics and Practicalities. *Goettingen Journal of International Law*, p. 64, 2009.

¹⁶ APPEALS CHAMBER. *Prosecutor v. Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, Freetown: Special Court for Sierra Leone (SCSL), 2004. para. 51.

¹⁷ SWART, Mia. The African Pinochet? Universal Jurisdiction and the Habré Case. In: WEILL, Sharon; SEELINGER, Kim Thuy; CARLSON, Kerstin Bree (org.). *The President on Trial: Prosecuting Hissène Habré*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 410.

¹⁸ KJELDGAARD-PEDERSEN, Astrid. Is the Quality of the ICC's Legal Reasoning an Obstacle to Its Ability to Deter International Crimes?, *iCourts Working Paper Series*, n. 191, 2020.

¹⁹ TRIFFTERER, Otto; BURCHARD, Christoph. Article 27 Irrelevance of official capacity, in: TRIFFTERER, Otto; AMBOS, Kai (org.). *Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Third edition. München: C.H. Beck, 2016. p. 1038.

²⁰ *Rome Statute of the International Criminal Court*, Rome: [s.n.], 1998. article 27.

²¹ *Rome Statute of the International Criminal Court*, article 98(1).

State is required to surrender a person of that state to the Court.”²² To reconcile the two articles can be, at times, a difficult task, especially when the case before the Court is triggered by a UN Security Council referral.²³

It is against this background that the discussion of whether Omar Al Bashir was entitled to Head of State immunity has been taking place over the last ten years. Whilst article 27 would render irrelevant any immunity for individuals whose states have ratified the Rome Statute, none of these dispositions does fully encompass Bashir’s situation. Sudan has never joined the ICC, which means that it never agreed on the waiver of its sovereign immunities provided for in article 27. At the same time, the state is being subjected to the jurisdiction of the ICC due to the UN Security Council’s referral.²⁴ Accordingly, one of the main issues that are in need for clarification is precisely the status of Sudan before the ICC for the purposes of the investigation and subsequent trial of the international crimes that took place in Darfur.²⁵

The debate regarding which provision applies to the situation of Bashir, whether article 27(2) or article 98(1), has been a question since the ICC’s Pre-Trial Chamber (PTC) I issued the first arrest warrant against Al Bashir and requested that all member states of the Court arrest and surrender him if/when he visited their territory. The matter presented by this case was whether

there is an obligation by member states to hand over Al Bashir to the ICC. In other words, the question is if by not cooperating with the ICC they would be in violation vis-à-vis their contracted obligations as members of the Court.

3.1 The ICC and Al Bashir’s immunity

The arrest warrants issued by the ICC against Al Bashir were put to the test from the outset, seeing that many member states received the former Sudanese Head of State in their countries and did not arrest and surrender him to the Court. This situation occurred repeatedly in the past ten years and gave the Court many opportunities to provide a convincing substantiation for its position that Bashir’s immunities did not stand before its jurisdiction.

Dealing with a frequent posture by member states of non-compliance with its arrest warrants, the ICC’s PTC I determined, in 2011, one of its early rulings in the Al Bashir Case, that Chad and Malawi, when receiving Bashir in their territory, violated their obligations towards the Court.²⁶ Even though the PTC I recognised the existence of an inherent tension between articles 27(2) and 98(1) of the Rome Statute, they reasoned that Malawi (and by extension the African Union) would not have any reason to evoke this tension to the matter of immunities of heads of state before international

²² *Rome Statute of the International Criminal Court*, article 98(2).

²³ TRIFFTERER; BURCHARD. Article 27 Irrelevance of official capacity, p. 1040; For a discussion on the power dynamics established by the UN Security Council’s ability to trigger the ICC jurisdiction, see GIANNINI, Luisa; YAMATO, Roberto Vilchez; MARCONI, Claudia Alvarenga, Ruling through the International Criminal Court’s rules. *Carta Internacional*, v. 14, n. 1, p. 177–201, 2019.

²⁴ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 1593 (2005)*. New York: United Nations Security Council, 2005.

²⁵ For a discussion on the topic, see AKANDE, The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities; AKANDE, Who Is Obligated to Arrest Bashir?; GAETA, Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?; OOSTHUIZEN, Gabriël H., Some Preliminary Remarks on the Relationship Between the Envisaged International Criminal Court and the UN Security Council, *Netherlands International Law Review*, v. 46, n. 03, p. 313, 1999; PAPIILLON, Has the United Nations Security Council Implicitly Removed Al Bashir’s Immunity?; TLADI, D., The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98. *Journal of International Criminal Justice*, v. 11, n. 1, p. 199–221, 2013.; JACOBS, Dov. The Frog that Wanted to Be an Ox: The ICC’s Approach to Immunities and Cooperation. In: STAHN, Carsten (org.). *The law and practice of the International Criminal Court*, First edition. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 281–304.

²⁶ PRE-TRIAL CHAMBER I. *Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2011; PRE-TRIAL CHAMBER I, *Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2011. Before the decision on the obligations of Malawi and Chad to arrest and surrender Bashir to the ICC, the ICC had already issued decisions for Kenya, Chad and Djibouti. Nevertheless, it was only in the decisions on Chad and Malawi that the Court engaged in the task of explaining the existence of an obligation to comply with the ICC’s arrest warrants. PRE-TRIAL CHAMBER I, *Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir’s presence in the territory of the Republic of Kenya*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2010; PRE-TRIAL CHAMBER I, *Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir’s recent visit to the Republic of Chad*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2010; PRE-TRIAL CHAMBER I, *Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir’s recent visit to Djibouti*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2011.

courts. The decision makes use of the *Arrest Warrant* Judgement to substantiate its argument. However, it does so by employing the same reading of that heavily criticised decision of the SCSL, which is also cited in the PTC I's document. The irrelevance of immunities before an international court, according to the PTC I, was, at that point, already an established practice that can be evidenced from trials such as the ones of Slobodan Milošević (the only one in the list held before the *Arrest Warrant Case* in the ICJ), Charles Taylor, Muammar Gaddafi, Laurent Gbagbo. This list of cases would serve to prove that "initiating international prosecutions against Heads of State have gained widespread recognition." Hereupon, the Chamber arrives at the conclusion that there is no justification for Malawi to argue in line with article 98(1) and that it must cooperate with the Court's request.²⁷ As argued by Robert Cryer, the reasoning in these decisions "is rather thin, and the 'precedents' cited are not directly on point, as they are not about cooperation by domestic authorities, but about the question of immunity as a defence when someone is already before the relevant Court."²⁸ This position is shared by many who have also deemed the argument "disappointing and unsatisfactory"²⁹ and even "wrong."³⁰

The issue of Al Bashir's immunities was brought back to the attention of the PTC I when he visited the Democratic Republic of the Congo (DRC), in 2014, as a result from the latter's disregard to the warnings from the ICC that, as a member state, it had a duty to arrest and surrender Bashir to the Court. However, as it was noted by many commentators, the argumentation of the PTC I had changed. This decision no longer used

the logic of grounding the irrelevance of immunities on customary international law. Instead, it focused on a new reasoning that was rooted in the UN Security Council Resolution 1593. The inexistence of Bashir's immunity before the ICC was no longer a question of a newly established practice but a result from its waiver from the UN Security Council when it decided that Sudan "shall cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution."³¹ According to the PTC I, taking into consideration that "immunities attached to Omar Al Bashir are a procedural bar from prosecution before the Court, the cooperation envisaged in said resolution was meant to eliminate any impediment to the proceedings before the Court, including the lifting of immunities," meaning that with such phrasing the UN Security Council Resolution "implicitly waived the immunities" conferred to Al Bashir under international law.³² Furthermore, the PTC I answered to the claims by the DRC and other AU member states that this implicit waiver would trump any obligations they might have had under international law, consequently rendering, according to the PTC I, their eliciting of 98(1) unsuitable for this situation.³³ This decision marks "a radical shift from the rather prudent position the ICC has so far taken on the lack of cooperation by states parties."³⁴

In the following year, on June 2015, in maybe one of the most notable moments of Al Bashir's immunity saga, the then sitting President of Sudan went on an official visit to South Africa for an AU Summit. Whilst he was in the foreign state's territory, it was brought before South African High Court an urgent application that had the goal of having Al Bashir be arrested and transferred to the ICC. By the time the High Court issued the order that determined so, Al Bashir had managed to flee the country and, hence, was not arrested.³⁵

²⁷ PRE-TRIAL CHAMBER I. *Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, paras. 36-44.

²⁸ CRYER, Robert. The ICC and its Relationship to Non-States Parties, in: STAHN, Carsten (org). *The law and practice of the International Criminal Court*, First edition. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 270.

²⁹ TLADI. The ICC Decisions on Chad and Malawi, p. 205.

³⁰ AKANDE, Dapo. ICC Issues Detailed Decision on Bashir's Immunity (. . . At long Last . . .) But Gets the Law Wrong, *EJIL: Talk!*, Available at: <https://www.ejiltalk.org/icc-issues-detailed-decision-on-bashir's-immunity-at-long-last-but-gets-the-law-wrong/>. Accessed: 18 Oct. 2020. See also JACOBS, Dov, A Sad Hommage to Antonio Cassese: The ICC's confused pronouncements on State Compliance and Head of State Immunity, *Spreading the Jam*, Available at: <https://dovjacobs.com/2011/12/15/a-sad-hommage-to-antonio-cassese-the-iccs-confused-pronouncements-on-state-compliance-and-head-of-state-immunity/?blogsub=confirming#blog-subscription-2>. Accessed: 19 Oct. 2020.

³¹ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 1593 (2005)*, para. 2.

³² PRE-TRIAL CHAMBER I. *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2014. para. 29.

³³ CRYER. The ICC and its Relationship to Non-States Parties, p. 270.

³⁴ BOSCHIERO, Nerina. The ICC Judicial Finding on Non-cooperation Against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593. *Journal of International Criminal Justice*, v. 13, n. 3, p. 625-653, 2015. p. 626.

³⁵ MUDUKUTI, Angela. The state of play in the al-Bashir saga. *Mail & Guardian Thought Leader*, 2015.

Following this event that gained worldwide attention, after holding hearings and considering submissions from South Africa, the Prosecutor of the ICC, Belgium, and the Southern Africa Litigation Centre (SALC) – the one who filed the urgent application before the High Court –, the PTC II, on 6 July 2017, issued a decision where it rejected South Africa’s argument that it had acted lawfully by respecting Bashir’s immunities over its ICC obligations and reaffirmed that South Africa had a duty to comply with the ICC’s request for the arrest and surrender of Al Bashir.³⁶ In this decision, the PTC II’s reasoning maintains the theory that it is the UN Security Council Resolution that triggered the jurisdiction of the ICC that removed Al Bashir’s immunities once it rendered Sudan in a situation analogous to a member state of the ICC,³⁷ whilst affirming to be “unable to identify a rule in customary international law that would exclude immunity for Heads of State when their arrest is sought for international crimes by another State, even when the arrest is sought on behalf of an international court, including, specifically, this Court.”³⁸

However, this was the majority’s ruling. In his minority opinion, Judge Marc Perrin de Brichambaut took a completely different route from the previous positions of the PTCs in explaining the issue. He signalled his disagreements with the majority decision by reasoning that in the “current state of the law” it is not possible to determine by solely relying on the legal effects of UN Security Council Resolution 1593 that it is either article 27(2) or article 98(1) of the Statute that is applicable between the Court, South Africa and Sudan in the matter of the compliance with the arrest warrants against Al Bashir.³⁹ In this regard, Judge Brichambaut argues that neither hypothesis, the one that considers Sudan in a

situation analogous to a state party to the Rome Statute or the one that defends that Bashir’s immunity was implicitly removed, can be firmly concluded. Moreover, the same is considered towards the argument that posits that it is already customary international law the notion that the involvement of an international court would affect the application of personal immunities.⁴⁰ The Judge inaugurates a line of reasoning stemming from the ICC, the combination of

[A] literal and contextual interpretation of article IV of the Genocide Convention, in conjunction with an assessment of the object and purpose of this treaty, [which can] lead to the conclusion that Omar Al-Bashir does not enjoy personal immunity, having been ‘charged’ with genocide within the meaning of article VI of the Genocide convention.⁴¹

The most recent discussion on the issue of Bashir’s immunity was in response to another official visit by Bashir – and probably the last, considering that on 11 April 2019 he was removed from office⁴² and is currently under military custody – to attend an Arab League Summit, this time to the Kingdom of Jordan. The PTC II, on 11 December 2017, released its finding of non-compliance with the ICC’s request to arrest and surrender Bashir. This decision maintained the majority’s contention from the previous finding that Bashir is not entitled to immunities due Security Council Resolution 1593’s imposition of the duties and obligations of the Rome Statute to Sudan, rendering it in a position analogous of a state party. It, again, reaffirmed that Jordan, as a member state of the ICC, violated its obligations towards the Court.⁴³ Notwithstanding, Jordan appealed this decision,⁴⁴ a move that opened the space for further

³⁶ METTRAUX, Guénaël; DUGARD, John; DU PLESSIS, Max. Heads of State Immunities, International Crimes and President Bashir’s Visit to South Africa. *International Criminal Law Review*, v. 18, n. 4, p. 577–622, 2018. p. 580.

³⁷ PRE-TRIAL CHAMBER II. *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2017, para 87; DU PLESSIS, Max; TLADI, Dire, The ICC’s immunity debate – the need for finality, *EJIL: Talk!*, Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-iccs-immunity-debate-the-need-for-finality/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

³⁸ PRE-TRIAL CHAMBER II. *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, para. 68.

³⁹ PRE-TRIAL CHAMBER II. *Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2017. para. 58.

⁴⁰ PRE-TRIAL CHAMBER II. *Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut*, ICC-02/05-01/09-302-Anx, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2017. para. 99.

⁴¹ PRE-TRIAL CHAMBER II. *Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut*, ICC-02/05-01/09-302-Anx, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2017. para. 100.

⁴² Sudan crisis: Ex-President Omar al-Bashir moved to prison, *BBC News*, 2019.

⁴³ PRE-TRIAL CHAMBER II. *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2017, para. 44. In light of this decision, again, Judge Brichambaut manifested his disagreement with the line of reason of the majority of PTC II and sustained his argument for a removal of Bashir’s immunity grounded on the Genocide Convention on a minority opinion. PRE-TRIAL CHAMBER II, *Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2017.

⁴⁴ APPEALS CHAMBER. *The Hashemite Kingdom of Jordan’s appeal against the “Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-*

discussions after four conflicting decisions by the chambers of the ICC on the matter of Bashir's immunities before the Court.⁴⁵

3.2 The Appeals Chamber Judgment on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Bashir

For the first time, the issue of whether Bashir's immunity would preclude him from proceedings before the ICC was to be before the Appeals Chamber (AC) of the ICC. From the beginning, the AC seemed to be taking a completely different approach from the PTCs. In the face of several controversies facing this case, the international law community, in general, welcomed the AC's decision to invite legal scholars to elaborate submissions in order to assist the Court in putting an end to this long-lasting debate that has been for the ICC a thorn in its side. This was the first time the ICC invited a large number of submissions by legal scholars, a move that resembled the practice of *ad hoc* tribunals, such as the ICTY and SCSL.⁴⁶

The decision of the AC demarcated the invitation to states parties and "Professors of International Law,"⁴⁷ who would request leave to submit their observations and some would be appointed *amicus curiae*.⁴⁸ There was a total of 11 observations as *amicus curiae* by scholars out of the 17 requests, besides submissions by the African Union and the League of Arab States and reactions to all these observations by Jordan and the Prosecution.⁴⁹

compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir", The Hague: International Criminal Court (ICC), 2018.

⁴⁵ AKANDE, Dapo. The Bashir Appeal at the ICC, *EJIL: Talk!*, Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-bashir-appeal-at-the-icc/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

⁴⁶ MAO, Xiao, The Function of Amicus Curiae Participation by Legal Scholars: The Al-Bashir Appeal Case at the International Criminal Court as an Illustration, *Chinese Journal of International Law*, v. 18, n. 2, p. 393–424, 2019, p. 394.

⁴⁷ APPEALS CHAMBER. *Order inviting expressions of interest as amici curiae in judicial proceedings (pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence)*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2018. para. 4.

⁴⁸ NOUWEN, Sarah M.H., RETURN TO SENDER: LET THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE JUSTIFY OR QUALIFY INTERNATIONAL-CRIMINAL-COURT EXCEPTIONALISM REGARDING PERSONAL IMMUNITIES, *The Cambridge Law Journal*, v. 78, n. 3, p. 596–611, 2019, p. 603.

⁴⁹ The list of requests and submissions can be found through the ICC's website research tool: <https://www.icc-cpi.int/Pages/search->

The result was dozens of legal opinions and a week of spectacular hearings, streamed online, in which in addition to the strong teams representing Jordan, the African Union, and the League of Arab States, 16 law professors, including the crème de la crème of the field, gave their (widely diverging) views on the questions presented to them.⁵⁰

The AC gave its decision on Jordan's appeal on 6 May 2019. Through a line of reasoning that surprised many observers of the Court, the AC gave its final statement on the issue of Jordan's non-compliance with the ICC's arrest warrants by returning to the arguments sustained in the Malawi decision.⁵¹ The Chamber was unanimous in asserting that "Jordan had failed to comply with its obligations under the Statute by not executing the Court's request for the arrest of Mr Al-Bashir and his surrender to the Court while he was on Jordanian territory."⁵² On the matter of the position of Sudan before the ICC, it considered that UN Security Council Resolution left the country in an analogous condition to that of a state party,⁵³ sticking to the idea of the horizontal effect of the Security Council referral and dropping the argument of the implicit waiver of immunity.

The AC concluded that "[t]here is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law vis-à-vis an international court." The Chamber verified the opposite. There has never existed a customary international law that established that such immunities would serve as an impediment to the exercise of jurisdiction of an international court.⁵⁴ Furthermore, the Chamber adds that this finding also serves the purpose

results.aspx

⁵⁰ NOUWEN, RETURN TO SENDER, p. 603–604.

⁵¹ KJELDGAARD-PEDERSEN. Is the Quality of the ICC's Legal Reasoning an Obstacle to Its Ability to Deter International Crimes?

⁵² APPEALS CHAMBER. *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, The Hague: International Criminal Court (ICC), 2019, para. 215. Nevertheless, the AC ruled by majority on the issue of the referral to the Assembly of States Parties and UN Security Council, deeming the decision of the PTC erroneous. For more on this issue, see MUDUKUTI, Angela, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *American Journal of International Law*, v. 114, n. 1, p. 103–109, 2020; WEATHERALL, Thomas, Prosecutor v. Omar Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir Appeal (Int'l Crim. Ct.), *International Legal Materials*, v. 58, n. 6, p. 1177–1233, 2019; APPEALS CHAMBER, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*.

⁵³ MUDUKUTI, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, p. 105.

⁵⁴ APPEALS CHAMBER. *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, para. 1.

of covering the horizontal relationship between states when the request to arrest and surrender is made by an international court⁵⁵ which leaves no margin for interpreting Article 27(2) in a way that allows a state party to invoke immunities “in the horizontal relationship if the Court were to ask for the arrest and surrender of the Head of State by making a request to that effect to another State Party.”⁵⁶

Regardless of the very open approach of receiving outside submissions to improve the debate and help in finding a solution for the matter at hand before reaching a decision, the AC ruling faced severe criticism⁵⁷ for repeating previous positions of the PTC, for continuously dismissing member states’ arguments, and mostly for its somewhat incoherent treatment of customary international law.⁵⁸

3.3 Developments in reaction to the ICC’s rulings on Bashir’s immunity

This position of the ICC of not engaging or even dismissing member states’ and other actor’s arguments and requests has been a widely worked topic⁵⁹ and can be quite damaging for the Court, considering that its rejection of a productive engagement creates the space for some unfounded critiques and contestation to receive more credit than they are due. Some member states

have been from a long time requesting that the chambers of the Court give a clear explanation on the relationship between articles 27(2) and 98(1) and, as seen in the listed criticisms to both the PTCs’ and AC’s rulings, so far, no decision has given a satisfactory elucidation. This dissatisfaction has been voiced by several African states, which have joined forces under the scope of the African Union (AU) in order to present a united front before the ICC.

Throughout the years, these African states have made different kinds of requests to the ICC and the UN Security Council that range from demands for clarification regarding the interpretation of specific norms to solicitations to the Court to suspend the case against Bashir. Most of those pleas, regardless of whether they have a grounding or not, were never even heard by any of those institutions.⁶⁰ For the purposes of this article, we are engaging only with the oppositions voiced concerning the Al Bashir Case and its ramifications. Nevertheless, it is essential to note that the position of the AU does not mean a general alignment contrary to any trial against African leaders. The regional organization does not stand as opposition in situations where the state has waived its immunities, allowing the Court to have jurisdiction over its nationals, be it a high-ranking official or not, as was the case with the situations of the DRC, the Central African Republic (CAR), Uganda and the Ivory Coast in the ICC. In general, these countries are opposed to processes against sitting heads of state,⁶¹ something that was made clear in the drafting of the Malabo Protocol, in particular in cases referred by the Security Council, for it involves states not parties to the Court.

Since the PTC I released the arrest warrants against Bashir, there has been a constant demonstration from member states, more specifically AU members, and also some countries of the League of Arab Nations, stating that they disagree with the legal reasoning stemming from the ICC’s chambers. Asserting that they could no longer remain in the Court due to conflicting obligations, some states took their grievances one step ahead and announced their denunciation of the Rome Statute.

⁵⁵ APPEALS CHAMBER. *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, para. 2.

⁵⁶ APPEALS CHAMBER. *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, para. 4.

⁵⁷ For the critiques on the AC’s decision of 6 May 2019, see AKANDE, Dapo, ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals, *EJIL: Talk!*, Available at: <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/>. Accessed: 19 Oct. 2020; JACOBS, Dov, You have just entered Narnia: ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir case, *Spreading the Jam*, Available at: <https://dovjacobs.com/2019/05/06/you-have-just-entered-narnia-icc-appeals-chamber-adopts-the-worst-possible-solution-on-immunities-in-the-bashir-case/>. Accessed: 19 Oct. 2020; BATROS, Ben, A Confusing ICC Appeals Judgment on Head of State Immunity, *Just Security*, Available at: <https://www.justsecurity.org/63962/a-confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

⁵⁸ KJELDGAARD-PEDERSEN. Is the Quality of the ICC’s Legal Reasoning an Obstacle to Its Ability to Deter International Crimes?

⁵⁹ See, for example, NOUWEN, S. M. H.; WERNER, W. G., Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 941–965, 2010.

⁶⁰ MURUNGI, Phoebe, 10 Years of the International Criminal Court (ICC): The Court, Africa, The United Nations Security Council (UNSC) and Article 16 of the Rome Statute, *SSRN Electronic Journal*, 2012.

⁶¹ AKANDE, Dapo. The African Union, the ICC and Universal Jurisdiction: Some Recent Developments, *EJIL: Talk!*, Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-african-union-the-icc-and-universal-jurisdiction-some-recent-developments/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

The first move was made by South Africa, on 21 June 2016, by delivering an official communication declaring its withdrawal. However, the notice was later retreated because, in a domestic process, it was considered that it did not fulfil the necessary rites for denouncing a treaty.⁶² Soon after South Africa delivered its notification, Burundi followed suit, but it did so after having a vote in its parliament getting 94 positive votes out of the 110 members of parliament. Still, in the same year, the Gambia publicly stated its intention leave the ICC and even sent its notification but rescinded it later. Even though there is a general argument justifying these withdrawals, the precise trigger for these departures remains not known.⁶³

After being delayed a couple of times, on 31 January 2017, in the AU summit, its member states developed a “Withdrawal Strategy,”⁶⁴ something that had been in the talks for some time. This strategy for withdrawal is “purposefully weak,” considering the adopted vocabulary, and had many reservations to its text – either to the entire project or to some of its paragraphs. Mark Kersten posits that this document does not even make a call for a mass withdrawal of states from the ICC and, in this sense, should be read more as a “reasonable list of possible reforms to the Rome Statute and to the Court [...] [that] should be taken seriously and continue to be debated,” than a pledge for denouncing the Rome Statute.⁶⁵

In the following year, the AU summit came up with another policy towards the ICC. This time, its proposal had a very constructive tone. The AU announced that “it would seek, through the UN General Assembly, an advisory opinion from the International Court of Justice (ICJ) on the question of immunity,”⁶⁶ a proposal

that had been mentioned years before in the AU 2012 summit.⁶⁷ The same summit also decided to propose a declaratory/interpretive clarification from the ICC Assembly of States Parties on the relationship between articles 27 and 98.⁶⁸

The relationship of the Court with states and organisations have resulted in fiery conflicts due to the very nature of the object of discussion, which is their duties and obligations. Nevertheless, legal scholars and practitioners, as can be seen by some excerpts in the previous section, also have shared their discontentment towards the positions adopted by the Court and were ‘attacked’ for doing so, a reaction that clearly shows that, even though the ICC presents itself as an open institution, inviting observations and comments on its current proceedings, it still has trouble dealing with the criticism it receives.

An episode that paints this picture very well took place in the days following the AC’s ruling on Jordan’s non-compliance. Given the amount of scrutiny and disapproving comments regarding this decision, it was posted on the ICC’s website a Q&A on the AC’s 6 May 2019 Judgement that besides repeating the Chamber’s arguments (and making a confusion regarding some points while doing so⁶⁹), launches an attack on the critics of the “blogosphere,” which we might add is a group composed by some of the most esteemed international criminal law professors. The text reads:

In the era of social media, it is hoped that observers would properly study the Court’s judgments and decisions before rushing to comment on them. Hastily made comments, particularly when made before the commentator has even read the judgment in question, will fail to appreciate the totality and nuances of the Court’s reasoning, and may wholly misrepresent the decision or judgment. At the same time, those first comments appearing on

⁶² For more on South Africa and its decision to remain or not on the ICC, see PILLAY, Navi; GOLDSTONE, Richard; KERSTEN, Mark, A Graceful Exit for South Africa’s ICC Withdrawal Plans, *Justice in Conflict*, Available at: <https://justiceinconflict.org/2018/09/10/a-graceful-exit-for-south-africas-icc-withdrawal-plans/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

⁶³ LABUDA, Patryk I. The African Union’s Collective Withdrawal from the ICC: Does Bad Law make for Good Politics?, *EJIL: Talk!*, Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-african-unions-collective-withdrawal-from-the-icc-does-bad-law-make-for-good-politics/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

⁶⁴ AFRICAN UNION (AU). *Withdrawal Strategy Document*, Addis Ababa: African Union (AU), 2017.

⁶⁵ KERSTEN, Mark. Not All it’s Cracked Up to Be – The African Union’s “ICC Withdrawal Strategy”, *Justice in Conflict*, Available at: <https://justiceinconflict.org/2017/02/06/not-all-its-cracked-up-to-be-the-african-unions-icc-withdrawal-strategy/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

⁶⁶ REINOLD, Theresa. *African Union v International Criminal*

Court: episode MLXIII (?), *EJIL: Talk!*, Available at: <https://www.ejiltalk.org/african-union-v-international-criminal-court-episode-mlxiii/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

⁶⁷ AKANDE, Dapo. The African Union’s Response to the ICC’s Decisions on Bashir’s Immunity: Will the ICJ Get Another Immunity Case?, *EJIL: Talk!*, Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-african-unions-response-to-the-iccs-decisions-on-bashirs-immunity-will-the-icj-get-another-immunity-case/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

⁶⁸ AFRICAN UNION (AU). *Decision on the International Criminal Court*, Addis Ababa: [s.n.], 2018.

⁶⁹ In its discussion, the Q&A comes back to the argument that the ICJ’s *Arrest Warrant Case* is a defining pronouncement on the inexistence of immunities before international criminal courts. An interpretation that has been repeatedly reaffirmed by scholars in the field to be misleading. On these confusions furthered by the Q&A, see NOUWEN, RETURN TO SENDER, p. 609.

social media frequently tend to dominate the ensuing discussion as they are tweeted and retweeted, regardless of their accuracy.

Lawyers engaging in public commentary should exercise particular caution and remain mindful of the cardinal principles that guide the conduct of lawyers, including that of honesty, integrity and fairness. This principle adequately covers the need to be fair when criticising courts and judges. Notably, the rules of professional ethics in most legal systems impose special caution on criticism of judges and courts, not because it is wrong to criticise them, but because they are generally not in a position to respond to specific criticisms. It does not mean that judges and courts may not be criticised. It only means that they be criticised fairly. There is an ethical obligation to reflect facts and circumstances accurately and fairly. It is not enough to engage in convenient repeat of the commentaries of others, who may not have been fair to begin with.⁷⁰

This very defensive reaction of the Court⁷¹ in this anonymous Q&A does no good to the already damaged perception of the Court. Besides deeming itself as the authority into what counts as good criticism, there is a “lack of self-reflection” by the Court “coupled with a disdain for those who disagreed with the decision,” phrasing it in a way that almost states that whoever did not agree with the decision, did so because they did not understand.⁷² If the procedural and legal issues were not matters of divergence enough, with this document, the Court puts itself in a position that it might not be able to afford.

4 The rulings from the ICC and the different forms of contestation

There are different ways of engaging in actions of contestation concerning international courts and, in the recent years, in respect to a wide variety of courts, there

has been intense growth in the practices of contestation that are directed at them.⁷³ With a careful look at the different engagements with the ICC by external actors, it is possible to identify different contestation practices. For what is envisaged by this article, it is vital to be able to differentiate between certain forms of contestation so that we can evaluate what triggered them.

The way that actors outside the ICC react to its rulings or other decisions regarding immunities, as seen, has ranged from warnings of intent to withdraw (or even actual withdrawal) to requests for further clarification of specific legal definitions and redaction of legal arguments. Even though there is a wide array of possible responses that challenge the Court, they do not have the same intent or reason for action. In general, these practices of contestation can take two forms: the ones that engage with a specific case law attempting to have any sort of influence over it; and those that are of a more abnormal kind that are not part of the regular process of international law. Each form of contestation has a different intention, whilst the first takes place considering all the workings and constraints of the system, the last manoeuvres through these limitations seeking to overturn this system.⁷⁴

Actions such as participating in a debate on the legal underpinnings that sustain the (in)existence of a right to claim immunity by Bashir, redacting a scholarly piece to substantiate an interpretation regarding the applicability of personal immunities in cases before of international courts or other ways of presenting a particular view on a conflict between two rules in force, are all part of the ordinary kind of contestation. Within this category are the frequent disagreements and disputes over the content, application and interpretation of a legal rule, a necessary process in a wholesome dynamic. In this sense, this kind of contestation is a constant process in the field of international law. It can have different degrees, being either a dispute over the interpretation of a single norm or a challenge to an entire body of law. This pattern of contestation can be characterised as *pushback*, and it takes place in legal journals, professional and institutional meetings, public and political discussions,

⁷⁰ *Question and Answers - Q&A REGARDING APPEALS CHAMBER'S 6 MAY 2019 JUDGMENT IN THE JORDAN REFERRAL RE AL-BASHIR APPEAL*, International Criminal Court (ICC), Available at: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/190515-al-bashir-qa-eng.pdf>. Accessed: 19 Oct. 2020.

⁷¹ Since it was not made public which organ of the ICC published the document, we will reference it as the Court.

⁷² JACOBS, Dov, Q&A regarding the “Q&A REGARDING APPEALS CHAMBER'S 6 MAY 2019 JUDGMENT IN THE JORDAN REFERRAL RE AL-BASHIR APPEAL”, *Spreading the Jam*, Available at: <https://dovjacobs.com/2019/05/17/qa-regarding-the-qa-regarding-appeals-chambers-6-may-2019-judgment-in-the-jordan-referral-re-al-bashir-appeal/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

⁷³ KRISCH, Nico, *The Backlash against International Courts*, *Völkerrechtsblog*, Available at: <https://voelkerrechtsblog.org/articles/the-backlash-against-international-courts/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

⁷⁴ MADSEN; CEBULAK; WIEBUSCH, *Backlash against international courts*, p. 202–203.

among others.⁷⁵ In the events narrated in the previous sections, such type of contestation could be seen taking place when the AC opens the space and invite academics and actors from the political field like international organisations to present their different arguments on the matter, in discussions being held at the ICC's ASP and also with the vast array of academic commentary to the Court's rulings.

Notwithstanding, there is another kind of possible reactions to international courts. *Backlash* would be the form of contestation which is extraordinary. Whilst the other pattern of contestation is making a direct engagement with the law, this one targets the institution and its authority and tries to undermine it. The goal with this type of action is to have a more profound impact of changing or shutting an international court. Differently from the case of *pushbacks* that can be triggered by a decision on a legal case, this form of contestation is the choice in situations of considerable social and political inequalities that require extraordinary measures to fix it.⁷⁶ This form of contestation is usually undertaken by a group of actors. Amongst this type of actions, then, would be the ones that get to a more extreme nature like consistent non-compliance and (the threat of) withdrawals as one of its last resorts. The very case that is the central object of analysis of the current piece takes place due to a sequence of practices of *backlash*. It may be argued that in the beginning it did not consist of a deliberated effort by these actors. Even though they were actions associated with this second category of contestation, the states engaging in practices of non-compliance did so because they had a particular interpretation regarding the matters of the Case, not the work of the institution.

Hereupon, it is also possible to see how measures that are more frequently associated as practices of pushback can become something more extensive if the Court does not deal with them appropriately. As for the matter at hand, this process can be seen regarding the different groups of actors in the field of international criminal law. As seen, states were the ones that took the

responses of the ICC harder and for quite a while transformed their lonesome initiatives into a concerted endeavour that sought to call the attention of the Court.

By analysing the Al Bashir Case in the ICC through these concepts of backlash and pushback, it is possible to establish a correlation between each type of contestation and the action of the Court that triggered it. When the Chambers of the ICC seek explanations from member states for their non-compliance with its arrest warrants and opens the Court to host discussions over a problematic issue in a case, even though there is still contestation – for it is the ordinary process of the law – it is the welcomed kind. The Court should expect actors to engage in practices of pushback and not take it in the wrong way. This demonstrates the willingness of these actors to find, by positing the different interpretations, a common ground with the Court in a way to solve the disputed matter. The option of not engaging with the arguments coming from outside the court when giving its rulings, by placing itself as the final authority on the matter and having reactions such as the one seen in the Q&A, however, mobilise these actors to engage in the forms of contestation that a Court should not want. Backlashes are the type of contestation triggered by perceptions that there is more chance of engaging in fruitful discussions. It is the reaction of those who no longer believe that the Court is still able to achieve its purposes. Moreover, it is possible to find such arguments concerning the ICC.

In this sense, the Court should consider that the practices of contestation that surround its workings are triggered by the very postures that it chooses to assume. The defensive way the ICC has worked in ruling the issue of Bashir's immunities has triggered both actions of pushback and backlashes, and the latter has gained a fairground. The result in that its authority and legitimacy have been negatively impacted, chaining processes that undermine the realisation of its very purpose: international justice.

5 Conclusion

From the presentation of the events pertaining to the Al Bashir Case in the ICC, we can notice that throughout the last ten years the contestations against the Court have taken more massive proportions. The cons-

⁷⁵ MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 197–220, 2018. p. 202–203.

⁷⁶ MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 197–220, 2018. p. 202–203.

tant shifting of rationale in the rulings and the lack of engagement by them with the issues posed by the actors had the effect of fraying and wearing an already complicated relationship. Moreover, as acknowledged by many authors, it is not only concerning African states but a broader group that includes not only other states but also organisations and other categories of actors of the international criminal law community.

This dynamic which was a constant throughout the Al Bashir Case seemed to have reached a peak with the ruling of the AC on Jordan's non-cooperation with arresting and surrendering Bashir to the Court. In spite the fact that both Court and external actors expected to have some closure in the issue of heads of state immunity before international criminal courts, finally giving a decisive answer to the Court's rationale for purporting its position that Bashir is not entitled to immunities concerning this case, the result was the opposite. By making the grand gesture of proposing a debate with the key figures of the field of international criminal law, the AC had signalled its openness to traverse uncharted waters taking into consideration the different possibilities of analysing the (in)existence of Bashir's immunity. However, what came out of this situation was that the Court perceives "itself as 'an international court acting on behalf of the international community' with powers [to] override customary rules on immunities accruing to senior officials of third States"⁷⁷ and has no willingness to inaugurate or participate in a more meaningful debate that accommodates pushbacks as a wholesome and very much an intrinsic part of international law.

Per the analysis of the contestation in the Al Bashir Case, it was possible to recognise that these practices of pushback, when not met halfway, tend to be short-lived and quickly escalate towards a backlash that is way more detrimental to any international court than the alternative, which is engaging with the constructive kind of criticism. Since the ICC has chosen to take the most challenging path, it now faces a very delicate moment in its history dealing with practices of backlash that extrapolate the situation narrated and analysed in this piece.

As for the Al Bashir Case, it is still open whether we will see much closure. Since he was ousted from power in 2019, there have been reports that the current gover-

ment of Sudan would allow the ICC to try Bashir.⁷⁸ Nevertheless, whether this will take place or not has little significance to the international law of immunities. Notwithstanding, we can retrieve an opportunity out of this situation, which is to make a debate that became all about Bashir be turned into a discussion on the relationship between articles 27 and 98 of the Rome Statute, customary international law and the UN Security Council *per se*. This can improve the quality of this dialogue significantly since it will no longer bear the burden of being associated with defending or "protecting evil."⁷⁹

Another implication of Bashir no longer being in office is that we do not know whether the AU is still interested in seeking an opinion from the ICJ. The Advisory Opinion can still be an excellent chance to have the ICJ delve further into its affirmation, explaining "what exactly it meant when it suggested that the ordinarily applicable international law on immunities need not be an obstacle 'before certain international criminal courts, where they have jurisdiction,'" that has been already used by two international criminal courts (and, for that matter, of different natures⁸⁰) that "have built a structure of case law on this one obiter comment, which it seems unable to support."⁸¹

⁷⁸ Although many jumped to the conclusion that Bashir would be sent by Sudan to The Hague to stand trial, it was never totally clear what the government of Sudan meant by having him "appear" before the ICC. While some even contemplated that the government meant having a trial *in loco*, we need to wait and see what the next steps will be. For more on this topic, see DEFALCO, Randle, Sudan Announces Intention to Send al-Bashir to the ICC (Kind of), *Just Security*, Available at: <https://www.justsecurity.org/68643/sudan-announces-intention-to-have-al-bashir-and-others-appear-before-the-icc/>. Accessed: 20 Oct. 2020; KERSTEN, Mark, Sudan's Omar al-Bashir may finally face justice for Darfur. But the work is not yet done, *Justice in Conflict*, Available at: <https://justiceinconflict.org/2020/02/21/sudans-omar-al-bashir-may-finally-face-justice-for-darfur-but-the-work-is-not-yet-done/>. Accessed: 20 Oct. 2020.

⁷⁹ TLADI, Dire. Sudan Agrees to Send Al Bashir to the ICC: What Now for the Law?, *Opinio Juris*, Available at: <http://opiniojuris.org/2020/02/12/sudan-agrees-to-send-al-bashir-to-the-icc-what-now-for-the-law/>. Accessed: 20 Oct. 2020.

⁸⁰ While both were established by treaties, the ICC has universal membership in the sense that any state can join and be subjected to its jurisdiction while the SCSL originated from a bilateral agreement between the UN and the government of Sierra Leone.

⁸¹ NOUWEN, RETURN TO SENDER. For an argument against the idea of requesting and Advisory Opinion for the ICJ on the matter of immunities, see HAQUE, Adil Ahmad, Head of State Immunity is Too Important for the International Court, *Just Security*, Available at: <https://www.justsecurity.org/68801/head-of-state-immunity-is-too-important-for-the-international-court-of-justice/>. Accessed: 20 Oct. 2020.

⁷⁷ KJELDGAARD-PEDERSEN. Is the Quality of the ICC's Legal Reasoning an Obstacle to Its Ability to Deter International Crimes?

This means we believe that a positive undertaking by the ICC and the external actors that navigate on the field of international criminal law would be not to stop the processes which are currently in progress. Keeping the discussion on immunities before international criminal tribunals and maintaining the goal of having the ICJ issue an opinion on the topic can be very fruitful and also help to have matters clear in case it arises in a new situation. For the ICC, this can also be an important demonstration of its commitment and help mend the broken relationship it has with some states, organisations and even scholars.

References

- AFRICAN UNION (AU). *Decision on the International Criminal Court*. Addis Ababa: [s.n.], 2018.
- AFRICAN UNION (AU). *Withdrawal Strategy Document*. Addis Ababa: African Union (AU), 2017.
- AKANDE, D. The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities. *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 2, p. 333–352, 2009.
- AKANDE, Dapo. ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals. *EJIL: Talk!* Available at: <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- AKANDE, Dapo. ICC Issues Detailed Decision on Bashir's Immunity (. . . At long Last . . .) But Gets the Law Wrong. *EJIL: Talk!* Available at: <https://www.ejiltalk.org/icc-issues-detailed-decision-on-bashir's-immunity-at-long-last-but-gets-the-law-wrong/>. Accessed: 18 oct. 2020.
- AKANDE, Dapo. The African Union, the ICC and Universal Jurisdiction: Some Recent Developments. *EJIL: Talk!* Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-african-union-the-icc-and-universal-jurisdiction-some-recent-developments/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- AKANDE, Dapo. The African Union's Response to the ICC's Decisions on Bashir's Immunity: Will the ICJ Get Another Immunity Case? *EJIL: Talk!* Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-african-unions-response-to-the-iccs-decisions-on-bashirs-immunity-will-the-icj-get-another-immunity-case/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- AKANDE, Dapo. The Bashir Appeal at the ICC. *EJIL: Talk!* Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-bashir-appeal-at-the-icc/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- AKANDE, Dapo. The Immunity of Heads of States of Nonparties in the Early Years of the ICC. *AJIL Unbound*, v. 112, p. 172–176, 2018.
- AKANDE, Dapo. Who Is Obligated to Arrest Bashir? *EJIL: Talk!* Available at: <http://www.ejiltalk.org/the-african-union-the-icc-and-universal-jurisdiction-some-recent-developments/>. Accessed: 5 Aug. 2020.
- ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, p. 516–541, 2016.
- APPEALS CHAMBER. *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2019.
- APPEALS CHAMBER. *Order inviting expressions of interest as amici curiae in judicial proceedings (pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence)*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2018.
- APPEALS CHAMBER. *Prosecutor v. Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*. Freetown: Special Court for Sierra Leone (SCSL), 2004.
- APPEALS CHAMBER. *Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*. The Hague: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 1997.
- APPEALS CHAMBER. *The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir"*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2018.
- BASSIOUNI, M. Cherif. UNIVERSAL JURISDICTION UNREVISITED: THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE DECISION IN CASE CONCERNING THE ARREST WARRANT OF 11 APRIL 2000 (DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO V BELGIUM). *The Palestine Yearbook of International Law*, v. 12, n. 1, p. 27–48, 2002.

- BATROS, Ben. A Confusing ICC Appeals Judgment on Head of State Immunity. *Just Security*. Available at: <https://www.justsecurity.org/63962/a-confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- BOISTER, N. The ICJ in the Belgian Arrest Warrant Case: Arresting the Development of International Criminal Law. *Journal of Conflict and Security Law*, v. 7, n. 2, p. 293–314, 2002.
- BOSCHIERO, Nerina. The ICC Judicial Finding on Non-cooperation Against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593. *Journal of International Criminal Justice*, v. 13, n. 3, p. 625–653, 2015.
- CRYER, Robert. Prosecuting the Leaders: Promises, Politics and Practicalities. *Goettingen Journal of International Law*, 2009.
- CRYER, Robert. The ICC and its Relationship to Non-States Parties. In: STAHN, Carsten (org.). *The law and practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 260–280.
- DEFALCO, Randle. Sudan Announces Intention to Send al-Bashir to the ICC (Kind of). *Just Security*. Available at: <https://www.justsecurity.org/68643/sudan-announces-intention-to-have-al-bashir-and-others-appear-before-the-icc/>. Accessed: 20 Oct. 2020.
- DU PLESSIS, Max; TLADI, Dire. The ICC's immunity debate – the need for finality. *EJIL: Talk!* Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-iccs-immunity-debate-the-need-for-finality/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- GAETA, P. Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest? *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 2, p. 315–332, 2009.
- GIANNINI, Luisa; YAMATO, Roberto Vilchez; MARCONI, Claudia Alvarenga. Ruling through the International Criminal Court's rules. *Carta Internacional*, v. 14, n. 1, p. 177–201, 2019.
- GONZÁLEZ-RUIZ, Cristián D.; MIJARES, Víctor M. Los fuertes hacen lo que quieren: exponiendo los límites de la Corte Penal Internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 1, 2020.
- HAQUE, Adil Ahmad. Head of State Immunity is Too Important for the International Court. *Just Security*. Available at: <https://www.justsecurity.org/68801/head-of-state-immunity-is-too-important-for-the-international-court-of-justice/>. Accessed: 20 Oct. 2020.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. The Hague. 2012. (I.C.J. Reports 2012).
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. The Hague: International Court of Justice (ICJ), 2002. (I.C.J. Reports 2002).
- JACOBS, Dov. A Sad Hommage to Antonio Cassese: The ICC's confused pronouncements on State Compliance and Head of State Immunity. *Spreading the Jam*. Available at: https://dovjacobs.com/2011/12/15/a-sad-hommage-to-antonio-cassese-the-iccs-confused-pronouncements-on-state-compliance-and-head-of-state-immunity/?blogsub=confirming#blog_subscription-2. Accessed: 19 Oct. 2020.
- JACOBS, Dov. Q&A regarding the “Q&A REGARDING APPEALS CHAMBER'S 6 MAY 2019 JUDGMENT IN THE JORDAN REFERRAL RE AL-BASHIR APPEAL”. *Spreading the Jam*. Available at: <https://dovjacobs.com/2019/05/17/qa-regarding-the-qa-regarding-appeals-chambers-6-may-2019-judgment-in-the-jordan-referral-re-al-bashir-appeal/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- JACOBS, Dov. The Frog that Wanted to Be an Ox: The ICC's Approach to Immunities and Cooperation. In: STAHN, Carsten (org.). *The law and practice of the International Criminal Court*. First edition. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 281–304.
- JACOBS, Dov. You have just entered Narnia: ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir case. *Spreading the Jam*. Available at: <https://dovjacobs.com/2019/05/06/you-have-just-entered-narnia-icc-appeals-chamber-adopts-the-worst-possible-solution-on-immunities-in-the-bashir-case/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. A imunidade de jurisdição das Organizações Internacionais face ao direito de acesso à justiça. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, 2017.
- KERSTEN, Mark. Not All it's Cracked Up to Be – The African Union's “ICC Withdrawal Strategy”. *Justice in Conflict*. Available at: <https://justiceinconflict.org/2017/02/06/not-all-its-cracked-up-to-be-the-icc-withdrawal-strategy/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

- african-unions-icc-withdrawal-strategy/. Accessed: 19 Oct. 2020.
- KERSTEN, Mark. Sudan's Omar al-Bashir may finally face justice for Darfur. But the work is not yet done. *Justice in Conflict*. Available at: <https://justiceinconflict.org/2020/02/21/sudans-omar-al-bashir-may-finally-face-justice-for-darfur-but-the-work-is-not-yet-done/>. Accessed: 20 Oct. 2020.
- KJELDGAARD-PEDERSEN, Astrid. Is the Quality of the ICC's Legal Reasoning an Obstacle to Its Ability to Deter International Crimes? *iCourts Working Paper Series*, n. 191, 2020. Available at: <https://www.ssrn.com/abstract=3570447>. Accessed: 18 Oct. 2020.
- KRISCH, Nico. The Backlash against International Courts. *Völkerrechtsblog*. Available at: <https://voelkerrechtsblog.org/articles/the-backlash-against-international-courts/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- LABUDA, Patryk I. The African Union's Collective Withdrawal from the ICC: Does Bad Law make for Good Politics? *EJIL: Talk!* Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-african-unions-collective-withdrawal-from-the-icc-does-bad-law-make-for-good-politics/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- LARA ABREU, Patrícia Maria; BASTOS RAPOSO, Rodrigo. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil pela prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. *Revista de Direito Internacional*, v. 11, n. 2, 2015.
- MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 2, p. 197–220, 2018.
- MAO, Xiao. The Function of Amicus Curiae Participation by Legal Scholars: The Al-Bashir Appeal Case at the International Criminal Court as an Illustration. *Chinese Journal of International Law*, v. 18, n. 2, p. 393–424, 2019.
- METTRAUX, Guénaél; DUGARD, John; DU PLESSIS, Max. Heads of State Immunities, International Crimes and President Bashir's Visit to South Africa. *International Criminal Law Review*, v. 18, n. 4, p. 577–622, 2018.
- MUDUKUTI, Angela. Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 1, p. 103–109, 2020.
- MUDUKUTI, Angela. The state of play in the al-Bashir saga. *Mail & Guardian Thought Leader*, 2015. Available at: <https://thoughtleader.co.za/southernafricalitigation-centre/2015/09/21/the-state-of-play-in-the-al-bashir-saga/>. Accessed: 12 Oct. 2020.
- MURUNGI, Phoebe. 10 Years of the International Criminal Court (ICC): The Court, Africa, The United Nations Security Council (UNSC) and Article 16 of the Rome Statute. *SSRN Electronic Journal*, 2012. Available at: <http://www.ssrn.com/abstract=2169819>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- NOUWEN, S. M. H.; WERNER, W. G. Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 941–965, 2010.
- NOUWEN, Sarah M.H. RETURN TO SENDER: LET THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE JUSTIFY OR QUALIFY INTERNATIONAL-CRIMINAL-COURT EXCEPTIONALISM REGARDING PERSONAL IMMUNITIES. *The Cambridge Law Journal*, v. 78, n. 3, p. 596–611, 2019.
- OOSTHUIZEN, Gabriël H. Some Preliminary Remarks on the Relationship Between the Envisaged International Criminal Court and the UN Security Council. *Netherlands International Law Review*, v. 46, n. 03, p. 313, 1999.
- PAPILLON, Sophie. Has the United Nations Security Council Implicitly Removed Al Bashir's Immunity? *International Criminal Law Review*, v. 10, n. 2, p. 275–288, 2010.
- PEDRETTI, Ramona. *Immunity of heads of state and state officials for international crimes*. Leiden ; Boston: Brill Nijhoff, 2015.
- PILLAY, Navi; GOLDSTONE, Richard; KERSTEN, Mark. A Graceful Exit for South Africa's ICC Withdrawal Plans. *Justice in Conflict*. Available at: <https://justiceinconflict.org/2018/09/10/a-graceful-exit-for-south-africas-icc-withdrawal-plans/>. Accessed: 19 Oct. 2020.
- PRE-TRIAL CHAMBER I. *Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and*

Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2011.

PRE-TRIAL CHAMBER I. *Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's presence in the territory of the Republic of Kenya*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2010.

PRE-TRIAL CHAMBER I. *Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to Djibouti*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2011.

PRE-TRIAL CHAMBER I. *Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to the Republic of Chad*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2010.

PRE-TRIAL CHAMBER I. *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2014.

PRE-TRIAL CHAMBER I. *Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2011.

PRE-TRIAL CHAMBER I. *Warrant of Arrest for Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2011.

PRE-TRIAL CHAMBER II. *Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2011.

PRE-TRIAL CHAMBER II. *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2017.

PRE-TRIAL CHAMBER II. *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2017.

PRE-TRIAL CHAMBER II. *Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2017.

PRE-TRIAL CHAMBER II. *Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2017.

Question and Answers - Q&A REGARDING APPEALS CHAMBER'S 6 MAY 2019 JUDGMENT IN THE JORDAN REFERRAL RE AL-BASHIR APPEAL. International Criminal Court (ICC). Available at: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/190515-al-bashir-qa-eng.pdf>. Accessed: 19 Oct. 2020.

REINOLD, Theresa. African Union v International Criminal Court: episode MLXIII (?). *EJIL: Talk!* Available at: <https://www.ejiltalk.org/african-union-v-international-criminal-court-episode-mlxiii/>. Accessed: 19 Oct. 2020.

Rome Statute of the International Criminal Court. Rome: [s.n.], 1998.

Sudan crisis: Ex-President Omar al-Bashir moved to prison. *BBC News*, 2019. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-africa-47961424>. Accessed: 19 Oct. 2020.

SCHABAS, William A. The Special Tribunal for Lebanon: Is a 'Tribunal of an International Character' Equivalent to an 'International Criminal Court'? *Leiden Journal of International Law*, v. 21, n. 2, p. 513–528, 2008.

SWART, Mia. The African Pinochet? Universal Jurisdiction and the Habré Case. In: WEILL, Sharon; SEELINGER, Kim Thuy; CARLSON, Kerstin Bree (org.). *The President on Trial: Prosecuting Hissène Habré*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 406–415.

TLADI, D. The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98. *Journal of International Criminal Justice*, v. 11, n. 1, p. 199–221, 2013.

TLADI, Dire. Sudan Agrees to Send Al Bashir to the ICC: What Now for the Law? *Opinio Juris*. Available at: <http://opiniojuris.org/2020/02/12/sudan-agrees-to-send-al-bashir-to-the-icc-what-now-for-the-law/>. Accessed: 20 Oct. 2020.

TRIAL CHAMBER. *In re Radovan Karadžić, Ratko Mladić and Mićo Stanišić, Decision in the Matter of a Proposal for a Formal Request for Deferral to the Competence of the Tribunal Addressed to the Republic of Bosnia and Herzegovina*. The

Hague: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 1995.

TRIAL CHAMBER. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Decision on Preliminary Motions*. The Hague: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2001.

TRIAL CHAMBER V. *Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta*. The Hague: International Criminal Court (ICC), 2015.

TRIFFTERER, Otto; BURCHARD, Christoph. Article 27 Irrelevance of official capacity. In: TRIFFTERER, Otto; AMBOS, Kai (org.). *Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Third edition. München: C.H. Beck, 2016. p. 1037–1055.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 1593 (2005)*. New York: United Nations Security Council, 2005.

WEATHERALL, Thomas. *Prosecutor v. Omar Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir Appeal (Int’L Crim. Ct.)*. *International Legal Materials*, v. 58, n. 6, p. 1177–1233, 2019. Available at: https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0020782919000500/type/journal_article. Accessed: 17 Oct. 2020.

WOUTERS, Jan. The Judgement of the International Court of Justice in the *Arrest Warrant* Case: Some Critical Remarks. *Leiden Journal of International Law*, v. 16, n. 2, p. 253–267, 2003.

YAMATO, Roberto Vilchez. Mandado de Prisão de 11 de Abril de 2000 (República Democrática do Congo vs. Bélgica) (14 de Fevereiro de 2002). In: RORIZ, João Henrique Ribeiro; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org.). *O direito internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: IBDC, 2016. p. 115–137.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Rumo à Profissionalização da
Prevenção de Controvérsias
nos Acordos de Cooperação e
Facilitação de Investimentos
(ACFIs) do Brasil?**

**Towards the Professionalization
of Dispute Prevention in the
Brazilian Cooperation and
Facilitation of Investments
Agreements?**

Nitish Monebhurrun

Leonardo Vieira Arruda Achtschin

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

Rumo à Profissionalização da Prevenção de Controvérsias nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs) do Brasil? *

Towards the Professionalization of Dispute Prevention in the Brazilian Cooperation and Facilitation of Investments Agreements?

Nitish Monebhurrn*

Leonardo Vieira Arruda Achtschin**

* Recebido em 27/09/2021
Aprovado em 06/11/2021

Os autores agradecem aos representantes do Ministério das Relações Exteriores (MRE) e da Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior (SE-CAMEX), os quais gentilmente se dispuseram a responder a entrevista solicitada pelos autores.

Esse artigo é uma versão atualizada e adaptada em português de um capítulo de livro escrito pelos autores e que será publicado em: MONEBHURRUN, Nitish; OLARTE BACARES, Carolina; VELASQUEZ RUIZ, Marco Alberto. *International Investment Law from a Latin American Perspective*. Cham: Springer [prelo].

** Doutor em Direito pela Universidade Sorbonne. Professor Titular de Direito no Centro Universitário de Brasília (CEUB). Professor visitante na Universidade La Sabana (Colômbia). Diretor da Clínica “Empresas, Direitos Humanos e Políticas Públicas” do CEUB. Pesquisador colaborador no Departamento de Estudos Latino-americanos da Universidade de Brasília (UnB) e no Observatório das Migrações Internacionais.
E-mail: nitish.monebhurrn@ceub.edu.br

*** Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília (CEUB). Mestre em Direito pelo CEUB. Diplomado em Estudos da Integração Europeia pelo Instituto Tecnológico Autônomo do México (ITAM). Pesquisador da Clínica “Empresas, Direitos Humanos e Políticas Públicas” do CEUB. Analista de Comércio Exterior no Ministério da Economia do Brasil.
E-mail: leovarruda@gmail.com

As opiniões expressas pelo autor neste artigo não representam o posicionamento oficial de qualquer órgão, entidade ou agência do governo brasileiro.

Resumo

O Brasil assinou 13 Acordos de Cooperação e de Facilitação de investimentos (ACFIs) desde 2015. Ao contrário da maioria dos tratados de investimentos, os ACFIs se destacam por seus mecanismos de prevenção de controvérsias. Essa originalidade se espelha na governança institucional dos ACFIs, em especial no estabelecimento de um Comitê Conjunto e de um Ponto Focal (*Ombudsperson*), ambos competentes para atuarem na prevenção de disputas. Por meio de uma análise dos ACFIs, à luz da prática do Direito Internacional dos Investimentos, o artigo demonstra como tanto os Comitês Conjuntos quanto os Pontos Focais foram preparados para organizar um diálogo em camadas, com o intuito de evitar controvérsias. Se tradicionalmente o diálogo já integrava os investidores estrangeiros, nos ACFIs ele se abre também à sociedade civil, configurando assim uma originalidade nesse ramo do direito. Essa novidade se coaduna com o procedimento de prevenção de conflitos aplicável perante os Comitês Conjuntos, os quais possuiriam uma função quase jurisdicional. Efetuou-se uma análise material do sistema de prevenção de controvérsias dos ACFIs brasileiros para compará-la com a consolidada prática do direito internacional dos investimentos que se caracteriza por uma tendência de litigiosidade, entre o investidor e o Estado. Verificou-se de forma exploratória quais contribuições o modelo brasileiro traz para endereçar as disputas nas relações de investimentos. Sob essa perspectiva, o artigo discute criticamente as contribuições dos ACFIs no que eles oferecem como potenciais alternativas ao mecanismo clássico de resolução de disputas em Direito Internacional dos Investimentos, isto é, a arbitragem. Em síntese, argui-se que os ACFIs profissionalizaram a técnica de prevenção de controvérsias em Direito Internacional dos Investimentos.

Palavras-Chave: ACFI; Prevenção de controvérsias; Comitê Conjunto; Ponto Focal.

Abstract

Brazil has signed 13 Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIAs) since 2015. Unlike most investment treaties, the ACFIs stand out for their dispute prevention mechanisms. This originality is reflected in the institutional governance of the ACFIs, namely in the establishment of a Joint Committee and a Focal Point (Ombudsperson), both competent to act in the prevention of disputes. Through an analysis of the ACFIs, in light of the practice of International Investment Law, this article addresses how both the Joint Committees and the Focal Points have been calibrated to organize a dialogue in layers in order to avoid disputes. If, as expected, the dialogical process integrates the foreign investors, it also opens up to civil society, which is a novelty in this field of law. This novelty is also expressed in the conflict prevention procedure applicable to the Joint Committees which have, extraordinarily, a quasi-judisdictional function. A substantial analysis of the CFIAs dispute prevention system was carried out with the aim of comparing it with the consolidated practice of international investment law, which is traditionally characterized by a tendency of litigation between the investor and the State. An exploratory method was used to understand contributions which the Brazilian model brings to address disputes in investment relations. From this perspective, the article critically discusses the contributions of the Brazilian ACFIs in what they offer as potential alternatives to the classic dispute resolution mechanism in International Investment Law, that is, arbitration. It concludes that the CFIAs have potentially professionalized the techniques of dispute prevention in international investment law.

Keywords: CFIA, prevention, dispute, Joint Committee, Ombudsperson.

1 Introdução

O Brasil é um ator internacional tradicionalmente contrário à arbitragem internacional investidor-Estado¹.

¹ Vidigal, G.; Stevens, B. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future? *Journal of World Investment and Trade*, 19: 486, 2018; KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment Arbitration in Brazil. Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration. *Arbitration International*, 4: 432 e ss., 2008.

Seus primeiros acordos bilaterais de investimentos, ditos de primeira geração, celebrados ainda na década de 1990, nunca foram ratificados pelo Congresso Nacional, especialmente devido à previsão, àquela época, de um sistema de arbitragem transnacional². Não é sem surpresa, portanto, que os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs), o novo modelo brasileiro de acordos bilaterais de investimentos assinados com 13 países³ desde 2015, não tragam previsão alguma de arbitragem investidor-Estado.

Ainda em 2015, procedeu-se a uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro com a aprovação da Lei nº 13.129⁴, a qual alterou a Lei de Arbitragem brasileira⁵, permitindo a realização de arbitragem contra a administração pública brasileira⁶. No entanto, essa previsão ficou restrita à arbitragem público-privada doméstica e não foi transposta para o nível internacional, como evidenciam os ACFIs celebrados entre 2015 e 2020.

Essa tradicional resistência brasileira tem ecoado alhures em casos recentes envolvendo a arbitragem

² CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI) (1968). History of the ICSID Convention. Document concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *ICSID Publication*, Washington, ICSID. vol. II. Part 1. 1968: p.306. Confira também: MOROSINI, Fabio Costa; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, Anastacia. Solução de controvérsias em Acordos de Investimento: as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFIs. *Brazilian Journal of International Law*, 17: 304, 2020.

³ Os acordos foram assinados com Angola, Moçambique, Malauí, Marrocos, Etiópia, Colômbia, Chile, México, Suriname, Guiana, Equador, Índia e Emirados Árabes Unidos.

⁴ BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, Seção 1, p. 1, 27 mai. 2015.

⁵ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, Seção 1, p. 18897, 24 set. 1996.

⁶ WALD, Arnoldo; DE BORJA, Ana Gerda. The New Brazilian Arbitration Law. *University of Miami Inter-American Law Review*, 47: 21-52, 2016; CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 51: 7-21, 2016.

investidor-Estado⁷, tal como nos casos *Philip Morris*⁸, *Vattenfall*⁹ ou *Achmea*¹⁰, envolvendo de modo mais amplo o questionamento do direito de regular do Estado anfitrião¹¹.

A previsão de um sistema de tribunal de investimentos nos recentes acordos de investimentos firmados pela União Europeia – o qual prevê um sistema de apelação – reforça essa reação. Resistência similar já foi anunciada pela Austrália¹². A Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional (CNUDCI/UNCITRAL) juntou-se a esse movimento contestatório ao estabelecer o Grupo de Trabalho III, visando ao encaminhamento de assuntos relacionados à reforma do sistema de solução de controvérsias no direito internacional dos investimentos¹³.

⁷ NOLAN, Michael. Challenges to the Credibility of the Investor-State Arbitration System. *American University Business Law Review*, 5: 429-445, 2015; WEGHMANN, Vera; HALL, David. The Unsustainable Political Economy of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms. *International Review of Administrative Sciences*, 1-17, 2021.

⁸ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB/10/7. Reclamante: *Philip Morris*. Reclamado: *República Oriental do Uruguai*. Decisão de mérito, 08 de julho de 2016. Para comentários da doutrina, confira: ZARRA, Giovanni. Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of *Philip Morris v. Uruguay*. *Brazilian Journal of International Law*, 14: 96-120, 2017; VOON, Tania; MITCHELL, Andrew D. Implications of international investment law for plain tobacco packaging: lessons from the Hong Kong–Australia BIT. In: Voon, Tania et al. *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes Legal Issues*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham: 137-172, 2012.

⁹ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB/12/12. Reclamante: *Vattenfall AB and others*. Reclamado: *República Federal da Alemanha*.

Confira também: DAMJANOVIC, Ivana; QUIRICO, Ottavio. Intra-E investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of *Achmea and Vattenfall*: Matter of Priority. *Columbia Journal of European Law*, 26: 102 e ss., 2019.

¹⁰ CORTE DE JUSTIÇA DA UNIAO EUROPEIA (CJUE). Caso CJUE No. C-284/16. Reclamante: *República da Eslováquia*. Reclamado: *Achmea BV*. Decisão de mérito, 06 de março de 2018. para. 60.

¹¹ Cf. TITI, A. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Baden-Baden: Hart, 2014.

¹² Kurtz, J. Australia's Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 27: 65-86, 2012.

¹³ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). *Report of the United Nations Commission on International Trade Law Fiftieth Session*. A/72/17: para. 264, 2017. Confira também: Langford, M; Potestà, M; Kaufman-kohler, G; Behn, D. Special Issue: UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions: An Introduction. *Journal of World Investment and Trade*, 21: 167, 2020.

Os temas discutidos no âmbito daquele Grupo de Trabalho III foram divididos em três grupos (“consistência, coerência, previsibilidade e correção de decisões arbitrais pelos tribunais de investimentos; árbitros/tomadores de decisão; e custos e duração¹⁴), os quais os especialistas categorizaram como “(1) custos legais excessivos; (2) duração dos procedimentos; (3) consistência legal; (4) correção da decisão; (5) diversidade arbitral; e (6) independência e imparcialidade arbitral”¹⁵. Essas preocupações são reais e devem ser endereçadas, embora se possa inferir que tenham sido colocadas em evidência em razão de os países exportadores de capitais estarem enfrentando procedimentos arbitrais capazes de limitarem seu direito de regular.

Se Estados que até recentemente não consideravam a arbitragem de investimentos problemática estão atualmente pleiteando reforma do sistema arbitral¹⁶, seria lógico argumentar que a posição brasileira sempre se mostrou coerente nesse aspecto. Sua tradicional relutância¹⁷ permaneceu, em verdade, a mesma. A arbitragem está prevista nos ACFIs do Brasil, mas é restrita a disputas entre os Estados do investidor e do país anfitrião¹⁸.

Nesse sentido, o aspecto notável do sistema de solução de controvérsias dos ACFIs é o seu sistema preventivo de disputas, a ser acionado inicialmente. Ainda que alguma informação pública sobre esse sistema preventivo ainda não esteja integralmente disponível ao investidor, este já poderá ser acionado pelos investidores, dada a ratificação, e conseqüente vigência, de dois ACFIs¹⁹.

¹⁴ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement. A/CN.9/WG.III/WP.149. para. 8, 2018.

¹⁵ Langford, M; Potestà, M; Kaufman-kohler, G; Behn, D. Special Issue: UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions: An Introduction. *Journal of World Investment and Trade*, 21: 171, 2020.

¹⁶ Monebhurrun, Nitish. E eles descobriram a arbitragem investidor-Estado. *Brazilian Journal of International Law*, 12: 12-14, 2015.

¹⁷ Monebhurrun, Nitish. What would change in Brazil's practice with the adoption of an investor-state dispute settlement mechanism in its investment agreements? *Nomos*, 39: 71, 2019.

¹⁸ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 19; ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 20; ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 23; ACFI Brasil/Chile (2015), art. 25; ACFI Brasil/Etiópia (2018), art. 24; ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 25; ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 25; ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), 25; ACFI Brasil/Equador (2019), art. 25; ACFI Brasil/México (2015), art. 19; ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 15 (6); ACFI Brasil/Angola (2015), art. 15 (6); ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 13 (6).

¹⁹ ACFI com Angola e México.

Portanto, trata-se apenas de uma questão de tempo para que o mecanismo preventivo passe a ser utilizado constante e consistentemente pelas partes. Esse mecanismo de prevenção de disputa irá funcionar por meio da atuação de duas instâncias a serem instituídas no âmbito de cada ACFI: o Comitê Conjunto e o *Ombudsperson*.

Desse modo, os principais atores envolvidos, os Estados e os investidores, assim como outros *stakeholders*, devem se antecipar à operacionalização dessas instâncias preventivas. O Brasil, um ator estreante no regime internacional de direito dos investimentos, deve preparar sua administração, suas instituições e seus servidores públicos para lidarem com os investidores estrangeiros via Comitê Conjunto e *Ombudsperson*, de modo a evitar a emergência de futuras controvérsias desnecessárias.

Esse mecanismo preventivo foi justamente concebido para mitigar riscos de controvérsias e não deveria, portanto, ser motivo para a insurgência de divergências entre as partes. Assim, o aparato de prevenção de disputas deve ser cuidadosamente preparado antes de ser efetivamente testado. E isso pode ser feito por meio da antecipação de algumas contingências técnicas relacionadas ambas ao Comitê Conjunto e aos *Ombudspersons*.

Considerando-se que o Brasil ainda possui pouca experiência com as principais problemáticas do Direito Internacional dos Investimentos, em especial com a resolução de disputas, torna-se relevante antever como se desenvolverá sua atuação com base tanto no mecanismo contencioso quanto pré-contencioso previstos nos ACFIs.

Ante esse cenário delineado, questiona-se particularmente se, em caso de eventuais controvérsias, o sistema de prevenção de disputas característico dos ACFIs constituiria uma alternativa viável à litigiosidade que pode caracterizar as relações de investimentos.

É nesse sentido que o artigo criticamente apresenta e discute o sistema de prevenção de controvérsias dos ACFIs, com o objetivo de, por um lado, destacar seu potencial, e por outro, alertar sobre eventuais zonas cinzentas, passíveis de gerar litigiosidade entre as partes.

Metodologicamente, a argumentação foi construída partindo-se de uma análise material do sistema de prevenção de controvérsias dos ACFIs brasileiros em vista da consolidada prática do direito internacional dos investimentos — esta sendo entendida como a tradi-

cional preferência por um mecanismo de litigiosidade, via a cláusula arbitral investidor-Estado, nos tratados de investimentos. Todos os ACFIs brasileiros²⁰ foram examinados sob essa vertente, em especial no seu componente atinente ao tratamento das controvérsias. De forma exploratória, verificou-se quais contribuições e arranjos o modelo brasileiro traz para endereçar as disputas nas relações de investimentos, à luz do habitual modelo de tratados de investimentos que via de regra dá preferência ao contencioso arbitral.

Buscou-se, assim, compreender se o mecanismo de resolução de controvérsias dos ACFIs brasileiros contém certas vantagens que lhes conferem uma atratividade, tendo o potencial de torná-lo um modelo viável para os outros Estados na (re)negociação dos seus futuros tratados de investimentos. Dessa comparação restou destacada a originalidade do modelo de prevenção de controvérsias dos ACFIs, a qual foi discutida, e confirmada, por meio de entrevistas com representantes da Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior (SE-CAMEX) (onde está sediado o *Ombudsperson*) e do Ministério de Relações Exteriores (sob cuja competência encontram-se os Comitês Conjuntos).

Desse modo, a tese a ser trabalhada reveste-se de um duplo aspecto, o qual corrobora uma potencial profissionalização do procedimento de prevenção de disputas nos ACFIs: o mecanismo de prevenção de controvérsias dos ACFIs estabeleceu um método de diálogo multicamadas, com a participação de diversos atores e algumas partes interessadas para evitar controvérsias (capítulo 2); o qual se coaduna com a previsão de um arcabouço específico de processos, procedimentos, prazos e técnicas previstos pelo ACFIs, de forma a dotar o Comitê Conjunto de uma função quase-jurisdicional na prevenção de disputas (capítulo 3). Esse sistema confere um valor atrativo ao modelo brasileiro ao torná-lo potencialmente eficiente, a depender de algumas condições que serão discutidas ao longo deste artigo.

²⁰ Os ACFIs do Brasil estão disponíveis no site da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (CNUCED) dedicado aos acordos de investimentos: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>

2 Um método de diálogo multicamadas para a prevenção de controvérsias

A prevenção de controvérsias envolve o cerne do elemento “cooperação” dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos brasileiros. A cooperação é baseada em um diálogo e este funciona como a pedra angular do mecanismo de prevenção de controvérsias dos ACFIs.

Esse diálogo é constituído em camadas, a saber, as principais e as secundárias. Nas camadas principais, o sistema de governança preventiva é operacionalizado mediante uma articulação dialógica entre os Comitê Conjuntos e os *Ombudspersons* dos ACFIs (2.1.). Nas camadas secundárias, a principal instância de governança integra outros *stakeholders* ao processo dialógico(2.2.).

2.1 As camadas principais: o sistema de governança preventiva formado por uma articulação dialógica entre os Comitê Conjuntos e os *Ombudspersons* dos ACFIs

Todos os ACFIs preveem as instituições do Comitê Conjunto e do *Ombudsperson* em sua estrutura²¹. Essa prática não é nova. A Coreia do Sul instituiu o Escritório do *Ombudsperson* para Investimentos Estrangeiros (OIE), o qual compõe a estrutura do chamado Sistema de *Home Doctors*²². O Marrocos e a Nigéria, em seu acordo bilateral de investimentos assinado em 2016, também instituíram um Comitê Conjunto para – entre outras atividades – a resolução amigável de disputas²³.

A essência dessas instituições é a promoção de relações transparentes e amigáveis com os investidores estrangeiros, cujo objetivo é a minimização de conflitos .

Essa estrutura se encontra alinhada às diretrizes da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (CNUCED/UNCTAD) para a diversificação dos processos de gerenciamento de controvérsias²⁴.

A consequência esperada é a não associação automática do direito internacional dos investimentos à arbitragem, o que poderia desencadear uma suposta tensão permanente entre Estados e investidores estrangeiros, os primeiros desconfiando dos segundos. Além disso, essas instituições também auxiliam na promoção de uma melhor conscientização e compreensão da proteção conferida pelo direito internacional dos investimentos.

Diante desse objetivo de foro preventivo, o Comitê Conjunto e o *Ombudsperson* dos ACFIs foram instituídos com um plexo de competências, dentre as quais o gerenciamento de conflitos é central. Trata-se de competência cuja execução é bastante aguardada no Brasil, já tendo sido tais instituições denominadas, respectivamente, de coordenador de diálogo e de facilitador de diálogo²⁵.

Assim, se por um lado o Comitê Conjunto detém uma função quase-jurisdicional, a ser examinada no Capítulo 3, por outro também lhe foi conferida uma função política na governança do sistema de prevenção de controvérsias (2.1.1.), e sob tal atribuição é esperado que o mesmo atue de forma complementar à função administrativa desempenhada pelo *Ombudsperson* (2.1.2.). A reflexão inicia-se aqui a partir do Comitê Conjunto por ser ele o gestor dos ACFIs, desempenhando assim um papel político abrangente cujas recomendações devem, em uma etapa seguinte, ser atendidas pelo *Ombudsperson*.

2.1.1 A função política do Comitê Conjunto na prevenção de controvérsias

Os Comitês Conjuntos serão formados por representantes dos Estados partes do ACFI e funcionarão sob o regime de presidência rotativa²⁶. Suas principais

²¹ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 13, art. 14; ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 14, art. 15; ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 16, art. 17; ACFI Brasil/Chile (2015), art. 18, art. 19; ACFI Brasil/Etiópia (2018), art. 17, art. 18; ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 18, art. 19; ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 18, art. 19; ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 18, art. 19; ACFI Brasil/Equador (2019), art. 18, art. 19; ACFI Brasil/México (2015), art. 14, art. 15; ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 4, art. 5; ACFI Brasil/Angola (2015), art. 4, art. 5; ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 3, art. 4.

²² NICOLAS, Françoise; THOMSEN, Stephen; BANG, Mi-Hyun. Lessons from Investment Policy Reform in Korea. *OECD Working Papers on International Investment*, 2: 24, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5k4376zqcpfl-en>. Acesso em: 24 set. 2021.

²³ TBI Marrocos/Nigéria (2016), art.4.

²⁴ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). *Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 28-30, 2010.

²⁵ Monebhurrin, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, 8, 84 e ss., 2017.

²⁶ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 13; ACFI Brasil/Marrocos (2019),

funções estão ligadas à atuação política e diplomática voltada ao monitoramento da aplicação dos acordos, simultaneamente à discussão de políticas de investimentos para o fomento dos fluxos de investimentos²⁷.

De outro modo, os Comitês Conjuntos têm a competência de ofertar apoio político e diplomático em termos de gerenciamento de controvérsias. O ACFI entre Brasil e Índia dispõe, por exemplo, que uma das responsabilidades do Comitê Conjunto é “discutir assuntos e buscar resolver as disputas relacionadas aos investimentos do investidor de uma Parte em uma forma amigável²⁸”.

Devido a uma lógica de duplicação funcional, a participação dos Comitês Conjuntos no sistema de gestão de controvérsias é dupla. Conforme já afirmado, os ACFIs lhe conferiram de modo expreso uma função quase jurisdicional, contemplando procedimento e prazos específicos²⁹. Logo, pode-se deduzir que eles detêm competência implícita para prevenir controvérsias por meio de uma atuação via canais políticos e diplomáticos.

Não surpreendentemente, no Brasil os Comitês Conjuntos atuarão sob a estrutura do Ministério das Relações Exteriores. Nota-se que se trata de uma decisão politicamente orientada. O principal objetivo é que medidas políticas adotadas para a melhoria da transparência nas operações investidor-Estado sejam capazes de melhor calibrar as expectativas dos investidores e, dessa forma, reduzir o risco de disputas.

Tendo isso em mente, os Comitês Conjuntos possuem autoridade para adotar recomendações para o *Ombudsperson*³⁰, as quais devem guardar relação com as competências estatutárias do Comitê. Levando em con-

sideração que a prevenção de controvérsias é não apenas o pedestal da arquitetura dos ACFIs, mas também um aspecto inerente à sua própria filosofia, a questão tratada será objeto de ao menos uma recomendação – considerando-se o fato de que o *Ombudsperson* constitui o outro polo do mecanismo de governança preventiva de controvérsias.

E, em geral, qualquer recomendação direcionada à regulação da relação investidor-Estado, por meio de maior acesso à informação, terá um impacto positivo na redução das divergências. Assim, uma maior atuação proativa na integração do investidor e na adaptação ao negócio local terá uma conseqüente influência indireta no estreitamento da margem de potenciais controvérsias.

Igualmente, digno de nota é a faculdade conferida aos Comitês para instituírem grupos de trabalho *ad hoc* para auxiliá-los em sua missão³¹. Esses grupos de trabalho são estabelecidos com a finalidade de angariar *expertise* em assuntos específicos e complexos. Formado por especialistas, podem ter duração variável e proporcionar esclarecimentos sobre determinado problema, ou mesmo monitorar os debates ou negociações no âmbito do Comitê Conjunto.

Grupos de trabalho constituem uma figura comum no desempenho das atividades de organizações internacionais³². Por exemplo (restringindo-nos à área do direito econômico internacional), ao Grupo de Trabalho III instituído pela UNCITRAL foi conferido “um amplo mandato para atuar em uma possível reforma do sistema de controvérsias investidor-Estado”³³. O Grupo de Trabalho II da UNCITRAL tem foco na arbitragem e conciliação, enquanto o Grupo I trata de assuntos relacionados a micro, pequenas e médias empresas³⁴.

Assim, a faculdade conferida aos Comitês Conjuntos para convocar grupos de trabalho dão relevo a suas atribuições políticas por meio de uma atuação técnica, dado que os grupos de trabalho irão subsidiar as tare-

art. 14; ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 16; ACFI Brasil/Chile (2015), art. 18; ACFI Brasil/Etiópia (2018), art. 17; ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 18; ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 18; ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 18; ACFI Brasil/Equador (2019), art. 18; ACFI Brasil/México (2015), art. 14; ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 4; ACFI Brasil/Angola (2015), art. 4; ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 3.

²⁷ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 13; ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 14; ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 16; ACFI Brasil/Chile (2015), art. 18; ACFI Brasil/Etiópia (2018), art. 17; ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 18; ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 18; ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 18; ACFI Brasil/Equador (2019), art. 18; ACFI Brasil/México (2015), art. 14; ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 4; ACFI Brasil/Angola (2015), art. 4; ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 3.

²⁸ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 13.4(e).

²⁹ Será discutido de forma mais detida no Capítulo 3.

³⁰ Cf. ACFI Brasil/Índia (2020), art. 14.4 (a).

³¹ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 13.4

³² Beate, R. Thematic Rapporteurs and Working Groups of the United Nations Commission on Human Rights. *The Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 4, 296 e ss., 2000.

³³ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). *Report of the United Nations Commission on International Trade Law Fifty-Fourth Session. A/72/17: 2*, 2021.

³⁴ Os grupos de trabalho da UNCITRAL podem ser conferidos em: https://uncitral.un.org/en/working_groups.

fas dos Comitês por meio de contribuições de ordem técnica.

Ao serem formalizados, os grupos de trabalho e suas contribuições no tocante à relação investidor-Estado auxiliarão na promoção de uma agenda de prevenção de controvérsias de duas formas. Primeiramente, pode-se lhes exigir a produção de uma opinião consultiva sobre prevenção de controvérsias. Seria o caso de uma contribuição técnica de cunho acadêmico, por exemplo. Em segundo, como já mencionado, sua capacidade consultiva técnica para a consolidação do relacionamento investidor-Estado será utilizada pelo Estado como uma contribuição cujo objetivo será o arrefecimento das tensões com os investidores estrangeiros.

Para o desempenho de seu mister, os grupos de trabalho poderão convidar os investidores para tomarem parte em seus trabalhos³⁵. Portanto, a manutenção de uma relação próxima entre os investidores e o Estado constitui uma tática do mecanismo de prevenção de controvérsias dos ACFIs, a qual ressoa na função administrativa do *Ombudsperson*.

2.1.2 A função administrativa do *Ombudsperson* na prevenção de controvérsias

No procedimento arbitral tradicional, os investidores têm processado os Estados em desenvolvimento sob o argumento de falta de tratamento justo e equitativo — consistente na ausência de coerência, consistência, previsibilidade e transparência por parte do Estado³⁶. Ainda que os ACFIs não prevejam em seu

texto o tratamento justo e equitativo³⁷, todos os acordos brasileiros preveem a necessidade de transparência na relação investidor-Estado³⁸, seja em seus preâmbulos ou em dispositivos ao longo de seus textos.

O *Ombudsperson*, tal como previsto nos ACFIs, é o veículo para essa transparência. Ele foi instituído justamente com a finalidade de dar concretude ao conceito, eliminando eventuais questionamentos de que mais transparência consistiria em menor risco de controvérsias.

No Brasil, o *Ombudsperson* encontra-se inserido na estrutura administrativa da SE-CAMEX. O *Ombudsperson* dos ACFIs é, portanto, um articulador, atuando como elo de ligação entre o investidor estrangeiro e o Estado nos assuntos rotineiros. Desse modo, em caso de dúvidas, ou carência de conhecimento/informação em relação a aspectos legais ou administrativos de sua operação, o investidor poderá submeter consultas ao *Ombudsperson*, ficando este obrigado a informá-lo³⁹ — obviamente, devendo a informação ser precisa, relevante e útil⁴⁰.

Por ser o Brasil uma Federação com uma estrutura administrativa complexa, os investidores estrangeiros nem sempre estão familiarizados com a distribuição de competências entre os níveis federal e local — por exemplo, em matéria de emissão de licenças, de avaliações de impacto ambiental ou, mais simplesmente, naquelas relacionadas a leis e regulamentos aplicáveis.

tion Company. Reclamado: República do Equador. Decisão de mérito, 01 de julho de 2004; COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). Caso sob as regras da UNCITRAL. Reclamante: Walter Bau. Reclamado: Reino da Tailândia. Decisão de mérito; CORTE SUPREMA DO CANADÁ (SCC). Caso SCC No. V (064/2008). Reclamante: Mubammad Ammar Al-Babloul. Reclamado: República do Tadjiquistão. Decisão de mérito, 02 de setembro de 2009; CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB/16/6. Reclamante: Glencore International A.G. and C.I. Prodesco S.A.. Reclamado: República da Colômbia. Decisão de Mérito, 27 de agosto de 2019; COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). Caso PCA No. 2015-25. Decisão de mérito, 23 de dezembro de 2016.

³⁷ É importante notar que os ACFIs não dispõem sobre o tratamento justo e equitativo, embora pesquisas já concluíram que garantias jurídicas, de segurança e de tratamento oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro não destoam dos padrões internacionais. Confira: ACHTSCHIN, Leonardo Vieira Arruda. *A Aplicabilidade da Cláusula do Tratamento Justo e Equitativo ao Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2021.

³⁸ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 8.

³⁹ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 14.4 (b).

⁴⁰ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 14.4 (e).

³⁵ ACFI Brasil/Índia (2020), artigo 13.5.

³⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1. Reclamante: Metalclad Corporation. Reclamado: Estados Unidos Mexicanos. Decisão de mérito, 30 de agosto de 2000; CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3. Reclamante: Waste Management Inc.. Reclamado: Estados Unidos Mexicanos. Decisão de mérito, 30 de abril de 2004; CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB/01/7. Reclamante: MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A.. Reclamado: República do Chile. Decisão de mérito, 25 de maio de 2004; CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB/01/08. Reclamante: CMS Gas Transmission Company. Reclamado: República da Argentina. Decisão de mérito, 25 de maio de 2005; COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). Caso sob as regras da UNCITRAL. Reclamante: Occidental Exploration and Produc-

Com o objetivo de prover mais transparência, o *Ombudsperson* foi pensado como forma de reduzir a burocracia, na medida em que fica de prontidão para prestar, sob demanda, informações tempestivas e previamente elaboradas aos investidores. Ele constitui o ponto de referência local dos investidores e pode registrar e dar encaminhamento às suas reclamações⁴¹.

Devido ao seu conhecimento da realidade local e sua proximidade com todas as instituições do Estado, espera-se que o *Ombudsperson* mobilize suas forças em tempo hábil para atender às demandas dos investidores. Para tanto, os ACFIs contam com a proatividade do *Ombudsperson* no exercício de suas funções, de forma a dissipar ao máximo a possibilidade de litígio com o Estado anfitrião, por meio da estabilização do ambiente de investimento.

Pela própria natureza de suas atribuições, também se pode inferir que o *Ombudsperson* detém competência para intervir e agir por conta própria - informando o Comitê Conjunto, se necessário⁴² – nos casos de desgaste da relação investidor-Estado ou do ambiente de investimento⁴³, algo que permitirá remediar a situação mediante a adoção de medidas adequadas para manter a boa relação investidor-Estado. Assim, o *Ombudsperson* atua na prevenção da deterioração da relação entre as partes e, ao endereçar essas questões, contribuiria indiretamente para prevenir futuras controvérsias⁴⁴.

Em razão de sua função principal como facilitador, conforme descrito pelos ACFIs, os investidores estrangeiros depositarão elevada confiança no *Ombudsperson*. Além de ser a rede de informações dos investidores, o *Ombudsperson* é o depositário de sua confiança, a qual não pode ser frustrada.

Ele foi projetado para reduzir a burocracia: portanto, não pode funcionar baseado em procedimentos e processos complexos. Deve funcionar como um painel de perguntas e respostas para os investidores: logo, não

pode funcionar com atrasos recorrentes. Como deve dar concreção à transparência, se lhe é vedado operar obscuramente ou fornecer informações pouco claras, imprecisas ou incoerentes aos investidores.

Esse ponto de preocupação é aqui provocado principalmente como um alerta, especialmente diante do contexto brasileiro, no qual o *Ombudsperson* irá operar sob o comando da Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior, que é um órgão governamental sob o qual recaem múltiplas competências e funções⁴⁵.

Ou seja, a SE-CAMEX não se dedica integral e exclusivamente à tarefa de *Ombudsperson*, sendo-lhe cometidas diversas outras atribuições. Justamente porque ciente de possíveis contingências, os ACFIs estabelecem que as partes signatárias deverão assegurar que sejam concedidos ao *Ombudsperson* os “meios e recursos” para conduzir de forma eficiente as suas atividades⁴⁶ — estando implícito que os investidores esperam que esteja sempre disponível.

Se o *Ombudsperson* é um ativo indiscutível dos ACFIs, os Estados signatários devem zelar por sua operacionalidade, pois qualquer ineficiência implicaria em uma potencial violação dos acordos, respondendo o *Ombudsperson* ineficiente por um baixo padrão de tratamento.

Tal qual o Comitê Conjunto, o *Ombudsperson* é voltado à atuação na prevenção de controvérsias de duas maneiras: prevenção por meio de maior transparência em função da estabilização do relacionamento investidor-Estado; e prevenção *per se* no caso de uma potencial controvérsia incipiente. A essa primeira camada de prevenção de conflitos via articulação entre esses dois órgãos de prevenção de controvérsias, os ACFIs agregam uma camada secundária, ao possibilitar a participação de partes interessadas.

2.2 As camadas secundárias: a conexão dialógica entre o órgão de governança de prevenção de controvérsias e as partes interessadas

Outra característica original dos ACFIs relacionada com a prevenção de conflitos é a possibilidade de par-

⁴¹ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 14.4 (c); ACFI Brasil/Angola, art. 5.4 (ii); ACFI Brasil/Moçambique, art. 5.4 (ii); ACFI Brasil/México, art. 15.4 (b); ACFI Brasil/Malauí, art. 4.4 (ii); ACFI Brasil/Chile, art. 19.4 (c); ACFI Brasil/Etiópia, art. 18.3 (c); ACFI Brasil/Colômbia, art. 17.4 (b); ACFI Brasil/Guiana, art. 19.4 (c); ACFI Brasil/Suriname, art. 19.4(c).

⁴² ACFI Brasil/Índia (2020), art. 14.4 (f).

⁴³ Monebhurrun, Nitish. O mecanismo de resolução de disputas nos novos Acordos de Cooperação e de Facilitação dos Investimentos do Brasil. In: MOTA, Carlos Espulgues (ed.) *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

⁴⁴ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 14.4 (d).

⁴⁵ Por exemplo, atualmente o Ponto de Contato Nacional (PCN) da OCDE no Brasil também funciona sob a égide da Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior (SE-CAMEX). As informações sobre o PCN estão disponíveis em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-externo/pt-br/assuntos/camex/pcn>

⁴⁶ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 14.7.

ticipação de partes interessadas. As partes interessadas estão divididas em duas categorias: o investidor e a sociedade civil.

O investidor é aqui excepcionalmente alocado no âmbito das partes interessadas em razão do próprio modelo dos ACFIs, o qual dá preferência às relações Estado-Estado em comparação com a maioria dos acordos de investimento existentes. Essa classificação pode até ser discutida, porém foi escolhida porque os ACFIs não conferem aos investidores o mesmo “poder” e as mesmas possibilidades de atuação quando comparado com os demais acordos de investimentos mundo afora, nos quais os investidores não dependem dos seus respectivos Estados de nacionalidade para os propósitos de resolução de controvérsias: tem-se um acesso direto aos tribunais arbitrais internacionais.

As iniciativas de atuação *próprio motu* dos investidores são sabidamente limitadas nos ACFIs, o que os equipararia a uma espécie de parte interessada, visto que a relação central se opera entre o Estado de nacionalidade e o Estado anfitrião. Não significa, contudo, que o papel do investidor se restrinja apenas ao de mero observador passivo. Nesse sentido, pode-se sustentar que os investidores têm alguns canais que lhes possibilitam uma participação ativa no procedimento de prevenção de conflitos (2.2.1.). Paralelamente, de maneira interessante e original, outras partes interessadas, como representantes da sociedade civil, também podem ser convidados a participar (2.2.2.).

2.2.1 A esperada participação do investidor

Tanto o Comitê Conjunto quanto o *Ombudsperson* podem trabalhar diretamente com os investidores em questões de prevenção de controvérsias. Quando se trata de prevenção de disputas pelo Comitê Conjunto, alguns ACFIs são claros em abrir espaço para a participação dos investidores⁴⁷, enquanto outros afirmam que a participação não é automática, mas por convite⁴⁸.

⁴⁷ ACFI Brasil/Equador (2019), art. 24 (3) (c) (i); ACFI Brasil/México (2015), art. 18 (3) (c) (i); ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 15 (3) (iii) (a); ACFI Brasil/Angola (2015), art. 15 (3) (iii) (a); ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 13 (3) (c) (i).

⁴⁸ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 18 (3) (b); ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 19 (3) (a); ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 22 (3) (c) (i); ACFI Brasil/Chile (2015), art. 24 (3) (c) (i); ACFI Brasil/Etiópia (2018), art. 23 (3) (b); ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 24 (3) (b); ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 24 (3) (b); ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 24 (3) (b).

Em ambos os casos, constata-se que, juridicamente, o investidor está num segundo plano, no sentido de não lhe ser possibilitado um papel principal no sistema de prevenção.

Tanto em sede de Comitê Conjunto quanto de *Ombudsperson*, a participação dos investidores é mais do que esperada, uma vez que eles estarão no centro de um potencial conflito e sua visão e contribuição ajudarão a prevenir seu agravamento. Ainda que os ACFIs se baseiem maioritariamente nas relações interestatais, estabelecer uma parceria com os investidores - principais partes interessadas - é uma política interessante para uma gestão eficiente de litígios, considerando-se que o meio empresarial é sensível aos parâmetros de custo⁴⁹ e de tempo de prevenção de litígios, e aplica a dinâmica da prevenção para problemas internos ou para casos externos⁵⁰.

Embora os ACFIs tragam novidades em muitos aspectos da relação investidor-Estado, e a dedicação à prevenção e gestão de conflitos certamente faz parte dessa novidade⁵¹, a parceria com os investidores é uma obrigação para não condenar tal novidade a uma mera proposta de papel. A parceria (*partnering*, em inglês), como argumentado na doutrina, “é uma ferramenta proativa de prevenção de disputas que busca resolver conflitos nos estágios iniciais, o comparar com outros mecanismos de resolução de controvérsias que são modalidades reativas de gestão de disputas que já partem do princípio de que apenas mecanismos do contencioso permitem lidar com os litígios”⁵².

⁴⁹ LIPSKY, David B.; SEEBER, Ronald L. In Search of Control: The Corporate Embrace of ADR. *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 1: 142, 1998.

⁵⁰ MASUCCI, Deborah; SURESH, Shravanthi. Transforming business through proactive dispute management. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 18: 664-665, 2017; LIPSKY, David B.; AVGAR, Ariel C.; LAMARE, J. Ryan. Organizational Conflict Resolution and Strategic Choice: Evidence from a Survey of Fortune 1000 Firms. *Industrial and Labor Relations Review*, 73: 431-455, 2020.

⁵¹ Monebhurrun, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, 8: 83 e ss., 2017.

⁵² PURISIMA, Kristoffer James E. Participatory Dispute Prevention: Managing risks and Partnering for Marawi’s Big Rise. *Ateneo Law Journal*, 64: 38-39, 2019 (tradução livre dos autores): «Partnering [...] is a proactive dispute prevention tool that seeks to resolve conflicts at the earliest stages while other dispute resolution mechanisms, together with litigation, are reactive dispute management modalities that operates within and already presumes the existence of formal disputes and complaints”.

Se a lógica de parceria (*partnering*) é bastante explícita nos ACFIs, sua implementação deverá repousar sobre uma estruturada cultura de parceria investidor-Estado em questões de prevenção de controvérsias. Essa cultura precisará ser fomentada pelos Estados signatários e um cuidado especial deverá ser atribuído a esse aspecto nos ACFIs do Brasil, que é um modelo neófito no mundo do direito internacional de investimentos, carecendo ainda de acúmulo de experiência.

Da mesma forma, o estabelecimento de uma cultura não adversarial será melhor alcançada com a contribuição ativa dos investidores: diminuir a escalada e esfriar um conflito requer a compreensão e a boa vontade de todas as partes envolvidas; a mobilização de tais condições depende obviamente de sua participação permanente.

Além disso, considerando que a arbitragem entre investidor e Estado não está prevista nos ACFIs, seria justo sempre permitir a participação dos investidores no processo de prevenção de controvérsias, de modo a não os confinar ao papel de meros espectadores. Isso se justifica principalmente em razão de os ACFIs serem por vezes criticados por não disponibilizarem proteção no nível de outros acordos internacionais de investimento existentes. Por exemplo, eles não fazem nenhuma previsão sobre tratamento justo e equitativo, proteção total e segurança, expropriação indireta, muito menos arbitragem investidor-Estado, o que poderia desvanecer sua imagem de instrumento de proteção dos investidores.

Portanto, abrir espaço para sua participação na gestão de disputas pode adicionar algum equilíbrio ou alguma compensação, aumentando a atratividade dos ACFIs - ao reunir investidores e Estados para fins não litigiosos. Isso é a principal força dos ACFIs, juntamente com uma abertura incomum que eles oferecem à participação da sociedade civil em questões de prevenção de conflitos.

2.2.2 A possível participação formal da sociedade civil

Desde o seu início, o direito internacional dos investimentos tem se concentrado na proteção dos investi-

dores⁵³, fornecendo a estes uma série de privilégios dignos de um tapete vermelho⁵⁴. A participação de outras partes interessadas no sistema de direito internacional dos investimentos permanece rara e excepcional – sob a forma de, por exemplo, *amicus curiae* no âmbito estrito da arbitragem⁵⁵.

No entanto, também se sabe que as atividades dos investidores estrangeiros às vezes produzem externalidades negativas para a população local ou para as comunidades locais⁵⁶. Muitos desses investidores são protegidos por uma série de acordos de investimento e a própria UNCTAD já sustentou que os acordos internacionais de investimento “mordem”⁵⁷.

No microcosmo do direito internacional de investimentos, os investidores parecem intocáveis, com seu próprio regime de proteção legal e mecanismo de solução de controvérsias. Como resultado, coalizões da sociedade civil⁵⁸ lançaram ações e petições para bloquear as negociações de acordos econômicos como o Acordo

⁵³ HO, J. International Law’s Opportunities for Investor Accountability. In: HO, J.; SATTOROVA, M. (eds.), *Investors’ International Law*. Oxford: Hart, 2021. p. 14; MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 48.

⁵⁴ ALVIK, Ivar. The Justification of Privilege in International Investment Law: Preferential Treatment of Foreign Investors as a Problem of Legitimacy. *European Journal of International Law*, 31: 290, 2020.

⁵⁵ ASCENSIO, Hervé. L’amicus curiae devant les juridictions internationales. *Revue générale de Droit international public*, 4: 897-930, 2001; GRISEL, Florian; VINUALES, Jorge E. L’amicus curiae dans l’arbitrage d’investissement. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 22: 380-432, 2007.

⁵⁶ MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 133 e ss.; PERRONE, NICOLAS MARCELO; COTULA, Lorenzo. Investors’ International Law and its Asymmetries: The Case of Local Communities. In: Ho, J.; SATTOROVA, M. (eds.). *Investors’ International Law*. Oxford: Hart, 2021. p. 78-80; MONEBHURUN, Nitish; DE ANDRADE, Priscila Pereira. Mapping Investors’ Environmental Commitments and Obligations. In: Ho, J.; SATTOROVA, M. (eds.). *Investors’ International Law*. Oxford: Hart, 2021. p. 263.

⁵⁷ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). UNCTAD Reform Package for the International Investment Regime. UNCTAD Publication: 17-18, 2018. Na doutrina, confira também HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI?: Only a Bit... and They Could Bite. *World Bank, Development Research Group*, Investment Climate, 2003.

⁵⁸ Sobre movimentos sociais, confira: MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 100 e ss.

^{Confirm} também: EL-HAKIM, Jacques. Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats. *Revue internationale de Droit comparé*, 49: 350, 1997.

de Comércio UE-Mercosul⁵⁹ ou a Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento⁶⁰.

Nesse particular, os ACFIs brasileiros deram um passo além em relação ao papel a ser desempenhado pelas partes interessadas que não sejam investidores ao conceder-lhes voz no âmbito dos ACFIs e, nomeadamente, no procedimento de prevenção de litígios. Os acordos estabelecem que, paralelamente aos investidores, outras partes interessadas podem ser consultadas pelo Comitê Conjunto sobre questões relacionadas a suas atribuições e competências, incluindo questões relacionadas à prevenção de conflitos⁶¹.

Como ilustração dessa possibilidade, o ACFI Brasil-Índia afirma que “[sempre] que for relevante para a consideração da medida em questão, o Comitê Conjunto pode convidar outras partes interessadas a comparecerem perante o Comitê Conjunto e apresentarem seus pontos de vista sobre tal medida”⁶². O regulamento interno do Comitê Conjunto do ACFI Brasil-Angola⁶³, o primeiro a ser adotado, confirma que uma das com-

petências do Comitê é procurar acolher a participação de terceiros.

No entanto, se por um lado eles podem ser consultados em questões envolvendo prevenção de controvérsias, a natureza exata da participação dessas partes interessadas não está claramente descrita nos ACFIs, que não detalham o conteúdo da contribuição potencial das partes interessadas para o trabalho dos Comitês Conjuntos. Isso poderia teoricamente ser desvendado pelo regimento interno dos Comitês, mas se este espelhar aquele adotado para o funcionamento do Comitê Conjunto Brasil-Angola, deduz-se que os regulamentos certamente terão caráter genérico.

Ainda assim, o escopo da participação das partes interessadas pode ser interpretado a partir dos próprios ACFIs. O modelo brasileiro contém disposições específicas sobre responsabilidade social corporativa (RSC)⁶⁴.

A novidade reside no fato de que essas disposições contêm padrões detalhados de RSC que são dirigidos diretamente aos investidores⁶⁵. De acordo com as disposições de RSC, os investidores têm o dever de diligência em questões de responsabilidade social corporativa, que vão desde a proteção ambiental e dos direitos humanos até a proteção dos trabalhadores, englobando também medidas anticorrupção⁶⁶. Eles têm, sob esse instituto,

⁵⁹ Essa iniciativa foi adotada pela coalizão *Stopecumercosur*. Cf. <https://stopecumercosur.org/>.

⁶⁰ Essa iniciativa foi lançada pela *Collectifstoptafta*. Cf. <https://www.collectifstoptafta.org/>. Confira também: Monebhurrun, Nitish. E eles descobriram a arbitragem investidor-Estado. *Brazilian Journal of International Law*, 12: 12-14, 2015. Em termos mais gerais, confira: Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 84-85.

⁶¹ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 13 (4) (d), art. 18.4; ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 14 (4) (d), art. 19.4; ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 16 (4) (d) (i), art. 22 (3) (c) (ii); ACFI Brasil/Chile (2015), art. 18 (4) (d), art. 24 (3) (c) (ii); ACFI Brasil/Etiópia (2018), art. 17 (4) (d), art. 24 (4); ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 18 (4) (d), art. 24 (4); ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 24 (4), art. 18 (4) (d); ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 18 (4) (d), art. 24 (4); ACFI Brasil/Equador (2019), art. 18 (4) (d) (i), art. 24 (3) (c) (ii); ACFI Brasil/México (2015), art. 14 (4) (d), art. 18 (3) (c) (ii); ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 15 (3) (b), art. 4 (4) (iv); ACFI Brasil/Angola (2015), art. 4 (4) (iv), art. 15 (3) (iii) (a); ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 3 (4) (d), art. 13 (3) (c) (ii).

⁶² ACFI Brasil/Índia (2020), art. 18.4.

⁶³ Os autores tiveram acesso ao regimento interno do Comitê Conjunto Brasil-Angola via Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11). Por meio desta lei, o governo brasileiro criou uma plataforma online no site de todos os Ministérios e da Administração Pública em geral, permitindo que os cidadãos tenham um acesso ativo à informação. A Administração Pública tem a obrigação legal de responder aos pedidos de informação dos cidadãos. Cf. BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do para. 3º do art. 37 e no para. 2º do art. 216 da Constituição Federal [...]. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, Seção 1, Edição Extra, p. 1, 18 nov. 2011.

⁶⁴ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 12; ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 13; ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 13; ACFI Brasil/Chile (2015), art. 15; ACFI Brasil/Etiópia (2018), art. 14; ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 15; ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 15; ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 15; ACFI Brasil/Equador (2019), art. 14; ACFI Brasil/México (2015), art. 13; ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 10 and Annex II; ACFI Brasil/Angola (2015), art. 10 and Annex II; ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 9.

⁶⁵ Monebhurrun, Nitish; DE ANDRADE, Priscila Pereira. Mapping Investors’ Environmental Commitments and Obligations. In: HO, J.; SATTOROVA, M. (eds.). *Investors’ International Law*. Oxford: Hart, 2021. p. 275-276; Monebhurrun, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, 8: 95-99, 2017.

⁶⁶ As disposições dos ACFIs sobre responsabilidade social corporativa são bastante detalhadas. Confira, como exemplo, o artigo 12 do ACFI Brasil/Índia (2020). A citação grande é aqui importante para ilustrar o nível de detalhamento da esperada responsabilidade social corporativa: “Os investidores e seus investimentos devem esforçar-se por alcançar o mais alto nível possível de contribuição para o desenvolvimento sustentável do Estado Anfitrião e da comunidade local, por meio da adoção de um alto grau de práticas socialmente responsáveis, com base nos princípios voluntários e normas estabelecidos neste Artigo e políticas internas, tais como declarações de princípio que foram endossadas ou são apoiadas pelas Partes. 12.2 Os investidores e seus investimentos deverão

o dever de envidar seus melhores esforços - uma reminiscência de uma obrigação de meio - para manter-se em dia com os padrões detalhados e precisos de RSC estabelecidos pelos acordos.

Dito isso, apesar de sua originalidade, as disposições de RSC dos ACFIs enfrentam limites importantes, visto que (surpreendentemente) não são arbitráveis. Por exemplo, de acordo com o artigo 25 (3) da CFIA Brasil-Emirados Árabes Unidos:

“Os seguintes itens não podem ser submetidos a arbitragem: Artigo 13 - Exceções de Segurança; Artigo 14 - Cumprimento da Legislação Nacional; **Artigo 15 - Responsabilidade Social Corporativa**; § 1º do Artigo 16 - Medidas de Investimento e Combate à Corrupção e Ilegalidade; e § 2º do Artigo 17 - Disposições sobre Investimento e Meio Ambiente, Trabalho e Saúde”. **(grifos nossos)**

Não obstante, argumenta-se aqui que as disposições de RSC não pretendem ser “letra morta”: se não forem arbitráveis, nada indica que não possam ser invocadas durante o procedimento de prevenção de litígios. O ACFI Brasil-Marrocos menciona expressamente que o

realizar os seus melhores esforços para cumprir com os seguintes princípios e padrões para uma conduta empresarial responsável e consistente com as leis adotadas pelo Estado Anfitrião: a) contribuir para o progresso econômico, social e ambiental com vistas a alcançar um desenvolvimento sustentável; b) respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos das pessoas envolvidas nas atividades das empresas; c) estimular a geração de capacidades locais, mediante uma estreita colaboração com a comunidade local; d) fomentar a formação do capital humano, em particular, por meio da criação de oportunidades de emprego e oferecendo capacitação aos empregados; e) abster-se de procurar ou aceitar isenções não contempladas no marco legal ou regulatório, relacionadas com os direitos humanos, o meio ambiente, a saúde, a segurança, o trabalho, o sistema tributário, os incentivos financeiros ou outras questões; f) apoiar e defender os princípios de boa governança corporativa e desenvolver e implementar boas práticas de governança corporativa, incluindo medidas anticorrupção; g) desenvolver e implementar práticas de autodisciplina e sistemas de gestão eficazes que promovam uma relação de confiança mútua entre as empresas e as sociedades nas quais exercem sua atividade; h) promover o conhecimento e o cumprimento, por parte dos empregados, das políticas da empresa mediante sua difusão adequada, inclusive por meio de programas de capacitação; i) abster-se de adotar medidas discriminatórias ou disciplinares contra os trabalhadores que enviarem, de boa fé, relatórios à direção ou, quando apropriado, às autoridades públicas competentes; sobre práticas contrárias à lei ou às políticas da empresa; j) fomentar, na medida do possível, que seus sócios comerciais, incluindo provedores de serviços e contratados, apliquem princípios de conduta empresarial consistentes com os princípios previstos neste Artigo; e k) abster-se de qualquer ingerência indevida nas atividades políticas locais”.

Comitê Conjunto deve supervisionar a implementação do acordo, incluindo questões relacionadas à RSC⁶⁷.

Em relação aos demais ACFIs, pode-se afirmar que os Comitês Conjuntos têm competência implícita para monitorar o cumprimento dos padrões de RSC por parte dos investidores. Se dilemas relacionados a RSC não podem ser, como tal, objeto de arbitragem, os ACFIs colocam o comportamento corporativo dos investidores em destaque, a partir do qual podem ser levados em consideração pelos Comitês Conjuntos e, ao fazê-lo, estes últimos podem ser auxiliados por partes interessadas, especialmente pela sociedade civil.

Aduz-se, portanto, que as disposições de RSC têm uma finalidade legal e podem ser combinadas com a participação esperada das partes interessadas no auxílio aos Comitês Conjuntos, atuando como um vigilante da responsabilidade social corporativa dos investidores. Em um determinado procedimento de prevenção de litígios, pelo qual os atos e omissões do Estado anfitrião estão sob escrutínio por terem potencialmente infringido os direitos de um investidor estrangeiro, o comportamento do investidor pode paralelamente ser objeto de avaliação.

Assim, a participação das partes interessadas (comunidades locais, indígenas, ONGs, consumidores, academia, por exemplo) pode ser útil para auxiliar os Comitês Conjuntos a avaliar o quão limpas estão as mãos do investidor, ou seja, em que extensão seu comportamento corporativo é(era) respeitador dos padrões de RSC definidos pelo próprio ACFI. É assim uma participação que potencializa a função interpretativa das cláusulas RSC⁶⁸.

Essa participação das partes interessadas é relevante e importante porque a má conduta corporativa de um investidor nem sempre pode ser trazida ao debate pelos Estados, seja por razões estratégicas ou políticas⁶⁹. As preocupações com a responsabilidade dos investidores são frequentemente expressas pela sociedade civil, visto que é frequentemente ela quem é afetada diretamente pela má conduta corporativa⁷⁰.

⁶⁷ ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 14 (4) (a).

⁶⁸ MONEBHURUN, Nitish; DE ANDRADE, Priscila Pereira. Mapping Investors' Environmental Commitments and Obligations. In: Ho, J.; SATTOROVA, M. (eds.). *Investors' International Law*. Oxford: Hart, 2021. p. 284.

⁶⁹ HO, J. International Law's Opportunities for Investor Accountability. In: Ho, J.; Sattorova M. (eds.), *Investors' International Law*. Oxford: Hart, 2021. p. 28.

⁷⁰ HO, J. International Law's Opportunities for Investor Account-

Portanto, em um ambiente de prevenção de controvérsias, o Comitê Conjunto pode - com a colaboração das partes interessadas em questões de apuração de fatos ou pesquisa de campo, por exemplo - convocar o investidor e lembrá-lo de que seus deveres de RSC estão interligados aos seus direitos protegidos pelo acordo. Este poderia ser um meio indireto de fazer cumprir ou, pelo menos, dar um *effet utile* (efeito útil) à disposição de RSC, ao mesmo tempo em que se vai construindo, paulatinamente, uma função das partes interessadas como guardiãs de RSC no procedimento de prevenção de litígios.

É por meio dessa participação múltipla que os ACFIs estabelecem um sistema de governança de prevenção de disputas em várias camadas. Sua implementação também depende de um método específico de prevenção de litígios processuais, o qual, dada a estrutura dos ACFIs, confere uma função quase jurisdicional aos Comitês Conjuntos. Isso será tratado na próxima seção.

3 Um procedimento de prevenção de controvérsias conferindo uma função quase-jurisdicional aos Comitês Conjuntos dos ACFIs

De acordo com os ACFIs, levar uma potencial controvérsia ao Comitê Conjunto é uma etapa processual obrigatória de prevenção de controvérsias antes de recorrer à arbitragem Estado-Estado⁷¹.

A consulta aos Comitês Conjuntos não é de natureza simbólica. Se não equivalem a tribunais arbitrais com autoridade de coisa julgada, o procedimento legal

perante o Comitê confirma que a prevenção de controvérsias é levada a sério e indica que se espera que tal instituição tenha uma função quase-jurisdicional.

Afirmar que o Comitê tem uma função quase-jurisdicional não significa dizer que seja um tribunal. Uma instância quase-jurisdicional exerce um papel na fronteira entre o executivo e o judicial⁷², com uma atuação enquadrável na categoria administrativa e com decisões e medidas que são, portanto, de natureza administrativas⁷³. Nesse sentido, uma instância quase-jurisdicional atua no âmbito administrativo com elementos do Judiciário⁷⁴. Seria semelhante, por exemplo, ao caso do Painel de Inspeção do Banco Mundial⁷⁵. Argui-se, nesse sentido, que os Comitês Conjuntos têm a mesma característica.

O argumento para apoiar esta tese é duplo. Baseia-se, em primeiro lugar, na formalidade do procedimento de apresentação de prevenção de litígios pelas partes (3.1.) e, em segundo lugar, no formalismo do procedimento de avaliação de prevenção de litígios pelos Comitês Conjuntos (3.2.).

3.1 A formalidade do procedimento de submissão da prevenção de controvérsias pelas partes

Uma medida adotada pelo Estado anfitrião que não esteja em conformidade com o ACFI pode ser o ponto de partida de um procedimento de prevenção de litígios a ser acionado pelo Estado de origem do investidor.

Obviamente, espera-se que o investidor notifique seu Estado de origem sobre a medida desconforme com o acordo de investimento, e certamente estará em segundo plano no mecanismo de prevenção de controvérsias, guardando semelhança com o método de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC)⁷⁶.

ability. In: Ho, J.; Sattorova M. (eds.), *Investors' International Law*. Oxford: Hart, 2021. p. 28. Em termos mais gerais, confira: PERRONE, NICOLAS MARCELO; COTULA, Lorenzo. Investors' International Law and its Assymetries: The Case of Local Communities. In: HO, J.; SATTOROVA, M. (eds.). *Investors' International Law*. Oxford: Hart, 2021. p. 71 e ss.

⁷¹ ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 22(2); ACFI Brasil/Chile (2015), art. 24(1); ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 15; ACFI Brasil/Equador (2019), art. 24(2); ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 15(2); ACFI Brasil/Angola (2015), art. 15(2); ACFI Brasil / Malauí (2015) art. 13(3). Confira também: Badin, Michelle Rattón; MOROSINI, Fabio. Navigating between Resistance and Conformity with the International Investment Regime. In: Badin, Michelle Rattón; MOROSINI, Fabio (eds.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 233.

⁷² WADE, HENRY WILLIAM RAWSON. Quasi-judicial and its Background. *Cambridge Law Journal*. vol.10. no. 2. 1949. p.217.

⁷³ WADE, HENRY WILLIAM RAWSON. Quasi-judicial and its Background. *Cambridge Law Journal*. vol.10. no.2. 1949. p.227.

⁷⁴ WADE, HENRY WILLIAM RAWSON. Quasi-judicial and its Background. *Cambridge Law Journal*. vol.10. no.2. 1949. p.227.

⁷⁵ LOPEZ-JACOISTE, Eugenia. El control cuasi jurisdiccional del Panel de Inspección del Banco Mundial. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29. 2013. p. 111-164.

⁷⁶ Ascensio, Hervé. *Droit international économique*. PUF: Paris, 2020. p. 123-124.

Essa notificação é, no entanto, informal e implícita, na medida em que não é prevista pelos ACFIs. Formalmente, a ativação oficial do mecanismo de prevenção de controvérsias é atribuição exclusiva dos Estados. Por exemplo, de acordo com o artigo 18.1 da ACFI Brasil/Índia “se a Parte considera que uma medida específica adotada pela outra Parte constitui uma violação deste Tratado, ela pode invocar este artigo para iniciar um procedimento de prevenção de disputas no âmbito do Comitê Conjunto”⁷⁷.

“Parte”, no contexto dos ACFIs, refere-se aos Estados-Partes. Ainda assim, iniciar um procedimento de prevenção de controvérsias é, por si só, da competência discricionária do Estado de origem - assim como seria em questões de proteção diplomática⁷⁸. Isso poderia ser uma limitação dos ACFIs e de sua esperada governança de prevenção de disputas⁷⁹. Circunstâncias políticas, assuntos sensíveis ou outra razão estratégica podem impedir a vontade do Estado de origem de ativar o mecanismo de prevenção de disputas.

A relação política entre o investidor e seu Estado de origem também será um critério oculto na determinação da motivação do Estado para agir. Por exemplo, não está claro se o Brasil, como Estado de origem, estaria pronto para intervir em casos relativos a pequenos ou médios investidores brasileiros no exterior ou se aceitar prontamente desencadear o procedimento várias vezes ao ano perante o mesmo Comitê Conjunto (contra o mesmo Estado anfitrião) em nome de diferentes investidores brasileiros.

Esses são alguns pontos ainda obscuros do mecanismo de prevenção de disputas dos ACFIs. Conceder aos investidores o direito de apresentar um caso diretamente aos Comitês teria sido menos burocrático e talvez menos discriminatório, uma vez que qualquer investidor teria a possibilidade legal de fazê-lo, independentemente de seu porte, de seu setor de negócios ou de suas conexões políticas.

Isso posto, uma vez que o Estado de origem do investidor esteja convencido de que existem motivos su-

ficientes para iniciar um procedimento de prevenção de litígios, pode recorrer ao Comitê Conjunto, o qual agirá, no entanto, em seu próprio nome, com o objetivo de resolver qualquer controvérsia iminente.

A formalidade reside no fato de que o procedimento perante o Comitê Conjunto constitui uma etapa a ser percorrida no sistema de governança de disputas. Trata-se de um procedimento prévio obrigatório que, uma vez iniciado, deve ser totalmente concluído antes de, eventualmente, se remeter o caso a um tribunal arbitral em uma arbitragem Estado-Estado.

Logo, um tribunal arbitral constituído sob os auspícios de um ACFI negará jurisdição na ausência de um relatório prévio de prevenção de disputas do Comitê Conjunto. Diante dessa característica, a confiança e a missão conferidas ao Comitê Conjunto para encontrar uma solução amigável elevam-no ao status de uma instância quase-jurisdicional, natureza que é confirmada pelo formalismo processual a ser cumprido perante, e após, ele (Comitê Conjunto).

3.2 O formalismo do procedimento de avaliação de prevenção de controvérsias pelo Comitê Conjunto

Submeter um caso ao Comitê Conjunto demanda o cumprimento de algumas regras e etapas formais. O Estado de origem deve formalizar sua demanda por meio de uma declaração por escrito, discriminando a medida de inconformidade, bem como os pontos de fato e de direito relevantes para o caso.

Curiosamente (ou confusamente), alguns ACFIs informam que a declaração por escrito deve ser enviada ao Comitê Conjunto⁸⁰, enquanto outros preveem que deve ser notificada ao Estado anfitrião⁸¹ ou mesmo ao *Ombudsperson*⁸². Se um padrão claro ainda não foi estabe-

⁷⁷ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 18.1.
⁷⁸ De Nanteuil, Arnaud. *Droit international de l'investissement*. Paris : Pédone, 2017. p. 17; LIM, Chin L.; HO, Jean; PAPANINSKIS, Martins. *International Investment Law and Arbitration*. Cambridge University Press: Cambridge, 2018. p. 5.
⁷⁹ Monebhurrun, Nitish. What would change in Brazil's practice with the adoption of an investor-state dispute settlement mechanism in its investment agreements? *Nomos*, 39: 76, 2019.

⁸⁰ ACFI Brasil/Angola (2015), art. 15.3; ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 15.3; ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 22.3; ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 13.3. Confira também: Badin, Michelle Rattón; MOROSINI, Fabio. Navigating between Resistance and Conformity with the International Investment Regime. In: Badin, Michelle Rattón; MOROSINI, Fabio (eds.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 233.
⁸¹ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 18.2; ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 19 (2) (a); ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 24 (2) (a); ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 24 (2) (a); ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 24.2.

⁸² ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 19.2.

lecido na prática, é logicamente esperado que o pedido seja dirigido ao Comitê Conjunto e ao Estado anfitrião, ou a este último por meio do Comitê Conjunto. Em qualquer caso, o Comitê Conjunto deve ser informado, porque é o órgão com competência para atuar formalmente no processo de prevenção de litígios.

Uma vez notificado, o Comitê Conjunto deve marcar uma reunião dentro de um prazo estabelecido, que varia de 60⁸³ a 90⁸⁴ dias dependendo do ACFI. A partir da primeira reunião, os Comitês Conjuntos têm 60 dias, prorrogáveis se necessário (120 dias na ACFI Brasil/Índia), para avaliar o caso e aprovar um relatório⁸⁵.

Ao fazê-lo, espera-se que os Comitês examinem os fatos à luz da lei aplicável a fim de chegar a uma solução e, assim, evitar a exacerbação de uma disputa nascente. É esperado também que o Estado de origem e o Estado anfitrião apresentem suas alegações orais perante os Comitês Conjuntos por meio de seus representantes.

Conforme mencionado no Capítulo 2, o investidor em questão⁸⁶, bem como outras partes interessadas⁸⁷, podem ter a possibilidade de participar da(s) reuniões dos Comitês Conjuntos. Sua posição, como tal, será de-

vidamente considerada; seus argumentos serão ouvidos de acordo com o princípio de *partnering*⁸⁸ consagrado nos ACFIs como ferramenta que permite solucionar o problema e evitar, em último caso, a instauração de arbitragem.

Essa parte do procedimento pode ser determinante, considerando que os investidores e as demais partes interessadas terão a oportunidade de influenciar o conteúdo do relatório final. Os Comitês Conjuntos têm competência para promover um diálogo construtivo e amigável entre as partes e atores interessados, cujo procedimento equivale ao de uma audiência.

Após as audiências e exame dos detalhes do caso, os Comitês Conjuntos deverão aprovar um relatório que contenha: (i) a identificação do Estado requerente; (ii) uma descrição da medida contestada e das disposições da ACFI alegadamente violadas; e (iii) suas conclusões⁸⁹. Essas descobertas deverão expressar uma solução mutuamente acordada.

Alguns ACFIs estabelecem que o relatório deve declarar a identificação da parte interessada e do investidor, a medida contestada e a posição das partes relacionadas⁹⁰, mas silenciam sobre a exigência das conclusões específicas dos Comitês, sendo este último certamente um resultado implícito - e obviamente esperado - do procedimento de prevenção de conflitos. Alguns ACFIs indicam um prazo específico para a apresentação do relatório, que varia de 15⁹¹ a 30⁹² dias após uma das partes ter decidido encerrar o procedimento de consulta; outros não preveem prazos específicos⁹³.

Se a confidencialidade for a regra em relação às reuniões e documentação dos Comitês, o relatório adota-

⁸³ Praticamente todos os ACFIs, com exceção do ACFI Brasil/Índia, preveem o prazo de 60 dias para a realização da reunião.

⁸⁴ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 18.2 (a).

⁸⁵ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 18.2 (b); ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 15.3 (ii); ACFI Brasil/Angola (2015), art. 15.3 (ii); ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 13.3 (b); ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 24.2 (b); ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 24 (2) (b); ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 19 (2) (b); ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 24 (2) (b).

⁸⁶ ACFI Brasil/Equador (2019), art. 24 (3) (c) (i); ACFI Brasil/México (2015), art. 18 (3) (c) (i); ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 15 (3) (iii) (a); ACFI Brasil/Angola (2015), art. 15 (3) (iii) (a); ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 13 (3) (c) (i); ACFI Brasil/Índia (2020), art. 18 (3) (b); ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 19 (3) (a); ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 22 (3) (c) (i); ACFI Brasil/Chile (2015), art. 24 (3) (c) (i); ACFI Brasil/Etiópia (2018), art. 23 (3) (b); ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 24 (3) (b); ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 24 (3) (b); ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 24 (3) (b).

⁸⁷ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 13 (4) (d), art. 18.4; ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 14 (4) (d), art. 19.4; ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 16 (4) (d) (i), art. 22 (3) (c) (ii); ACFI Brasil/Chile (2015), art. 18 (4) (d), art. 24 (3) (c) (ii); ACFI Brasil/Etiópia (2018), art. 17 (4) (d), art. 24 (4); ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 18 (4) (d), art. 24 (4); ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 24 (4), art. 18 (4) (d); ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 18 (4) (d), art. 24 (4); ACFI Brasil/Equador (2019), art. 18 (4) (d) (i), art. 24 (3) (c) (ii); ACFI Brasil/México (2015), art. 14 (4) (d), art. 18 (3) (c) (ii); ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 15 (3) (b), art. 4 (4) (iv); ACFI Brasil/Angola (2015), art. 4 (4) (iv), art. 15 (3) (iii) (a); ACFI Brasil/Malauí (2015) art. 3 (4) (d), art. 13 (3) (c) (ii).

⁸⁸ EL-HAKIM, Jacques. Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats. *Revue internationale de Droit comparé*, 1997. p. 49, 350.

⁸⁹ ACFI Brasil/Índia (2020), art.18.2 (c); ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 24.2 (c); ACFI Brasil/Guiana (2018), art. 24 (2) (c); ACFI Brasil/Suriname (2018), art. 24 (2) (c); ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 19 (2) (c); ACFI Brasil/Etiópia (2018), art. 23 (2) (c).

⁹⁰ Por exemplo, os ACFIs assinados com México, Angola, Moçambique, Chile e Malauí.

⁹¹ ACFI Brasil/Equador (2019), art. 25(3)(d); ACFI Brasil/Colômbia (2015), art. 22(3)(d).

⁹² ACFI Brasil/Chile (2015), art. 24(3)(f).

⁹³ ACFI Brasil/Moçambique (2015); ACFI Brasil/Angola (2015); ACFI Brasil/México (2015); ACFI Brasil/Guiana (2018); ACFI Brasil/Etiópia (2018); ACFI Brasil/Marrocos (2019); ACFI Brasil/Suriname (2018); ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019); ACFI Brasil/Índia (2020).

do será, no entanto, tornado público de acordo com as formas e procedimentos da legislação nacional das partes⁹⁴. A transparência - ao nível da publicação dos relatórios dos Comitês - é, neste contexto, uma obrigação, na medida em que é, por si só, uma ferramenta de prevenção de conflitos, mas também um indicador da legitimidade dos Comitês Conjuntos como órgãos tecnicamente competentes. A transparência é uma marca registrada de uma governança eficiente⁹⁵ e também marca a independência de um órgão adjudicatório ou não adjudicatório⁹⁶.

Os relatórios dos Comitês Conjuntos constituem um recurso importante, dos quais os Estados partes, futuros investidores e outras partes interessadas podem se valer para compreender como determinadas questões jurídicas foram abordadas pelos Comitês e como a prevenção de disputas foi efetivamente alcançada. A publicidade dos relatórios é, além disso, importante se alguma a questão de interesse público estiver incluída na disputa⁹⁷.

Se as questões jurídicas submetidas violarem questões de legislação ambiental, direitos humanos, saúde, herança cultural ou direitos indígenas e tribais, o resultado será evidentemente de interesse geral. Esse raciocínio também se aplica a questões de corrupção ou sempre que uma má conduta social corporativa estiver em debate.

A título ilustrativo, o Decreto nº 9.571 sobre Empresas e Direitos Humanos estabelece que o Estado deve reforçar os mecanismos de transparência no trato da proteção dos direitos humanos por parte das empresas privadas⁹⁸. Essa transparência também deve facilitar a aceitabilidade social do mecanismo de prevenção de controvérsias previsto pelos ACFIs - especialmente no

Brasil, onde existe o ceticismo em relação ao direito internacional de investimentos em geral.

No longo prazo, a formação de uma coletânea desses relatórios possibilitará delinear as melhores práticas dos Comitês Conjuntos como o principal órgão de prevenção de disputas da ACFI, agindo assim como um repositório da sua “jurisprudência” para evitar disputas.

Também é importante observar que, se a controvérsia não for resolvida nos prazos estabelecidos pelos ACFIs, ou se um dos Estados-partes não participar do procedimento, um procedimento arbitral poderá ser iniciado pela outra parte⁹⁹. No entanto, não está claro se o investidor em questão terá que fazer um pedido formal ao seu Estado de origem para iniciar uma arbitragem ou se a iniciativa pertence exclusivamente ao Estado.

A preocupação é aqui reveste-se de importância processual: a necessidade de um pedido do investidor pode ser interpretada como uma espécie de proteção diplomática¹⁰⁰ - ou apresentada/defendida como tal pelo Estado anfitrião - em que o investidor terá de esgotar todos os recursos internos antes de iniciar uma eventual arbitragem Estado-Estado. Mas, em resumo, as características examinadas neste tópico são aquelas que permitem equiparar os Comitês Conjuntos a órgãos quase-jurisdicionais.

4 Considerações Finais

Os ACFIs brasileiros estão, teoricamente, aptos a inaugurar uma era diferenciada de método de solução de controvérsias em investimentos internacionais, que poderia servir de modelo para evitar controvérsias e harmonizar a relação entre Estados, investidores e demais partes interessadas.

⁹⁴ ACFI Brasil/Índia (2020), art. 18.5; ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 24.5; ACFI Brasil/Moçambique (2015), art. 15(5); ACFI Brasil/Angola (2015), art. 15(5).

⁹⁵ SCHEWE, Christoph. Clearing up Transparency in the Dispute Settlement of International Trade Agreements. *German Yearbook of International Law*, 59, 2016. p. 396-398; CALAMITA, N. Jansen. Dispute Settlement Transparency in Europe’s Evolving Investment Treaty Policy. *Journal of World Investment & Trade*, 15, 2014. p. 650.

⁹⁶ SCHEWE, Christoph. Clearing up Transparency in the Dispute Settlement of International Trade Agreements. *German Yearbook of International Law*, 59, 2016. p. 399.

⁹⁷ CALAMITA, N. Jansen. Dispute Settlement Transparency in Europe’s Evolving Investment Treaty Policy. *Journal of World Investment & Trade*, 15, 2014. p. 651.

⁹⁸ Decreto nº 9.571/18, art. 3 (III).

⁹⁹ ACFI Brasil/Índia (2020), art.18.2 (d); ACFI Brasil/Equador (2019), art. 24 (3) (f); ACFI Brasil/Marrocos (2019), art. 19 (2) (d); ACFI Brasil/Emirados Árabes Unidos (2019), art. 24 (2) (d).

¹⁰⁰ The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ, Series A, no.2, Decisão de mérito (30/08/1924), p. 12: “É um princípio elementar de direito internacional que um Estado tem o direito de proteger seus súditos, quando lesados por atos contrários ao direito internacional cometidos por outro Estado, dos quais não tenham sido capazes de obter satisfação pelos canais ordinários. Ao abordar o caso de um de seus súditos e ao recorrer à ação diplomática ou a procedimentos judiciais internacionais em seu nome, um Estado está, na realidade, fazendo valer seus próprios direitos - o direito de garantir, na pessoa de seus súditos, o respeito pelas regras do direito internacional”.

Mesmo com as suas eventuais lacunas ou com os seus pontos de incertezas discutidos neste artigo, o modelo brasileiro oferece uma profissionalização da técnica de prevenção de disputas, identificada pelos atores, processos e procedimentos mobilizados — sob um rol notável de detalhes técnicos — com o objetivo último de resolver amistosamente um problema sem a necessidade de acesso a um tribunal arbitral. Desse modo, os ACFIs vão além do mero enquadramento de um tempo de arrefecimento (“*cool off period*”) entre as partes, presente em diversos acordos de investimentos tradicionais.

O mecanismo de solução de controvérsias, uma vez posto à prova, permitirá avaliar o acerto da escolha estratégica do Brasil em priorizar a prevenção ou permitir a intervenção de terceiros no processo. Os casos em direito internacional de investimento são conhecidos por serem altamente técnicos e a tecnicidade também se aplica ao nível de prevenção de disputas.

Mesmo que tenha suas raízes no direito internacional, o direito internacional dos investimentos possui linguagem e técnica próprias, que devem ser devidamente dominadas não apenas para fins de solução de controvérsias, mas também para as relações gerais a serem estabelecidas com investidores estrangeiros. A denúncia ou a terminação de tratados de investimentos mal negociados no passado por alguns países, tais como África do Sul, Bolívia, Equador, Índia e Venezuela, é sintomático dessa necessidade de atenção à tecnicidade desse ramo do direito internacional.

O Brasil está começando a assimilar a linguagem do direito internacional dos investimentos e deve preparar seus órgãos (especialmente o Comitê Conjunto e o *Ombudsperson*) e seus servidores públicos para compreender as técnicas subjacentes a este campo do direito.

A antecipação e o investimento prévio neste trabalho preparatório seriam, por isso, devidamente recomendáveis. Em primeiro lugar, isso poderia assumir a forma de treinamento jurídico por meio de seminários e workshops. Em segundo lugar, tal objetivo pode ser alcançado mediante o estabelecimento de uma sala de situação, na qual se possibilite a simulação de situações de prevenção de conflitos, e onde políticas e estratégias pudessem ser discutidas por especialistas, visando antecipar casos futuros por meio da elaboração de contribuições e diretrizes sobre prevenção de conflitos em casos de investimento internacional.

Referências

Legislativas

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, Seção 1, p. 18897, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do para. 3º do art. 37 e no para. 2º do art. 216 da Constituição Federal [...]. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, Seção 1, Edição Extra, p. 1, 18 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, Seção 1, p. 1, 27 mai. 2015.

Jurisprudenciais

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB/10/7. *Reclamante: Philip Morris. Reclamado: República Oriental do Uruguai*. Decisão de mérito, 08 de julho de 2016.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB/12/12. *Reclamante: Vattenfall AB and others. Reclamado: República Federal da Alemanha*.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1. *Reclamante: Metalclad Corporation. Reclamado: Estados Unidos Mexicanos*. Decisão de mérito, 30 de agosto de 2000.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3. *Reclamante:*

Waste Management Inc.. Reclamado: Estados Unidos Mexicanos. Decisão de mérito, 30 de abril de 2004.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB/01/7. Reclamante: *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A.*. Reclamado: *República do Chile*. Decisão de mérito, 25 de maio de 2004.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB/01/08. Reclamante: *CMS Gas Transmission Company*. Reclamado: *República da Argentina*. Decisão de mérito, 25 de maio de 2005.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Caso CIADI No. ARB/16/6. Reclamante: *Glencore International A.G. and C.I. Prodesco S.A.*. Reclamado: *República da Colômbia*. Decisão de Mérito, 27 de agosto de 2019.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). Caso sob as regras da UNCITRAL. Reclamante: *Occidental Exploration and Production Company*. Reclamado: *República do Equador*. Decisão de mérito, 01 de julho de 2004.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). Caso sob as regras da UNCITRAL. Reclamante: *Walter Bau*. Reclamado: *Reino da Tailândia*. Decisão de mérito.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). Caso PCA No. 2015-25. Decisão de mérito, 23 de dezembro de 2016.

CORTE DE JUSTIÇA DA UNIAO EUROPEIA (CJUE). Caso CJUE No. C-284/16. Reclamante: *República da Eslováquia*. Reclamado: *Achmea BV*. Decisão de mérito, 06 de março de 2018. para. 60.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Caso Series A, No 2. *Caso Mavrommatis Palestine Concessions*. Decisão de mérito, 30 de agosto de 1924.

CORTE SUPREMA DO CANADÁ (SCC). Caso SCC No. V (064/2008). Reclamante: *Mohammad Ammar Al-Bahloul*. Reclamado: *República do Tadjiquistão*. Decisão de mérito, 02 de setembro de 2009.

Bibliográficas

ACHTSCHIN, Leonardo Vieira Arruda. *A Aplicabilidade da Cláusula do Tratamento Justo e Equitativo ao Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2021.

ALVIK, Ivar. The Justification of Privilege in International Investment Law: Preferential Treatment of Foreign Investors as a Problem of Legitimacy. *European Journal of International Law*, 31: 290, 2020.

Ascensio, Hervé. *Droit international économique*. PUF. Paris, 2020. p. 123-124.

ASCENSIO, Hervé. L'amicus curiae devant les juridictions internationales. *Revue générale de Droit international public*, 4: 897-930, 2001.

Badin, Michelle Rattón; MOROSINI, Fabio. Navigating between Resistance and Conformity with the International Investment Regime. In: Badin, Michelle Rattón; MOROSINI, Fabio (eds.), *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Beate, R. Thematic Rapporteurs and Working Groups of the United Nations Commission on Human Rights. *The Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 4, 296 e ss., 2000.

CALAMITA, N. Jansen. Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy. *Journal of World Investment & Trade*, 15, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista brasileira de arbitragem*, 51: 7-21, 2016.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI) (1968). History of the ICSID Convention. Document concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *ICSID Publication*, Washington, ICSID. Vol. II. Part 1. 1968: p. 306.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). *Report of the United Nations Commission on International Trade Law Fiftieth Session*. A/72/17: para. 264, 2017.

- COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement*. A/CN.9/WG.III/WP.149. para. 8, 2018.
- COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). *Report of the United Nations Commission on International Trade Law Fifty-Fourth Session*. A/72/17: 2, 2021.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 28-30, 2010.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). UNCTAD Reform Package for the International Investment Regime. UNCTAD Publication: 17-18, 2018.
- DAMJANOVIC, Ivana; QUIRICO, Ottavio. Intra-E investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of Achmea and Vattenfall: Matter of Priority. *Columbia Journal of European Law*, 26: 102 e ss., 2019.
- De Nanteuil, Arnaud. *Droit international de l'investissement*. Paris : Pédone, 2017.
- EL-HAKIM, Jacques. Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats. *Revue internationale de Droit comparé*, 49: 350, 1997.
- GRISEL, Florian; VINUALES, Jorge E. L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 22: 380-432, 2007.
- HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI?: Only a Bit... and They Could Bite. *World Bank, Development Research Group, Investment Climate*, 2003.
- HO, J. International Law's Opportunities for Investor Accountability. In: HO, J.; SATTOROVA, M. (eds.), *Investors' International Law*, Oxford: Hart, 2021.
- KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment Arbitration in Brazil. Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration. *Arbitration International*, 4: 432 e ss., 2008.
- Kurtz, J. Australia's Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 27: 65-86, 2012.
- Langford, M; Potestà, M; Kaufman-kohler, G; Behn, D. Special Issue: UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions: An Introduction. *Journal of World Investment and Trade*, 21: 167, 2020.
- LIM, Chin L.; HO, Jean; PAPANINSKIS, Martins. *International Investment Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- LIPSKY, David B.; SEEBER, Ronald L. In Search of Control: The Corporate Embrace of ADR. *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 1: 142, 1998.
- LIPSKY, David B.; AVGAR, Ariel C.; LAMARE, J. Ryan. Organizational Conflict Resolution and Strategic Choice: Evidence from a Survey of Fortune 1000 Firms. *Industrial and Labor Relations Review*, 73: 431-455, 2020.
- LOPEZ-JACOISTE, Eugenia. El control cuasi jurisdiccional del Panel de Inspección del Banco Mundial. *Anuario Espanol de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, p. 111-164.
- MASUCCI, Deborah; SURESH, Shravanthi. Transforming business through proactive dispute management. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 18: 664-665, 2017.
- MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Monebhurrn, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, 8, 84 e ss., 2017.
- Monebhurrn, Nitish. O mecanismo de resolução de disputas nos novos Acordos de Cooperação e de Facilitação dos Investimentos do Brasil. In: MOTA, Carlos Espulgues (ed.) *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 227-242, 2020.

- Monebhurrn, Nitish. E eles descobriram a arbitragem investidor-Estado. *Brazilian Journal of International Law*, 12: 12-14, 2015.
- Monebhurrn, Nitish; DE ANDRADE, Priscila Pereira. Mapping Investors' Environmental Commitments and Obligations. In: HO, J.; SATTOROVA, M. (eds.). *Investors' International Law*, Oxford: Hart, 2021.
- Monebhurrn, Nitish. What would change in Brazil's practice with the adoption of an investor-state dispute settlement mechanism in its investment agreements?. *Nomos*, 39: 76, 2019.
- MOROSINI, Fabio Costa; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, Anastacia. Solução de controvérsias em Acordos de Investimento: as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFIs. *Brazilian Journal of International Law*, 17: 304, 2020.
- NICOLAS, Françoise; THOMSEN, Stephen; BANG, Mi-Hyun. Lessons from Investment Policy Reform in Korea. *OECD Working Papers on International Investment*, 2: 24, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5k4376zqcpf1-en>. Acesso em: 24 set. 2021.
- NOLAN, Michael. Challenges to the Credibility of the Investor-State Arbitration System. *American University Business Law Review*, 5: 429-445, 2015
- PERRONE, NICOLAS MARCELO; COTULA, Lorenzo. Investors' International Law and its Assymetries: The Case of Local Communities. In: Ho, J.; Sattorova M. (eds.). *Investors' International Law*, Oxford: Hart, 2021. p. 78-80.
- PURISIMA, Kristoffer James E. Participatory Dispute Prevention: Managing risks and Partnering for Marawi's Big Rise. *Ateneo Law Journal*, 64: 38-39, 2019.
- SCHEWE, Christoph. Clearing up Transparency in the Dispute Settlement of International Trade Agreements. *German Yearbook of International Law*, 59, 2016.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- TIH, A. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Baden-Baden: Hart, 2014.
- VOON, Tania; MITCHELL, Andrew D. Implications of international investment law for plain tobacco packaging: lessons from the Hong Kong–Australia BIT. In: Voon, Tania *et al.* *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes Legal Issues*. Edward Elgar Publishing. Cheltenham, 2012.
- WADE, HENRY WILLIAM RAWSON. Quasi-judicial and its Background. *Cambridge Law Journal*, vol.10. no. 2: 216-240. 1949.
- WALD, Arnaldo; DE BORJA, Ana Gerdau. The New Brazilian Arbitration Law. *University of Miami Inter-American Law Review*, 47: 21-52, 2016.
- WEGHMANN, Vera; HALL, David. The Unsustainable Political Economy of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms. *International Review of Administrative Sciences*, 1-17, 2021.
- ZARRA, Giovanni. Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay. *Brazilian Journal of International Law*, 14: 96-120, 2017.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The preventive character of disaster law: tax incentives in environmental, social, and governance (ESG) investments as a risk mitigation mechanism

O caráter preventivo do direito dos desastres: incentivos fiscais a investimentos ESG como mecanismo para mitigar riscos

Daniel Dela Coleta Eisaqui

Deilton Ribeiro Brasil

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

The preventive character of disaster law: tax incentives in environmental, social, and governance (ESG) investments as a risk mitigation mechanism*

O caráter preventivo do direito dos desastres: incentivos fiscais a investimentos ESG como mecanismo para mitigar riscos

Daniel Dela Coleta Eisaqui**

Deilton Ribeiro Brasil***

Abstract

This article analyses the possibility of using tax incentives in environmental, social, and governance (ESG) investments to help prevent disasters. It elucidates whether tax incentives are a useful disaster prevention mechanism and how and what type of tax incentives can be used. Its focus is dogmatic and the method of approach is deductive. The research method is both bibliographic and documental, using doctrine, national legislation, and international treaties. The findings reveal that it is possible to prevent disasters with tax incentives in ESG investments if the economic agents act in accordance with the notion of benefits; moreover, environmentally responsible conduct can be undertaken if it is less costly.

Keywords: Disaster law. Taxation. ESG investments. Environmental law. Sustainable development.

Resumo

Este artigo analisa a possibilidade de se utilizar incentivos fiscais a investimentos ESG na intenção de prevenir desastres. Seu objetivo é compreender se incentivos fiscais são um mecanismo útil de prevenção de desastres, e como e quais incentivos fiscais podem ser utilizados. O foco é dogmático e o método de abordagem é dedutivo. A pesquisa é bibliográfica e documental, utilizando doutrina, legislação nacional e tratados internacionais. Como resultado, o artigo conclui que é possível prevenir desastres com incentivos fiscais para investimentos ESG na medida em que agentes econômicos agem de acordo com a noção de benefícios e podem escolher condutas socialmente responsáveis se elas forem menos custosas.

Palavras-chave: Direito dos desastres. Tributação. Investimentos ESG. Direito ambiental. Desenvolvimento sustentável.

* Recebido em 30/03/2021
Aprovado em 13/05/2021

** Doutorando em Proteção dos Direitos Fundamentais na Universidade de Itaúna (UIT). Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Advogado
Email: danicoleta@hotmail.com

*** Pós-doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD da Universidade de Itaúna (UIT), Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA) e Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor visitante da Universidade de Caxias do Sul (UCS).
Email: deilton.ribeiro@terra.com.br

1 Introduction

This article analyses the possibility of using tax incentives in environmental, social, and governance (ESG) investments to prevent disasters. ESG investments are a new approach in the financial market including ethical issues in investment decisions' logical operations, that is, non-financial assumptions are added to the syllogism by which investors decide how to allocate their resources. In this sense, the quest for maximum profit is no more the only concern, instead investors also take into account the social and environmental impacts of their assets.

Additionally, disaster prevention implies both public and private actions and joint efforts through infrastructure works and positive social and environmental behaviors. Consequently, the state plays an important role to promote an environment conducive for encouraging private actors contribute to disaster prevention, environmental conservation, social justice, and general welfare.

The problem under discussion is whether the use of tax incentives in ESG investments contributes to disaster prevention; in other words, whether this tax policy can generate environmentally responsible behaviors. In this vein, there are two objectives: a) understanding whether tax incentives are a useful disaster prevention mechanism; and b) how and what type of tax incentives are useful to this end. The main hypothesis is that tax incentives induce economic agents to seek environmentally and socially responsible investments if they become more attractive.

This subject is justified on the grounds of current reality. First, the occurrence of disasters, man-made or natural, has become more frequent; even while this article is being written, mankind is facing the second year of a globally deadly epidemic. Second, the financial market has seen an increase in social and environmental interest in responsible investments. For example, there is an increase in available investment options that are related to non-financial issues, with various events being organized to discuss these concerns.

Methodologically, this article is a qualitative research with a dogmatic focus, that is, it seeks legal responses to the challenges of disaster prevention through the financial market and economic theory. By the same reason, this investigation is also classified as an applied research.

The method of approach is deductive, which is the process of reasoning from one or more statements (premises) to reach a logical conclusion: If disaster law has a preventive nature and economic agents act in response of incentives and disincentives, then tax incentives may be able to induce precautionary measures, preventing disasters. In this vein, it is an exploratory research. The research method is bibliographic, which is based in the light of doctrines, and also is documentary, because it uses legal norms, both national legislation and international treaties.

This article is divided into six sections, including the introduction. Chapter 1 explains what disaster law is and its importance in current society. Chapter 2 presents an analysis of dimensions of development and the symbiotic relationships between sustainability and governance. Chapter 3 is an overview of the emergence of eco-capitalism, the green economy, and ESG investments. Chapter 4 is dedicated to the possibility of using tax incentives in ESG investments as risk management and mitigation solution. The final section presents the main conclusions.

2 Disaster law as an imperative in risk society

Disasters are phenomena caused by natural events, human intervention, or both, that result in significant costs, damages, and losses, both environmental and social, including harmful environmental changes, detriment to human interests, and substantial loss of human lives and goods.¹

At a conceptual level, according to the applicable Brazilian law (Decree n. 10.593, of December 24, 2020), a “disaster” is the result of an adverse event, man-made or natural, that causes human, material, and environmental damages and social and economic losses, as defined in Article 2 (VII) of the aforementioned Decree.²

The state's purpose is—or, at least, should be—the common good: the role of law and its institutions is to

¹ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27-29.

² BRASIL. *Decree n. 10.593, of December 24, 2020*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10593.htm#art42. Accessed: 06 Mar. 2021.

act on behalf of the general welfare.³ In other words, “the State, as a juridical-political entity, has as its general purpose the common good of its people, that is, ensuring the conditions that collaborate to the integral development of human personality.”⁴

In this sense, there is a need for a theoretical formulation of a legal framework for environmental and social safety standards, covering risk assessment and mitigation processes (preventive approach), along with emergency responses, reconstruction of areas affected, rehabilitation of displaced people, and compensation,⁵ without forgetting civil and criminal liability. This necessary legal framework is understood under the rubric of “disaster law.”

2.1 Law as a tool for preventive risk management

In his book “The Age of Rights,” Norberto Bobbio states that rights are a *signum prognosticum*, a signal of the times, arising from specific conditions: the rights “come into existence, when their existence is either essential or possible,” when progress “creates new threats [...] or allows new remedies.”⁶ He believes that “specific demands are created in response to specific needs. New needs are created by changes in social conditions, and when technical developments make it possible to satisfy them.”⁷

The division of rights into generations is illustrative of this historical approach. As Mark Tushnet points out, the “first generation rights emerged as bourgeois society and markets displaced feudal relations” and the “second generation rights resulted from a later political

mobilization, of the working class in Europe, expressed in social democratic parties of the late nineteenth century.”⁸

According to Bobbio, the increasing power of one man over another, technical progress, and the increases in man’s ability to dominate nature⁹ have caused the recognition and proclamation of a third generation of rights associated with environmental movements and a better social governance paradigm, focusing on the human dimension.

It is possible to define “law” as a mechanism of social control, but it is also a path “to reinforce the demands by movements on behalf of themselves and others for the satisfaction of new material and moral needs.”¹⁰ Both considerations are correlated because law provides directive principles of public policies, regulation, control over behaviors, and conduct standards directed toward the protection of human interests. Moreover, a healthy quality of life, ecologically balanced environment, security, well-being, and development are rights and are enforceable—including on account of international obligations.¹¹

In this vein, the notion of risk becomes important. There is no way to protect all these rights without preventive action and risk management. Ultimately, effective protection of human rights reduces human vulnerability. Furthermore, when this is the subject on the agenda, it is necessary to comprehend the risk issue.

The now classic work by Ulrich Beck, “Risk society: towards a new modernity”, proposes as its core thesis the increasing distribution of social risk positions, which requires “a systematic way of dealing with hazards and insecurities.”¹² He further states, “risk society” is

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. VIII.

⁴ KIM, Richard Pac; EISAQUI, Daniel Dela Coleta. “Máximo existencial possível” no sopesamento entre o direito fundamental à educação superior e o interesse público ao equilíbrio fiscal. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (coord.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas—homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Tomo II: Pensando as instituições, a justiça e o Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 176.

⁵ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 10.

⁸ TUSHNET, Mark. Notes on some aspects of the taxonomy of “generations” of rights: a dossier on taxonomy of generation of rights. *Revista estudos institucionais*, v. 2, n. 2, 2016. Available at: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/77/94>. Accessed: 27 Feb. 2021. p. 476.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 11.

¹¹ ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos. *Revista de direito econômico e socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, jan./abr. 2020. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/27353/24621>. Accessed: 03 Mar. 2021. p. 66.

¹² BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. London:

one “that it is increasingly occupied with debating, preventing and managing risks that it itself has produced.”¹³

Beck’s definitions allow the conclusion that a “risk society” is a society governed by the possibility of its own destruction due to negative and undesirable consequences of natural events and human activity. In accordance with Slavoj Žižek,¹⁴ “nature is no longer ‘natural’, the reliable ‘dense’ background of our lives; it now appears as a fragile mechanism which, at any point, can explode in a catastrophic manner.” He also writes: “the predominant version of ecology is the ecology of fear, fear of a catastrophe—human-made or natural—that may deeply perturb, destroy even, human civilization.”¹⁵

Considering law as a mechanism of social control and the historical nature of rights, the incidence—or even the mere possibility—of environmental disasters act as a trigger for law and politics to develop new regulatory and legal frameworks, based on the intention to prevent environmental damages, social harm, and other destructive events.¹⁶ In the words of Žižek, the abovementioned fear “pushes us to plan measures to protect our safety.”

On the one hand, new rights are recognized, while on the other new fields of law emerge. In this context, a new field of research has emerged and is under development, focusing on “a wide-ranging, interdisciplinary body of research seeking to inform and improve disaster-related decision-making”¹⁷: *Disaster Law*. By definition, the study object in this area of law is “a complex web of obligations, duties and interests related to prevention and catastrophic events assistance”, with the intention of managing the “havoc of disasters.”¹⁸

SAGE Publications, 1992, p. 21.

¹³ BECK, Ulrich. Living in the world risk society. *Economy and Society*, v. 35, n. 3, p. 329-345, aug. 2006. Available at: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4095470/mod_resource/content/0/Beck--WorldRisk.pdf. Accessed: 05 Mar. 2021. p. 332.

¹⁴ ŽIŽEK, Slavoj. *In defense of lost causes*. London, New York: Verso, 2008. p. 435.

¹⁵ ŽIŽEK, Slavoj. *In defense of lost causes*. London, New York: Verso, 2008. p. 438.

¹⁶ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 16-17.

¹⁷ FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 4, n. 1, 2012. Available at: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01/932>. Accessed: 04 Mar. 2021. p. 4.

¹⁸ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

The main guidelines of disaster law are the preventive and precautionary principles: events such as natural or environmental disasters have an irreversible impact on human lives and local ecosystems, and also adversely impact future generations. Therefore, “either we take this threat seriously and decide today to do things which, if the catastrophe does not occur, will appear ridiculous, or we do nothing and lose everything in the case of a catastrophe, the worst choice being that of a middle position, taking a limited number of measures—in which case, we fail whatever should happen.”¹⁹ Seen in these terms, the *raison d’être* of this new branch of law is to formulate preventive strategies grounded on risk management and the reduction of vulnerabilities.²⁰

2.2 International nature of disaster law

Klaus Bosselmann²¹ states that the current resource crisis is global, implying that an overall strategic approach is needed: There is no longer any room for local sustainability strategies. Indeed, again citing Žižek,²² “the only way to confront the threat of ecological catastrophe is by means of large-scale collective decisions,” suggesting the imposition of the same world-wide norms, or at least the same regulatory rationality: anticipation, precaution, and risk control.

This rationality, the Slovenian philosopher says, recognizes that “the only truly effective one in the face of a calamity” is, “instead of saying ‘the future is still open, we still have the time to act and prevent the worst’, one should accept the catastrophe as inevitable, and then act to retroactively undo what is already ‘written in the stars’ as our destiny.”²³

Daniel Farber²⁴ incorporates a more economic approach, saying, in line with Žižek, that “an economic

2013. p. 67.

¹⁹ ŽIŽEK, Slavoj. *In defense of lost causes*. London, New York: Verso, 2008. p. 456.

²⁰ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 17-18.

²¹ BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 42.

²² ŽIŽEK, Slavoj. *In defense of lost causes*. London, New York: Verso, 2008. p. 461.

²³ ŽIŽEK, Slavoj. *In defense of lost causes*. London, New York: Verso, 2008. p. 460.

²⁴ FARBER, Daniel. From here to eternity: environmental law and future generations. *University of Illinois Law Review*, n. 2, 2003. Avail-

technique called exponential discounting converts future benefits into their equivalent present-days values.”²⁵ Nevertheless, both ideas are linked, as they consider the need of looking toward the future and redesigning the present: “whatever actions we take today, however, will have most of their effects far in the future.”²⁶

As stated, crisis management and disaster prevention demand international efforts.²⁷ There is a collective international responsibility to protect and ensure human security: safety from chronic threats and “from sudden and hurtful disruptions in the patterns of daily life”, covering, e.g., economy, food, health, environment, physical integrity, culture, and “first generation” fundamental rights.²⁸

Therefore, in addition to its preventive nature, disaster law also has an international dimension.²⁹ Carvalho and Damacena³⁰ refer to the World Conference on Disaster Reduction (2005, in Japan), an international event wherein the Hyogo Framework for Action 2005–2015 was adopted, whereby “efforts to reduce disaster risks must be systematically integrated into policies, plans and programs for sustainable development and poverty reduction and supported through bilateral, regional and international cooperation.”³¹

able at: <https://illinoislawreview.org/print/volume-2003-issue-2/from-here-to-eternity-environmental-law-and-future-generations/>. Accessed: 20 Mar. 2021. p. 291.

²⁵ FARBER, Daniel. From here to eternity: environmental law and future generations. *University of Illinois Law Review*, n. 2, 2003. Available at: <https://illinoislawreview.org/print/volume-2003-issue-2/from-here-to-eternity-environmental-law-and-future-generations/>. Accessed: 20 Mar. 2021. p. 293.

²⁶ FARBER, Daniel. From here to eternity: environmental law and future generations. *University of Illinois Law Review*, n. 2, 2003. Available at: <https://illinoislawreview.org/print/volume-2003-issue-2/from-here-to-eternity-environmental-law-and-future-generations/>. Accessed: 20 Mar. 2021. p. 290.

²⁷ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 112-117.

²⁸ PARIS, Roland. Human security: paradigm shift or hot air? *International Security*, v. 26, n. 2, p. 87–102, 2001. Available at: <http://users.metu.edu.tr/utuba/Paris.pdf>. Accessed: 05 Mar. 2021. p. 89-91.

²⁹ Cf. CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica*: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 66 et. seq.

³⁰ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 58.

³¹ UNITED NATIONS. *Report of the World Conference on Disaster Reduction*. 2005. Available at: <https://undocs.org/en/A/CONF.206/6>. Accessed: 07 Mar. 2021. p. 7.

First, because “causes and consequences of disasters are not limited to one geographical location or space,” disasters and catastrophes “are in principle omnipresent.”³² This leads to the need for the international community to consider both protecting and improving the environment and ensuring sustainability from transnational threats; for example, the Convention on the protection of the Mediterranean Sea against pollution (Barcelona Convention, 1976), which recognizes “the need for close cooperation among the States and international organizations concerned in a coordinated and comprehensive regional approach for the protection and enhancement of the marine environment.”³³

Second, for some authors, the very definition of “disaster” concerns the occurrence of “emergency situations in which there is an urgent need for international assistance to relieve human suffering.”³⁴ A similar definition is provided by the Center for Research on the Epidemiology of Disasters (CRED): “situation or event, which overwhelms local capacity, necessitating a request to national or international level for external assistance.”³⁵

Even if the disaster is in fact local, the disaster law system is international for the following reasons:

a) the understanding of environment and natural resources as a common heritage of mankind, existing for the benefit of mankind as a whole, and the recognition of human security and sustainable development as fundamental rights of all individuals. As pointed out by the Paris Agreement (2015), once the environment is considered an asset of human common use, there is also a common concern of humankind on environmental threats.³⁶

³² BECK, Ulrich. Living in the world risk society. *Economy and Society*, v. 35, n. 3, p. 329-345, aug. 2006. Available at: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4095470/mod_resource/content/0/Beck--WorldRisk.pdf. Accessed: 05 Mar. 2021. p. 333.

³³ UNITED NATIONS. *Treaty series*: treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations, v. 1102. New York: United Nations, 1991. Available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201102/v1102.pdf>. Accessed: 06 Mar. 2021. p. 45.

³⁴ MACALISTER-SMITH, Peter. *International humanitarian assistance*: disaster relief actions in international law and organization. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. p. 3.

³⁵ CENTRE FOR RESEARCH ON THE EPIDEMIOLOGY OF DISASTERS (CRED). *EM-DAT Glossary*. Available at: https://www.emdat.be/Glossary#letter_d. Accessed: 06 Mar. 2021.

³⁶ UNITED NATIONS. *Paris Agreement*. 2015. Available at: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

b) *the potential need for international humanitarian aid.* It was this spirit that guided the Convention on assistance in the case of a nuclear accident or radiological emergency (1986), which encouraged international cooperation “to facilitate prompt assistance in the event of a nuclear accident or radiological emergency.”³⁷ In the same way, the Framework Convention on Civil Defense Assistance (2000) was guided by “the need for the development of international cooperation in the field of Civil Defense in terms of prevention, forecasting, preparedness, intervention, and post-crisis management.”³⁸

c) *the fact that environmental damage recognizes no borders,* as was the case of the April 1986 disaster at the Chernobyl nuclear power plant in Ukraine, whose effects were felt in Sweden, because the radioactive material released from the Soviet nuclear power plant was carried by the wind and spread over Europe and other areas in the world.³⁹ This fact was recognized by the Framework Convention on Civil Defense Assistance (2000): “the risk of disasters and the consequences thereof are not containable by national frontiers.”⁴⁰ In truth, as pointed out by Bosselmann,⁴¹ everything that is done at a local level has repercussions in other parts of the world—something like the butterfly effect in chaos theory.

d) *the very existence of international conventions imposes duties and obligations in environmental matters.*⁴² As Alisson Thiago de Assis Campos and Deilton Ribeiro Brasil⁴³ have argued, there are international standards for human protection requiring the proactive stance of states in order to promote effective global action to protect human rights. Within this article’s scope, these standards do not remain in the environmental law field, but also concern investment law.⁴⁴ In this sense, “scientific environmental studies measure the environmental impacts of an investment” and there is the investor’s duty of due diligence “to assess the environmental nature of the investment site” and “examine the environmental impacts of his activities.”⁴⁵

The internationalization of disaster law involves a whole set of treaties—in a broad sense—directly or indirectly related to disaster prevention, *post facto* responses, environmental protection and sustainable development.⁴⁶ In this respect, there is an effort by the

Accessed: 07 Mar. 2021. p. 2.

³⁷ UNITED NATIONS. *Treaty series: treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations*, v. 1457. New York: United Nations, 1997. Available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201457/v1457.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021. p. 134.

³⁸ UNITED NATIONS. *Treaty series: treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations*, v. 2172. New York: United Nations, 2004. Available at: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%202172/v2172.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021. p. 231.

³⁹ Cf. HÄGG, Conny. *Consequences in Sweden of the Chernobyl accident*. Stockholm: National Institute of Radiation Protection, 1990. Available at: https://inis.iaea.org/collection/NCLCollectionStore/_Public/21/071/21071159.pdf?r=1&r=1. Accessed: Mar. 06, 2021; EUROPEAN PARLIAMENT. *Forsmark: how Sweden alerted the world about the danger of the Chernobyl disaster*. May 15, 2014. Available at: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20140514STO47018/forsmark-how-sweden-alerted-the-world-about-the-danger-of-chernobyl-disaster>. Accessed: 06 Mar. 2021.

⁴⁰ UNITED NATIONS. *Treaty series: treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations*, v. 2172. New York: United Nations, 2004. Available at: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%202172/v2172.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021. p. 231.

⁴¹ BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 42.

⁴² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 111-182; CARVALHO, Délon Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 66-69.

⁴³ CAMPOS, Alisson Thiago de Assis; BRASIL, Deilton Ribeiro. A internacionalização dos direitos humanos e a retomada das práticas restaurativas no processo penal. *Rev. de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, v. 3, n. 2, p. 01-18, Jul./Dez. 2017. e-ISSN: 2525-9679. Available at: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/2225/pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021. p. 10.

⁴⁴ MONEBHURRUN, Nitish. Is investment arbitration an appropriate venue for environmental issues? A Latin American perspective. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 195-206, 2013. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2070/pdf>. Accessed: 09 May 2021. p. 197.

⁴⁵ MONEBHURRUN, Nitish. Is investment arbitration an appropriate venue for environmental issues? A Latin American perspective. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 195-206, 2013. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2070/pdf>. Accessed: 09 May 2021. p. 202-204.

⁴⁶ Cf. FISCHER, Horst. International disaster response law treaties: trends, patterns and lacunae. In: INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES. *International disaster response laws, principles and practice: reflections, prospects and challenges*. Geneva: 2003. Available at: <https://www.ifrc.org/PageFiles/41194/idrl-book-c2.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021; INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES. *Law and legal issues in international disaster response: a desk study*. Geneva: International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, 2007. Available at: <https://www.ifrc.org/PageFiles/125712/113600-idrl-deskstudy-en.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021. Also, the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies provide a data base of legal and policy instruments related to disaster management at the international, regional, national, provincial, and local levels, available at:

International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies to systematize a global regulatory logic through a set of recommendations on disaster relief operations and humanitarian assistance.⁴⁷

For example, Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development, proclaimed in the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 1992), provides that, “in order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities.”⁴⁸ Another example is the Tampere Convention on the Provision of Telecommunication Resources for Disaster Mitigation and Relief Operations (Tampere, 1998), which stated the need for international cooperation “to facilitate the use of telecommunication resources for disaster mitigation and relief.”⁴⁹

In fact, the epistemological basis of disaster law is the interaction between the right to an ecologically balanced environment and to a healthy quality of life, from the perspective of intergenerational responsibility, human security, and sustainable development. This article further elucidates that the development concept is no longer just about economic growth.

3 The dimensions of development and the symbiotic relationships between sustainability and governance

There is a positive connotation inherent to the concepts of progress and development. Economic growth, increasing productive capacity, positive employment indicators, and favorable stock market developments are examples of the traditional concept of progress and

development. However, this financial and economic growth is not always accompanied by human, social, and environmental development.

New methods of thought emerged when these concerns were introduced in the notion of development. Amartya Sen, the Nobel Laureate in Economics in 1998, argued in his book *Development as Freedom* that development is not simply a matter of metrics such as gross domestic product, industrialization, technological advance, or income per capita; rather, it is about providing freedom and conditions that enable the people to exercise this freedom.

In his words, “development requires the removal of major sources of unfreedom: poverty as well as tyranny, poor economic opportunities as well as systematic social deprivation, neglect of public facilities as well as intolerance or overactivity of repressive states.”⁵⁰ He points out: “sometimes the lack of substantive freedoms relates directly to economic poverty,” while in other cases it “links closely to the lack of public facilities and social care,” and, in still other cases, it “results directly from a denial of political and civil liberties [...] and from imposed restrictions on the freedom to participate in the social, political and economic life of the community.”⁵¹

Thus, development is about “economic opportunities, political liberties, social powers, and the enabling conditions of good health, basic education, and the encouragement and cultivation of initiatives.”⁵² This article does not provide an in-depth analysis of Amartya Sen’s thought, but touches on it to introduce the multi-dimensional nature of development.

First, there is a social dimension: A model of socially exclusionary and unequal development is not acceptable.⁵³ Second, the new paradigm of development seeks an ethical approach: empathy, solidarity, cooperation, avoidance of cruelty, not turning human beings into a thing or commodity, recognizing all of them as the masters of their own fates (Kantian autonomy), honesty of purpose, fairness, and the improvement of collective and

<https://www.ifrc.org/en/publications-and-reports/idrl-database/>.

⁴⁷ Available at: <https://www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-law/about-disaster-law/international-disaster-response-laws-rules-and-principles/>.

⁴⁸ UNITED NATIONS. *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*. 1992. Available at: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_VI_Declaration.pdf. Accessed: 06 Mar. 2021. p. 3.

⁴⁹ UNITED NATIONS. *Treaty series: treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations*, v. 2296. New York: United Nations, 2006. Available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202296/v2296.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021. p. 47.

⁵⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16-17.

⁵¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 17.

⁵² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 18.

⁵³ FREITAS, Juez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 65.

individual wellbeing.⁵⁴ Third, there is the most common and known dimension, i.e., the economic one.⁵⁵ Fourth is the political-legal dimension, covering a matrix of fundamental rights and social duties, in order to provide a new type of development.⁵⁶

Finally, there is the environmental dimension.⁵⁷ In accordance with Bosselmann, ecological sustainability is a prerequisite for development. For him, the true meaning of sustainability is the duty to protect and restore the integrity of the Earth's ecological systems. Therefore, economic prosperity and social justice are subject to ecological sustainability.⁵⁸

In line with this argument, it is possible to conclude that sustainability and governance are two sides of the same coin, and therefore they maintain a symbiotic relationship with each other. If sustainability is the duty to protect and restore the integrity of the Earth's ecological systems, as understood by Bosselmann, the consequence is that it becomes necessary to form rules and decision-making procedures—governance—guided by sustainability.⁵⁹

Governance is not equal to government, namely “all forces that can influence human behavior are potential tools of governance.”⁶⁰ For instance, civil society has been widely seen as a crucial agent for improving the quality and inclusiveness of governance.⁶¹ Hence, it is necessary to have a system of incentives and disincentives that makes social agents act in line with sustainability goals.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 68-72.

⁵⁵ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 74-76.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 76-82.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 72-74.

⁵⁸ BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 56-78.

⁵⁹ BOSSELMANN, Klaus; ENGEL, Ron; TAYLOR, Prue. *Governance for sustainability: issues, challenges, successes*. Gland: International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, 2008. p. 4.

⁶⁰ BOSSELMANN, Klaus; ENGEL, Ron; TAYLOR, Prue. *Governance for sustainability: issues, challenges, successes*. Gland: International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, 2008. p. 4.

⁶¹ VELTMEYER, Henry. Civil Society and Local Development. *In: Interações*, v. 9, n. 2, p. 229-243, 2008. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-70122008000200010&lng=en&nrm=iso. Accessed: 11 Mar. 2021. p. 229.

This article focuses on the economic dimension of sustainable governance. Economic factors are an expressive force of influence over the human behavior. As Žižek regrets, capitalism “turn[s] ecology into a new field of capitalist investment.”⁶² This logic is not negative in itself: the idea of an Ecological State—an ecosystemic perspective on the state—necessarily implies a shift in the economic activities.⁶³ Therefore, new approaches of capitalism and economy emerge: a “greenification” process.

4 The emergence of eco-capitalism and green economy: ESG investments as an essential element of sustainable governance

After the Cold War, Francis Fukuyama declared the end of history. For him, “liberal democracy may constitute the ‘end point of mankind’s ideological evolution’ and the ‘final form of human government.’”⁶⁴ In this context, “liberal principles in economics—the ‘free market’—have spread.”⁶⁵ By definition, the Hegelian and Marxist concept of the “end of history” refers to the end point of humanity’s sociocultural evolution and the final form of human government, i.e., the total exhaustion of viable systematic alternatives to capitalism and liberal democracies.⁶⁶

However, the environmental demands of current society have contributed to the development of new social, economic, and political structures. In the terminology of Enrique Leff,⁶⁷ there was the emergence

⁶² ŽIŽEK, Slavoj. *In defense of lost causes*. London, New York: Verso, 2008. p. 421.

⁶³ CÂMARA, Ana Stela. Economic assumptions of the ecological state: looking for sustainability. *Revista de Direito Econômico e Socio-ambiental*, Curitiba, v. 10, n. 3, p. 50-66, set./dez. 2019. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/25687/24226>. Accessed: 11 Mar. 2021. p. 64.

⁶⁴ FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. New York: The Free Press, 1992. p. xi.

⁶⁵ FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. New York: The Free Press, 1992. p. xiii.

⁶⁶ Cf. VIEIRA, Rosa Maria. O fim da historia: de Hegel a Fukuyama. *Revista de Administração de Empresas*, v. 33, n. 3, 1993. Available at: <https://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-33-num-3-ano-1993-nid-47481/>. Accessed: 11 Mar. 2021.

⁶⁷ Cf. LEFF, Enrique. Sustentabilidad y racionalidad ambiental: hacia ‘otro’ programa de sociología ambiental. *Revista mexicana de sociología*, v. 73, n. 1, 2011.

of a new environmental rationality under a sustainable guideline. Currently, it is discussed in terms of the “Environmental rule of law” or “Sustainable State.”⁶⁸ In the economic field, there are two applicable notions: “eco-capitalism” and “green economy.”

The United Nations Environment Programme (UNEP) defined “green economy” as an economic development model that “results in improved human well-being and social equity, while significantly reducing environmental risks and ecological scarcities.”⁶⁹

Eco-capitalism in turn is the combination of environmental and market principles. In a broad sense, there is an intrinsic relationship between economy and environment because economic systems are institutionalized processes of interaction between human beings and the environment. In other words, economic processes are framed by environment: This is both the source of resources and destination of waste.⁷⁰ The notion of eco-capitalism is not, however, immune from criticism. In addition to Žižek, one can refer to Michael Löwy,⁷¹ Enrique Leff,⁷² and Juarez Freitas.⁷³

In the same line, with a critical undertone, Serge Latouche argues:

When you are in Rome and you want to go to Turin, and if you are, by mistake, on the train to Naples, it is not enough to slow down the train, to break, or even to stop, you must go down and take another train in the opposite direction. To save the planet and guarantee an acceptable future to our children, it is not enough to moderate current trends, we

must squarely escape development and economicism [...]”⁷⁴

Nevertheless, ecology becomes an economic regulation paradigm in order to provide a capitalist economy an identity.⁷⁵ This identity is found through ESG investments. “ESG” is the acronym for “environmental, social, and governance” and its parameters are used in the “analysis, selection and management of investments.” In a descriptive and analytical form, the “E” issue can be exemplified by a concern with “climate change, carbon emissions, pollution, resource efficiency, and biodiversity.” The “S” includes “human rights, labor standards, health and safety, diversity policies, community relations, and development of human capital (health and education).” Under G, “corporate governance, corruption, the rule of law, institutional strength, transparency” are key issues for consideration.⁷⁶

ESG investments are linked to the demand for “investment that may bring important social or environmental benefits, such as community development loan funds or clean technology portfolios.”⁷⁷ ESG investment discussions entail that “socially responsible investors (SRIs) consider non-financial criteria (e.g., social responsibility performance) in their investment decisions, in addition to conventional criteria such as return, risk or liquidity.”⁷⁸

Companies realize that there is potential for gaining a business advantage through positive social and environmental behavior because the spirit of ESG and sus-

⁶⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 285.

⁶⁹ KREIBIHEL, Silvia; PATEL, Shilpa. Delivering the green economy through financial policy. *Inquiry into the design of a sustainable financial system: policy innovations for a green economy*. Frankfurt School of Finance & Management—UNEP Collaborating Centre for Climate & Sustainable Energy Finance, 2014. Available at: http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2014/05/141017_UNEP-Inquiry-Green-Economy-through-Financial-Policy-3.pdf. Accessed: 11 Mar. 2021. p. 4.

⁷⁰ POTTIER, Antonin. *Le capitalisme est-il compatible avec les limites écologiques?* Paris: Veblen Institute for Economic Reforms, 2017. Available at: https://www.veblen-institute.org/IMG/pdf/texte_veblen.pdf. Accessed: 11 Mar. 2021. p. 1.

⁷¹ Cf. LÖWY, Michael. Crise ecológica, capitalismo, altermondialismo. Un point de vue eco-socialiste. *Novos cadernos NAEA*, v. 11, n. 2, p. 5-14, 2008. Available at: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/ncn/article/download/269/417>. Accessed: Mar. 11, 2021.

⁷² Cf. LEFF, Enrique. Decrecimiento o desconstrucción de la economía: hacia um mundo sustentable. *Revista de la Universidad Bolivariana*, v. 7, n. 21, 2008.

⁷³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 127-129.

⁷⁴ LATOUCHE, Serge. D'autres mondes sont possibles, pas une autre mondialisation. *Revue du Mauss*, v. 2, n. 20, 2002. Available at: https://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=RDM_020_0077&download=1. Accessed: Mar. 18, 2021, p. 87.

⁷⁵ LEVASSEUR, Lionel. L'écologie, nouveau régulateur du capitalisme? *Quaderni*, n. 17, p. 79-89, 1992. Available at: https://www.persee.fr/doc/AsPDF/quad_0987-1381_1992_num_17_1_944.pdf. Accessed: 11 Mar. 2021. p. 86.

⁷⁶ INDERST, Georg; STEWART, Fiona. *Incorporating environmental, social and governance (ESG) factors into fixed income investment*. Washington: The World Bank Group, 2018. Available at: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29693/125442-WP-PUBLIC.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Accessed: 01 Mar. 2021. p. 2.

⁷⁷ CHEN, Li et. al. Social responsibility portfolio optimization incorporating ESG criteria. *Journal of Management Science and Engineering*, 2021, article in press. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S209623202100007X>. Accessed: 28 Feb. 2021. p. [1].

⁷⁸ GARCÍA, Fernando et. al. Selecting Socially Responsible Portfolios: A Fuzzy Multicriteria Approach. *Sustainability*, special issue: sustainable financial markets, 2019. Available at: <https://www.mdpi.com/2071-1050/11/9/2496>. Accessed: Feb. 28, 2021, p. 1.

tainable investing is in “promoting change by diverting capital resources toward companies that are more likely to acknowledge sustainability issues.”⁷⁹

Thus, ESG investments become an important mechanism to improve governance and guarantee sustainability: When society and the state prioritize companies that include this type of concern in their agenda, this institutes a system of obligations, rewards, and incentives that leads to the self-limitation of some conducts on behalf of environmentally and socially responsible actions.⁸⁰

Incentivizing and valuing ESG investments may be a key element of the disaster prevention regulatory framework. Therefore, it is possible to justify and explain the relationships among the three concepts in the following way: ESG investments include environmental, social, and governance concerns to profitable reasoning. The “ESG” is a new investment strategy—“a set of rules, beliefs, or assumptions that govern an investor’s investment decisions.”⁸¹—by which ESG factors are researched and evaluated.⁸² Resultantly, ESG investors prefer to invest in companies and assets involving less harm to the environment and its human consequences or that devote resources to implementing palliative and compensatory measures.

The disaster prevention system implies services and works of civil defense related to the improvement of environmental and social conditions. Consequently, governmental activity is necessary to make these investments more competitive, allowing a continuous flow of resources. Tax incentives are important because they make these investments more attractive. Therefore, since the State is enabled “to distinguish between admissible and non-admissible investments,”⁸³ it is allowed to provide benefits to stimulate the admissible ones.

⁷⁹ DE FRANCO, Carmine; NICOLLE, Johann; TRAN, Lan-Anh. *Sustainable investing: ESG versus SDG*. Available at: https://www.ossiam.fr/files/research_papers/1612454078_Sustainable_investing_ESG_versus_SDG.pdf. Accessed: 28 Feb. 2021. p. 1.

⁸⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 127.

⁸¹ SHERWOOD, Matthew W.; POLLARD, Julia. *Responsible investing: an introduction to environmental, social and governance investments*. London, New York: Routledge, 2019. p. 1

⁸² SHERWOOD, Matthew W.; POLLARD, Julia. *Responsible investing: an introduction to environmental, social and governance investments*. London, New York: Routledge, 2019. p. 3.

⁸³ MONEBHURRUN, Nitish. Is investment arbitration an appropriate venue for environmental issues? A Latin American perspec-

5 Possibility of using tax incentives in ESG investments as a risk management and mitigation solution

A disaster preventive system involves a regulatory framework, i.e., a set of rules directed toward regulating behaviors and imposing duties through the introduction of rewarding incentives or punitive disincentives. Disaster law is, most importantly, provided by legislative action and through administrative law. Therefore, disaster prevention shall be regulated through rules that will ultimately be applied primarily by the public administration.

In short, disaster law, because of its preventive nature, is not a type of law that sets out rules trusting to the good sense of each one, and then turning to the courts after they are violated to claim a redressal. While it is possible to resort to the judicial system for this purpose (*ex post facto* action), or even for injunctive relief, disaster law manifests in public policies.

5.1 Administrative disaster law and public policy-making

Under the new “Environmental rule of law,” there is a new role of the public administration on behalf of sustainability. In accordance with the Brazilian Constitution, Government shall have the duty to defend and preserve an ecologically balanced environment and healthy quality of life (Article 225). From the standpoint of disaster law, the state takes responsibility for promoting disaster prevention and the detection of environmentally risky situations, acting in a preventive manner in their management.⁸⁴

This administrative duty to protect (*Staatliche Schutzpflichten*) includes the development and execution of public policies and specific programs and projects dedicated to mitigate the causes of natural or man-made disasters.⁸⁵ In short, prevention of disasters and risk

tive. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 195-206, 2013. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2070/pdf>. Accessed: 09 May. 2021. p. 202.

⁸⁴ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 120.

⁸⁵ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

management involves administrative decisions and processes.⁸⁶ As Carla Amado Gomes⁸⁷ highlights, current risk/accident scenarios demand preventive public intervention.

Public policies are the adoption of a course of action aimed toward specific objectives.⁸⁸ In other terms, they are state efforts responsive to the social demands,⁸⁹ or instruments of public performance that aim to implement general principles of legal order.⁹⁰ According to Trennepohl,⁹¹ public policies are a system with three subjects: the market, the state, and civil society.

A sustainable regulatory framework seeks to induce the adoption of good environmental practices.⁹² Therefore, the preventive role of administration in risk management involves the development of an incentive policy rooted in sustainable goals. This approach leads to the conclusion that “sustainable development needs to make the market compatible with the social constitutional concerns because it is believed that combining social responsibility, sustainable development, technology and tax incentives society can achieve improved quality of

life, with the satisfaction of basic needs.”⁹³ Against this background, taxation plays an important role in disaster prevention through the establishment of special market conditions and stimulating mechanisms.

5.2 The role of taxation in disaster risk mitigation

Public and private entities act dangerously—whether knowingly or not—contributing to the occurrence of disasters. On the other hand, a public administration under the “Environmental Rule of Law” should adopt legal rules and obligatory regulations to control the development of activities that put human life and environment at risk.⁹⁴

Notwithstanding that taxes are destined to raise funds, they can be used with a stimulative purpose (extrafiscal function), becoming an instrument of social, economic, or environmental policy.⁹⁵ For instance, the “polluter pays” principle legitimizes the imposition of taxes in order to encourage or discourage conducts and activities based on their potential for harm to the environment, i.e., “taxation assumes the role of an economic instrument in environmental policies which seeks to induce the adoption of behaviors” that are in harmony with the conservation of natural resources.⁹⁶

For instance, the Constitution of the State of Paraná (Article 132) provides special treatment in tax revenue sharing for municipalities with unities of environmental

2013. p. 81.

⁸⁶ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 35, p. 45.

⁸⁷ GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, n. 2, 2011. Available at: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/download/1399/1767>. Accessed: 13 Mar. 2021. p. 142.

⁸⁸ TERENCEZI, Gabriel Vieira. Preferências eleitorais como referência ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GOMES, Daniel Machado; SALLES, Denise Mercedes Lopes; RABELLO, Elaine Teixeira; CAVALCANTI, Marcia Teixeira (org.) *Teoria e empiria das políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2020. p. 34.

⁸⁹ CUSTÓDIO, André Viana; FREITAS, Higor Neves de. As políticas socioassistenciais na prevenção e erradicação do trabalho infantil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 2, p. 224-253, maio/ago. 2020. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/27088/24734>. Accessed: 13 Mar. 2021. p. 238.

⁹⁰ RIBAS, Lídia Maria; PINHEIRO, Hendrick. Taxa de resíduos sólidos como instrumento para promoção do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 10, n. 2, p. 233-260, maio/ago. 2019. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/23915/24220>. Accessed: 13 Mar. 2021. p. 241.

⁹¹ TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Incentivos fiscais no direito ambiental para uma matriz energética limpa e o caso do etanol brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99.

⁹² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 260.

⁹³ PSCHIEDT, Kristian Rodrigo. Social development and private health care system: three ways for success. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 29-49, jul./dez. 2015. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/5762/5690>. Accessed: 13 Mar. 2021. p. 35-36.

⁹⁴ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 96-98.

⁹⁵ RABBANI, Roberto Muhákir Rahnemay. Poluição Sonora e proteção ambiental: intervenção estatal atual e possibilidade da tributação ambiental. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 03-21, jul. /dez. 2016. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/5789/5720>. Accessed: 13 Mar. 2021. p. 14; TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Incentivos fiscais no direito ambiental para uma matriz energética limpa e o caso do etanol brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 114.

⁹⁶ RIBAS, Lídia Maria; PINHEIRO, Hendrick. Taxa de resíduos sólidos como instrumento para promoção do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 10, n. 2, p. 233-260, maio/ago. 2019. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/23915/24220>. Accessed: 13 Mar. 2021. p. 244.

conservation.⁹⁷ Minas Gerais enacted Law No. 18.030, in January 12, 2009, whereby the State tax on goods circulation (ICMS) shall be proportionately assigned to the municipalities in accordance with their level of environmental conservation and basic sanitation.⁹⁸

Similarly, it is possible to use tax mechanisms for disaster prevention. In truth, this understanding is not new. Arthur Cecil Pigou, in his *Economics of Welfare* of 1920, developed the idea of a tax destined to adjust for externalities. He states, “it is evident, in general, industrialists are interested, not in social, but only in the trade, net product of their operations.”⁹⁹ Therefore, it would be up to the state to promote “extraordinary encouragements” or “extraordinary restraints” through bounties or taxes.¹⁰⁰

Fourty years later, in 1960, the 1991 Nobel Laureate in Economics, Ronald Coase, wrote in his article, “The problem of social cost,” about “actions of business firms which have harmful effects on others,” with a critical approach of Pigouvian thought. However, even he recognizes that “a system in which the rights of individuals were unlimited would be one in which there were no rights to acquire.”¹⁰¹ In this vein, government should guarantee rights will not be misused.¹⁰² However, for Coase the main role should be played by the market, and not by lawyers, courts, or governmental intervention.¹⁰³

Coase further states, “the cost of exercising a right (of using a factor of production) is always the loss whi-

ch is suffered elsewhere in consequence of the exercise of that right,”¹⁰⁴ which means that to grant someone a right implies subjecting other people to the effects of these rights.¹⁰⁵ Therefore, with the recognition of the right to an ecologically balanced environment, there is a respective duty to take environmental responsible action. In line with Coase, “the problem is to avoid the more serious harm,” i.e., “what has to be decided is whether the gain from preventing the harm is greater than the loss which would be suffered elsewhere as a result of stopping the action which produces the harm.”¹⁰⁶ There is no doubt that disaster prevention is a greater gain than those obtained by the unregulated development of risky activities.

Karl William Kapp, also discussing social cost, proposed the adoption of social and ecological indicators that can guide the definition of the objectives to be achieved and the choice of paths to be followed under a preventive guidance.¹⁰⁷ He states, “the principle of social economy demands, moreover, that investments be made in such a fashion as to overcome the cumulative tendencies toward inequality and regional backwardness,” namely “in harmony with technical and social criteria,” and in line with minimum standards “for the maintenance of the life and health of all members of the society.”¹⁰⁸

He argues that “the aim of economic science is to establish theoretical frameworks which show the possible relationships which connect the many variables of economic reality, thereby enabling individuals and governments to make reasoned choices in full understanding of the probable consequences of their action,” i.e., economics must explore “the repercussions of alter-

⁹⁷ TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Incentivos fiscais no direito ambiental para uma matriz energética limpa e o caso do etanol brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101.

⁹⁸ MINAS GERAIS. *Law n. 18.030, of January 12, 2009*. Available at: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=18030&ano=2009>. Accessed: 14 Mar. 2021.

⁹⁹ PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan, 1920. p. 149.

¹⁰⁰ PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan, 1920. p. 168.

¹⁰¹ COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, oct. 1960. Available at: <http://home.cerge-ei.cz/ortmann/UpcesCourse/Coase%20-%20The%20problem%20of%20Social%20Cost.pdf>. Accessed: 13 Mar. 2021. p. 44.

¹⁰² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 154.

¹⁰³ COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, oct. 1960. Available at: <http://home.cerge-ei.cz/ortmann/UpcesCourse/Coase%20-%20The%20problem%20of%20Social%20Cost.pdf>. Accessed: 13 Mar. 2021. p. 18.

¹⁰⁴ COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, oct. 1960. Available at: <http://home.cerge-ei.cz/ortmann/UpcesCourse/Coase%20-%20The%20problem%20of%20Social%20Cost.pdf>. Accessed: 13 Mar. 2021, p. 44.

¹⁰⁵ NEVES, Vitor. O problema dos custos sociais. In: CENTEMERI, Laura; CALDAS, José Castro (coord.). *Valores em conflito: megaprojetos, ambiente e território*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 66.

¹⁰⁶ COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, oct. 1960. Available at: <http://home.cerge-ei.cz/ortmann/UpcesCourse/Coase%20-%20The%20problem%20of%20Social%20Cost.pdf>. Accessed: 13 Mar. 2021. p. 2, p. 27.

¹⁰⁷ NEVES, Vitor. O problema dos custos sociais. In: CENTEMERI, Laura; CALDAS, José Castro (coord.). *Valores em conflito: megaprojetos, ambiente e território*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 81.

¹⁰⁸ KAPP, Klaus William. *The social costs of business enterprise*. Nottingham: Spokesman, 1978. p. 295.

native measures of public control and economic planning” and “formulate valid criteria for public decisions and public administration.”¹⁰⁹

In his approach, “instead of conceiving of wealth and production merely in terms of exchangeable utilities, the new concepts of wealth and production will have to be defined in such a manner as to include non-pecuniary values,”¹¹⁰ what is close to the notion of sustainable development and ESG investments, that are based on non-financial concerns: “everything that is considered useful and important from the standpoint of the nation whether exchangeable or not exchangeable, privately appropriable or socially beneficial.”¹¹¹

We purpose this similarity and rapprochement among Kapp’s thought, sustainable development, and ESG investments precisely because they all assimilate new reasoning and points of view on economic concerns, adopting a qualitative instead of a quantitative approach. The current society involves complex demands and the knowledge fields become more enmeshed and interlinked with each other. In this way, concepts that originally look decoupled in the truth are founded on dialogic epistemological bases.

Kapp’s intention of introducing non-pecuniary values meets the sustainable development concept in that this notion comprehends more than the simple capital accumulation, but recognizes the importance of other concerns like social inclusion, income distribution, and improvement in social development indicators.¹¹² Among these additional concerns, there is environmental conservation demanding economic incentives.¹¹³

As Magno Federici Gomes and Luís Eduardo Gomes¹¹⁴ note, true development only exists when it is

based on sustainable management on behalf of the benefit of the collectivity. That is, “economic activities of transnational companies may insidiously meander towards many non-economic components of the host States’ society thereby causing considerable damage to the local population, environment, values or culture.”¹¹⁵ On this basis, “the idea is to transcend the inner corporate structure and the sole shareholder’s interests, thereby setting up a business intelligence which is able to envisage and eventually prevent a company’s adverse social impacts.”¹¹⁶

In this way, the introduction of ESG issues in the investor’s decision-making process also represents a behavior change in the sense of social responsibility, that is, the investor not only worries about the financial performance of its assets but how its investments influence the real world. Consequently, ESG investments are a new paradigm that incorporate the same theoretical foundations of Kapp’s thought and sustainable development: “the investment activities are expected to foster environmental progress in view of sustainable development.”¹¹⁷ In other words, investors “articulate their activities with other values, may these be the respect of the environment, of human rights, of local communities and culture, of ethics and transparency.”¹¹⁸

BRICS: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 341-356, 2017. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4449/pdf>. Accessed: 05 May. 2021. p. 352.

¹¹⁵ MONEBHURRUN, Nitish. Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 49-71, 2017. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4860>. Accessed: 05 May. 2021. p. 51.

¹¹⁶ MONEBHURRUN, Nitish. Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 49-71, 2017. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4860>. Accessed: 05 May. 2021. p. 54.

¹¹⁷ MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 8, 2017. Available: https://www.researchgate.net/publication/290474976_Novelty_in_International_Investment_Law_The_Brazilian_Agreement_on_Cooperation_and_Facilitation_of_Investments_as_a_Different_International_Investment_Agreement_Model. Accessed: 08 May. 2021. p. 96.

¹¹⁸ MONEBHURRUN, Nitish. Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 49-71, 2017. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4860>. Accessed: 05 May. 2021. p. 60.

¹⁰⁹ KAPP, Klaus William. *The social costs of business enterprise*. Nottingham: Spokesman, 1978. p. 283.

¹¹⁰ KAPP, Klaus William. *The social costs of business enterprise*. Nottingham: Spokesman, 1978. p. 290.

¹¹¹ KAPP, Klaus William. *The social costs of business enterprise*. Nottingham: Spokesman, 1978. p. 290.

¹¹² GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. BRICS: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 341-356, 2017. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4449/pdf>. Accessed: 05 May. 2021. p. 344.

¹¹³ GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. BRICS: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 341-356, 2017. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4449/pdf>. Accessed: May 05, 2021. p. 345-346.

¹¹⁴ GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes.

Therefore, by definition, ESG investment “aims to combine better risk management with improved portfolio returns, and to reflect investor and beneficiary values in an investment strategy.”¹¹⁹ For instance, instead of making an investment decision based only on the profit provided by the asset, the investor chooses to invest in companies that do not test on animals or consider the number of women in leadership positions.

Changing economic behavior “can be voluntarily set by the companies themselves in the sense of a self-regulation” or “be provided for in binding legal instruments.”¹²⁰ Law influences conduct, independent of the penalties it imposes¹²¹. Nowadays, the already mentioned increasing concern with ESG investments may be incentivized by tax policies: “taxation and public spending are concerned with the process of adjusting scarce means to competing ends.”

The determination of budgets is a process of decision-making in which the selection of different public goals and the extent of their gratification are determined.¹²² Indeed, the role of taxation in disaster prevention, or, in a broad sense, in environmental protection, is not only to introduce new taxes over negative behaviors and activities, but also tax relief mechanisms over positive and desirable conducts, goods, and services.

5.3 Tax incentives in ESG investments as precautionary public policy against disaster risks

Carvalho and Damacena¹²³ argue that disaster, both natural or man-made, can be avoided or mitigated if an impact assessment is made before some activity or

enterprise. The main guideline behind this standpoint is the precautionary principle, a pillar of any disaster prevention system that compels the adoption of risk reduction measures.¹²⁴ In economic terms, this adoption of some behavior is induced by incentives, i.e., “something that induces a person to act, such as the prospect of a punishment or a reward.” Therefore, “public policy makers should never forget about incentives: Many policies change the costs or benefits that people face and, therefore, alter their behavior.”¹²⁵ As stated above, taxation is an important mechanism of incentives.

N. Gregory Mankiw points out that “a rational decision maker takes an action if and only if the marginal benefit of the action exceeds the marginal cost.”¹²⁶ As Daniel Farber¹²⁷ argues, individuals require compensations for delaying consumption and investing their funds. Therefore, if there is a social purpose for preventing disasters and protecting the environment, a regulation, aimed at making the benefits of environmental and social responsible investments higher than their costs, should be implemented.

Therefore, to achieve the objective of contributing to a new rationality, founded on environmental and social concerns, ESG investments should be made more attractive than other types of business conducts and corporate practices (trade-offs). The issue is not a Gordian knot, but truly quite simple: investors will choose ESG investments not only because they are founded on good intentions, but more on their cost-effectiveness relation. Notably, if the return on investment is large enough to persuade individuals to invest their money, then environmental investments may offer higher long-term returns.¹²⁸ If prevention is less advantageous than

¹¹⁹ BOFFO, Ricardo, PATALANO, Robert. ESG Investing: Practices, Progress and Challenges. Paris: OECD, 2020. Available: www.oecd.org/finance/ESG-Investing-Practices-Progress-and-Challenges.pdf. Accessed: 09 May. 2021. p. 11.

¹²⁰ MONEBHURRUN, Nitish. Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 49-71, 2017. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4860>. Accessed: 05 May. 2021. p. 54.

¹²¹ Acc. McADAMS, Richard H. A focal point theory of expressive law. *Law and economics working paper series*, working paper n. 00-14, 2000.

¹²² KAPP, Klaus William. *The social costs of business enterprise*. Nottingham: Spokesman, 1978. p. 291.

¹²³ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 107.

¹²⁴ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 89.

¹²⁵ MANKIW, Nicholas Gregory. *Principles of microeconomic*. 5. ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2008. p. 7.

¹²⁶ MANKIW, Nicholas Gregory. *Principles of microeconomic*. 5. ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2008. p. 6.

¹²⁷ FARBER, Daniel. From here to eternity: environmental law and future generations. *University of Illinois Law Review*, n. 2, 2003. Available at: <https://illinoislawreview.org/print/volume-2003-issue-2/from-here-to-eternity-environmental-law-and-future-generations/>. Accessed: 20 Mar. 2021. p. 297.

¹²⁸ FARBER, Daniel. From here to eternity: environmental law and future generations. *University of Illinois Law Review*, n. 2, 2003. Available at: <https://illinoislawreview.org/print/volume-2003-issue-2/from-here-to-eternity-environmental-law-and-future-generations/>. Accessed: 20 Mar. 2021. p. 297-301.

reparatory costs, there will be no incentive for disaster prevention¹²⁹.

Notwithstanding, it is important to highlight the stock market is facing an increase in the number of individual investors, and more than just a quantitative matter, this represents a profile change. Therefore, it is inappropriate to presume that all of these new individuals seeking more aggressive investments have the financial knowledge levels and experience necessary to properly define the best assets. Indeed, the philosophical intention behind this article's purpose is to reconcile environmental concerns with the democratization of financial markets, recognizing the role of the State in providing financial education, and the use of these factors to incentivize a wide environmental cultural spread through the society.

Against the background mentioned above, Mexican legislation included the use of market-based instruments, incentives, and other measures that improve the cost/benefit relation of mitigation measures through the decrease of context costs (Article 33, II of General Law for Climate Change).¹³⁰

In judicial language, the reasoning behind this approach is the concept of positive sanctions, which is a natural corollary of the precautionary principle and preventive management of adverse situations. As Celso Lafer¹³¹ says about Bobbio's work, the role of law is not simply allow or forbid, but also promote and encourage through incentives and disincentives. In the context of Brazilian environmental tax law, the notion of positive sanctions was addressed by Terence Dorneles Trennepohl regarding tax incentives for the clean energy grid.¹³²

The following examples provide an overview of this thesis. Carvalho and Damacena¹³³ state that the occupation of risky areas plays a key role in the occurrence of a disaster. Therefore, it is possible to incentivize social actions or project financing arrangements destined to provide adequate infrastructure or even to move people away from these unsafe areas for habitable places. In fact, this public policy is appropriate under Article 5º, XI, and XII of Law No. 12.608, of April 10, 2012,¹³⁴ which stipulates the duty to combat the occupation of vulnerable areas, promote residential relocation, and stimulate safe housing programs.

Other situation is biodiversity and natural resource conservation.¹³⁵ In the same way, it is possible to induce the adoption and financing of environment preservation and reforestation projects. Historically, Brazilian tax law includes the possibility of deducting reforestation spending from income tax, for instance in the former Law No. 5.106, of September 2nd, 1966,¹³⁶ and Article 41, §1, II of Law No. 12.651 of May 25, 2012.¹³⁷ Trennepohl¹³⁸ lists some examples of tax incentives in the federal, state, and municipal spheres.

Incentivizing ESG investments can take place through different ways: relieving tax costs of ESG investments in stock market, and acting on corporate practices to make legal persons act in accordance with ESG criteria. If ESG investments become more attractive to investors, they will allocate their resources in ESG assets, generating a substantial flow of capital, which consequently might influence and encourage other companies. Moreover, incentivizing structural measures by companies will make them more attractive to investors, who are seeking ESG-rated companies to invest in.

¹²⁹ BRASIL, Deilton Ribeiro; AYALA, Vinicius de Araujo. Uma construção necessária do conceito de dano ambiental futuro: responsabilidade civil e teoria do risco abstrato. In: SILVA FILHO, Erivaldo Cavalcanti e; SOUZA, José Fernando Vidal de; PADILHA, Norma Sueli. *Direito ambiental e socioambientalismo I*. Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 277-278.

¹³⁰ MEXICO. *General Law for Climate Change*. Available: https://www.profepa.gob.mx/innovaportal/file/6583/1/ley_general_de_cambio_climatico.pdf. Accessed: 16 Mar. 2021.

¹³¹ LAFER, Celso. Da estrutura à função: o olhar de Bobbio sobre a função promocional do direito. In: LAFER, Celso. *Norberto Bobbio: trajetória e obra*. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 171.

¹³² TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Incentivos fiscais no direito ambiental para uma matriz energética limpa e o caso do etanol brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45-52.

¹³³ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 48.

¹³⁴ BRASIL. *Law n. 12.608, of April 10, 2012*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112608.htm. Accessed: 15 Mar. 2021.

¹³⁵ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 59.

¹³⁶ BRASIL. *Law n. 5.106, of May 02nd, 1966*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/15106.htm. Accessed: 15 Mar. 2021.

¹³⁷ BRASIL. *Law n. 12.651, of May 25, 2012*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Accessed: 15 Mar. 2021.

¹³⁸ TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Incentivos fiscais no direito ambiental para uma matriz energética limpa e o caso do etanol brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105-107.

Regarding the first situation, there are two stock indices used by the Brazilian stock exchange that indicate sustainable and environmental responsible companies—the Carbon Efficient Index (ICO2 B3) and Corporate Sustainability Index (ISE B3). Two perspectives are applicable here. First, it is possible to introduce a similar regulatory framework as with incentivized debentures. Second, listed companies may obtain tax relief proportionally to their actions toward a low-carbon-economy transition, in the case of ICO2 B3, or in accordance with the level of integration of the U.N. sustainable development goals in their corporate strategies and processes in the case of ISE B3.¹³⁹

A taxonomy of tax incentives is still necessary for a better understanding of the propositions in this article. Tax incentives are the genus and may consist of tax immunity, tax exemption, deferral, tax remission, or tax amnesty.¹⁴⁰ For instance, a tax regulatory framework to prevent disasters may include the following.¹⁴¹

- a) tax exemption of the manufacture, import, and commercialization of electric vehicles, or else the application of differentiated aliquot recollection of Vehicle Property Tax and Vehicle Licensing Fee;
- b) tax exemption or differentiated aliquot in accordance with energy consumption, waste generation, and water consumption, or in case of the implementation of rain water, recuperation systems;
- c) tax exemption of the Causa Mortis Transfer and Donation Tax (ITCMD), as in the State of São Paulo for donations regarding housing programs (Article 6, II, b of Law No. 10.705, of December 28, 2000).¹⁴² In this line, it is possible to allow income tax deduction if the donation was designed for environmental and social funds, organizations, or projects. One current example: South Africa has passed a bill allowing income tax deduction of amounts

donated to COVID-19 disaster relief organization or Solidarity Funds;¹⁴³

- d) proportional taxation depending on the level of the use of agrotoxics (the lower the use of agrotoxics, the lower the tax rates). It is also possible to allow income tax deduction of the expenses related to organic production, or even allow the deduction of organic production areas in Rural Territorial Property Tax (ITR) or Urban Building and Land Tax (IPTU), as happens with environmental preservation areas;
- e) exemption of the tax on services (ISS) regarding reforestation services;
- f) non-occurrence of improvement taxes regarding real estate owners benefited by disaster prevention works. In this sense, the Decree-Law n. 195/1967¹⁴⁴, which provides a taxonomy of public works that can be financed by special assessment tax, include allowing this tax to be levied against funding works related to defense against droughts, floods, and erosion (article 2, V). However, it should be amended to exclude the incidence of improvement tax in the case of works related to defense against droughts, floods and erosion. Additionally, the municipal tax codes which also predict this tax should be amended in this same sense;
- g) tax incentives in donations and other actions regarding foster and support studies about disaster risk, vulnerability disaster reduction, and disaster management, as well as related to the development of projects and programs on these concerns. Investigating, learning, and propagating knowledge and information are the first step in disaster prevention.¹⁴⁵

In addition to these tax incentives through structural measures, it is also possible to define a regulation related to investments in financial assets. The main guidelines under this thesis are the tax rules for incentivized debentures (as provided by Article 2nd of Law No. 12.431, June 24, 2011¹⁴⁶). Indeed, there are several possible situations:

- a) Tax exemption, immunity, or income tax deduction of investments in environment-related

¹³⁹ B3. *B3 divulga a 16ª carteira do ISE B3*. Available at: https://iseb3-site.s3.amazonaws.com/Release_2020.pdf. Accessed: 12 Mar. 2021.

¹⁴⁰ TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Incentivos fiscais no direito ambiental para uma matriz energética limpa e o caso do etanol brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124.

¹⁴¹ For an overview of international green taxation, see “The KPMG Green Tax Index: an exploration of green tax incentives and penalties,” available at: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/tw/pdf/2017/09/655445_NSS_2017Green_TaxIndex_v18web.pdf. Accessed: 16 Mar. 2021.

¹⁴² SÃO PAULO. *Law n. 10.705, of December 28, 2000*. Available at: <https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/lei10705.aspx>. Accessed: 16 Mar. 2021.

¹⁴³ SOUTH AFRICA. *Act n. 13 of 2020: Disaster management tax relief act, 2020*. Available at: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/202011/43883-gon1188.pdf. Accessed: 16 Mar. 2021.

¹⁴⁴ BRASIL. *Decree-Law n. 195/1967*. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0195.htm. Accessed: 17 Apr. 2021.

¹⁴⁵ Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

¹⁴⁶ BRASIL. *Law n. 12.431, of June 24, 2011*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12431.htm. Accessed: 16 Mar. 2021.

assets. For example, ESG funds may be excluded from the incidence of income tax.

- b) Although nowadays dividends are exempt from income tax, a bill has been introduced to allow income tax to be charged on dividends (Bill No. 307/2021¹⁴⁷). This purpose is in fact not new—there have other similar bills in the Brazilian legislature (e.g., Bills Nos. 1952/2019 and 2640/2020¹⁴⁸). For this reason, such proposals, to encourage disaster prevention and environmental compliance, should exclude dividends distributed by companies engaged in environmentally friendly actions—as provided by the Argentinian “Legal Regulations on National Promotion for the Use of Sources of Renewable Energy to Generate Electric Power Act.”¹⁴⁹
- c) Tax exemption for ESG funds regarding income tax, taxes on financial operations, or both.

Consequently, it is concluded that tax incentives are a useful mechanism to induce environmental protection and precautionary actions regarding the necessary infrastructure to prevent disasters.

6 Conclusion

Disaster prevention is an unavoidable necessity of current society for the survival of life on this Earth—not only human life, but also plant and animal life. Indeed, there are ample opportunities for disasters to strike, whether natural or caused by anthropogenic activity, including phenomena like earthquakes, landslides, volcanic eruptions, floods, hurricanes, tornadoes, blizzards, tsunamis, cyclones, pandemics, stampedes, fires, transport accidents, industrial accidents, oil spills, nuclear explosions, and nuclear radiation.

Preventing such situations demands responsibilities and behavior change that are often incompatible

with market preferences and the profit motive. However, this dissonance has been changed. Nowadays, there is an increasing concern of investors in resource allocation of assets that follow criteria that measure corporate governance, sustainability, and social responsibility.

Nevertheless, the profit motive remains and economic agents still move in accordance with incentives and benefits. Therefore, disaster prevention involves an economic approach achievable by tax means. From this standpoint, it is relevant to provide tax relief for environmentally and socially responsible investments.

As seen before, environmental protection and disaster prevention through tax incentives in ESG investments can be accomplished through structural and non-structural measures. In other words, tax incentives are admissible regarding the capital flows and allocation of resources to assets through the stock market and to provide tax relief for structural actions adopted by companies in order to meet ESG criteria.

In conclusion, the adoption of tax incentives is the measure that can contribute most to disaster prevention, since it leads, a priori, to environmentally responsible actions. By contrast, positive taxation over environmental harmful behaviors, goods, and services encounters resistance on the basis of two arguments: the high tax burden and its *ex post facto* nature, because such tax is assessed on activities, services, goods, and deeds that have already damaged the environment.

The admissibility of tax incentives to ESG investments is founded on behaviorist approaches, both in law and economy. In this sense, they deal with how individuals make decisions in their daily routine. Taxation may promote development but may also limit growth opportunities. It may be a negative externality. Therefore, law must include economic and psychology methodological standards to provide the most effective regulation. Tax incentives allow disaster prevention system improvements without overburdening citizens or leaving them recalcitrant to environmental causes.

Notwithstanding, the relations between disaster prevention and the financial market cannot be taken into account only from the point of view related to the institutional adaption to the new green economy, but should also consider the increase of individual investors without previous experience or specific knowledge. Consequently, under the law’s promotional role, it is necessary to join efforts, both public and private, to

¹⁴⁷ BRASIL. *Bill n. 307/2021*. Available at: chrome-extension://oemmnadbldboiebfnladdacbfmadadm/https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1961664. Accessed: 16 Mar. 2021.

¹⁴⁸ BRASIL. *Bill n. 1952/2019*. Available at: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136117>. Accessed: 16 Mar. 2021; BRASIL. *Bill n. 2640/2020*. Available at: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2252638>. Accessed: 16 Mar. 2021.

¹⁴⁹ ARGENTINA. *Legal Regulations on National Promotion for the Use of Sources of Renewable Energy to Generate Electric Power Act*. Available at: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_26190-2006_english_version.pdf. Accessed: 16 Mar. 2021.

democratize and stimulate environmental and socially responsible investment choices.

Nowadays, sustainable development has to be the watchword. More than mere words, sustainability must be an effective world perspective. It is not only about being in the world, but also acting in the world. Therefore, sustainable actions must take place everyday through a holistic approach. The market should not be seen as an enemy: Its logic may be used as an efficient tool in favor of the environment, disaster prevention, and risk management.

References

- ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. *Revista de direito econômico e socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, jan./abr. 2020. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/27353/24621>. Accessed: 03 Mar. 2021.
- ARGENTINA. *Legal Regulations on National Promotion for the Use of Sources of Renewable Energy to Generate Electric Power Act*. Available at: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_26190-2006_english_version.pdf. Accessed: 16 Mar. 2021.
- B3. *B3 divulga a 16ª carteira do ISE B3*. Available at: https://iseb3-site.s3.amazonaws.com/Release_2020.pdf. Accessed: 12 Mar. 2021.
- BECK, Ulrich. Living in the world risk society. *Economy and Society*, v. 35, n. 3, p. 329-345, aug. 2006. Available at: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4095470/mod_resource/content/0/Beck--WorldRisk.pdf. Accessed: Mar. 05, 2021.
- BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. London: SAGE Publications, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOFFO, Ricardo, PATALANO, Robert. *ESG Investing: Practices, Progress and Challenges*. Paris: OECD, 2020. Available: www.oecd.org/finance/ESG-Investing-Practices-Progress-and-Challenges.pdf. Accessed: May 09, 2021.
- BOSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BOSELMANN, Klaus; ENGEL, Ron; TAYLOR, Prue. *Governance for sustainability: issues, challenges, successes*. Gland: International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, 2008.
- BRASIL, Deilton Ribeiro; AYALA, Vinicius de Araujo. Uma construção necessária do conceito de dano ambiental futuro: responsabilidade civil e teoria do risco abstrato. In: SILVA FILHO, Erivaldo Cavalcanti e; SOUZA, José Fernando Vidal de; PADILHA, Norma Sueli. *Direito ambiental e socioambientalismo I*. Florianópolis: CONPEDI, 2018.
- BRASIL. *Bill n. 1952/2019*. Available at: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136117>. Accessed: 16 Mar. 2021.
- BRASIL. *Bill n. 2640/2020*. Available at: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2252638>. Accessed: 16 Mar. 2021.
- BRASIL. *Bill n. 307/2021*. Available at: chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfdmadadm/https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1961664. Accessed: 16 Mar. 2021.
- BRASIL. *Decree n. 10.593, of December 24, 2020*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10593.htm#art42. Accessed: 06 Mar. 2021.
- BRASIL. *Decree-Law n. 195/1967*. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0195.htm. Accessed: April 17, 2021.
- BRASIL. *Law n. 12.431, of June 24, 2011*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12431.htm. Accessed: 16 Mar. 2021.
- BRASIL. *Law n. 12.608, of April 10, 2012*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112608.htm. Accessed: 15 Mar. 2021.
- BRASIL. *Law n. 12.651, of May 25, 2012*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Accessed: 15 Mar. 2021.
- BRASIL. *Law n. 5.106, of May 02nd, 1966*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/15106.htm. Accessed: 15 Mar. 2021.

- CÂMARA, Ana Stela. Economic assumptions of the ecological state: looking for sustainability. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 10, n. 3, p. 50-66, set./dez. 2019. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/25687/24226>. Accessed: 11 Mar. 2021.
- CAMPOS, Alisson Thiago de Assis; BRASIL, Deilton Ribeiro. A internacionalização dos direitos humanos e a retomada das práticas restaurativas no processo penal. *Rev. de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, v. 3, n. 2, p. 01-18, jul./dez. 2017. e-ISSN: 2525-9679. Available at: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/2225/pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica*: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- CENTRE FOR RESEARCH ON THE EPIDEMIOLOGY OF DISASTERS (CRED). *EM-DAT Glossary*. Available at: https://www.emdat.be/Glossary#letter_d. Accessed: 06 Mar. 2021.
- CHEN, Li et. al. Social responsibility portfolio optimization incorporating ESG criteria. *Journal of Management Science and Engineering*, 2021, article in press. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S209623202100007X>. Accessed: 28 Feb. 2021.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, oct. 1960. Available at: <http://home.cerge-ei.cz/ortmann/UpcesCourse/Coase%20-%20The%20problem%20of%20Social%20Cost.pdf>. Accessed: 13 Mar. 2021.
- CUSTÓDIO, André Viana; FREITAS, Higor Neves de. As políticas socioassistenciais na prevenção e erradicação do trabalho infantil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 2, p. 224-253, maio/ago. 2020. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/27088/24734>. Accessed: 13 Mar. 2021.
- DE FRANCO, Carmine; NICOLLE, Johann; TRAN, Lan-Anh. *Sustainable investing: ESG versus SDG*. Available at: https://www.ossiam.fr/files/research_papers/1612454078_Sustainable_investing_ESG_versus_SDG.pdf. Accessed: 28 Feb. 2021.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.
- EUROPEAN PARLIAMENT. *Forsmark*: how Sweden alerted the world about the danger of the Chernobyl disaster. May 15, 2014. Available at: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20140514STO47018/forsmark-how-sweden-alerted-the-world-about-the-danger-of-chernobyl-disaster>. Accessed: 06 Mar. 2021.
- FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 4, n. 1, 2012. Available at: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01/932>. Accessed: 04 Mar. 2021.
- FARBER, Daniel. From here to eternity: environmental law and future generations. *University of Illinois Law Review*, n. 2, 2003. Available at: <https://illinoislawreview.org/print/volume-2003-issue-2/from-here-to-eternity-environmental-law-and-future-generations/>. Accessed: 20 Mar. 2021.
- FISCHER, Horst. International disaster response law treaties: trends, patterns and lacunae. In: INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES. *International disaster response laws, principles and practice*: reflections, prospects and challenges. Geneva: 2003. Available at: <https://www.ifrc.org/PageFiles/41194/idrl-book-c2.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. New York: The Free Press, 1992.
- GARCÍA, Fernando et. al. Selecting Socially Responsible Portfolios: A Fuzzy Multicriteria Approach. *Sustainability*, special issue: sustainable financial markets, 2019. Available at: <https://www.mdpi.com/2071-1050/11/9/2496>. Accessed: 28 Feb. 2021.
- GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, n. 2, 2011. Available at: <http://revistas.unisinos.br/index>

php/RECHTD/article/download/1399/1767. Accessed: 13 Mar. 2021.

GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. BRICS: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 341-356, 2017. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4449/pdf>. Accessed: 05 May. 2021.

HÄGG, Conny. *Consequences in Sweden of the Chernobyl accident*. Stockholm: National Institute of Radiation Protection, 1990. Available at: https://inis.iaea.org/collection/NCLCollectionStore/_Public/21/071/21071159.pdf?r=1&r=1. Accessed: 06 Mar. 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

INDERST, Georg; STEWART, Fiona. *Incorporating environmental, social and governance (ESG) factors into fixed income investment*. Washington: The World Bank Group, 2018. Available at: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29693/125442-WP-PUBLIC.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Accessed: 01 Mar. 2021.

INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES. *Disaster law database*. Available at: <https://www.ifrc.org/en/publications-and-reports/idrl-database/>. Accessed: 07 Mar. 2021.

INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES. *International disaster response laws, rules and principles (IDRL)*. Available at: <https://www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-law/about-disaster-law/international-disaster-response-laws-rules-and-principles/>. Accessed: 07 Mar. 2021.

INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES. *Law and legal issues in international disaster response: a desk study*. Geneva: International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, 2007. Available at: <https://www.ifrc.org/PageFiles/125712/113600-idrl-deskstudy-en.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021.

KAPP, Klaus William. *The social costs of business enterprise*. Nottingham: Spokesman, 1978.

KIM, Richard Pae; EISAQUI, Daniel Dela Coleta. “Máximo existencial possível” no sopesamento entre o direito fundamental à educação superior e o interesse público ao equilíbrio fiscal. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (coord.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas—homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Tomo II: Pensando as instituições, a justiça e o Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

KPMG. *The KPMG Green Tax Index: an exploration of green tax incentives and penalties*. 2017. Available at: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/tw/pdf/2017/09/655445_NSS_2017Green_TaxIndex_v18web.pdf. Accessed: 16 Mar. 2021.

KREIBIHEL, Silvia; PATEL, Shilpa. Delivering the green economy through financial policy. *Inquiry into the design of a sustainable financial system: policy innovations for a green economy*. Frankfurt School of Finance & Management—UNEP Collaborating Centre for Climate & Sustainable Energy Finance, 2014. Available at: http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2014/05/141017_UNEP-Inquiry-Green-Economy-through-Financial-Policy-3.pdf. Accessed: 11 Mar. 2021.

LAFER, Celso. Da estrutura à função: o olhar de Bobbio sobre a função promocional do direito. In: LAFER, Celso. *Norberto Bobbio: trajetória e obra*. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LATOUCHE, Serge. D’autres mondes sont possibles, pas une autre mondialisation. *Revue du Mauss*, v. 2, n. 20, 2002. Available at: https://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=RDM_020_0077&download=1. Accessed: 18 Mar. 2021.

LEFF, Enrique. Decrecimiento o desconstrucción de la economía: hacia um mundo sustentable. *Revista de la Universidad Bolivariana*, v. 7, n. 21, 2008.

LEFF, Enrique. Sustentabilidad y racionalidad ambiental: hacia ‘otro’ programa de sociología ambiental. *Revista mexicana de sociología*, v. 73, n. 1, 2011.

LEVASSEUR, Lionel. L’écologie, nouveau régulateur du capitalisme? *Quaderni*, n. 17, p. 79-89, 1992. Available at: https://www.persee.fr/docAsPDF/quad_0987-1381_1992_num_17_1_944.pdf. Accessed: 11 Mar. 2021.

- LÖWY, Michael. Crise ecológica, capitalismo, altermondialismo. Un point de vue eco-socialiste. *Novos cadernos NAEA*, v. 11, n. 2, p. 5-14, 2008. Available at: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/ncn/article/download/269/417>. Accessed: 11 Mar. 2021.
- MACALISTER-SMITH, Peter. *International humanitarian assistance: disaster relief actions in international law and organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- MANKIWI, Nicholas Gregory. *Principles of microeconomic*. 5. ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2008.
- McADAMS, Richard H. A focal point theory of expressive law. *Law and economics working paper series*, working paper n. 00-14, 2000.
- MEXICO. *General Law for Climate Change*. Available: https://www.profepa.gob.mx/innovaportal/file/6583/1/ley_general_de_cambio_climatico.pdf. Accessed: 16 Mar. 2021.
- MINAS GERAIS. *Law n. 18.030, of January 12, 2009*. Available at: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=18030&ano=2009>. Accessed: 14 Mar. 2021.
- MONTEBHURRAN, Nitish. Is investment arbitration an appropriate venue for environmental issues? A Latin American perspective. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 195-206, 2013. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2070/pdf>. Accessed: 09 May. 2021.
- MONTEBHURRAN, Nitish. Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 49-71, 2017. Available: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4860>. Accessed: 05 May. 2021.
- MONTEBHURRAN, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 8, 2017. Available: https://www.researchgate.net/publication/290474976_Novelty_in_International_Investment_Law_The_Brazilian_Agreement_on_Cooperation_and_Facilitation_of_Investments_as_a_Different_International_Investment_Agreement_Model. Accessed: 08 May. 2021.
- NEVES, Vitor. O problema dos custos sociais. In: CENTEMERI, Laura; CALDAS, José Castro (coord.). *Valores em conflito: megaprojetos, ambiente e território*. Coimbra: Almedina, 2016.
- PARIS, Roland. Human security: paradigm shift or hot air? *International Security*, v. 26, n. 2, p. 87-102, 2001. Available at: <http://users.metu.edu.tr/utuba/Paris.pdf>. Accessed: 05 Mar. 2021.
- PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan, 1920.
- POTTIER, Antonin. *Le capitalisme est-il compatible avec les limites écologiques?* Paris: Veblen Institute for Economic Reforms, 2017. Available at: https://www.veblen-institute.org/IMG/pdf/texte_veblen.pdf. Accessed: 11 Mar. 2021.
- PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. Social development and private health care system: three ways for success. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 29-49, jul./dez. 2015. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/5762/5690>. Accessed: 13 Mar. 2021.
- RABBANI, Roberto Muhákir Rahnemay. Poluição Sonora e proteção ambiental: intervenção estatal atual e possibilidade da tributação ambiental. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 03-21, jul. /dez. 2016. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/5789/5720>. Accessed: Mar. 13, 2021.
- RIBAS, Lídia Maria; PINHEIRO, Hendrick. Taxa de resíduos sólidos como instrumento para promoção do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 10, n. 2, p. 233-260, maio/ago. 2019. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/23915/24220>. Accessed: 13 Mar. 2021.
- SÃO PAULO. *Law n. 10.705, of December 28, 2000*. Available at: <https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/lei10705.aspx>. Accessed: 16 Mar. 2021.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SHERWOOD, Matthew W.; POLLARD, Julia. *Responsible investing: an introduction to environmental, social and*

governance investments. London, New York: Routledge, 2019.

SOUTH AFRICA. *Act n. 13 of 2020: Disaster management tax relief act, 2020*. Available at: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/202011/43883-gon1188.pdf. Accessed: 16 Mar. 2021.

TERENZI, Gabriel Vieira. Preferências eleitorais como referência ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GOMES, Daniel Machado; SALLES, Denise Mercedes Lopes; RABELLO, Elaine Teixeira; CAVALCANTI, Marcia Teixeira (org.) *Teoria e empiria das políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2020.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Incentivos fiscais no direito ambiental para uma matriz energética limpa e o caso do etanol brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUSHNET, Mark. Notes on some aspects of the taxonomy of “generations” of rights: a dossier on taxonomy of generation of rights. *Revista estudos institucionais*, v. 2, n. 2, 2016. Available at: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/77/94>. Accessed: 27 Feb. 2021.

UNITED NATIONS. *Paris Agreement*. 2015. Available at: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf. Accessed: 07 Mar. 2021.

UNITED NATIONS. *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*. 1992. Available at: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf. Accessed: 06 Mar. 2021.

UNITED NATIONS. *Report of the World Conference on Disaster Reduction*. 2005. Available at: <https://undocs.org/en/A/CONF.206/6>. Accessed: 07 Mar. 2021.

UNITED NATIONS. *Treaty series: treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations*, vol. 1102. New York: United Nations, 1991. Available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201102/v1102.pdf>. Accessed: 06 Mar. 2021.

UNITED NATIONS. *Treaty series: treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations*, vol. 1457. New York: United Nations, 1997. Available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201457/v1457.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021.

UNITED NATIONS. *Treaty series: treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations*, vol. 2172. New York: United Nations, 2004. Available at: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%202172/v2172.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021.

UNITED NATIONS. *Treaty series: treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations*, vol. 2296. New York: United Nations, 2006. Available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202296/v2296.pdf>. Accessed: 07 Mar. 2021.

VELTMEYER, Henry. Civil Society and Local Development. *Interações*, v. 9, n. 2, p. 229-243, 2008. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-70122008000200010&lng=en&nrn=iso. Accessed: 11 Mar. 2021.

VIEIRA, Rosa Maria. O fim da historia: de Hegel a Fukuyama. *Revista de Administração de Empresas*, v. 33, n. 3, 1993. Available at: <https://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-33-num-3-ano-1993-nid-47481/>. Accessed: 11 Mar. 2021.

ŽIŽEK, Slavoj. *In defense of lost causes*. London, New York: Verso, 2008.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A urgência de um modelo de governança internacional da água: elementos para a discussão

The urgency of an international water governance model: elements for discussion

José Iivaldo Alves Oliveira Silva

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

A urgência de um modelo de governança internacional da água: elementos para a discussão*

The urgency of an international water governance model: elements for discussion

José Irivaldo Alves Oliveira Silva**

Resumo

O recurso mais precioso que existe no planeta é a água, o “ouro azul”. Boa parte dos 2,8% da água do planeta, que é doce, encontra-se em bacias hidrográficas internacionais. Isso significa que são compartilháveis com dois ou mais Estados soberanos. Trata-se de mais um elemento de complexidade na gestão e governança desse líquido tão vital e disputado, requerendo instrumentos internacionais cada vez mais eficazes e transparentes para preservá-lo para múltiplos usos. Portanto, as funções socioambientais da água precisam ficar preservadas. O presente ensaio pretendeu articular o desenho jurídico e administrativo dessa governança, bem como o posicionamento do conceito dela em um campo interdisciplinar e como se pode desenvolver uma governança hídrica. Utilizou-se o método dedutivo, socorrendo-se de um referencial teórico, para demonstrar o estado da arte, e também a análise de documentos do direito internacional ambiental. Verificou-se a crescente necessidade de organização de uma hidrodiplomacia preparada para os desafios frente aos conflitos originados com base no uso e acesso à água. Entretanto, necessita-se de mecanismos normativos internacionais eficazes que possam promover os múltiplos usos da água em uma perspectiva sustentável.

Palavras-chaves: Hidrodiplomacia; Água; Bacias transfronteiriças; Escassez hídrica.

Abstract

The most precious resource on the planet is water, the “blue gold”. As if that were not enough, a good part of the 2.8% of the planet’s water, freshwater, is found in international watersheds. This means that they are shareable with two or more sovereign states. It is yet another element of complexity in the management and governance of this vital and disputed liquid, requiring increasingly effective and transparent international instruments to preserve it for multiple uses. Therefore, the socio-environmental functions of water must be preserved. The present essay intended to articulate the legal and administrative design of this governance, as well as the positioning of its concept in an interdisciplinary field and how water governance can be developed. The deductive method was used, using a theoretical framework, to

* Recebido em 11/01/2021
Aprovado em 21/05/2021

** : Professor da Universidade Federal de Campina Grande. Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor em Gestão de Águas pela Universidad de Alicante, Espanha. Pós-Doutor em Desenvolvimento Regional pela Universidade Estadual da Paraíba. Doutor em Ciências Sociais. Doutor em Direito e Desenvolvimento. Pesquisador Produtividade do CNPq, nível 2. Mestre em Sociologia. Especialista em Gestão das Organizações Públicas. Especialista em Direito Empresarial. Graduado em Ciências Jurídicas. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, Mestrado e Doutorado, bem como do Mestrado em Administração Pública e do Mestrado em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos, ambos da UFCG. Membro da rede de pesquisa WATERLAT. Pesquisador da Rede JUST-Side (Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnología). Membro da Sociedade Brasileira do Design Inteligente. Membro da IUCN (International Union for Conservation of Nature) WCEL (World Commission on Environmental Law). E-mail: irivaldo.cdsa@gmail.com ou prof.irivaldo@ufcg.edu.br

demonstrate the state of the art, and also the analysis of documents of international environmental law. There is a growing need to organize a hydrodiplomacy prepared for the challenges facing conflicts arising from the use and access to water. However, there is a need for effective international regulatory mechanisms that can promote the multiple uses of water in a sustainable perspective.

Keywords: Hydrodiplomacy; Water; Transboundary basins; Water scarcity.

1 Introdução

Nesta seção abordar-se-á uma dimensão que se considera essencial para a compreensão de uma segurança hídrica internacional, a governança, que auxiliará a gestão de uma crise hídrica global. Já se sabe que há uma crise ambiental e que, além dela, há uma crise hídrico-sanitária com causas provenientes da própria dinâmica da natureza e causas estruturais originadas, certamente, dos modelos de desenvolvimento adotados pelos governos.

A governança é importante, pois ela confere coerência no processo de gestão hídrica, uma vez que é preciso fazer funcionar bem a gestão nessa seara porque dela dependerão os múltiplos usos da água, especialmente no ciclo urbano desta, notadamente nas regiões metropolitanas. Um dos sentidos de governança está interligado ao funcionamento da gestão da água e a sua relação com o meio ambiente.

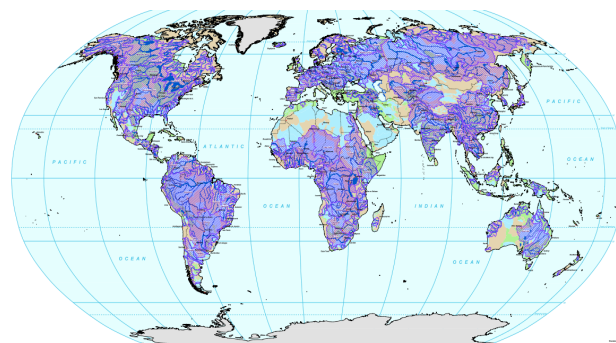
Dessa forma, constata-se que a norma é um dos pilares para o funcionamento da governança e o Brasil possui um vasto ordenamento jurídico. Em relação à gestão do ciclo urbano da água, há duas leis que estabelecem a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e a Política Nacional de Saneamento Básico (PNSB). Além delas, há uma legislação anterior, de 1981, que criou a Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), dando coerência às ações necessárias para a gestão ambiental.

No campo da governança da água, há diversas escalas de aplicação: internacional, nacional, regional e local. E, nesse contexto, a unidade geoespacial hábil para a aplicação de uma governança internacional da água seria a bacia hidrográfica. À medida que se vai transitando entre essas múltiplas escalas político-administrativas,

complexifica-se a governança da água, especialmente, considerando-se duas variáveis: a multiplicidade de usos da água e a multiplicidade de atores envolvidos. Dessa forma, o presente artigo traz, como problemática contemporânea a ser analisada, a possibilidade de instituição de uma governança internacional da água, diante da escassez e da pressão sobre os mananciais superficiais e subterrâneos de água ainda existentes no planeta.

Na figura 1, apresenta-se a importância de se desenhar um modelo eficaz de governança global da água. A realidade físico-geográfica de interligação dos países por meio da água se sobrepõe a uma perspectiva exclusivista e nacionalista cuja fluidez da água não segue regras fechadas hermeticamente em normas de soberania estrita. Tanto é possível estabelecer uma interligação superficial como subterrânea.

Figura 1 – águas superficiais e subterrâneas que interligam diversos países.



Fonte: WHYMAP – River and Groundwater Basins of the World¹.

Portanto, pretende-se articular o desenho jurídico e administrativo dessa governança, bem como o posicionamento desse conceito em um campo interdisciplinar que traz elementos jurídicos, da ciência política, da ciência da administração e da sociologia. Para isso, serão abordadas as perspectivas de gestão da água e o desenvolvimento de uma governança hídrica. Enfim, são diferentes olhares para um fenômeno que é complexo na prática e que trata de diversos fatores, tais como: regras jurídicas, pessoas, posições de poder e tomada de decisão. Desse modo, organizou-se o presente artigo em dois momentos, um primeiro abordando o estado da arte da governança e um segundo de análise da normatividade do direito internacional da água.

¹ UNESCO. *River and Groundwater Basins of the world*. 2012. Disponível em: <https://groundwaterportal.net/resource/whymap-river-and-groundwater-basins-world> Acesso em: 15 abr. 2021.

2 O conceito de governança

Nesta primeira seção, enfrenta-se o conceito de governança para, então, analisarem-se as possibilidades e obstáculos para construção de um modelo internacional. O objeto dessa governança é a água, que tem múltiplas funcionalidades, dentre elas fazer parte de um serviço público e ser um bem ambiental, fundamental para a sobrevivência da vida no planeta.

A governança é um elemento que permeia a atuação política de um governo, seja em uma esfera nacional, local ou regional. Porém, a sistemática e dinâmica da governança também estão presente nas corporações privadas, sendo uma expressão muito comum nesse campo. Desse modo, os pressupostos da governança podem absorver diferentes finalidades, dentre elas satisfazer a coletividade ou o bem-estar de investidores, por exemplo. Concorde-se com a ideia de que a governança, em geral, pressupõe o manejo de diversos recursos, sejam pessoais, sejam insumos, sejam outros essenciais para a resposta às demandas, seja na seara pública ou privada.

Russel e Scott² abordam os fatores que compõem a governança corporativa, chamando a atenção alguns elementos como os atores públicos e privados, os recursos humanos, o ordenamento jurídico, a transparência, entre outros, porém o que é relevante mencionar que, em uma corporação privada, existe um indicador muito claro acerca do desempenho desta, o aumento de sua rentabilidade. Isso se torna mais complexo e exigente em um contexto de pulverização financeira atualmente, em que os investidores observam a empresa que está tendo melhor desempenho, mobilizando capital de uma para outra. Entretanto, a preservação ambiental tem provocado pressões nesse modelo de governança mais conservador capitalista, exigindo-se parâmetros sustentáveis desses empreendimentos.

Segundo Meier e O'Toole³, é comum para o desenvolvimento de um modelo de governança a mobilização de diversos fatores que precisam interagir para que se consiga realizar alguma política pública, ou outra ação, que possa resultar em bem-estar da população. Os referidos autores destacam a atenção para o momento de escassez de recursos e de crises em que se chama à res-

ponsabilidade de se colocar em vigência um modelo de governança que possa estabelecer uma performance tal que as ações públicas ocorram mesmo em um cenário de crise e escassez.

Essa exigência se conecta, diretamente, ao panorama de escassez de água, de deficiências no ciclo natural da água e do ciclo urbano da água. Porém, é importante compreender as tensões nessa compreensão acerca da governança, em especial a pública. A *Global Water Partnership* (GWP), organismo internacional que atua no campo do assessoramento de países para implementação de modelos de governança integrada da água, compreende essa como sendo o exercício da autoridade econômica, política e administrativa na gestão dos assuntos de um país em todos os planos⁴. Esse conceito é adotado também pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento⁵. Entretanto, acredita-se que o conceito mais adequado de governança que irá auxiliar a construção de um modelo internacional de gestão dos recursos hídricos vai mais além.

Debates e definições de governança surgiram em diferentes escalas espaciais e em diferentes tipos de instituições e campos acadêmicos. O termo “governança” tem sido utilizado em vários países da Europa Ocidental, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia e, posteriormente, tornou-se um tema dominante nas organizações internacionais, particularmente no Banco Mundial e nas Nações Unidas. Na literatura ocidental, preocupa-se, principalmente, com a ideia de uma mudança da percepção realista do antigo governo e do sistema da Vestfália, segundo o qual o mundo está organizado em estados-nação soberanos e territorialmente exclusivos, cada um com um monopólio interno da violência legítima, para uma nova governança mais comunitária. O primeiro é caracterizado por ter uma administração que é considerada o ator dominante e chave na arena política. Internamente, existe uma clara hierarquia de autoridade, e o governo é visto como um processo hierárquico de cima para baixo, com o estado nacional ocupando o centro. No entanto, com a mudança de governo para governança, a administração governamental agora é apenas um ator dentre muitos outros na arena política. Essa arena se tornou visivelmente mais movi-

² RUSSEL, M. B.; SCOTT, C. *Putting Investors First: real solutions for better corporate governance*. New York: Bloomberg Press, 2003.

³ MEIER, K. J.; O'TOOLE L. J. *Public management: organizations, governance, and performance*. New York: Cambridge, 2011.

⁴ GLOBAL WATER PARTNERSHIP. *Governabilidad Efectiva del Agua*. Montevideo: GWP, 2006.

⁵ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Governance for sustainable human development: a UNDP policy document*. New York: UNDP 1997.

mentada, há mais atores envolvidos, as fronteiras entre a esfera pública e a privada são menos precisas e diz-se que o comando do governo sobre o processo político foi transformado⁶.

Um modelo linear de governança, ao que parece, não se adequaria mais aos diversos modelos de organizações existentes, notadamente no campo da gestão da água. A complexidade dos cenários apresenta a necessidade de um modelo que contemple os diversos atores presentes e que estão interagindo. Um tipo centralizado de exercício de poder dos Estados foi limitado pela ação de outros atores que estão presentes no processo político de implementação de políticas públicas.

Isso é confirmado e reforçado por Raadschelders, Vigoda-Gadot e Kisner⁷ em estudo amplo sobre a administração pública pelo mundo, em que os poderes centralizados têm perdido espaço, principalmente, quando se pensa na eficácia de políticas públicas como água e saneamento, mesmo considerando-se que a busca no campo das relações entre nações tem sofrido o impacto de novos movimentos nacionalistas. Mas essa é outra história. No campo interno da administração, observa-se uma performance de estruturas organizacionais que sabem articular os diversos fatores resultando no atendimento das demandas.

É inevitável ligar governança a exercício do poder, mas insiste-se em pensar que aquela vai mais além, passando por estratégias, resultados, modelos, a forma como se exerce autoridade e se delega poder. Mark e Hooghe referem-se à governança contemporânea como multiformas de exercer o poder.

*The diffusion of authority in new political forms has led to a profusion of new terms: multi-level governance, multi-tiered governance, polycentric governance, multi-perspectival governance, functional, overlapping, competing jurisdictions (FOCJ), fragmentation (or spheres of authority), and consortio and condominio, to name but a few.*⁸

⁶ KENNETH, P. *Governance, globalization and public policy*. Great Britain: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

⁷ RAADSCHELDERS, J. C. N.; VIGODA-GADOT, E.; KISNER, M. *Global dimensions of public administration and governance*. United States of America: John Wiley & Sons, Inc., 2015.

⁸ A difusão de autoridade em novas formas políticas levou a uma profusão de novos termos: governança em vários níveis, governança em camadas, governança policêntrica, governança em múltiplas perspectivas, jurisdições funcionais, sobrepostas e concorrentes (FOCJ), fragmentação (ou esferas de autoridade) e consórcio e condomínio, para citar apenas alguns. MARK, G.; HOOGHE, L. *Contrasting visions of multi-level governance*. In: BACHE, I.; FLINDERS, M. *Multi-level Governance*. Oxford: [s.n.], 2004. p. 15. (Tradução livre).

Pereira⁹ estabelece que, a despeito da origem da expressão governança, que advém do setor privado, ela é aplicável ao setor público e sua função é preponderantemente organizacional. Assim ele pontua: “seria uma forma de transformar a complexidade desestruturada em uma complexidade estruturada, ainda que não se pudessem controlar os ‘n’ efeitos da simplificação e estruturação pretendidas”. A governança é sistema que busca dar coesão às decisões, desde que cumpra os princípios e objetivos para os quais ela foi desenhada. Concorda-se com o apontamento de Tovar *et al.*¹⁰ quando constatarem que há múltiplos usos do vocábulo governança, principalmente confundindo com governabilidade, governo e governar. Na visão de Tovar *et al.*¹¹, a governança tem as seguintes características:

*1. es el proceso por el cual se seleccionan, son supervisados los gobiernos, 2. es la capacidad del gobierno de formular y de aplicar políticas sanas con eficacia, y 3. es el respeto de ciudadanos y el Estado para las instituciones que gobiernan las interacciones económicas y sociales entre ellas.*¹²

Dessa forma, pode-se asseverar que um bom conceito de governança traz elementos de autoridade, de governo e jurídicos que orientam as regras do “jogo”, bem como elementos da administração pública e gestão pública que poderão auxiliar no desenvolvimento, ou implementação de políticas públicas. Parece que o governo em si não importa tanto em comparação à ação de governar. Essa ação de governar, como se procede e como se chega ao desiderato proposto em uma determinada política, são elementos necessários para uma governança significativa, que cause impacto na sociedade¹³. Portanto, um modelo de governança exclusivamente jurídica ou exclusivamente gerencial não representa um conceito holístico que possa abarcar as relações sociais complexas contemporâneas.

⁹ PEREIRA, R. R. Governança no Setor Público: origem, teorias, modalidades e aplicações. *Revista do TCU*, n. 122, 2011. p. 121.

¹⁰ TOVAR, L. A. R.; FLORES, M. T. e VILCHIS, F. L. *La gobernanza. Conceptos, tipos, e indicadores internacionales: Los retos para México*. México: Alta Impresión S.A, 2015.

¹¹ TOVAR, L. A. R.; FLORES, M. T. e VILCHIS, F. L. *La gobernanza. Conceptos, tipos, e indicadores internacionales: Los retos para México*. México: Alta Impresión S.A, 2015. p. 577.

¹² 1. é o processo pelo qual os governos são selecionados, supervisionados; 2. é a capacidade do governo de formular e implementar políticas saudáveis de forma eficaz; e 3. é o respeito dos cidadãos e do Estado pelas instituições que governar as interações econômicas e sociais entre eles.

¹³ CASTELLANOS, C. E. Q. *Gobernanza y teoría de las organizaciones. Perfiles Latinoamericanos*, v. 25, n. 50, p. 39-57, 2017.

Kooiman¹⁴, reconhecido como grande referência teórica no campo dos estudos de governança, endossa a compreensão de que se está inserido em uma sociedade diversa, dinâmica e complexa e que, portanto, a despeito de variados formatos de governança, uma que seja eficaz, ou que se pretenda ser, deveria considerar essas três dimensões. Assim, o arremate nessa seção considera que o conceito de governança está atrelado ao cumprimento de objetivos e à forma como se procede para atingi-los.

Especificamente um modelo de governança pública, que interessa aqui, deve ser elaborado com a intenção de implementar políticas públicas, que são ações de governo baseadas em uma racionalidade, em um caminho que inicia na agenda pública, avança para a formulação de uma proposta com base nas demandas dessa agenda, resulta na implementação e deve ser avaliada. O direito é fundamental nesse processo, uma vez que ele estabelece as regras, podendo instituir, inclusive, a própria política discutida e planejada no âmbito da discricionariedade do administrador, que esteja no governo. Os modelos de governança das políticas de água e saneamento, por exemplo, são previstos em lei. O Direito Internacional Público (DIP) pode ser a expressão maior para a formação e consolidação de um modelo global de governança da água.

2.1 Fundamentos e diretrizes para uma governança da água

Na presente subseção, abordar-se-á a governança da água, uma vez que é elemento essencial para se pensar em fundamentos ecológicos para um conceito adequado de gestão da água, norteando o planejamento em mananciais transfronteiriços. O pressuposto inicial para isso é o reconhecimento de uma crise em face do ciclo da água que tem consequências no ciclo urbano desta, caracterizada por uma superexploração da água superficial e subterrânea especialmente pelas atividades agrárias e industriais, e o lançamento dessas águas utilizadas sem o devido tratamento no meio ambiente¹⁵. Portanto, há duas questões cruciais para a governança internacional: a quantidade da água com qualidade disponível para

as atividades essenciais à vida no planeta e o tratamento destas quando de sua utilização e lançamento de volta para o meio ambiente ou para um sistema de reuso.

Entretanto, é fundamental pensar que a governança não se confunde com governo, nem governabilidade, tendo uma relação intrínseca essencial. O conceito utilizado pela GWP¹⁶ fala em governabilidade da água, porém entende-se que a expressão mais apropriada para o contexto contemporâneo seria governança da água. Moraes e Licea¹⁷, com base na realidade dos países hispânicos, que acabou por se irradiar a outros países, como o Brasil, afirmam que a governabilidade foi aplicada para o desenvolvimento econômico e o conceito de governança, seja ela hídrica ou não, tendo como pilares a democracia, a transparência e o diálogo com os atores sociais. É evidente que, para que haja governabilidade de uma forma mais geral, é fundamental que as políticas públicas tenham boa governança. Entretanto, um aspecto fundante que precisa ser considerado é a planificação de projetos hídricos, muito presentes com a finalidade de abastecimento e fornecimento de vários serviços às regiões metropolitanas, mas que precisam estender esse planejamento para o campo internacional em regiões tranfronteiriças. Em termos de país, precisa-se ter um planejamento do compartilhamento de água entre os Estados soberanos. Na linha que Vinales defende, é preciso uma ampla sintonia entre elementos internos e internacionais de governança da água, que reforça a perspectiva holística defendida neste artigo¹⁸.

Em 2006, o World Water Development Report 2¹⁹ apontou a essencialidade da mudança da governança no processo de distribuição equitativa da água. Aponta ainda mudanças no conceito de governança, que foi aprimorado. Entretanto, verificou-se maior estresse hídrico, ou seja, diminuição da disponibilidade, em países com problemas de governabilidade, marcados pela limitação de direitos individuais e liberdade; aponta a importância do trabalho colaborativo entre os atores interessados como essencial para o êxito de uma política pública de água; a maioria dos países não conseguem atingir o estágio de

¹⁴ KOIMMAN, J. *Modern Governance: new government, society interactions*. Great Britain: Sage, 1993.

¹⁵ SILVA, J. I. A. O. *Segurança hídrica ecológica: fundamentos para um conceito jurídico*. 2020. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2020.

¹⁶ GLOBAL WATER PARTNERSHIP. *Gobernabilidad Efectiva del Agua*. Montevideo: GWP, 2006.

¹⁷ MORAES, D. S.; LICEA, D. M. El péndulo de la gobernabilidad y la gobernanza del agua en México. *Tecnología y Ciencias del Agua*, v. 4, n. 3, p. 149-163, jul./ago. 2013.

¹⁸ VINALES, J. E. The protocol on water and health as a strategy for global water governance integration. *ICLQ*, v. 68, p. 175-192, jan. 2019.

¹⁹ UNESCO. *World Water Development Report*. Oxford: Unesco, 2006.

implementação da política; reformas nacionais na gestão da água, quando aplicáveis; aponta, também, a corrupção como um obstáculo importante a ser superado; considera a governança como intrinsecamente ligada aos arranjos políticos e de poder; e, principalmente, aponta que cada sociedade deve encontrar seu próprio caminho ou modelo. Destaque-se o seguinte trecho desse relatório:

Important to develop institutions and governance systems that can respond effectively to situations characterized by variability, risk, uncertainties and change. Conventional water planning remains rigid and the challenge remains to develop adaptive governance frameworks and institutions. More attention needs to be given to resilient institutions and approaches that can govern or guide the complex, surprise-laden process of water governance central to long-term management at regional, basin, aquifer and local levels.²⁰

Ao que parece, a palavra de ordem seria “adaptação” da governança no contexto de mudanças rápidas e de limitação de recursos. O referido relatório ainda insere os mecanismos institucionais e jurídicos como sendo responsáveis diretos para colocar em prática uma gestão integrada da água, principalmente no aspecto da governança, sendo estratégicos. O atual relatório traz um diagnóstico mais aprofundado das condições de acesso à água e saneamento, além de adicionar temas novos como os relacionados aos refugiados da escassez, pessoas que saem de suas terras por causa da falta de água somada a outras condições precárias²¹. O referido documento também deixa como referencial as seguintes características de uma boa governança a partir dos dados coletados:

- 1) *good governance relates to systems that have qualities of accountability, transparency, legitimacy, public participation, justice and efficiency and therefore overlaps with the principles of the HRBA;*
- 2) *good water governance involves pro-active measures and mechanisms, ensuring guidance towards effective implementation along with sanctions against poor performance, illegal acts and abuses of power;*
- 3) *seeks to move away from hierarchical power structures;*
- 4) *the positive impact of good governance (and the negative impact of corruption) has been proved to affect the efficiency of water utilities;*

²⁰ É importante desenvolver instituições e sistemas de governança que possam responder, efetivamente, a situações caracterizadas por variabilidade, risco, incertezas e mudanças. O planejamento convencional da água permanece rígido e o desafio continua a desenvolver estruturas e instituições de governança adaptáveis. É necessário dar mais atenção às instituições e abordagens resilientes que possam governar ou orientar o processo complexo e cheio de surpresas da governança da água, central para a gestão de longo prazo nos níveis regional, de bacia, aquífero e local. UNESCO. *World Water Development Report*. Oxford: Unesco, 2006. p. 9. (Tradução livre).

²¹ UNESCO. *World Water Development Report*. México: Unesco, 2019.

5) *empower the most disadvantaged groups — is essential for successful implementation of water policies²²;*

Com base nesses pressupostos, refletem-se as modalidades e a conexão com a governança pública da água. Para isso o marco teórico aqui adotado foi Kooiman²³ e Dunrise²⁴, uma vez que a preocupação central é como compatibilizar os modos de governança com os momentos pós-modernos que se caracterizam pela fugacidade. Esses autores dividem a governança em quatro modalidades.

2.1.1 Governança por regulação

Essa parece ser a mais usual, uma vez que o objeto das administrações públicas é justamente elaborar propostas de políticas públicas e implementá-las, o que é a grande dificuldade conforme o relatório das nações unidas aqui citado. Os protagonistas desse processo são os políticos que comandam o processo legislativo, buscando criar mais normas, mais políticas, pois, assim, eles conseguirão êxito em sua carreira pública como mandatários. Essa modalidade fica tanto mais fácil quando se tem as rédeas do processo. Em modelos presidencialistas de coalizão, o governo central terá condições de promover mudanças nas políticas e criar novas políticas públicas conforme sua base no parlamento ou mesmo por ações monocráticas como por meio das medidas provisórias.

Dunrise²⁵ aponta que é deveras caro esse processo e que seu tempo de duração pode ser considerável, além

²² 1) A boa governança refere-se a sistemas que possuem qualidades de responsabilidade, transparência, legitimidade, participação do público, justiça e eficiência e, portanto, se sobrepõem aos princípios do HRBA (human rights-based approach - abordagem baseada nos direitos humanos). 2) A boa governança da água envolve medidas e mecanismos proativos, garantindo orientação para uma implementação eficaz, juntamente com sanções contra o mau desempenho, atos ilegais e abusos de poder. 3) Procura afastar-se das estruturas hierárquicas de poder. 4) Provou-se que o impacto positivo da boa governança (e o impacto negativo da corrupção) afeta a eficiência dos serviços públicos de água. 5) Capacitar os grupos mais desfavorecidos - é essencial para a implementação bem-sucedida das políticas de água. UNESCO. *World Water Development Report*. México: Unesco, 2019. p. 4, 82, 90, 151, 158. (Tradução livre).

²³ KOIMMAN, J. *Modern Governance: new government, society interactions*. Great Britain: Sage, 1993.

²⁴ DUNRISE, A. *Manipulating Social Tensions: collaboration as an alternative mode of government intervention*. 1993. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/43732/1/152565922.pdf> Acesso em: 13 abr. 2021.

²⁵ DUNRISE, A. *Manipulating Social Tensions: collaboration as an alternative mode of government intervention*. 1993. Disponível em:

do que está suscetível a obstáculos e distúrbios pelo caminho. Segundo ele, remédios lineares não se coadunam com casos não lineares. Parece que esse é o caso dos problemas ambientais. Entretanto, considera-se perigoso defender uma desregulação da proteção ambiental, ou mesmo especificamente da água, evitando-se que se desconstrua um sistema de normas que protege alguns bens inestimáveis para a humanidade. Porém, o autor preconiza a necessidade de não regular, por exemplo, alguns setores, principalmente o mercado, sendo imprescindível incentivar a autorregulação. Chama atenção para a característica sistêmica que menciona acerca das organizações que se interligam e precisam estar em bom funcionamento para o todo funcionar corretamente, sem dispensar um modelo hierárquico de disposição dos atores. O uso das normas nesse modelo é característica essencial. Pavão *et al.*²⁶, citando o caso brasileiro, teme pela fragmentação normativa e não abordagem de uma agenda pública sobre água que seja pautada por prioridades. Essa mesma fragilidade pode ser encontrada em outros países e no campo da horizontalidade normativa internacional.

2.1.2 Governança sem governo

A princípio esse modelo traz desconfiança acerca do seu significado. Pensa-se que ele está descartando a institucionalidade. Na verdade, esse modelo vai de encontro ao pensamento que estabelece uma dependência muito forte do Estado, ou seja, a ligação umbilical face à sua estrutura. É como se toda organização da sociedade, para ser bem-sucedida nos seus intentos, precisasse necessariamente do Estado²⁷. Seria como se os caminhos fossem naturalmente encontrados. O equilíbrio seria o objetivo.

Claro que isso destoa, por exemplo, da separação dos poderes, cujo princípio está inscrito nas constituições modernas, pois é um mecanismo, não natural, para fazer com que um poder não se sobreponha aos outros:

<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/43732/1/152565922.pdf> Acesso em: 13 abr. 2021.

²⁶ PAVÃO, B. B. M.; SALINAS, N. S. C.; VIGAR, T. do N. Regulação das águas: uma análise empírica da produção normativa dos órgãos reguladores federais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1. p. 319-341, 2021.

²⁷ DUNRISE, A. *Manipulating Social Tensions: collibration as an alternative mode of government intervention*. 1993. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/43732/1/152565922.pdf> Acesso em: 13 abr. 2021.

isto pode acontecer, mas o sistema cria possibilidades de rechaçar, prevenindo ou atuando quando ocorra uma violação. Neste artigo, esboça-se uma tentativa de, partindo de princípios, poder-se pensar em modelos de governança pública internacional para a água e saneamento, uma vez que este seria o caminho mais apropriado para o enfrentamento da maior crise de escassez de água no século XXI²⁸.

2.1.3 Collibration

Essa expressão marca a pesquisa de Dunrise, uma vez que a inquietação que o atingia dava conta que não haveria um modelo perfeito, fechado que pudesse ser uma receita genérica para todos os casos, ou a maioria deles. A *collibration* caracteriza-se por uma espécie de coordenação²⁹. Porém, para que isso ocorra, um requisito é basilar: informações. Portanto, é inevitável que se relacione essa questão ao Princípio da Transparência.

Os atores que participam do processo de governança precisam ter informações acessíveis. A disponibilização de informações expõe os atores de forma tal que, possivelmente, demonstra as razões favoráveis e contrárias, aplicáveis ao planejamento urbano e às questões ambientais, sendo fundamental a criação de arenas, tratando-se de um caminho salutar para a depuração de algo que não venha trazer vantagens ao interesse público. Nesse caso é preciso lembrar da presença da corrupção como um fenômeno global quando se trata de recursos naturais e a transparência é um mecanismo que auxilia na prevenção e no combate³⁰. Lembrando que o vocábulo *librate* vem de calibrar. Dunrise define, assim, *collibration*:

*as an intervention by government to use the social energy created by the tension between two or more social groupings habitually locked in opposition to one another to achieve a policy objective by altering the conditions of engagement without destroying the tension – unless deliberately.*³¹

²⁸ Srinivasan, V. *et al.* The nature and causes of the global water crisis: Syndromes from a meta-analysis of coupled human-water studies. *Water Resources Research*, v. 48, 2012.

²⁹ DUNRISE, A. *Manipulating Social Tensions: collibration as an alternative mode of government intervention*. 1993. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/43732/1/152565922.pdf> Acesso em: 13 abr. 2021.

³⁰ VINALES, J. E.; LEES, E. *Comparative environmental law*. United Kingdom: Oxford University Press, 2019.

³¹ Como uma intervenção do governo para usar a energia social criada pela tensão entre dois ou mais grupos sociais habitualmente travados em oposição um ao outro para alcançar um objetivo político, alterando as condições do engajamento sem destruir a tensão

Basicamente, o desenho desse modelo consiste em grupos de pressão que atuam nesse processo de governança e que a existência de informação, seja oficial, seja por meio da mídia, é essencial nessa “batalha”, como Dunrise classifica, para que se tenha um resultado positivo mais à frente. Essas arenas são produzidas e reproduzidas na sociedade e se concretizam como o mercado e seus agentes, o Estado, e outros atores, daí a necessidade de mediação. A pulverização da quantidade de atores dificulta esse modelo de coordenação e direção que pressupõe uma calibragem, sendo o menos difícil de regular a governança composta pela mediação de organismos ou instituições. O trecho a seguir pode auxiliar a compreensão da complexidade da governança da água, considerando os atores que estão envolvidos e o objeto de regulação.

The decrease in effective power of the government actor, on the other hand, means that the classic modes of intervention, by legislation and policing of imposed standards, do not work where the government lacks the expertise and the information to know what to prescribe, the means to detect when things are going wrong, or the “clout” to change things when they do. Other less obtrusive, less abrasive, less knowledge-hungry interventions will do better.³²

O setor de água é complexo e necessita de modo premente de conhecimento específico, similar ao descrito pelo autor. Esse modelo foi também adotado para o setor de águas, que é eminentemente público, e que tem um perfil diferenciado. Além disso, o Brasil adota um processo de formalização de arenas por meio de suas legislações gerais que regulam setores como água e saneamento.

— a menos que deliberadamente. DUNRISE, A. *Manipulating Social Tensions: collibration as an alternative mode of government intervention*. 1993. p. 12. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/43732/1/152565922.pdf> Acesso em: 13 abr. 2021 (Tradução livre).

³² A diminuição do poder efetivo do ator governamental, por outro lado, significa que os modos clássicos de intervenção, pela legislação e pelo policiamento dos padrões impostos, não funcionam onde o governo carece da experiência e das informações para saber o que prescrever. Significa detectar quando as coisas estão dando errado ou a “influência” para mudar as coisas quando elas acontecem. Outras intervenções menos invasivas, menos abrasivas e menos sedentas de conhecimento serão melhores. DUNRISE, A. *Manipulating Social Tensions: collibration as an alternative mode of government intervention*. 1993 p. 25.. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/43732/1/152565922.pdf> Acesso em: 13 abr. 2021. (Tradução livre).

2.1.4 Controlabilidade

A respeito desse último tipo de governança, o pressuposto é pensar que a sociedade é permeada por relações sociais que têm suas dinâmicas, muitas vezes diversas, e passam, via de regra, por turbulências, principalmente porque há uma pluralidade de atores, muitos com certo grau de autonomia e que visam maximizar seus próprios interesses. Isso aponta para a necessidade de um modelo flexível, adaptativo, mas que tenha como “coluna vertebral” a coordenação e direção em busca do equilíbrio. A presença ou não do governo precisa ser contextualizada, considerando-se seu caráter público e, portanto, a busca por satisfazer o interesse coletivo.

A Teoria da Governança aponta para a necessidade de se enveredar na busca da estabilização de conflitos, eles são inevitáveis. Por isso a controlabilidade poderia ser adotada como uma diretriz de uma governança mais atual. Entretanto, o difusionismo da própria noção de governança aponta para o contexto da realidade que será o definidor de como se deve agir, com o complicador de que os elementos de governança acabam sendo utilizados e se adequando a diversas situações, como é o caso da água³³. Dessa forma, pode-se aplicar o que foi discutido neste artigo e apresentado como princípios e fundamentos para uma governança que possa ser a mais adequada possível entre os diversos atores que são interessados na gestão de águas, dentre eles os usuários em geral, pessoas físicas e jurídicas, o setor público, o setor privado, incluindo o setor agrícola, que tem grande participação no consumo do estoque de água do planeta.

Portanto, pode-se apontar que a gestão da água seria a governança dos interesses dos atores implicados em todo o processo de utilização da água, desde a captação a partir do ciclo da água, construção de infraestruturas que cuidarão para que o ciclo urbano da água funcione, bem como haja, também, abastecimento difuso para comunidades mais distantes dos centros urbanos. Percebe-se que há a necessidade inarredável de uma coordenação, de uma direção, para que as diversas arenas que estão postas possam estar em um contexto de menor conflito e, até, de potencial equilíbrio.

³³ GOMIDE, J. E.; SILVA, A. C. O surgimento da expressão “governance”, governança e governança ambiental. *Revista de Ciências Gerenciais*, v. 13, n. 18, 2009. Katsamunsk, P. The concept of governance and public governance theories. *Economic Alternatives*, n. 2, 2016.

2.2 A governança da água na ótica de Ostrom

Outra diretriz para uma governança eficaz é um conjunto normativo que dê segurança jurídica às tomadas de decisão dos órgãos envolvidos, absorvendo os princípios que dão um caráter sistêmico a todas as ações concernentes à gestão e governança do ciclo da água, amparando o mínimo necessário ao consumo humano e manutenção dos ecossistemas. Entretanto, a governança da água é extremamente peculiar, uma vez que se está falando de um recurso comum limitado, que depende de um ciclo natural para sua produção. Além disso, a distribuição precisa ser justa, sendo seu fundamental a vida no planeta. O uso irracional impacta os estoques existentes produzindo uma situação de escassez estrutural³⁴.

A governança da água é complexa justamente por conta desses dois elementos: trata-se de um recurso comum e que depende da ação de diversos atores. Na verdade, tem-se o que Ostrom *et al.*³⁵ relataram em uma de suas publicações acerca do problema da *Common-pool* (recurso comum), ou seja, do processo de excesso de exploração de um recurso comum que pode servir, por exemplo, para algum projeto de desenvolvimento, como a água, que seria um exemplo clássico dessa questão. Ostrom³⁶ menciona três pontos que são essenciais para uma análise institucional contemporânea da governança de recursos comuns como a água e que pode ser o *background* teórico nesse campo, mas que não satisfazem, necessariamente, uma análise completa do problema:

- a) Os usuários de recursos são maximizadores livres de normas de ganhos imediatos, que não cooperarão para superar os dilemas comuns que enfrentam;
- b) Projetar regras para mudar os incentivos dos participantes é uma tarefa analítica relativamente simples; e
- c) A própria organização requer direção central.

Esse seria o panorama de uma organização, em que diversos atores dependem do mesmo recurso. Entretanto, para Elinor Ostrom³⁷, todas as formas de tomada de

decisão têm limites. Os limites de uma série de sistemas de governança de recursos completamente independentes devem ser discutidos, bem como a importância de criar sistemas de governança policêntricos com considerável sobreposição para combinar os pontos fortes dos processos de pesquisa e *design* paralelos com os pontos fortes de sistemas maiores na resolução de conflitos, aquisição de conhecimento científico, monitorando o desempenho de sistemas locais e a regulamentação de recursos comuns que são mais globais em seu escopo.

Os sistemas de governança policêntricos resultantes não são geridos por um único centro. Eles também são sistemas adaptativos complexos, e exigem que os analistas de políticas alterem suas visões fundamentais da organização, a fim de lidar, com mais eficácia, as tragédias dos bens comuns e muitos dos outros problemas que as sociedades modernas enfrentam. Esse parece ser um modelo teórico com as características mais próximas de uma governança efetiva da água.

Os cursos de água provenientes de fontes diversas, superficiais e subterrâneas se enquadram no conceito de recursos comuns de Ostrom, uma vez que tais modalidades de recursos têm grandes dificuldades em excluir usuários, bem como há o problema dos *free riders*, além do que alguns indivíduos podem superexplorar o recurso trazendo prejuízos para outros usuários, uma vez que se está falando de um sistema comum³⁸. Porém, as situações são muito diversas, os estudos de Ostrom identificaram elementos comuns a todas as situações estudadas³⁹: 1) participantes; 2) posições; 3) ações; 4) resultados; 5) transformação em funções que liguem ações a resultados; 6) informações; e 7) recompensas (incluindo tanto retornos positivos como sanções negativas quando relevantes).

Nesse contexto, é preciso compreender as interações humanas no âmbito institucional, sendo relevante perceber a sua diversidade diante da complexidade de situações vivenciadas no contexto da humanidade⁴⁰. As ações estão interligadas, e podem estar sob os cuidados de uma organização maior que tem um papel na socie-

³⁴ PACHECO-VEGA, R. Ostrom y la gobernanza del agua en México. *Revista Mexicana de Sociología*, v. 76, n. Esp., p. 137-166, set. 2014.

³⁵ OSTROM, E.; GARDNER, R.; WALKER, J. *Rules, Games and Common Pool Resources*. United States of America: The University Michigan Press, 1994.

³⁶ OSTROM, E. Coping with tragedies of the Commons. *Annu. Rev. Polit. Sci.*, n. 2, 1999. p. 493.

³⁷ OSTROM, E. Coping with tragedies of the Commons. *Annu.*

Rev. Polit. Sci., n. 2, 1999. p. 493-535.

³⁸ OSTROM, E.; GARDNER, R.; WALKER, J. *Rules, Games and Common Pool Resources*. United States of America: The University Michigan Press, 1994.

³⁹ OSTROM, E. Coping with tragedies of the Commons. *Annu. Rev. Polit. Sci.*, n. 2, 1999. p. 493.

⁴⁰ OSTROM, E. *Understanding Institutional Diversity*. Princeton: Princeton University, 2005.

dade. Essa é uma questão enfrentada no campo da governança ambiental e, por conseguinte, na governança da água. São muitos riscos e muitas engrenagens, uma dependente da outra. Portanto, na visão de Ostrom o comportamento humano é influenciado pela ação dessas instituições.

No caso específico da água, bem como do saneamento, há diversos atores envolvidos, participantes interessados, que se interrelacionam por meio de instituições que compõem o sistema de regulação. A governança da água se sobrepõe aos demais sistemas relacionados, como o saneamento, uma vez que se entende que este pode ser derivado e influenciado pela primeira. O ciclo natural da água com o ciclo urbano da água deve ser a preocupação central dessa governança institucionalizada com a presença de diversos “jogadores”.

Assim, sob essas bases iniciais, Ostrom discute a eficiência ou não de modelos policêntricos, ou seja, diversas instituições interrelacionadas mas sem um centro de controle específico, mas diversos controles por setor. Esses setores têm certa autonomia, o que, segundo pesquisas, não traz nenhum resultado caótico⁴¹. A governança da água, mesmo em modelos mais centralizados, ainda assim é composto por diversas escalas onde decisões são tomadas. Portanto, é praticamente inevitável uma governança policêntrica da água. Esta é caracterizada por um grau maior ou menor de descentralização. Isso deve ocorrer, também, no plano internacional. Ostrom aponta, em suas pesquisas, que a água se adequa ao conceito de *common pool*, ou recursos comuns, uma vez que é extraído por diversos atores que perpassam por uma diversidade institucional extraordinária⁴².

Na natureza a água está disposta de forma livre, acessível para os nativos e de difícil fiscalização muitas vezes pelo Poder Público quando se tratam de usuários produtores agrícolas, de pequena, média ou grande porte, de mineradores que utilizam a água no processo de extração e beneficiamento de minério, entre outros. Porém, ao Estado cabe, na maior parte das situações, esquadrihar os múltiplos usos da água, seja para o setor produtivo, para geração de energia ou uso doméstico.

Assim Ostrom ilustra essa questão do uso de recursos comuns e sua regulação:

*Tang also found that many irrigation systems use different sets of rules depending on the availability of water. During the most abundant season, for example, irrigators may be authorized to take water whenever they need it. During a season when water availability is moderate, farmers may use a rotation system in which every farmer is authorized to take water for a fixed amount of time during the week based on the amount of land to be irrigated. During scarcity, the irrigation system may employ a special water distributor who is authorized to allocate water to those farmers who are growing crops authorized by the irrigation system and are most in need.*⁴³

A tarefa é complexa, pensando em um nível micro, imagine-se para o compartilhamento entre países, sendo preciso ter um nível de sofisticação extraordinário que, entretanto, possa ter uma base nessa Teoria Institucionalista de Ostrom, considerando-se um recurso comum a que todos têm acesso de forma controlada, descentralizada, mediado por órgãos públicos, por agências públicas, empresas privadas ou organismos de usuários. Portanto, a grande questão para a governança pública da água é como distribuí-la, de forma equitativa, entre os diversos usuários, sem que se esqueçam, nesse conjunto, nessa rede, os ecossistemas que precisam de água de boa qualidade, com necessária revisão do conceito e da noção de governança internacional da água.

3 A governança internacional da água

Contando-se apenas com as águas superficiais, é possível chegar a uma taxa de 45% de ocupação terrestre pelas bacias transfronteiriças ou compartilhadas entre países⁴⁴. Mais da metade da população mundial

⁴³ Tang também descobriu que muitos sistemas de irrigação usam diferentes conjuntos de regras, dependendo da disponibilidade de água. Durante a estação mais abundante, por exemplo, os irrigadores podem ser autorizados a levar água sempre que necessário. Durante uma temporada em que a disponibilidade de água é moderada, os agricultores podem usar um sistema de rotação no qual todo agricultor está autorizado a tomar água por um período fixo de tempo durante a semana, com base na quantidade de terra a ser irrigada. Durante a escassez, o sistema de irrigação pode empregar um distribuidor especial de água que esteja autorizado a alocar água para os agricultores que cultivam culturas autorizadas pelo sistema de irrigação e que mais necessitam. OSTROM, E. Coping with tragedies of the Commons. *Annu. Rev. Polit. Sci.*, n. 2, 1999. (Tradução livre).

⁴⁴ WALSHOT, M. Hidro-diplomacia y soberanía nacional en el acuífero guaraní: ¿fracaso de un intento de gestión transfronteriza por intereses geopolíticos divergentes? *Agua y Territorio*, n. 15, p. 21-34, 2019.

⁴¹ OSTROM, E. Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems. *American Economic Review*, n. 100, p. 641-642, 2010.

⁴² OSTROM, E. Coping with tragedies of the Commons. *Annu. Rev. Polit. Sci.*, n. 2, 1999. p. 493-535.

depende diariamente da água compartilhada entre dois ou mais países, sejam águas superficiais, provenientes de rios e lagos, bem como de águas subterrâneas transfronteiriças⁴⁵. Desse total, as águas subterrâneas perfazem a maior parte do volume total de água transfronteiriças, sendo mais de 600 aquíferos nessas zonas de fronteira entre países⁴⁶.

Dessa forma, é importante compreender o lugar da água em uma geopolítica dos recursos naturais. Nesse campo a água ocupa um lugar de destaque, pois certamente é hoje uma espécie de “ouro azul”, cuja transformação em uma *commodity* está em processamento, embora reúna características muito especiais que destoam da mercantilização global desse recurso. O primeiro mercado de futuros de água foi criado recentemente, em dezembro de 2020, sendo um forte indicativo do interesse comercial sobre esse precioso líquido. Entretanto, a Organização das Nações Unidas (ONU) reafirma o caráter de direito humano da água e a patente violação a eles caso ela venha ser tratada como um ativo qualquer na bolsa de valores em *Wall Street*⁴⁷.

Nessa esteira, Rodell *et al.*⁴⁸ trabalham com a perspectiva de tratamento da questão hidrológica como um problema transfronteiriço, o que faz todo o sentido, sendo necessário um balanceamento da competição por água, das demandas de água, sendo preciso isso ser revisto urgentemente, pois trata-se de uma agenda fundamental, indicando uma verdadeira “tragédia dos comuns” em um contexto de competição oportunística pelas águas, notadamente, as subterrâneas. É preciso, talvez, um grande projeto planetário para que isso ocorra. Os pesquisadores ainda arrematam:

In many regions, crop irrigation on massive scales has been supported by unsustainable rates of groundwater abstraction. In the face of aquifer depletion, population growth and climate change, water and food security will depend upon

⁴⁵ ELIAS, G. ¿Es posible una diplomacia de aguas en América Latina? Marco para una cooperación internacional en la gestión hídrica de cuencas transfronterizas. *Anuario en Relaciones Internacionales*, p. 11-17, 2017.

⁴⁶ PATEIRO, L. M.; SINDICO, F. El valor jurídico y práctico del proyecto de artículos de la CDI sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. *ACDI*, Bogotá, v. 13, p. 19-46, 2019.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comercializar el agua en el mercado de futuros de Wall Street viola los derechos humanos*. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/es/story/2020/12/1485432>. Acesso em: 18 dez. 2020.

⁴⁸ RODELL, M. *et al.* Emerging trends in global freshwater availability. *Nature*, v. 557, p. 651–659, 2018.

*water-saving technologies and improved management and governance*⁴⁹.

Portanto, a intenção é demonstrar uma ampla fundamentação para sustentar a tese de um acordo global em torno de uma proteção das águas compartilhadas para preservação da saúde e qualidade do meio ambiente e de todas as formas de vida existente no planeta, conforme, por exemplo, os dados apresentados no Gráfico 2.

Chama atenção a abordagem de Bruckmann que já inseria a água doce como um dos recursos naturais que se adequava, e se adéqua, a uma lógica de apropriação de bens comuns, em conjunto, também, com a produção de conhecimento científico e inovação. Assim ela apontou:

*la disputa global por recursos minerales, recursos energéticos, gestión de la bio-diversidad, del agua y de los ecosistemas de cara a las nuevas ciencias, se desdobra en múltiples dimensiones políticas, económicas y militares. Sin el desarrollo de un pensamiento estratégico que se arme en el principio de la soberanía y en una visión de futuro de largo plazo, los países latinoamericanos y la comunidad de países en proceso de integración, en menos condiciones de hacer frente a las enormes presiones generadas por esta situación de disputa, donde está en juego, en última instancia, la capacidad de reorganización de proyectos hegemónicos y la emergencia de proyectos contra-hegemónicos.*⁵⁰

Parece que não se trata de algo que se refere, unicamente, ao local, sendo imprescindível um pensamento de repercussões regionais e planetárias. É importante lembrar que Estados Unidos, Canadá, Reino Unido e Austrália foram contrários na Assembleia Geral da ONU, em 2010, a tornar o acesso à água potável e ao esgotamento tratado como direito humano. Isso teria diversas implicações para os governos, principalmente em não se transformar esses serviços em mercadorias pautadas por indicadores econômicos.

É importante refletir acerca do panorama planetário da água, não se pode ter a visão ingênua de que há uma dinâmica de forças de interesse apenas local, mas atores globais que se rearranjam no sentido de controlar e esta-

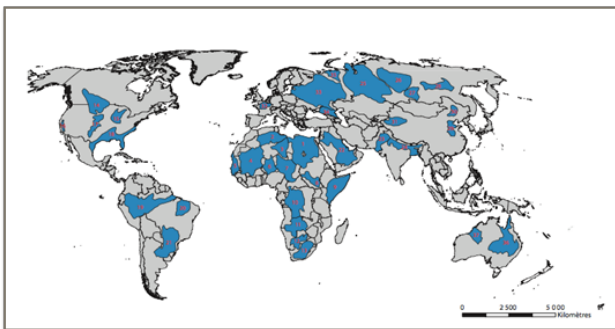
⁴⁹ Em muitas regiões, a irrigação de culturas em grande escala tem sido apoiada por taxas insustentáveis de captação de águas subterrâneas. Diante do esgotamento dos aquíferos, o crescimento populacional e as mudanças climáticas, a água e a segurança alimentar dependerão de tecnologias de economia de água e de melhor gerenciamento e governança. RODELL, M. *et al.* Emerging trends in global freshwater availability. *Nature*, v. 557, p. 651–659, 2018. (Tradução livre).

⁵⁰ Bruckmann, M. *Recursos naturales y la geopolítica de la integración sudamericana*. Instituto Perumundo; Fondo Editorial J.C.Mariátegui, 2012. p. 22.

belecer processos de regulação da água⁵¹. Hoje o petróleo, por exemplo, sofre a ação de uma política de preços global, em franco processo de financeirização desse recurso, não sendo fantasioso pensar em algo semelhante para a água. Outrossim, nesse contexto é preciso considerar que a água é exportada de forma embutida na produção agrícola e na produção industrial em geral, de acordo com o conceito de água virtual. Isso implica a necessidade de se planejar a escassez hídrica em diversas regiões em virtude da sobre-exploração desse bem⁵².

Pode-se dividir essa questão em dois estratos. Um primeiro que defende a água como bem econômico, capaz de se transformar em uma *commodity*, submetido a uma política de preços e de mercado, apoiado pelo Banco Mundial que é um grande financiador de empresas de água e de esgotamento sanitário, em um modelo privado ou público-privado⁵³. Desses setores de atuação, um deles é a água, esgotamento e resíduos, perfazendo um total de 37 projetos ativos relacionados com a área de água e esgotamento, além de 187 que se encerraram, com uma atuação majoritária em países em desenvolvimento e pobres⁵⁴. O segundo estrato é formado pelo conjunto de setores que entendem o acesso à água como um direito humano inalienável defendido por movimentos sociais, intelectuais e outros atores que estão articulados na defesa da água como bem da humanidade.

Figura 2 – mapa que demonstra a potencialidade das águas subterrâneas no Planeta



Fonte: UNESCO⁵⁵.

⁵¹ Bruckmann, M. *Recursos naturales y la geopolítica de la integración sudamericana*. Instituto Perumundo; Fondo Editorial J.C.Mariátegui, 2012.

⁵² CASTRO, Douglas de. Escassez hídrica e direito internacional econômico: o Brasil como protagonista na transferência de água para regiões áridas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 214-227, 2016.

⁵³ <http://projects.worldbank.org/sector?lang=en&page=>

⁵⁴ THE WORLD BANK. *Recently approved projects*. Disponível em: http://projects.worldbank.org/search?lang=en&searchTerm=§orcode_exact=WC Acesso em: 13 abr. 2021.

⁵⁵ UNESCO. *Atlas of transboundary aquifers: global maps, regional*

Na figura 2, demonstra-se que a disputa em face da água é possível, já que alguns mananciais de águas subterrâneas e superficiais estão inseridos em dois ou mais países, conforme figuras 1 e 5. Muitos desses aquíferos são fundamentais no ciclo hidrológico, sendo importantes para a manutenção de rios, fornecimento de água ao meio urbano e rural. Como se isso não fosse suficiente, exercem papel central para a manutenção de diversos ecossistemas, como pântanos e outros presentes nas bacias hidrográficas. É uma riqueza invisível ao olhar, principalmente, daqueles que vivem nas cidades imersos em outra dinâmica. Na figura 3, vê-se o nível de extração das águas subterrâneas principalmente pelas atividades agrícolas, caminho que resulta em estresse hídrico compartilhado com diversas nações.

Na figura 3, também é possível verificar uma desigualdade na demanda por água para agricultura entre norte e sul do globo. Países como Estados Unidos da América, Índia, Paquistão, China respondem por uma parcela considerável dessa extração, cuja mudança de paradigma certamente não ocorrerá enquanto não houver uma mudança no modelo de desenvolvimento transformando a água em um bem estratégico para a manutenção da vida, porque, geopoliticamente, ele já é estratégico entre os países. Bruckmann chama atenção para a pressão dos Estados Unidos sobre os recursos hídricos, inclusive tendo já contaminado importantes reservatórios como os grandes lagos e a existência de cidades como Las Vegas que demandam, cada vez mais, água para o turismo⁵⁶. A Ásia está despontando em nível de uso dessas águas subterrâneas, assim como os Estados Unidos da América e a Europa, destacando-se o uso intensivo para a agricultura, geralmente, para exportação. O continente africano tem um perfil mais agrícola, mantendo esse uso alto para a agricultura. Porém isso se repete em quase a totalidade dos continentes, à exceção da Europa, cujo uso é maior nas cidades.

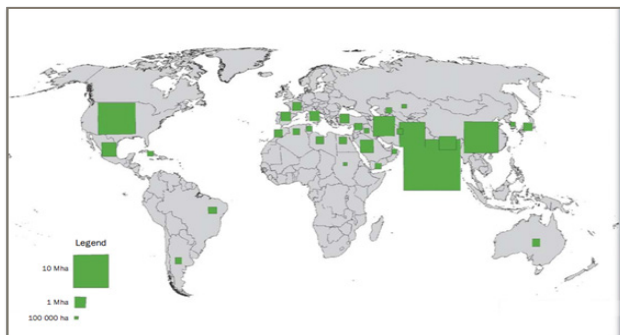
A possibilidade de solução partiria, certamente, da política e do estabelecimento de marcos jurídicos internacionais acerca do uso da água, dando continuidade ao estabelecimento da água como direito humano, bem como ambientalmente relevante, desconstruindo a ideia de que a solução seria tornar a água um bem econômico. Porém, isso seria uma tese com remotíssimas

cooperation and local inventories. Paris: UNESCO, 2009.

⁵⁶ Bruckmann, M. *Recursos naturales y la geopolítica de la integración sudamericana*. Instituto Perumundo; Fondo Editorial J.C.Mariátegui, 2012.

chances de acontecer, uma vez que os mapas nas figuras destacam a irregular distribuição e uso dessas águas pelos países e regiões concentradores da industrialização e inovação no globo e a destinação para a produção em larga escala na agricultura de exportação. Portanto, o uso e acesso à água é uma questão que deve ser tratada no âmbito do direito internacional diante da sua relevância para todos os povos.

Figura 3 – mapa que destaca o uso da água subterrânea pela agricultura



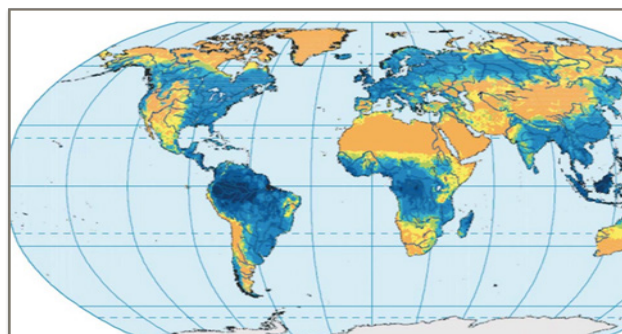
Fonte: UNESCO⁵⁷.

Outra preocupação em relação à água se relaciona à recarga desses aquíferos destacados neste artigo, cujo processo faz parte do ciclo hidrológico, e se constituem em grandes reservatórios para o futuro incerto da humanidade⁵⁸. Na figura 4, posiciona-se essa questão da recarga como um elemento necessário ao planejamento e à governança internacional da água, não sendo algo que depende, apenas, de uma nação, sendo fundamental para o ciclo da água no planeta, interferindo, diretamente, no fluxo de água nos rios, nas lagoas, nos pântanos e em outros ecossistemas complexos, principalmente em relação ao processo de mudanças climáticas. Esses elementos são fundantes para um planejamento macro acerca dos recursos hídricos e, por consequência, há coleta das águas utilizadas, seu tratamento e devolução ao meio ambiente.

⁵⁷ UNESCO. *Atlas of transboundary aquifers: global maps, regional cooperation and local inventories*. Paris: UNESCO, 2009.

⁵⁸ Bruckmann, M. *Recursos naturales y la geopolítica de la integración sudamericana*. Instituto Perumundo; Fondo Editorial J.C.Mariátegui, 2012.

Figura 4 – mapa dos aquíferos com maior eficiência na recarga



Fonte: UNESCO⁵⁹.

Na figura 4, revela-se a importância estratégica que tem a América Latina para a geopolítica da água, sua alta capacidade de recarga coloca-a em um nível alto de relevância, o que demanda ações regionais no sentido de uma governança transnacional da água. Essa figura, analisada a partir dos estudos de Rodell *et al.*⁶⁰, indica que essas regiões já sofrem os efeitos diretos das mudanças climáticas, principalmente por sua interferência no regime de chuva e, por conseguinte, no ciclo hidrológico que reabastece os reservatórios. Esse processo de transformação ambiental, somado ao aumento do consumo de água nas cidades, a produção de alimentos em larga escala, a poluição dos rios, a poluição dos mares, a falta de tratamento e não reutilização das águas de esgoto, enfim, resultaria num colapso da humanidade. Com base na medição do nível de precipitação no Planeta, uso da água e outras variáveis, os pesquisadores assim demarcaram a seguinte necessidade:

data provide motivation for multilateral cooperation among nations, states and stakeholders, including development of transboundary water-sharing agreements, to balance competing demands and defuse potential conflict. Government policies that incentivize water conservation could help to avert a 'tragedy of the commons' scenario, that is, opportunistic competition for groundwater outweighing the altruistic impulse to preserve the resource⁶¹.

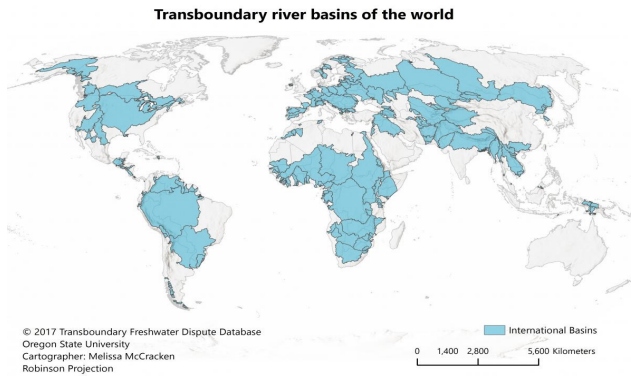
⁵⁹ UNESCO. *Atlas of transboundary aquifers: global maps, regional cooperation and local inventories*. Paris: UNESCO, 2009.

⁶⁰ RODELL, M. *et al.* Emerging trends in global freshwater availability. *Nature*, v. 557, p. 651–659, 2018.

⁶¹ Os dados fornecem motivação para a cooperação multilateral entre nações, estados e partes interessadas, incluindo o desenvolvimento de acordos transfronteiriços de compartilhamento de água, para equilibrar as demandas concorrentes e neutralizar possíveis conflitos. As políticas governamentais que incentivam a conservação da água podem ajudar a evitar um cenário de „tragédia dos comuns”, isto é, a concorrência oportunista pelas águas subterrâneas, superando o impulso altruísta de preservar o recurso. RODELL, M. *et al.* Emerging trends in global freshwater availability. *Nature*, v. 557, p.

Portanto, as pesquisas apontam que a gestão da água deve ocorrer em diversas frentes. De um lado, há o consumo excessivo na irrigação das lavouras, sendo necessário outro modelo que seja sustentável, e, de outro, cidades crescendo nas franjas dos aquíferos e rios, consolidando-se um cenário, como já mencionado, de crises, podendo ser mitigado por meio da governança internacional aliada à tecnologia.

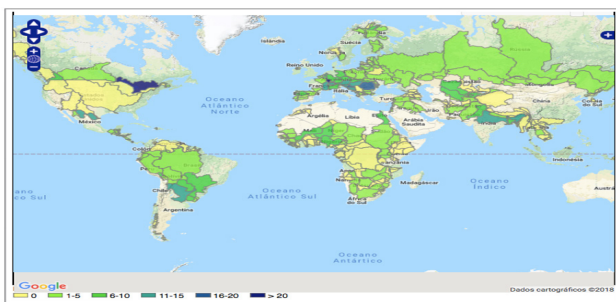
Figura 5 – Mapa das bacias hidrográficas transfronteiriças do mundo



Fonte: <https://transboundarywaters.science.oregonstate.edu/content/data-and-datasets>

Ao se visualizar o mapa da figura 5, é preciso ter um olhar crítico e problematizador acerca das potenciais disputas entre países pela água, para geração de energia, para transporte, para o consumo, para a pesca, enfim, diversos os usos e, portanto, possibilidades latentes de conflitos internacionais. Na figura 6, há distribuição de tratados e acordos bilaterais, que são maioria, e multilaterais de uso e acesso às águas transfronteiriças, o que pode ser comparado à figura 5, verificando-se que, em boa parte do Planeta, ainda não há uma governança internacional da água compartilhada.

Figura 6 – mapeamento dos tratados e acordos em torno do uso e acesso à águas transfronteiriças.



Fonte: <https://transboundarywaters.science.oregonstate.edu/content/data-and-datasets>

Isso reforça a importância, em relação ao Direito Internacional, de um protagonismo diplomático mais eficiente em torno de uma hidrodipomacia, que será definida mais adiante, em virtude das lacunas regulatórias internacionais ainda existentes e a quantidade de água que se tem acesso. Wolf *et al.* apontam que a crise hídrica no planeta é de governança e que a tarefa mais desafiadora é a distribuição da água e sua universalização⁶².

Os dados coletados de 1820 até 2007 apresentam que há uma pluralidade de documentos internacionais que regulam o uso das águas, porém verificando aqueles referentes ao século XX houve a subscrição de 145 tratados vinculados aos recursos hídricos transfronteiriços, destes 124 são bilaterais e apenas 21 multilaterais. Em relação à natureza dos mesmos, 53 são referentes ao fornecimento de água, 57 à produção de energia hidroelétrica, 3 sobre controle de inundações, 9 sobre usos industriais, 6 referentes à navegação e 1 sobre o sistema de pesca⁶³. A governança das águas transfronteiriças ocorre sob unidades e conceitos que estão dispostos no quadro 1, que são estruturantes para compreender de que forma pode-se operacionalizar juridicamente as águas transfronteiriças.

Quadro 1 – diferentes conceitos relacionados com água transfronteiriça ou compartilhadas

Conceito	Instrumento jurídico	Definição
Bacia hidrográfica internacional	Regras de Helsinki (1966)	Zona geográfica que se estende pelo território de dois ou mais Estados e está demarcada pela linha divisória de um sistema hidrográfico de águas superficiais e freáticas que fluem até uma saída comum.

⁶² WOLF, A. T. *et al.* Water governance benchmarking: concepts and approach framework as applied to Middle East and North Africa countries. *Water Policy* n. 16, p. 1121–1139, 2014.

⁶³ TRANSBOUNDARY FRESHWATER DISPUTE DATABASE. *International Freshwater Treaties (by River Basin)*. Disponível em: <http://gis.nacse.org/tfdd/treaties.php> Acesso em: 13 abr. 2021.

Conceito	Instrumento jurídico	Definição
Águas Transfronteiriças	Convênio da CEPE de 1992 (Convenção de Helsinki), art. 1	Águas superficiais ou freáticas que apontam, atravessam ou se encontram situados nas fronteiras de dois ou mais Estados.
Curso de água (internacional)	Convenção sobre o direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins distintos da navegação de 1997, art. 1	Sistema de águas de superfície e subterrâneas que, em virtude de suas relação física, constituem um conjunto unitário e normalmente fluem a uma desembocadura comum.
Aquífero transfronteiriço	Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o direito dos aquíferos transfronteiriços A/RES/63/124 de 2009, art. 2	Aquífero: formação geológica permeável portadora de água, situada sobre uma capa menos permeável, e a água contida na zona saturada da formação. Sistema aquífero: uma série de dois ou mais aquíferos que estão conectados hidraulicamente.

Fonte: Baseado em SANCHEZ *et al.*⁶⁴

A operacionalização desses conceitos é fundamental para desenhar um modelo de governança que seja efetivamente democrático, tendo como pressuposto o controle social, a participação das comunidades influenciadas por essas águas, com a presença do poder público e outros atores. Alba permite enxergar muito mais além do que uma questão meramente técnica, sendo na verdade uma questão política, que envolve atores, forças e pressões antagonicas, sendo traços de uma hidropolítica

⁶⁴ SANCHEZ, J. C. *et al.* *El derecho internacional de aguas en América Latina: manual de capacitación*. Montevideo: GWP Sudamérica, 2015.

e, segundo ela, *este concepto nos permite situar el conjunto de condiciones de una disputa por el agua entendiéndola como recurso geopolítico*⁶⁵. Coaduna-se com os elementos já mencionados, na medida em que se tem a percepção clara de uma crise de acesso à água e que sua distribuição não é equânime, conforme dados do quadro 2.

Quadro 2 – média do consumo de água em litros *per capita* por dia por país

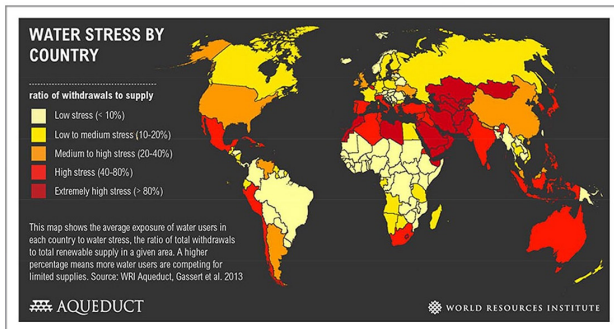
Estados Unidos	575
Austrália	493
Noruega	301
França	287
Suécia	195
Brasil	150 (2011)*
Rio de Janeiro	189 (2011)*
Mato Grosso	168 (2011)*
São Paulo	177 (2011)*
Reino Unido	149
Índia	135
China	86
Nigéria	36
Etiópia	15
Angola	15
Moçambique	4

Fonte: <http://memoria.ebc.com.br/agenciaBrazil/noticia/2011-09-11/consumo-de-agua-por-habitante-no-Brazil-e-estavel>.

Com base na figura 7 e no gráfico 1, fica patente a necessidade de uma estratégia política global baseada em modelo de governança que privilegie a distribuição de recursos de maneira justa, praticando-se uma verdadeira justiça hídrica, com foco na sustentação dos ecossistemas e sobrevivência humana.

⁶⁵ ALBA, F. de. Geopolítica del agua en México: la oposición entre la hidropolítica y el conflicto sociopolítico. Los nuevos rostros de las “luchas” sociales. *Revista Internacional de Desenvolvimento Local*, v. 8, n. 1, p. 95-112, mar. 2007. p. 100.

Figura 7 – estresse hídrico por países em 2013. Relação % de retirada *versus* oferta renovável. Níveis de estresse: baixo (bege), baixo a médio (amarelo); médio a alto (laranja); alto (vermelho); extremamente alto (vermelho escuro)



Fonte: World Resources Institute⁶⁶.

Gráfico 1 – os dez países com mais recursos hídricos renováveis (sem contar os aquíferos)



Fonte: World Data Atlas⁶⁷.

No gráfico 1, aponta-se o quão estratégico é o Brasil na América Latina frente à potencialidade concreta de recursos hídricos, indicando a necessidade de uma governança hídrica representada em uma hidrodiplomacia especializada que compreenda os fatores para a negociação dos múltiplos usos das águas nas fronteiras desses países. No gráfico 1, reforça-se, mais ainda, a relevância de uma governança hídrica internacional forte.

⁶⁶ WORLD RESOURCES INSTITUTE. *World's 36 Most Water-Stressed Countries*. 2013. Disponível em: <https://www.wri.org/insights/worlds-36-most-water-stressed-countries>. Acesso em: 12 dez. 2020.

⁶⁷ WORLD DATA ATLAS. *Total Renewable Water Resources*. 2017. Disponível em: <https://knoema.com/atlas/topics/Water/Total-Renewable-Water-Resources/Renewable-water-resources>. Acesso em: 16 abr. 2021.

Diante dessa realidade de crise e de complexidade, Hernández Ulate *et al.* menciona o seguinte:

*La gobernabilidad se define como “la capacidad del sistema social democrático de autogobernarse y ser capaz de enfrentar positivamente los retos y las oportunidades nacionales, regionales y globales” (GWP y BID, 2003:20). En el caso de los recursos hídricos, esta definición implica que la sociedad se prepare para asumir la responsabilidad de convertirse en gestora de este recurso y garantizar su sostenibilidad y la del sistema natural donde se encuentra.*⁶⁸

É básica, em um processo de governança hídrica, a criação de uma institucionalidade e a articulação entre atores interessados, de modo que se mitiguem eventuais desequilíbrios. Hernández Ulate reforça esse processo:

*La gobernabilidad de las cuencas internacionales debe considerar, necesariamente, la emergente institucionalidad en forma de Comisiones de Cuencas y la colaboración activa de los actores locales en el manejo de los recursos naturales en estos sistemas naturales transfronterizos.*⁶⁹

Na Carta da Terra⁷⁰ escrita em 2000, com a mediação da Organização das Nações Unidas (ONU), apresentaram-se alguns princípios que podem ser utilizados para a implantação de processos de governança internacional da água:

1) integridade ecológica das bacias hidrográficas internacionais – os planos de manejo devem contemplar e reconhecer a bacia hidrográfica como um bloco só a ser gerenciado e não de forma compartimentalizada, planejando de forma integrada, conjunta a sustentabilidade dos recursos desse território, inclusive implementando formas de resolução de conflitos;

⁶⁸ A governança é definida como “a capacidade do sistema social democrático de se governar e de ser capaz de enfrentar positivamente desafios e oportunidades nacionais, regionais e globais”. No caso dos recursos hídricos, essa definição implica que a sociedade esteja preparada para assumir a responsabilidade de se tornar um administrador desse recurso e garantir sua sustentabilidade e a do sistema natural em que está localizado. HERNÁNDEZ ULATE, A.; RAMÍREZ, A. L.; ELIZONDO, A. J. *Gobernabilidad e instituciones en las Cuencas Transfronterizas de América Central y México*. San José, C.R.: FLACSO, 2009. p. 97. (Tradução livre).

⁶⁹ A governança de bacias internacionais deve necessariamente considerar a estrutura institucional emergente na forma de Comissões de Bacia e a colaboração ativa de atores locais na gestão de recursos naturais nesses sistemas naturais transfronteiriços. HERNÁNDEZ ULATE, A.; RAMÍREZ, A. L.; ELIZONDO, A. J. *Gobernabilidad e instituciones en las Cuencas Transfronterizas de América Central y México*. San José, C.R.: FLACSO, 2009. p. 133. (Tradução livre).

⁷⁰ THE EARTH CHARTER INTERNATIONAL. *La Carta de la Tierra +15 celebraciones y otros eventos en México*. 2015. Disponível em: <http://cartadelatierra.org/descubra/la-carta-de-la-tierra/> Acesso em: 13 abr. 2021.

2) Transformação do enfoque setorial – isso significa que as instituições deverão trabalhar de forma articulada, inclusive incorporando o problema hídrico como uma questão que atinge a todos, portanto, a articulação institucional é fundamental em detrimento da setorialização;

3) Conscientização social, transformação e participação – a sociedade deverá se apropriar dos processos de regulação, de controle e gestão dos recursos hídricos e, para isso, os instrumentos de informação são essenciais no processo de transformação dos procedimentos da sociedade;

4) Marco legal e situação atual do recurso água – a água sofreu impactos severos que devem ser abordados pela legislação. Os princípios da Convenção de Nova York devem ser considerados dentro das legislações nacionais, uma vez que oferecem, no caso das bacias internacionais do México e da América Central, elementos fundamentais para a governança e a gestão ambiental. Estas se baseiam na integralidade dos sistemas hídricos e contam com o reconhecimento das seções que correspondem, territorialmente, a cada país, compartilhando a equidade de direitos, abrindo as possibilidades de negociação de usos e possibilitando um equilíbrio entre interesses e necessidades de cada país em uma bacia internacional;

5) Novas instituições de bacias e sistemas hidrográficos internacionais – é preciso reconhecer novas institucionalidades surgidas espontaneamente na sociedade, inclusive um reconhecimento jurídico em decretos e leis.

Saguiet *et al.*⁷¹ apresentam os motivos pelos quais ainda se pode classificar como insuficiente na prática uma governança internacional de bacia(s), destacando os seguintes entraves: ajuste insuficiente entre os arranjos de governança institucional, os processos socioecológicos, decisões de cima para baixo e fragmentação jurisdicional cobrindo seções discretas da bacia. Facilitar a troca de saberes e informações e interconectar as escalas de governança são fundamentais para a gestão de bens ambientais como a água⁷². Pragmaticamente,

⁷¹ SAGUIER, M. *et al.* Interdisciplinary research networks and science-policy-society interactions in the Uruguay River Basin. *Environmental Development*, n. 38, 2021. Disponível em: <https://www.science-direct.com/science/article/pii/S2211464520301330?via%3Dihub> Acesso em: 14 abr. 2021.

⁷² SILVA, J. I. A. O. Public access to information for sustainable development. In: LEAL FILHO, W. *et al.* (ed.) *Peace, Justice and Strong*

defende-se uma interação maior entre ciência, políticas e sociedade.

3.1 Sistema normativo de gestão e governança das águas transfronteiriças: a necessidade de uma hidrodiplomacia

Na presente pesquisa, adotou-se como estratégia verificar, nos documentos internacionais, principais fundamentos para se protegerem, internacionalmente, os mananciais de água transfronteiriços ou não. Porém, quanto aos primeiros, trata-se de algo mais delicado e envolve atores de diversas nações. Sendo assim, produziu-se o quadro 3 como forma de visualizar-se melhor o contexto internacional que suporte fundamentações dentro do direito internacional público contemporâneo.

Quadro 3 – fundamentação legal internacional para a proteção das águas doce compartilhadas

Documento internacional	Fundamentação
Declaração de Estocolmo (1972)	PRINCÍPIO 2. Os recursos naturais da terra, incluindo ar, água, solo, flora e fauna e, especialmente, amostras representativas de ecossistemas naturais, devem ser preservados para o benefício das gerações presentes e futuras, por meio de planejamento ou manejo cuidadoso, segundo convenha.
Convenção sobre as zonas úmidas – convenção Ramsar (1971-1975)	áreas úmidas são áreas de pântano, poça, turfa ou água, natural ou artificial, permanente ou temporária, com água estagnada ou corrente, doce, salobra ou salgada, incluindo áreas de água do mar, com menos de seis metros de profundidade na maré baixa.

Institutions: encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals. New York: Springer, 2021.

Documento internacional	Fundamentação
Acordo relacionado sobre à proteção mundial, cultural e natural (1972)	<p>Art. 2 “ara os fins deste Acordo, considera-se patrimônio natural:</p> <ul style="list-style-type: none"> – os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou grupos dessas formações, com valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; – formações geológicas e fisiográficas e áreas claramente delimitadas que constituem o habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas e que têm valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação; <p>Destaques naturais ou áreas naturais claramente delimitadas, de valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, conservação ou beleza natural.</p>
Encontro do Rio de Janeiro (1992) – convenção da biodiversidade	Cientes de que a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica são essenciais para atender às necessidades de alimentação, saúde e outras necessidades da crescente população mundial, para a qual o acesso a recursos genéticos e tecnologias são essenciais, e participação nesses recursos e tecnologias,
Encontro do Rio de Janeiro (1992) – convenção da biodiversidade – Convenção quadro-quadro sobre mudanças climáticas	“Efeitos adversos das mudanças climáticas” referem-se a mudanças no ambiente físico ou biota resultantes das mudanças climáticas que têm efeitos adversos significativos na composição, resiliência ou produtividade de ecossistemas naturais ou gerenciados, ou no funcionamento dos sistemas socioeconômicos, ou na saúde e bem-estar humanos.

Documento internacional	Fundamentação
Encontro do Rio de Janeiro (1992) – declaração sobre o meio ambiente e desenvolvimento	Os Estados devem cooperar em um espírito de solidariedade global para conservar, proteger e restaurar a saúde e integridade do ecossistema da Terra. Por terem contribuído para diferentes graus de degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem sua responsabilidade na busca internacional pelo desenvolvimento sustentável, considerando-se as pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros de que dispõem.
Encontro do Rio de Janeiro (1992) – agenda 21	Proteção dos recursos hídricos, qualidade da água e ecossistemas aquáticos. As montanhas são uma importante fonte de água, energia e diversidade biológica. Abastecimento de água e saneamento para os pobres rurais que carecem desses serviços: (...) promover o acesso da comunidade à propriedade dos serviços de abastecimento de água e saneamento e direitos sobre eles; fortalecer o setor de abastecimento de água e saneamento nas áreas rurais (...) Adotar tecnologias adequadas de tratamento de água; levar em consideração os aspectos de quantidade e qualidade da água. Deve-se reconhecer a natureza multissetorial do uso dos recursos hídricos no contexto do desenvolvimento socioeconômico, bem como a utilização desses recursos para fins múltiplos como abastecimento de água e saneamento, agricultura, indústria, desenvolvimento urbano, geração de energia hidrelétrica, pesca interior, transporte, atividades recreativas, gestão de terras baixas e planícies e outras atividades.

Documento internacional	Fundamentação
	<p>Os recursos de água doce são um componente essencial da hidrosfera da Terra e uma parte indispensável de todos os ecossistemas terrestres. Tratar as águas residuais municipais para seu uso seguro na agricultura e aquicultura; Controlar as descargas de resíduos industriais, utilizando, entre outras, técnicas de produção que gerem poucos resíduos e técnicas de recirculação de água, de forma integrada e através da aplicação de medidas cautelares derivadas de uma análise exaustiva do ciclo de vida; Monitore a qualidade da água (...) reabilitar corpos d'água contaminados ou degradados para restaurar habitats e ecossistemas aquáticos; (...) O abastecimento de água potável e o saneamento ambiental são vitais para proteger o meio ambiente, melhorar a saúde e reduzir a pobreza. Proteção à saúde pública, tarefa que não só exigirá o abastecimento de água potável livre de germes patogênicos, mas também o combate aos vetores de doenças no meio aquático. A água doce é um recurso indivisível. O uso de longo prazo dos recursos de água doce do mundo requer gestão global e reconhecimento da inter-relação dos elementos relacionados à água doce e sua qualidade. Ainda existem muitas doenças transmissíveis importantes para as quais são absolutamente necessárias medidas de controle ambiental, especialmente na área de abastecimento de água e saneamento. Essas doenças são cólera, doenças diarreicas, leishmaniose, malária e esquistossomose.</p>

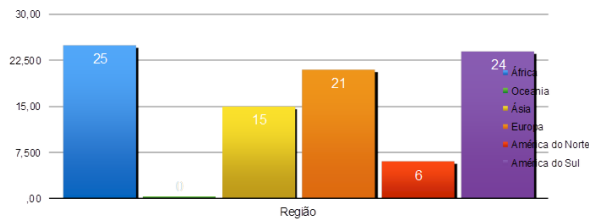
Documento internacional	Fundamentação
Encontro do Rio de Janeiro (1992) – quadro sobre mudanças climáticas	<p>Proteger o sistema climático para o benefício das gerações presentes e futuras (Artigo 3.1);</p> <p>Programas nacionais e regionais com medidas para mitigar as mudanças climáticas (artigo 4, 1, b);</p> <p>Tecnologias e processos práticos que controlam, reduzem ou evitam as emissões antropogênicas de gases de efeito estufa (Artigo 4, 1, c).</p> <p>cooperar na preparação para a adaptação aos impactos das alterações climáticas e nos planos de gestão das zonas costeiras, dos recursos hídricos e da agricultura e na proteção e recuperação das regiões afetadas pela seca e desertificação, bem como pelas inundações (Artigo 4, 1).</p>
Convenção internacional de combate à desertificação nos países afetados por seca grave e/ou desertificação (1996)	<p>Âmbito: combate à desertificação e mitigação dos efeitos da seca em países afetados por seca severa e / ou desertificação (art. 2.1).</p> <p>Aplicação nas áreas afetadas de estratégias integradas de longo prazo baseadas no aumento da produtividade da terra e na reabilitação, conservação e gestão sustentada da terra e dos recursos hídricos, a fim de melhorar as condições de vida, particularmente em nível das comunidades locais (art. 2.2).</p>
Declaração do milênio (2000)	reduzir pela metade a porcentagem de pessoas que não têm acesso a água potável ou que não podem pagar por ela.

Documento internacional	Fundamentação
Encontro mundial de Johannesburgo (2002)	O ambiente global continua se deteriorando. A perda de biodiversidade continua; os estoques de peixes continuam diminuindo; a desertificação avança, reivindicando, cada vez mais, terras férteis; os efeitos adversos das mudanças climáticas já são evidentes; os desastres naturais são mais frequentes e mais devastadores e os países em desenvolvimento tornaram-se mais vulneráveis, enquanto a poluição do ar, da água e dos oceanos continua a privar milhões de seres humanos de uma vida decente.
Assembleia Geral das Nações Unidas (2010), Resolução n. 64/292	afirma que o acesso à água limpa e segura e ao saneamento adequado é um direito humano, essencial para o pleno gozo da vida e outros direitos humanos.
Rio +20 (2012)	Reconhecemos que a água é um elemento básico do desenvolvimento sustentável, pois está intimamente ligada a uma série de desafios globais fundamentais. Reiteramos, portanto, que é importante integrar os recursos hídricos ao desenvolvimento sustentável e enfatizar a importância crucial da água e do saneamento para todas as três dimensões do desenvolvimento sustentável. Reconhecemos a gravidade da perda global da diversidade biológica e da degradação dos ecossistemas e enfatizamos que eles minam o desenvolvimento global e afetam a segurança alimentar e nutricional, o abastecimento e o acesso à água e a saúde dos pobres rurais e pessoas em todo o mundo, incluindo as gerações presentes e futuras.

Documento internacional	Fundamentação
Opinião Consultiva n. 23 (2017)	Portanto, os Estados devem se abster de (i) qualquer prática ou atividade Negar ou restringir o acesso, em igualdade de condições, aos requisitos de uma vida dignos, como são, água e alimentação adequada, entre outros (...) O Tribunal referiu-se ao acesso e à qualidade da água, alimentação e saúde, cujo conteúdo já foi definido na jurisprudência deste Tribunal, indicando que essas condições têm um impacto agudo sobre o direito a uma existência digna e as condições básicas para o exercício de outros direitos humanos (...) Por outro lado, o acesso à água e aos alimentos pode ser afetado, por exemplo, se a poluição limitar sua disponibilidade em quantidades suficientes ou afetar sua qualidade. De referir que o acesso à água inclui o acesso “para uso pessoal e doméstico” que inclui “consumo, saneamento, lavanderia, preparação de alimentos e higiene pessoal e doméstica”, bem como para alguns indivíduos e grupos também incluirá “Recursos hídricos adicionais devido à saúde, clima e condições de trabalho. O acesso à água, alimentação e saúde são obrigações de realização progressiva, no entanto, os Estados têm obrigações imediatas (...)
Acordo de Escazu (2018)	Cada Parte deverá tomar medidas para estabelecer um registro das emissões e transferências de poluentes para o ar, água, solo e subsolo, e de materiais e resíduos sob sua jurisdição, que será estabelecido progressivamente e atualizado periodicamente.

Fonte: elaboração própria.

Gráfico 2 – distribuição da água doce compartilhada nos continentes



Fonte: Hernández Ulate *et al.*⁷³

Tem-se esse conjunto de fundamentos mais gerais destacados no quadro 3 e também normas internacionais que compõem o que se pode classificar como Direito Internacional da Água (DIA), subramo do Direito Internacional Público (DIP), que rege as relações entre Estados ou entre Estados e organizações internacionais em questões relacionadas à água⁷⁴. No quadro 4, apresentam-se as demais normas que compõem mais especificamente o DIA, complementando o quadro 3.

Quadro 4 – conjunto de normas que compõem o DIA

Normas	Teor
Resolução de Madrid (1911)	relativa à utilização de água e cursos de água para usos distintos da navegação.
Resolução de Salzburgo (1961)	abordava o direito dos Estados para o uso das águas e dos cursos de água internacionais para fins distintos da navegação.
Normas de Helsinki (1966)	aborda o uso das águas dos rios internacionais.
Conferência das Nações Unidas sobre a água (Mar del Plata, 1977)	a declaração abordou o direitos dos Estados que compartilham água com outros para utilização equitativa como forma de fortalecimentos dos vínculos de solidariedade e cooperação.
Resolução de Atenas (1979)	relativa à contaminação de rios e lagos.

⁷³ HERNÁNDEZ ULATE, A.; RAMÍREZ, A. L.; ELIZONDO, A. J. *Gobernabilidad e instituciones en las Cuencas Transfronterizas de América Central y México*. San José, C.R.: FLACSO, 2009.

⁷⁴ CAPONERA, D. A. *Principles of Water Law and Administration*. London: Taylor and Francis Group, 2007.

Normas	Teor
Normas de Montreal (1982)	relacionadas com a contaminação das águas.
Normas de Seúl (1986)	referente às águas subterrâneas.
Conferência das Nações Unidas sobre Água e Meio Ambiente (1992)	elaborou a declaração sobre água e desenvolvimento sustentável, estabelecendo princípios basilares que fundamentam a implementação de uma gestão integrada.
A Convenção de Nova Iorque (1997)	sobre o uso de cursos de água para fins distintos da navegação.
Resolução sobre o direitos dos aquíferos transfronteiriços (2008)	trata do uso das água de aquíferos transfronteiriços.

Fonte: GLOBAL WATER PARTNERSHIP⁷⁵.

Portanto, tem-se um arcabouço que pode ser classificado como a fonte do Direito Internacional da Água, fundamentando, assim, a tomada de decisão nos países e nos organismos internacionais acerca dos múltiplos usos compartilhados das águas transfronteiriças, superficiais ou subterrâneas. Silva e Brant⁷⁶ mencionam esse direito como um direito internacional fluvial. Entretanto, datavenia, é mais adequado e geral na sua aplicação a classificação desse arcabouço normativo como sendo direito internacional da água. Assim, assemelha-se a algo mais geral e que destaca a relevância da água como elemento de conexão entre as nações, buscando uma convergência de interesses. Segundo Bulto⁷⁷ a preocupação central desse direito deveria ser com a realização ou concretização do direito humano à água. Para isso seria imprescindível planejar ações mais holísticas de proteção da água para a sustentação da vida no planeta.

⁷⁵ GLOBAL WATER PARTNERSHIP. *El derecho internacional de agua en América Latina*. Montevideo: GWP, 2015.

⁷⁶ SILVA, M. E. R. A.; BRANT, L. N. C. O regime jurídico do curso de água internacional e a liberdade de navegação: o caso Costa Rica versus Nicarágua. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 22, n. 44, 2019.

⁷⁷ BULTO, T. S. Muito familiar para ignorar, muito novo para reconhecer: a situação do direito humano à água em nível global. In: CASTRO, J. E.; HELLER, L.; MORAIS, M. da P. *O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica*. Brasília: IPEA, 2015.

Platiau e Varela⁷⁸ apontam a efetividade como uma questão crucial para o direito internacional ambiental, o que afeta, também, o direito internacional da água. A efetividade é a finalidade que deve ser perseguida por toda e qualquer norma, ela deve ter eficácia real, o que passa por uma aceitação comunitária, incluindo os estados envolvidos e a sociedade que deve perceber a importância do resultado prático dessas normas internacionais em suas vidas. Ceconello⁷⁹ tem razão quando argumenta que a sustentabilidade precisa ser o fio condutor desses acordos internacionais sobre o uso de águas transfronteiriças.

3.2 A hidrodiplomacia

Parece faltar justamente um engajamento efetivo dos Estados parte no sentido de constituir uma hidrodiplomacia forte o suficiente para tornar efetivas essas normas, inclusive sendo signatários desses acordos, tratados e convenções. Essa ação diplomática será crucial em um futuro de mudanças climáticas, na medida em que a escassez da água será uma realidade em muitas fronteiras em que isso não era comum⁸⁰. As soluções resultantes de uma cooperação comunitária serão estratégicas para o desenvolvimento sustentável baseado em uma gestão integrada da água. Elias⁸¹ aponta que a gestão e governança interna de cada país importará para um resultado internacional satisfatório. O ponto de partida é o reconhecimento efetivo da bacia hidrográfica como unidade de gestão e governança das águas internacionais, o que desafia o modelo tradicional político-administrativo. Elias⁸² é bastante cirúrgico quando assevera o que a hidrodiplomacia deve almejar: “a natureza preventiva de la diplomacia para mantener la

paz y la seguridad, la necesidad de diálogo en el cual se complemente la diplomacia bilateral tradicional con la diplomacia multilateral y de varios niveles, y la noción de responsabilidad colectiva de la comunidad internacional”.

A hidrodiplomacia age no sentido de fortalecer o arcabouço jurídico de modo que seja cumprido e que haja um compartilhamento da água nas bacias hidrográficas internacionais baseado em parâmetros justos. É importante ressaltar que a gestão integrada de águas transfronteiriças tornou-se uma agenda estratégica para a concretização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), especificamente no item 6.5 que estabelece como meta até 2030, implementar a gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis⁸³. A compreensão absoluta de soberania não cabe mais no contexto internacional. Na verdade, o conceito absoluto de soberania está fragilizado, principalmente em relação às agendas tão cruciais para a manutenção da vida como a água e a proteção do meio ambiente de forma geral. Uma premissa que se pode ter nesse âmbito é que a governança de recursos hídricos, de forma compartilhada entre países, será extremamente dificultada se não houver um despojamento de conceitos arraigados na seara das relações internacionais.

A hidrodiplomacia exige competências e conhecimentos muito específicos que inclui o conhecimento das relações sociais, políticas, econômicas e ambientais entre os países em potencial conflitos em face da água. Obviamente, sua função precípua é evitar o conflito. Um dos conflitos de décadas é o que está se desenvolvendo sobre o rio Nilo, envolvendo Egito, Etiópia e Sudão, por causa da construção de uma megabarragem no segundo⁸⁴. A grande questão que está em jogo é a matriz energética da Etiópia que depende da represa da Grande Renascença para poder por em curso o projeto de desenvolvimento. De outro lado, está o Egito que alega os potenciais danos a serem causados, que podem atingir mais de 100 milhões de habitantes. Atualmente, a maior pendência está na quantidade de água que a Etiópia libertará a jusante da barragem se ocorrer uma seca

⁷⁸ PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. *A efetividade do direito internacional ambiental*. Brasília: UniCEUB, 2007.

⁷⁹ CECCONELLO, E. L. Aquífero Guarani: diagnóstico tridimensional do direito às águas subterrâneas. *Novos Cadernos NAEA*, v. 22, n. 1, p. 33-50, jan./abr. 2019.

⁸⁰ FERREIRA, C. Os Hidroconflitos e a hidrodiplomacia na gestão das bacias hidrográficas internacionais. O caso Ibérico. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA FÍSICA APLICADA, 17., 2017, Campinas. *Anais [...]*. Campinas, SP: Unicamp, 2017.

⁸¹ ELIAS, G. ¿Es posible una diplomacia de aguas en América Latina? Marco para una cooperación internacional en la gestión hídrica de cuencas transfronterizas. *Anuario en Relaciones Internacionales*, p. 11-17, 2017.

⁸² ELIAS, G. ¿Es posible una diplomacia de aguas en América Latina? Marco para una cooperación internacional en la gestión hídrica de cuencas transfronterizas. *Anuario en Relaciones Internacionales*, p. 11-17, 2017. p. 14.

⁸³ QUADROS, J. R.; SILVA FILHO, E. C. Direito internacional de águas e soberania: velhas e novas antinomias. *Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-13, jan./mar. 2019.

⁸⁴ ACORDO à vista entre Egito, Sudão e Etiópia sobre barragem do Nilo Azul? *Agência Lusa*, 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/acordo-à-vista-entre-egito-sudão-e-etiópia-sobre-barragem-do-nilo-azul/a-53966115>. Acesso em: 13 abr. 2021.

de vários anos. E, como a Etiópia, o Egito e o Sudão resolverão divergências futuras. Isso passa, também, pela liderança regional do Egito, pois o alto volume de estoque da água necessário para o reservatório da represa é de cerca de 74 bilhões de metros cúbicos de água, o que segundo relatórios egípcios pode ameaçar os fluxos de água que chegam no Egito⁸⁵, como supracitado. Além disso, os conflitos por água na região, não se remetem a esse século, porém há muito tempo que os conflitos ocorrem, e pensando no papel regional do Nilo aí pode-se falar em séculos de história⁸⁶.

Na América Latina, tem-se um exemplo resultante da hidrodiplomacia, diferentemente da questão no Nilo, que foi o acordo do Aquífero Guarani. O sistema Aquífero Guarani é o maior manancial de águas subterrâneas da América Latina, cobrindo cerca de 1,1 milhões de km², sendo 71% desse total no Brasil, 19,1% na Argentina, 6,1% no Paraguai e 3,8% no Uruguai, atendendo cerca de 92 milhões de habitantes e 400 cidades, muitas são abastecidas totalmente pela água do aquífero, utilizada para múltiplos usos, tais como: abastecimento, indústria, agricultura e outros⁸⁷. Ademais, é importante alertar que a água é um elemento potencializador de conflitos e também pode ser o caminho para o estabelecimento de acordos, especialmente quando se está em uma região cujos múltiplos usos da água podem contribuir para o esgotamento desse recurso, bem como sua contaminação. No caso dos aquíferos é sumamente importante que os países envolvidos acertem planos de preservação integrada das zonas de recarga que, via de regra, estão inseridas em regiões de grande pressão urbana e agropecuária. No caso do aquífero guarani, já é possível constatar territórios contaminados e salinizados, sendo a solução para mitigação desses efeitos o estabelecimento de uma acordo que enseje uma gestão integrada desse recurso⁸⁸.

⁸⁵ BRANDÃO, L.; GERBASE, L. Geopolítica dos recursos hídricos transfronteiriços: conflito e cooperação no compartilhamento da bacia do rio Nilo e do rio Zambeze. *Século XXI*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016.

⁸⁶ GARCIA, T. L. S.; ZACARELLI, M. A. Geopolítica e diplomacia na Bacia Hidrográfica do Nilo. *Revista de Geopolítica*, Natal, v. 3, n. 2, p. 248-262, jul./dez. 2012.

⁸⁷ WALSHOT, M. Hidro-diplomacia y soberanía nacional en el acuífero guaraní: ¿fracaso de un intento de gestión transfronteriza por intereses geopolíticos divergentes? *Agua y Territorio*, n. 15, p. 21-34, 2019.

⁸⁸ RFI. *Especialista da FAO alerta para contaminação do Aquífero Guarani no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/brasil/20190821-especialista-da-fao-alerta-para-contaminacao-do-aquifero-guarani-no-brasil>. Acesso em: 14 abr. 2021.

É importante destacar, também, que a necessidade de um acordo sobre o Sistema Aquífero Guarani (SAG) tornou-se relevante pela proeminência da questão ambiental no âmbito do Mercosul. Isso resultou em 2010 na assinatura de um acordo entre os 4 países objeto dos serviços ecossistêmicos do aquífero, cujos objetivos compreendem a proclamação de soberania sobre o recurso hídrico, obrigação de cooperação no intercâmbio de informações, o estabelecimento de método de solução de controvérsias e, até mesmo, a promoção da conservação e proteção ambiental do SAG⁸⁹. O desafio do SAG e de outros sistemas é a integração de planejamento e ações em torno de uma unidade político-administrativa de gestão dos recursos hídricos, a bacia hidrográfica⁹⁰. Em 2021 entrou em vigor o acordo referente ao SAG e segundo Hirata *et al.*⁹¹ isso representa um rol de avanços, quais sejam:

1) a entrada em vigor do Acordo Guarani atrairá mais investimentos e financiamentos aos quatro países, permitindo o retorno de projetos que trarão mais conhecimento técnico e científico do aquífero, por meio de programas ambientais e de cooperação internacional.

2) A entrada em vigor do Acordo Guarani não representa uma restrição indevida à soberania nacional de seus países, mas a promoção do intercâmbio das melhores práticas de gestão das águas subterrâneas, através da institucionalização do próprio Acordo e de reuniões regulares, quando os países apresentarão suas comunicações de forma voluntária.

3) A entrada em vigor do Acordo Guarani levará seus países à vanguarda da cooperação sobre águas internacionais, considerando-se o número ainda baixo de acordos vigentes entre países sobre aquíferos transfronteiriços.

4) A entrada em vigor do Acordo Guarani contribuirá para o cumprimento de importantes metas, indicadores e requerimentos processuais de tratados internacionais que os quatro países já assinaram, tais como as do De-

⁸⁹ BUCHE, P. G.; Brzezinski, M. L. N. L. O Aquífero Guarani: uma análise sobre da imprensa sobre o acordo. *Revista Orbis Latina*, Foz do Iguaçu, v. 8, n. 2, p. 105-135, jul./dez. 2018.

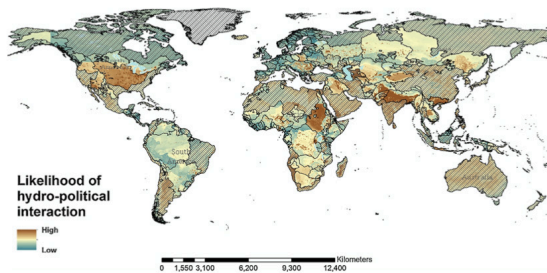
⁹⁰ ELIAS, G. Marco para una gobernanza del agua: havia una cooperación en cuencas transfronterizas. *BJIR*, Marília, v. 7, n. 1, p. 83-112, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.36311/2237-7743.2018.v7n1.01.p83> Acesso em: 13 abr. 2021.

⁹¹ HIRATA, R.; SINDICO, F.; MANGANELLI, A. A importância da entrada em vigor do Acordo do Sistema Aquífero Guarani. *Policy Brief*, n. 6, abr. 2017.

envolvimento Sustentável e do Acordo de Paris sobre as Mudanças Climáticas Globais.

O pressuposto básico desse acordo, e de outros que venham ser estabelecidos no planeta, deve focar em garantir a segurança hídrica, compreendida como um conceito amplo que envolve direitos humanos básicos, qualidade da água, perspectiva de gênero, participação da sociedade civil, controle social das leis, orçamento para ciência e tecnologia, transparência de governo e empresas, recuperação ambiental e dos serviços ecossistêmicos, vontade política, prioridades claras e programas públicos e, principalmente, negociação pacífica dos múltiplos usos da água transfronteiriça através da hidrodiplomacia⁹². Na figura 8, apresenta-se uma grande potencialidade de haver cada vez mais a necessidade de uma hidrodiplomacia para evitar conflitos pela água.

Figura 8 – mapa de potenciais conflitos pela água



Fonte: Farinosi *et al.*⁹³

4 Considerações finais

O quadro internacional de múltiplos usos da água apresenta uma complexidade considerável. Porém, impõe alguns elementos essenciais para desenvolver uma relação equilibrada entre os países que compartilham mananciais de uma ou várias bacias hidrográficas: governança eficiente da água no plano interno ao país; compromisso com uma agenda ambiental; compromisso com a implementação de mecanismos de gestão integrada da água e a clareza que é fundamental fiscalizar os usos e buscar um modelo racional.

Para que isso ocorra, será preliminarmente essencial ter a exata noção que se está diante de uma estrutura político-administrativa diferenciada daquela que as burocracias estatais dos países estão acostumadas, pois o espaço geográfico em que se implementará ações de hidrodiplomacia será a bacia hidrográfica. Dessa forma, a participação e o diálogo devem permear as tomadas de decisão. Quando se está diante de um conflito envolvendo mananciais de água transfronteiriços e se necessita de acordos e tratados para negociar entre nações a quantidade e a qualidade desse líquido, está-se diante do exercício da hidrodiplomacia.

Esse escopo basilar ganha importância em um contexto de superexploração da água em escala mundial, potencializado com as dinâmicas que caracterizam as mudanças climáticas. Dessa forma, as demandas econômicas e produtivas em geral, somadas às mudanças climáticas, contribuem para o panorama de escassez da água. Esse elemento ajuda a pensar um futuro de competição entre os países por esse recurso tão decisivo para a vida, o que torna uma hidrodiplomacia essencial para proteger os interesses comunitários em regiões dos diversos continentes.

Já se tem um *background* normativo pujante, como demonstrado neste ensaio, apesar da resistência de vários países em ser signatários. Entretanto, é preciso avançar em instrumentos multilaterais que possam implementar ações ecológicas com a finalidade de preservação dos mananciais de água bem definidos. A execução de uma gestão integrada e compartilhada nas bacias transfronteiriças é fundamental para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, com destaque para o objetivo 6, item 6.5, além do objetivo 11, o primeiro tratando do acesso à água e ao saneamento de modo universal, e o segundo abordando as cidades resilientes como fundamentais para um mundo em metamorfose climática.

Para que o princípio participativo internacional seja viável, é essencial que os comitês de bacias transfronteiriças funcionem, cuja experiência seja exitosa em âmbito nacional e possa ser projetado para a escala internacional. Com isso, a cooperação deve existir entre os países e não uma competição por água, mediada por uma hidrodiplomacia preparada desde o planejamento dos múltiplos usos da água à jusante e à montante. Essa é uma tarefa árdua no plano jurídico e da gestão pública em cada país envolvido. Porém isso pode ser viabilizado

⁹² SPRING, U. O. *La seguridad del agua en México*. México: Centro Tepoztlán Víctor L. Urquidí, AC, 2018.

⁹³ FARINOSI, F. *et al.* An innovative approach to the assessment of hydro-political risk: A spatially explicit, data driven indicator of hydro-political issues. *Global Environmental Change*, n. 52, p. 286–313, 2018.

por meio de um esforço governamental em aproximar seu corpo diplomático das questões hídricas que envolvem cada país, treinando e capacitando para que se conheça a fundo os múltiplos usos da água, e as questões de fundo presentes nessa dinâmica.

Referências

- ACORDO à vista entre Egito, Sudão e Etiópia sobre barragem do Nilo Azul? *Agência Lusa*, 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/acordo-à-vista-entre-egito-sudão-e-etíópia-sobre-barragem-do-nilo-azul/a-53966115>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- ALBA, F. de. Geopolítica del agua en México: la oposición entre la hidropolítica y el conflicto sociopolítico. Los nuevos rostros de las “luchas” sociales. *Revista Internacional de Desenvolvimento Local*, v. 8, n. 1, p. 95-112, mar. 2007.
- BRANDÃO, L.; GERBASE, L. Geopolítica dos recursos hídricos transfronteiriços: conflito e cooperação no compartilhamento da bacia do rio Nilo e do rio Zambeze. *Século XXI*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016.
- Bruckmann, M. *Recursos naturales y la geopolítica de la integración sudamericana*. Instituto Perumundo; Fondo Editorial J.C.Mariátegui, 2012.
- BUCHE, P. G.; Brzezinski, M. L. N. L. O Aquífero Guarani: uma análise sobre da imprensa sobre o acordo. *Revista Orbis Latina*, Foz do Iguaçu, v. 8, n. 2, p. 105-135, jul./dez. 2018.
- BULTO, T. S. Muito familiar para ignorar, muito novo para reconhecer: a situação do direito humano à água em nível global. In: CASTRO, J. E.; HELLER, L.; MORAIS, M. da P. *O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica*. Brasília: IPEA, 2015.
- CAPONERA, D. A. *Principles of Water Law and Administration*. London: Taylor and Francis Group, 2007.
- CASTELLANOS, C. E. Q. Gobernanza y teoría de las organizaciones. *Perfiles Latinoamericanos*, v. 25, n. 50, p. 39-57, 2017.
- CASTRO, Douglas de. Escassez hídrica e direito internacional econômico: o Brasil como protagonista na transferência de água para regiões áridas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 214-227, 2016.
- CECCONELLO, E. L. Aquífero Guarani: diagnóstico tridimensional do direito às águas subterrâneas. *Novos Cadernos NAEA*, v. 22, n. 1, p. 33-50, jan./abr. 2019.
- DUNRISE, A. *Manipulating Social Tensions: collibration as an alternative mode of government intervention*. 1993. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/43732/1/152565922.pdf> Acesso em: 13 abr. 2021.
- ELIAS, G. ¿Es posible una diplomacia de aguas en América Latina? Marco para una cooperación internacional en la gestión hídrica de cuencas transfronterizas. *Anuario en Relaciones Internacionales*, p. 11-17, 2017.
- ELIAS, G. Marco para una gobernanza del agua: ha via una cooperación en cuencas transfronterizas. *BJIR*, Marília, v. 7, n. 1, p. 83-112, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.36311/2237-7743.2018.v7n1.01.p83> Acesso em: 13 abr. 2021.
- FARINOSI, F. *et al.* An innovative approach to the assessment of hydro-political risk: A spatially explicit, data driven indicator of hydro-political issues. *Global Environmental Change*, n. 52, p. 286–313, 2018.
- FERREIRA, C. Os Hidroconflitos e a hidrodiplomacia na gestão das bacias hidrográficas internacionais. O caso Ibérico. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA FÍSICA APLICADA, 17., 2017, Campinas. *Anais [...]*. Campinas, SP: Unicamp, 2017.
- GARCIA, T. L. S.; ZACARELLI, M. A. Geopolítica e diplomacia na Bacia Hidrográfica do Nilo. *Revista de Geopolítica*, Natal, v. 3, n. 2, p. 248-262, jul./dez. 2012.
- GLOBAL WATER PARTNERSHIP. *El derecho internacional de agua en America Latina*. Montevideo: GWP, 2015.
- GLOBAL WATER PARTNERSHIP. *Gobernabilidad Efectiva del Agua*. Montevideo: GWP, 2006.
- GOMIDE, J. E.; SILVA, A. C. O surgimento da expressão “governance”, governança e governança ambiental. *Revista de Ciências Gerenciais*, v. 13, n. 18, 2009.
- HERNÁNDEZ ULATE, A.; RAMÍREZ, A. L.; ELIZONDO, A. J. *Gobernabilidad e instituciones en las Cuencas Transfronterizas de América Central y México*. San José, C.R.: FLACSO, 2009.
- HIRATA, R.; SINDICO, F.; MANGANELLI, A. A importância da entrada em vigor do Acordo do Sistema Aquífero Guarani. *Policy Brief*, n. 6, abr. 2017.

- Katsamunskaja, P. The concept of governance and public governance theories. *Economic Alternatives*, n. 2, 2016.
- KENNETH, P. *Governance, globalization and public policy*. Great Britain: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.
- KOIMMAN, J. *Modern Governance: new government, society interactions*. Great Britain: Sage, 1993.
- MARK, G.; HOOGHE, L. Contrasting visions of multi-level governance. In: BACHE, I.; FLINDERS, M. *Multi-level Governance*. Oxford: [s.n.], 2004.
- MEIER, K. J.; O'Toole L. J. *Public management: organizations, governance, and performance*. New York: Cambridge, 2011.
- MORAES, D. S.; LICEA, D. M. El péndulo de la gobernabilidad y la gobernanza del agua en México. *Tecnología y Ciencias del Agua*, v. 4, n. 3, p. 149-163, jul./ago. 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comercializar el agua en el mercado de futuros de Wall Street viola los derechos humanos*. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/es/story/2020/12/1485432>. Acesso em: 18 dez. 2020.
- OSTROM, E. Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems. *American Economic Review*, n. 100, p. 641-642, 2010.
- OSTROM, E. Coping with tragedies of the Commons. *Annu. Rev. Polit. Sci.*, n. 2, 1999.
- OSTROM, E. *Understanding Institutional Diversity*. Princeton: Princeton University, 2005.
- OSTROM, E.; GARDNER, R.; WALKER, J. *Rules, Games and Common Pool Resources*. United States of America: The University Michigan Press, 1994.
- PACHECO-VEGA, R. Ostrom y la gobernanza del agua en México. *Revista Mexicana de Sociología*, v. 76, n. Esp., p. 137-166, set. 2014.
- PATEIRO, L. M.; SINDICO, F. El valor jurídico y práctico del proyecto de artículos de la CDI sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. *ACDI*, Bogotá, v. 13, p. 19-46, 2019.
- PAVÃO, B. B. M.; SALINAS, N. S. C.; VIGAR, T. do N. Regulação das águas: uma análise empírica da produção normativa dos órgãos reguladores federais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1. p. 319-341, 2021.
- PEREIRA, R. R. Governança no Setor Público: origem, teorias, modalidades e aplicações. *Revista do TCU*, n. 122, 2011.
- PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. *A efetividade do direito internacional ambiental*. Brasília: UniCEUB, 2007.
- QUADROS, J. R.; SILVA FILHO, E. C. Direito internacional de águas e soberania: velhas e novas antinomias. *Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-13, jan./mar. 2019.
- RAADSCHELDERS, J. C. N.; VIGODA-GADOT, E.; KISNER, M. *Global dimensions of public administration and governance*. United States of America: John Wiley & Sons, Inc., 2015.
- RFI. *Especialista da FAO alerta para contaminação do Aquífero Guarani no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/brasil/20190821-especialista-da-fao-alerta-para-contaminacao-do-aquifero-guarani-no-brasil>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- RODELL, M. *et al.* Emerging trends in global freshwater availability. *Nature*, v. 557, p. 651-659, 2018.
- RUSSEL, M. B.; SCOTT, C. *Putting Investors First: real solutions for better corporate governance*. New York: Bloomberg Press, 2003.
- SAGUIER, M. *et al.* Interdisciplinary research networks and science-policy-society interactions in the Uruguay River Basin. *Environmental Development*, n. 38, 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2211464520301330?via%3Dihub>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- SÁNCHEZ, J. C. *et al.* *El derecho internacional de aguas en América Latina: manual de capacitación*. Montevideo: GWP Sudamérica, 2015.
- SILVA, J. I. A. O. Public access to information for sustainable development. In: LEAL FILHO, W. *et al.* (ed.) *Peace, Justice and Strong Institutions: encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals*. New York: Springer, 2021.
- SILVA, J. I. A. O. *Segurança hídrica ecológica: fundamentos para um conceito jurídico*. 2020. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2020.
- SILVA, M. E. R. A.; BRANT, L. N. C. O regime jurídico do curso de água internacional e a liberdade de navegação: o caso Costa Rica versus Nicarágua. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 22, n. 44, 2019.

- SPRING, U. O. *La seguridad del agua en México*. México: Centro Tepoztlán Víctor L. Urquidí, AC, 2018.
- Srinivasan, V. *et al.* The nature and causes of the global water crisis: Syndromes from a meta-analysis of coupled human-water studies. *Water Resources Research*, v. 48, 2012.
- THE EARTH CHARTER INTERNATIONAL. *La Carta de la Tierra +15 celebraciones y otros eventos en México*. 2015. Disponível em: <http://cartadelatierra.org/descubra/la-carta-de-la-tierra/> Acesso em: 13 abr. 2021.
- THE WORLD BANK. *Recently approved projects*. Disponível em: http://projects.worldbank.org/search?lang=en&searchTerm=§orcode_exact=WC Acesso em: 13 abr. 2021.
- TOVAR, L. A. R.; FLORES, M. T. e VILCHIS, F. L. *La gobernanza. Conceptos, tipos, e indicadores internacionales: Los retos para México*. México: Alta Impresión S.A, 2015.
- TRANSBOUNDARY FRESHWATER DISPUTE DATABASE. *International Freshwater Treaties (by River Basin)*. Disponível em: <http://gis.nacse.org/tfdd/treaties.php> Acesso em: 13 abr. 2021.
- UNESCO. *Atlas of transboundary aquifers: global maps, regional cooperation and local inventories*. Paris: UNESCO, 2009.
- UNESCO. *River and Groundwater Basins of the world*. 2012. Disponível em: <https://groundwaterportal.net/resource/whymap-river-and-groundwater-basins-world> Acesso em: 15 abr. 2021.
- UNESCO. *World Water Development Report*. México: Unesco, 2019.
- UNESCO. *World Water Development Report*. Oxford: Unesco, 2006.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Governance for sustainable human development: a UNDP policy document*. New York: UNDP 1997.
- VINUALES, J. E. The protocol on water and health as a strategy for global water governance integration. *ICLQ*, v. 68, p 175–192, jan. 2019.
- VINUALES, J. E.; LEES, E. *Comparative environmental law*. United Kingdom: Oxford University Press, 2019.
- WALSCHOT, M. Hidro-diplomacia y soberanía nacional en el acuífero guaraní: ¿fracaso de un intento de gestión transfronteriza por intereses geopolíticos divergentes? *Agua y Territorio*, n. 15, p. 21-34, 2019.
- WOLF, A. T. *et al.* Water governance benchmarking: concepts and approach framework as applied to Middle East and North Africa countries. *Water Policy* n. 16, p. 1121–1139, 2014.
- WORLD DATA ATLAS. *Total Renewable Water Resources*. 2017. Disponível em: <https://knoema.com/atlas/topics/Water/Total-Renewable-Water-Resources/Renewable-water-resources>. Acesso em: 16 abr. 2021.
- WORLD RESOURCES INSTITUTE. *World's 36 Most Water-Stressed Countries*. 2013. Disponível em: <https://www.wri.org/insights/worlds-36-most-water-stressed-countries>. Acesso em: 12 dez. 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O fim da hierarquia supralegal dos tratados internacionais: análise da ADI n.O 5.543/2020-DF: à luz da teoria argumentativa de Neil Maccormick

The end of the supralegal hierarchy of international treaties: analysis of ADI nO 5.543/2020-DF: in the light of Neil Maccormick's argumentative theory

Ana Maria D'Ávila Lopes

Patrícia K. de Deus Ciríaco

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

O fim da hierarquia supralegal dos tratados internacionais: análise da ADI n.O 5.543/2020-DF: à luz da teoria argumentativa de Neil Maccormick*

The end of the supralegal hierarchy of international treaties: analysis of ADI nO 5.543/2020-DF: in the light of Neil Maccormick's argumentative theory

Ana Maria D'Ávila Lopes**

Patrícia K. de Deus Ciríaco***

Resumo

Em 11 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 5.543/2020 DF, decidindo pela inconstitucionalidade das normas federais que restringiam a doação de sangue por homossexuais do sexo masculino. Em voto vencedor, o Ministro Relator Edson Fachin retomou a tese da hierarquia materialmente constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, pondo fim à tese da hierarquia supralegal fixada pelo próprio STF no RE 466.343-1 SP de 2008. Nesse contexto, o presente trabalho objetivou demonstrar, com base na Teoria Argumentativa de Neil MacCormick, que essa decisão do STF não atendeu os requisitos de correção propostos pelo jurista escocês. Para tal, foi realizada pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e comparada, bem como pesquisa documental na jurisprudência nacional, sendo esses dados analisados por meio dos métodos dedutivo e indutivo respectivamente. Desse modo, verificou-se que a decisão não atendeu os critérios de consistência, coerência e universalidade, podendo, portanto, ser considerada incorreta, nos termos defendidos pela teoria argumentativa de MacCormick.

Palavras-chave: Bloco de Constitucionalidade. Hierarquia supralegal. Hierarquia dos tratados. Direitos LGBT. Argumentação Jurídica.

Abstract

On May 11, 2020, the Supreme Federal Court (SFC) judged the Direct Action of Unconstitutionality No. 5,543 / 2020 DF declaring the unconstitutionality of federal rules that restricted blood donation by male homosexuals. In a winning vote, Reporting Minister Edson Fachin decided in favor of the thesis of the materially constitutional hierarchy of all international human rights treaties, ending the thesis of the supralegal hierarchy established by the SFC in RE 466.343-1 SP of 2008. In this context, the present study aimed to demonstrate, based on Neil MacCormick's argumentative theory,

* Recebido em 13/01/2021
Aprovado em 08/04/2021

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPQ.
E-mail: anadavilalopes@yahoo.com.br

*** Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica - PROEX/CAPES. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (Menção em Direito Constitucional) pela Universidade de Coimbra, PT. Professora e advogada.
E-mail: patricia@ciriacoeoliveira.adv.br

that the SFC decision did not meet the correction requirements proposed by the Scottish jurist. To this end, bibliographic research in national and comparative doctrine was carried out, as well as documentary research in national jurisprudence, and these data were analyzed using deductive and inductive methods respectively. Thus, it was found that the decision did not meet the criteria of consistency, coherence and universality, and can therefore be considered incorrect, in the terms defended by MacCormick's argumentative theory.

Keywords: Block of constitutionality. Supralegal hierarchy. Hierarchy of treaties. LGBT rights. Legal Argumentation.

1 Introdução

O caso abordado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543/2020 do Distrito Federal (ADI n.º 5.543/2020 DF)¹ levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a analisar a constitucionalidade dos atos normativos federais do Ministério da Saúde (MS) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que estabeleciam restrições temporárias à doação de sangue de homossexuais do sexo masculino.

Nesse julgamento, os Ministros do STF tiveram de decidir se a restrição da doação de sangue por homossexuais do sexo masculino era reflexo do preconceito social contra as pessoas LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros), ou se estava justificada pelo fato de serem considerados um grupo de risco de transmissão do vírus da HIV. Trata-se, sem dúvida, de um caso complexo, considerando-se a colisão de dois bens jurídicos: a proteção da dignidade das pessoas LGBT e a proteção da saúde pública. Discutiu-se, ainda, a solidariedade quanto ao ato de doar sangue e o respeito ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade.

Dentre os argumentos levantados a favor da inconstitucionalidade das normas restritivas, o Ministro Relator Luiz Edson Fachin invocou a tese da hierarquia materialmente constitucional de todos os tratados inter-

nacionais sobre direitos humanos, com base na cláusula de abertura constitucional prevista no §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).² Com isso, além de ignorar o disposto no §3º do art. 5º do mesmo diploma legal, a tese da hierarquia supralegal dos tratados, fixada no RE n.º 466.343-1 SP pelo próprio STF em 2008³, foi superada, deflagrando mais dúvidas do que soluções.

Para enfrentar a problemática apresentada, o trabalho divide-se em três partes. Na primeira, apresenta-se uma breve exposição quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, abordando temas como a cláusula de abertura constitucional prevista no §2º do art. 5º da CF/88, que admite a existência de um bloco de constitucionalidade no Brasil. Em sequência, são expostos os argumentos utilizados pelos Ministros do STF no acórdão da ADI n.º 5.543/2020 DF, dando ênfase àqueles relativos à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Por fim, após uma breve introdução sobre a Teoria da Argumentação jurídica de Neil MacCormick, a decisão do STF é criticamente analisada de modo a determinar se foi uma decisão correta, ou seja, se atendeu os critérios de coerência, consistência e universalidade.

2 A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil

Com a promulgação da CF/88, inúmeros direitos e garantias fundamentais foram expressamente incorporados ao texto constitucional, assegurando-se, ainda, no §2º do art. 5º, a existência de outros direitos e garantias fundamentais para além do texto constitucional, sejam derivados do regime e dos princípios adotados pela CF/88, ou dos tratados internacionais que o Brasil venha a aderir.⁴

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso "Doação de Sangue por homens homossexuais". Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343-1*, de São Paulo. Rel. Ministro Cezar Peluso. Caso "Prisão Civil do Depositário Infiel", 3 de dezembro de 2008, p. 1-225. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?pid=15341718509&ext=.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

Essa cláusula de abertura constitucional inaugurou, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade da existência de um bloco de constitucionalidade que, para Lopes, “pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional”.⁵ Essas normas, portanto, podem ser utilizadas para fins de controle de constitucionalidade.

Diante desse cenário, ganhou força a tese da hierarquia materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos ingressos na ordem jurídica brasileira. Assim, juristas como Antônio Augusto Cançado Trindade⁶ e Flávia Piovesan⁷ defendem que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem hierarquia materialmente constitucional, e que, no caso de eventual conflito com a CF/88, a resolução passaria pela aplicação da norma mais favorável às pessoas protegidas.⁸

constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadireito/article/view/1367/1004>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁶ Afirma Cançado Trindade que: “A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. São José de Costa Rica: IIDH, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 19 nov. 2020.).

⁷ “A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º. a luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável)” (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 16).

⁸ No mesmo sentido expressa-se Mazzuoli: “[...] em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio

Segundo Piovesan⁹, na medida em que a CF/88 constitui o marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, que, de forma inédita, vinculou o Direito interno ao Direito internacional dos direitos humanos, a interpretação do §2º do art. 5º deve ser no sentido de considerar a existência de três grupos de direitos fundamentais: a) os expressos na Constituição; b) os implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF/88; e, c) os expressos em tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Por meio dessa última previsão, a CF/88 teria consagrado a relevância dos direitos humanos, atribuindo aos tratados sobre esses direitos a hierarquia de norma constitucional.

Essa relevância dos direitos humanos firmados em documentos internacionais estaria reforçada pela previsão do princípio da prevalência dos direitos humanos inscrito no inciso II do art. 4º da CF/88.¹⁰

Contudo, nas duas primeiras décadas da vigência da CF/1988, o STF, em relação à cláusula de abertura contida no §2º do art. 5º, assumiu uma interpretação conservadora e de autocontenção, não incorporando a tese doutrinária da hierarquia materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, mas decidindo pela sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro na hierarquia normativa equivalente à legislação ordinária. Foi assim como o STF se pronunciou na Medida Liminar da ADI n.º 1.480/1997 DF,¹¹ reproduzindo posição paradigmática adotada no RE n.º 80.004/1977 SE.¹²

pio internacional *pro homine*), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais” (MAZZUOLI, Valério Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 30).

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 14-15.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480-3 do Distrito Federal (Medida Liminar)*. Caso “Validade da Convenção n.º 158 da OIT”. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 4 de setembro de 1997, p. 213-365. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 08 nov. 2020.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 80.004 do Sergipe*. Caso “Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre letras de câmbio”. Rel. Ministro Cunha Peixoto, 1 de junho de 1977, p. 915-1024. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Em tentativa de solucionar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, o Congresso Nacional, fazendo uso da sua competência de poder constituinte derivado, aprovou, em 2004, a Emenda Constitucional n.º 45 (EC n.º 45/2004), acrescentando o §3º ao art. 5º da CF/88, de modo a dispor que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.¹³

Em outras palavras, prevê-se, nesse novo parágrafo, que, para que um tratado internacional de direitos humanos assumira patamar hierárquico constitucional, integrando assim o bloco de constitucionalidade, é necessária sua aprovação por meio do procedimento legislativo equivalente ao utilizado para a aprovação das emendas constitucionais, incluindo o quórum qualificado de três quintos em dois turnos em cada Casa Legislativa.

Apesar da intenção do legislador constituinte derivado ter sido a de pôr fim às discussões em torno da hierarquia dos tratados de direitos humanos, o certo é que o dispositivo ocasionou ainda mais controvérsias. Assim, para aqueles que defendiam a hierarquia materialmente constitucional de todos tratados internacionais de direitos humanos, com base na cláusula de abertura constitucional do §2º do art. 5º da CF/88, o novo §3º do art. 5º enfraqueceu ainda mais essa posição.

Para Mazzuoli¹⁴, o poder constituinte reformador demonstrou total desconhecimento dos atuais princípios que vestem o direito internacional público, ignorando também as regras da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969,¹⁵ sobretudo as de *jus cogens*, porque desnaturalizou o processo constitucional de celebração e incorporação de tratados no Brasil, ao criar tratamento diferenciado entre documentos que possuem o mesmo fundamento de validade. Mazzuoli¹⁶

afirma que, “essa ‘desigualação de iguais’ que permite o § 3º ao estabelecer ditas ‘categorias de tratados’, é totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da isonomia”.

Dessa forma, para os defensores da tese da hierarquia materialmente constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, a alternativa que restou foi interpretar o §2º do art. 5º como a norma que atribuía aos tratados a hierarquia materialmente constitucional, enquanto o §3º restringir-se-ia à hierarquia formalmente constitucional. Observe-se que, conforme apontam Ferreira e Anadon,

nunca se questionou a constitucionalidade do §3º introduzido pela EC n.º 45/2004 na Constituição Federal, nem mesmo para se buscar, talvez, uma melhor solução mediante as técnicas interpretativas da interpretação conforme a Constituição ou da nulidade parcial sem redução de texto em controle de constitucionalidade.¹⁷

Segundo Sarlet, a EC n.º 45/2004 introduziu uma regra de cunho procedimental que, em consonância com o §2º do art. 5º, pode ser compreendida como “a condição de direitos formal e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais”.¹⁸

Portanto, sob essa lógica, a exigência do quórum qualificado apenas estaria reforçando a natureza constitucional desses tratados, na medida em que o §3º do art. 5º da CF/88 exige um quórum equivalente ao das emendas constitucionais. Nessa mesma linha pronuncia-se Piovesan, para quem, diante da hermenêutica emancipatória que protege o valor da dignidade humana, deve imperar a lógica material e não a formal, porque “a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condi-

p. 40.

¹⁷ FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 175-192, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3655>. Acesso em: 04 abr. 2021.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio (org.). *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 107-128. p. 110.

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

¹⁴ MAZZUOLI, Valério Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 37-40.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969*, de 23 de maio de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.

¹⁶ MAZZUOLI, Valério Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

cionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela”.¹⁹

Piovesan²⁰ ainda ressalta que a norma constitucional deve ser interpretada no sentido de maior eficácia — Princípio da Máxima Efetividade da Norma — sem reduções que diminuam o seu fim, evocando os ensinamentos de Hesse em “A Força Normativa da Constituição”.²¹

Observe-se que, em 2008, o STF já tinha atualizado sua jurisprudência no tema da hierarquia dos tratados, a partir do famoso *leading case* que versou sobre a prisão civil do depositário infiel (RE n.º 466.343-1/2008), no qual ressaltou o caráter especial dos tratados de direitos humanos em detrimento dos demais, garantindo-lhes espaço privilegiado no ordenamento jurídico.

O voto vencedor, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE n.º 466.343-1/2008, apresentou argumento interpretativo no sentido de que o legislador, ao acrescentar o §3º ao art. 5º da CF/88, proferiu uma “declaração eloquente” de que os tratados anteriormente ratificados, portanto, não submetidos ao processo de especial aprovação pelo Congresso Nacional, não possuem caráter de norma constitucional. Acrescentou, ainda, que a mudança promovida pelo §3º apresentou solução para o futuro, ou seja, “os tratados de direitos humanos — para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais — terão que ser aprovados em *quórum* especial nas duas Casas do Congresso Nacional”.^{22 23}

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 19.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018. p. 37.

²¹ Nesse sentido: “A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o Direito e sobretudo a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça desta tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 22).

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343-1*, de São Paulo. Rel. Ministro Cezar Peluso. Caso “Prisão Civil do Depositário Infiel”, 3 de dezembro de 2008, p. 1-225. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718509&ext=.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

²³ Até a data da conclusão do presente trabalho (abril de 2021), apenas dois tratados de direitos humanos têm ingressado no ordenamento jurídico brasileiro com o quórum qualificado previsto no §3º do art. 5º da CF/88, são eles: Convenção sobre os direitos das

Portanto, dentre outras importantes questões, duas conclusões podem ser extraídas da construção argumentativa do referido voto: a) a superação da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil; e, b) o esvaziamento da discussão acerca do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados antes da promulgação da EC n.º 45/2004.

Com esse raciocínio, fixou-se a tese da hierarquia supralegal que, emprestada do regime constitucional alemão,²⁴ reserva um lugar especial no ordenamento jurídico para os tratados de direitos humanos, de modo a promover a efetivação desses direitos no plano interno e internacional, ensejando uma postura jurisdicional voltada à proteção da pessoa, e em consonância às realidades supranacionais. Fixou-se, também, “efeito paralisante dos tratados supralegais”.²⁵ Assim, a eficácia jurídica das normas infraconstitucionais que venham a conflitar com esses tratados fica paralisada.

Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL. *Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.); Tratado de Marraqueche – Decreto n.º 9.522 de 8 de outubro de 2018 (BRASIL. *Decreto n.º 9.522, de 8 de outubro de 2018*. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.522%2C%20DE%208,27%20de%20junho%20de%202013. Acesso em: 08 nov. 2020.). 2018. outubro de e julho de 2008, dico brasileiro direitos humanos ocupam posiçada

²⁴ “Na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que ‘as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional’ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343-1*, de São Paulo. Rel. Ministro Cezar Peluso. Caso “Prisão Civil do Depositário Infiel”, 3 de dezembro de 2008, p. 1-225. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718509&ext=.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.).

²⁵ No julgamento do HC n.º 92.566/2008 realizado no mesmo dia, o Ministro Celso de Mello observou que a tese a favor da supralegalidade tinha contado com, apenas, cinco votos, sendo que dois Ministros sequer se pronunciaram sobre o tema (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 92.566*, de São Paulo. Caso “Depositário Infiel”. Rel. Ministro Marco Aurélio, 3 dez. 2008, p. 451-471. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384> Acesso em: 08 nov. 2020.).

Conforme ensina Lopes,²⁶ apesar das controvérsias em torno da competência do STF de criar nova hierarquia normativa, o fato é que o julgamento do RE n.º 466.343/2008 resultou em *overruling* em relação aos precedentes, passando a orientar a jurisprudência posterior e, inclusive, servindo para o controle de convencionalidade proposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁷

Embora a tese da hierarquia supralegal resulte na consequência de que esses tratados supralégais não servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e de outros atos normativos, uma vez que não integram o bloco de constitucionalidade, é possível afirmar que as duas teses trabalhadas neste artigo (tese da hierarquia constitucional e da hierarquia supralegal) possuem semelhanças e, ao analisar o *leading case* do caso do depositário infiel, “ambas as hipóteses abrem a possibilidade que a Constituição — e não apenas as leis infraconstitucionais — seja interpretada de maneira compatível com os tratados internacionais de direitos humanos”.²⁸

Todavia, ao decidir no RE n.º 466.343/2008 pela aplicabilidade da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em detrimento dos dispositivos do Código Civil e da própria CF/88 que preveem a prisão do depositário infiel, o STF privilegiou a norma internacional

confrontante com a normativa interna, demonstrando a assimilação do Princípio Internacional *Pro Homine*.²⁹

3 Os argumentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais na ADI n.º 5.543/2020 DF

O Partido Socialista Brasileiro (PSB), partido político com representação no Congresso Nacional, ingressou com a ADI n.º 5.543/2020 perante o STF,³⁰ com pedido de medida cautelar, em face dos seguintes atos normativos federais: o art. 64, inciso IV, da Portaria n.º 158/2016 do MS,³¹ e o art. 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n.º 34/2014 da ANVISA.³²

Os dispositivos citados estabeleciam que as pessoas do sexo masculino que tivessem tido relações sexuais com outros homens, assim como as parceiras sexuais

²⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel: uma questão ainda em aberto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55, n. 217, p. 35-63, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543085/001122826.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2020.

²⁷ Sobre o controle de convencionalidade, Contesse aponta que: “en los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha articulado una doctrina conocida como el ‘control de convencionalidad’ en cuya virtud los jueces y otras autoridades nacionales se encontrarían en la obligación de inaplicar aquellas normas domésticas que no se conforman con las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación que de estas hace la misma Corte.” CONTESSÉ, Jorge. *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf. Acesso em: 15. nov. 2020.

²⁸ MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *Eficiência nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 27-50. p. 33.

²⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel: uma questão ainda em aberto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55, n. 217, p. 35-63, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543085/001122826.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2020.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

³¹ “Art. 64º. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...] IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;” (BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n.º 158/2016*. Brasília, 05 mar. 2016. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-158-de-4-de-fevereiro-de-2016-22301274>. Acesso em: 08 nov. 2020.).

³² “Art. 25º. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: [...] XXX – os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;” (BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n.º 34/2014*. Brasília, 11 jun. 2014. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.).

destes estariam, temporariamente, inaptas para doar sangue até doze meses após a última relação sexual.

Nos termos da ação distribuída para a relatoria do Ministro Edson Fachin, em 07 de junho de 2016, o citado partido político arguiu a inconstitucionalidade sob o argumento da violação ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, ao direito fundamental à igualdade, ao direito de não discriminação a minorias e ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade.

A petição inicial da ADI n.º 5.543/2020 começou abordando a origem histórica da restrição de doação de sangue por homens homossexuais, conforme sucintamente descrito no voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Em breves palavras, a origem histórica se deu com a epidemia da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS) ocorrida no final da década de 1980, sendo os homossexuais do sexo masculino o grupo mais atingido pela doença, em virtude da alta probabilidade da troca de fluidos (esperma e sangue) durante as relações sexuais. Lembram Barbosa e Medeiros³³ que a AIDS chegou, inclusive, a ser denominada “peste gay”, mesmo após a constatação de que o vírus podia ser transmitido por qualquer pessoa e não apenas por homens homossexuais. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, as normas atacadas pelo proponente da ação refletem essa errada compreensão da doença ao fundar-se no “Princípio da Precaução”.

Com efeito, no curso da ação, tanto o MS quanto a ANVISA apresentaram defesa no sentido de que as normas atacadas eram políticas públicas que visavam dar segurança à sociedade, ou seja, objetivavam dar prevalência ao interesse coletivo em detrimento de interesse individual. Isso porque a prática sexual entre homens, ainda, constitui conduta de risco com maior probabilidade de contágio de doenças sexualmente transmissíveis e, mesmo com os avanços tecnológicos que submetem o sangue do doador a diversos exames laboratoriais, subsiste o que se denomina de “janela imunológica”, argumento bem trabalhado no voto do Ministro Alexandre de Moraes, que consiste na lacuna temporal que existe entre a infecção pela doença e a

sua detecção, gerando resultados denominados de “falso negativo”, sendo essa “janela” um risco de contágio não detectável no exame.³⁴

No Acórdão, a primeira questão enfrentada pelos Ministros foi determinar se o STF tinha competência para apreciar o mérito da ação. O Ministro Relator pronunciou-se a favor dessa possibilidade, tendo em vista a autonomia dos atos normativos atacados, bem como o seu elevado grau de abstração e generalidade, viabilizando, assim, sua impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade.³⁵

O voto do Ministro Relator foi dividido em sete tópicos. Inicialmente, asseverou que a solução da questão teria de abordar, necessariamente, o conteúdo constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), dos direitos de personalidade, e dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade (art. 5º, *caput*, CF/88), assim como a cláusula material de abertura prevista no §2º do art. 5º CF/88. Tudo detalhadamente exposto em quase quarenta páginas.³⁶

Quanto ao tema da hierarquia dos tratados internacionais, o Ministro Relator inovou ao subverter a lógica fixada no precedente que trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a tese da hierarquia supralegal desses documentos (RE 466.343-1/2008, citado neste trabalho linhas acima). Para o Ministro, haveria a necessidade de uma “interpretação redentora” ou “leitura redentora” da tese da supralegalidade, de modo a, com base no pensamento de Jack Balkin e Ronald Dworkin, conseguir que as promessas contidas no texto constitucional sejam realizadas, sobretudo aquelas relativas aos direitos humanos.³⁷

³³ BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 266-289, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5727/pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitu-*

A tese da hierarquia suprallegal dos tratados internacionais constitui, segundo o Ministro, uma “tese madura para possível revisão”. Nesse sentido, respaldando-se no pensamento de autores como Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan — citados já no primeiro tópico deste trabalho — afirmou que, por força do §2º do art. 5º da CF/88, os direitos previstos nos tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressam no ordenamento pátrio como direitos materialmente constitucionais, equiparando-se aos direitos fundamentais expressamente estabelecidos na CF/88. O Ministro Relator, portanto, admitiu que esses tratados fazem parte do bloco de constitucionalidade brasileiro.³⁸

Prosseguiu o Ministro Relator com seu voto salientando, em primeiro lugar, que um dos papéis do Poder Judiciário é o de aplicar o postulado hermenêutico que reconhece a prevalência dos direitos fundamentais. Nessa linha, a admissão da hierarquia materialmente constitucional dos tratados não somente ressalta a imediata eficácia desses direitos, como reconcilia os compromissos firmados pelo Estado brasileiro no plano internacional. Em segundo lugar, o Ministro Relator esclareceu que a norma contida no §3º do art. 5º da CF/88 tem como destinatário o Poder Legislativo, sendo faculdade do poder majoritário reforçar a proteção normativa aos direitos humanos. Todavia, acrescentou que,

[...] Federal, 2020, p. 34 internacional; No entanto, idade do poder majoritário para reforçar a proteçõalmente inseridos na Constituição exige o Poder Judiciário de, à luz do caráter materialmente constitucional dos direitos humanos, vivificá-los na interpretação das demais cláusulas constitucionais.³⁹

Em relação ao ponto principal da ação, o Ministro Relator se pronunciou pela procedência da ADI n.º

cionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”*. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”*. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

5.543/2020, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados por violarem normas do Direito interno, a exemplo do direito à igualdade e não discriminação dos homens homossexuais. Acrescentou, ainda, que as restrições da doação de sangue por homens homossexuais violam duas dimensões dos direitos da personalidade: a) o exercício da empatia e solidariedade no ato de doar sangue; e, b) o direito de escolha e exercício da sexualidade.⁴⁰ Seguidamente, elencou os documentos internacionais firmados pelo Brasil e atingidos pelas normas restritivas do MS e da ANVISA: Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁴¹ o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴² e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.⁴³ Além dos Princípios de Yogyakarta,⁴⁴ que consistem em orientações elaboradas por grupos de direitos humanos, sem qualquer efeito vinculante.⁴⁶

Concluída a votação do Relator, os outros Ministros passaram a proferir seus votos, e nenhum deles pronunciou-se a respeito da superação da tese da suprallegalidade levantada pelo Ministro Relator Edson Fachin no seu voto. Nem sequer o Ministro Gilmar Mendes, autor da inserção da tese da hierarquia suprallegal dos tratados no

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”*. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos*, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁴³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância*, de 6 de maio de 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp. Acesso em: 22 nov. 2019.

⁴⁴ Ainda não ratificada pelo Congresso Nacional

⁴⁵ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*, 6-9 nov. 2006. Disponível em: www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”*. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

ordenamento jurídico brasileiro, manifestou-se sobre o assunto.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal julgou pela procedência da ADI n.º 5.543/2020, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Alexandre de Moraes, e, integralmente, os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os quais julgaram pela improcedência da ação.

Nos termos da ementa da decisão, restaram fixadas cinco premissas: 1. O compromisso da responsabilidade com o outro, que requer um tratamento igual para as pessoas que, em ato de alteridade, desejam doar sangue; 2. A orientação sexual não é fator determinante que indique o risco de transmissão, sendo essa premissa um ato de discriminação que viola a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade. Dessa forma, a conclusão é que são as condutas de risco e não os grupos de risco que devem ser levadas em consideração; 3. O Princípio da Dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais atinge a autonomia existencial da pessoa, quer em sua autonomia pública ou na privada, uma vez que esta deve ter liberdade para exercer suas escolhas; 4. Mesmo que sem intenção discriminatória, as normas enfrentadas na ADI violam o Princípio da Igualdade, pois são normas que geram impacto desproporcional na vida dos homens homossexuais, sendo esta uma discriminação injustificável e que atinge tanto o direito interno quanto a proteção internacional dos direitos humanos; 5. Os homens homossexuais não podem ser tratados de forma diferente, a eles é preciso garantir a participação em sociedade, e doar sangue é um ato de participar da própria comunidade.⁴⁷

Não há, na ementa, qualquer referência à cláusula de abertura constitucional do §2º, art. 5º da CF/88 ou à interpretação pela materialidade constitucional dos tratados internacionais e consequente superação da tese da supralegalidade nos termos expostos pelo voto vencedor do Ministro Relator Edson Fachin, aspectos que serão abordados no seguinte tópico.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

4 Análise da ADI n.º 5.543/2020 DF à luz da teoria de Maccormick

A análise da decisão do STF no julgamento da ADI n.º 5.543/2020 será realizada com base na Teoria da Argumentação Jurídica do jusfilósofo escocês Neil MacCormick, o qual compreende o Direito como uma ordem normativa institucional e prática, sujeita a mudanças (*defeasible*), uma vez que sua certeza é rebatível, tendo em vista sua permanente necessidade de acompanhar os anseios da sociedade em que é aplicado.⁴⁸

Ao admitir o carácter dinâmico do Estado de Direito, MacCormick propõe uma reconciliação com o Princípio da Segurança Jurídica, que é para ele o maior valor do “*Rule of Law*”.⁴⁹ O jurista escocês parte da compreensão da insuficiência da subsunção para resolver casos complexos (*hard cases*).⁵⁰ Assim, propõe uma teoria argumentativa fundada em uma lógica racional capaz de combater o “interpretativismo”, por meio da formulação de critérios objetivos e hábeis para afastar decisões inadmissíveis, as quais denomina de “respostas erradas”.⁵¹

Em outros termos, a interpretação deve ser acompanhada de uma *praxis* argumentativa que permita a escolha dos melhores argumentos a partir de critérios objetivos e racionais.⁵² Dessa forma, as decisões emitidas pela autoridade dotada de poder judicante serão válidas, imparciais e respeitadas diante de uma controvérsia acerca do significado de uma norma, de seu contexto prático, ou da sua aplicação em um caso concreto.⁵³

O método apresentado pelo autor, portanto, não nega a lógica dedutiva, mas, em não sendo o Direito uma ciência exata, o silogismo não é resposta eficaz para todas as questões, e aqui se inserem as questões complexas que não possuem respostas a partir da clássica regra de subsunção.⁵⁴ É, contudo, quanto aos ca-

⁴⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 72.

⁴⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 53.

⁵⁰ MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 90.

⁵¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 448.

⁵² MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 39.

⁵³ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 35.

⁵⁴ MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*.

tos complexos (*hard cases*) que Neil MacCormick,⁵⁵ em expressa consonância com a preocupação de Ronald Dworkin⁵⁶ frente ao decisionismo do positivismo jurídico, adota uma “reconstrução racional” de enfrentamento do “interpretativismo”, oferecendo um método capaz de analisar a correção das decisões judiciais com base em critérios objetivos e da aplicação de determinados requisitos, que justificam um adequado raciocínio do julgador.⁵⁷

Desse modo, oferece uma tipologia de classificação dos argumentos interpretativos dos juízes em três categorias principais: a) argumentos linguísticos: são aqueles que apelam para o contexto linguístico da norma, seja quanto ao significado ordinário ou técnico dos termos empregados;⁵⁸ b) argumentos sistêmicos: consideram a lei como um elemento do sistema jurídico e, para tanto, a interpretação adequada precisa considerar a dialogicidade da lei específica com o contexto sistêmico no qual ela está inserida, subdividindo-se em seis tipos: 1. harmonização contextual; 2. argumento de precedentes; 3. argumento de analogia; 4. argumento conceitual; 5. argumento de princípios gerais; 6. argumentos históricos;⁵⁹ c) Argumentos teleológico-avaliativos: relacionam-se com a finalidade do texto legislativo, buscando “a intenção do parlamento” a partir de uma visão racional e teleológica da atividade legislativa.⁶⁰

Todavia, prevendo a eventualidade desses argumentos conflitarem entre si, o autor aborda a clássica fórmula da “regra de ouro”, a qual estabelece uma hierarquia dentre os argumentos, priorizando os linguísticos, seguidos dos sistêmicos e, em último caso, dos teleológicos. No entanto, MacCormick ressalta a importância de adotar a “regra de ouro” como uma “máxima da sabedoria interpretativa prática”, e não como regra, consi-

derando o absurdo que uma conclusão *prima facie* pode causar a partir da adoção binária dessa hierarquização proposta, restando a cargo do juiz a decisão pela melhor forma de conduzir a prevalência desses diferentes tipos de argumentos.⁶¹

Por fim, não obstante a constatação pelo próprio autor de que sua teoria não se presta a fornecer “uma única resposta correta”, divergindo nesse ponto da posição dworkiana e aproximando-o de Alexy, é possível afirmar que a racionalidade proposta por sua teoria argumentativa é capaz de oferecer critérios objetivos para definir aquilo que venham a ser as “respostas erradas”, e, assim, afastar soluções inadmissíveis.⁶² É, portanto, nesse ponto que a solução dos *hard cases* precisa atender às justificações de segunda ordem, satisfazendo aos requisitos de universalidade, consistência e coerência.

Por universalidade, entende-se que uma decisão deve estar fundamentada em proposições universais capazes de determinar a resolução de outros casos semelhantes. Dessa forma, estar-se-á garantindo a equidade e, conseqüentemente, a segurança jurídica.⁶³

Por consistência, considera-se uma decisão que não pode confrontar seus próprios argumentos, nem contradizer as regras de Direito estabelecidas e vinculantes.⁶⁴

Por coerência, compreende-se uma decisão que não contraria o sistema jurídico, enquanto corpo coeso de normas compatíveis axiologicamente, e que se justificam com base em uma norma mais geral, sendo essas regras manifestações mais específicas e concretas daquela.⁶⁵

Consoante esses critérios, o acórdão da ADI n.º 5.543/2020 será, nas próximas linhas, criticamente analisado, com o intuito de determinar a correção da decisão, o que não significa adentrar no mérito da decisão, mas na adequação do raciocínio argumentativo utilizado no julgado pelos Ministros, considerando-se que, para MacCormick,⁶⁶ a argumentação jurídica constitui uma

Lima: Palestra Editores, 2018. p. 90.

⁵⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 107.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

⁵⁷ LOPES, Ana Maria D. Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise de decisão judicial sobre a “briga de galos” (Adin n. 1856/2011) a partir da teoria argumentativa de MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, n. 20, p. 37-58, 2015. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15296/10474>. Acesso em: 29 dez. 2020.

⁵⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 222-225.

⁵⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 225-232.

⁶⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 232-239.

⁶¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 177-182.

⁶² MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 448.

⁶³ MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 137.

⁶⁴ MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 247-248.

⁶⁵ MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2018.

⁶⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São

espécie de raciocínio prático que auxilia a definir o que é correto fazer em situações nas quais se deve escolher uma opção, sem que isso signifique apreciar o mérito.⁶⁷

4.1 Consistência

Pelo requisito da consistência, a decisão apresenta diversas contradições. Assim, no que se refere, especificamente, ao tema da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a primeira inconsistência constatada pode ser encontrada no voto do Ministro Relator Edson Fachin, ao afirmar que o §3º incorporado ao art. 5º da CF/88, por meio da EC n.º 45/2004, determina, apenas, uma faculdade, ou seja, uma opção destinada ao Poder Legislativo para reforçar, formalmente, a proteção normativa dos direitos humanos previstos em tratados e convenções, acrescentando que o §2º do art. 5º da CF/88⁶⁸ obriga a considerar a hierarquia materialmente constitucional desses tratados.

Há, portanto, na interpretação realizada pelo Ministro Relator, uma inconsistência argumentativa quanto aos dois parágrafos, pois, a respeito da leitura do §3º, não se deduz que a norma se direciona tão somente a facultar ao Poder Legislativo que conceda hierarquia constitucionalmente formal aos tratados, especialmente porque o próprio STF já tinha antes decidido que o §2º do art. 5º não concedia hierarquia material a esses documentos internacionais (no já citado RE 466.343/2008).

O poder constituinte derivado, ao incorporar o §3º ao art. 5º da CF/88, por meio da EC n.º 45/2004, estabeleceu a competência do Poder Legislativo de atribuir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos. Estes considerados pelo STF, em repetidas ocasiões, normas de hierarquia apenas legal. Se esses tratados já tivessem hierarquia constitucional por força do §2º (ainda que somente material), o §3º perderia sentido, pois, no Brasil, não há diferença entre os efeitos de norma material ou formalmente constitucional.

Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XIV.

⁶⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a “briga de galos” (Adin n. 1856/2011) a partir da teoria argumentativa de MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, n. 20, p. 37-58, 2015. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15296/10474>. Acesso em: 29 dez. 2020.

⁶⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

Desse modo, a interpretação do Ministro Relator não apenas esvazia o sentido normativo do §3º do art. 5º, mas contradiz precedente do próprio tribunal do qual faz parte, sem que tenha apresentado argumentação capaz de justificar essa mudança de entendimento. Afirmar que o Brasil está se abrindo à proteção internacional dos direitos humanos não é novidade que justifique mudança de precedente, pois esse argumento já tinha sido levantado há décadas por juristas como Cançado Trindade, mas desconsiderado, expressamente, pelo STF em decisões como o emblemático RE 466.343/2008 (conforme exposto neste artigo linhas acima).

Outra crítica que revela a inconsistência do julgado se refere ao fato de nenhum dos Ministros votantes terem trabalhado (ou sequer mencionado), em seus votos, o tema da materialidade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a superação da tese da supralegalidade, como afirmado pelo Ministro Relator Edson Fachin. Contudo, a maioria dos Ministro acompanhou o voto do Relator, mesmo que sobre esse tema específico não tenham se manifestado. Todavia, os Ministros que decidiram de forma divergente sequer abordaram acerca de importante temática.

Nesse sentido, aplica-se a crítica de Lopes⁶⁹ quando, em análise da tese da supralegalidade, fixada no do RE 466.343/2008, constatou a ausência de unidade decisória em delicado tema que resultou em superação de precedente. A tese da supralegalidade, portanto, nasceu sem unidade decisória, e, além disso, foi sepultada com base em manifestação solitária no voto vencedor do Ministro Relator.

Importante também constar que a ementa da decisão não descreve os termos do voto vencedor do Ministro Relator no que se refere à mudança do entendimento sobre a hierarquia dos tratados.

4.2 Coerência

Pelo requisito da coerência, os Ministros precisam conectar racionalmente todos os argumentos expostos

⁶⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel: uma questão ainda em aberto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55, n. 217, p. 35-63, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543085/001122826.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2020.

nos seus respectivos votos e, de igual maneira, demonstrar essa mesma conexão com o corpo coeso do ordenamento jurídico, e nisso estão incluídas não somente as normas, mas também a própria jurisprudência do sistema.⁷⁰ Como visto no subitem anterior, a interpretação inconsistente do Ministro Fachin confrontou duas normas constitucionais ao utilizar um raciocínio argumentativo diferente para interpretar o §2º do art. 5º da CF/88, daquele usado para o §3º do art. 5º da CF/88, constatando-se, conseqüentemente, uma desconexão argumentativa e, portanto, a incoerência do voto.

Ao adotar a tese da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos, o Ministro Relator resgatou as discussões interpretativas quanto à cláusula de abertura prevista no §2º do art. 5º da CF/88 que há décadas a doutrina especializada em direitos humanos vinha defendendo, mas ignorada pelo próprio STF. Foram justamente esses questionamentos levantados pela doutrina que deflagaram, em 2004, a incorporação do §3º ao art. 5º (via a EC n.º 45/2004), com o objetivo de expressamente estabelecer a competência do Poder Legislativo de atribuir, ou não, a hierarquia constitucional aos tratados e, desse modo, dar fim às controvérsias. Contudo, somente depois percebeu-se o erro de não ter considerado a situação dos tratados aprovados antes da vigência da EC n.º 45/2004, dando lugar à criação jurisprudencial da já mencionada tese da suprallegalidade (RE 466.343).

Não se pretende minimizar as críticas levantadas pela doutrina contra a tese da suprallegalidade⁷¹, mas, o certo é que o §3º do art. 5º da CF/88 prevê, expressamente, que apenas os tratados de direitos humanos aprovados seguindo o mesmo procedimento utilizado para aprovar as emendas constitucionais possuem hie-

arquia constitucional, e isso não poderia ter sido ignorado pelo Ministro Fachin.

Finalmente, cabe observar que o Ministro Fachin não precisava ter adentrado nas discussões referentes à tese da materialidade constitucional dos tratados e, principalmente, não precisava ter julgado contra o precedente da suprallegalidade, pois a hierarquia suprallegal dos tratados de direitos não impossibilita realizar o controle de convencionalidade e tampouco o denominado diálogo de fontes, conforme o próprio STF tinha já feito em 2008 por ocasião do RE 466.343.⁷²

4.3 Universalidade

Apesar do inquestionável mérito da decisão ter assegurado a proteção dos direitos das pessoas LGBT, especialmente dos homens homossexuais, em respeito ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito Fundamental à Liberdade e não Discriminação, assim como o Direito de Personalidade nas dimensões da livre escolha da sexualidade e do livre exercício da solidariedade (ato de doar), não atendeu o requisito da universalidade.

MacCormick entende que, para que uma decisão seja considerada universalizável, os argumentos expostos na *ratio decidendi* devem ser capazes de serem aplicados em outros casos semelhantes. O argumento da superação da tese da suprallegalidade e a consequente defesa da materialidade constitucional de todos os tratados de direitos humanos, levantado pelo Ministro Relator Edson Fachin,⁷³ além de afrontar diretamente normas constitucionais, especialmente o §3º do art. 5º, contraria precedentes do próprio STF (a exemplo do RE 466.343/2008), sem qualquer fundamentação sólida capaz de justificar a mudança de posição, conforme evidenciado linhas acima.

⁷⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila; TEIXEIRA, Diego Monte. Análise da decisão cautelar sobre a utilização de áreas de preservação permanente (ADI n.º 3.540/2005) à luz da teoria argumentativa de MacCormick. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 135-155, 2016. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/823>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁷¹ SARLET, Ingo. A Constituição Federal de 1988, os Tratados Internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisados à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barcelò (org). *Direitos fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: UNOESC, 2013. p. 379-412. Disponível em: http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Brasil_x_Espanha_05_11_2014.pdf. Acesso em: 01 nov. 2020.

⁷² LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso "Doação de Sangue por homens homossexuais". Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Para Mello,⁷⁴ o respeito aos precedentes vinculantes funda-se nos valores de segurança jurídica, isonomia e eficácia, com base nos quais se busca promover uma maior previsibilidade, estabilidade e continuidade do Direito, de modo a nortear a solução de casos análogos, reduzindo a discricionariedade dos juízes e garantindo o tratamento isonômico, bem como tornando mais racional o trabalho do Judiciário.

Observe-se, também, que, apesar da nova interpretação dos §§2º e 3º do art. 5º dada pelo Ministro Fachin constituírem parte da *ratio decidendi*, não foi sequer mencionada nos votos dos outros Ministros, nem acolhida na Ementa do Acordão, o que pode ser considerado um forte indicativo da sua descaracterização como regra a ser usada no futuro.

MacCormick afirma que, em um Estado de Direito, para que uma decisão particular possa ser considerada universalizável requer que esteja fundamentada no Direito preestabelecido de forma apropriada.⁷⁵

Não há, portanto, como afirmar o caráter universalizável de uma decisão fundada em argumento cuja defesa traga como consequência manifesta discordância com a constituição vigente.⁷⁶

5 Conclusão

O art. 64, inciso IV, da Portaria n.º 158/2016 do MS, e o art. 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA, que restringiam a doação de sangue por homens homossexuais, foram declarados inconstitucionais pelo STF no julgamento da ADI n.º 5.543/2020 DF por serem considerados violadores do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do Direito Fundamental à Igualdade e não Discriminação, da violação à liberdade existencial de escolha na manifestação e exercício da sexualidade e da solidariedade quanto ao ato de doar, bem como do Princípio da Proporcionalidade.

Além disso, o voto vencedor, proferido pelo Ministro Relator Edson Fachin, adentrou na temática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos,

resgatando a tese doutrinária que defende a hierarquia materialmente constitucional desses documentos, com base na cláusula de abertura constitucional prevista no §2º do art. 5º da CF/88, superando. Desse modo, a tese da hierarquia suprallegal fixada em precedente do próprio STF em 2008 (RE 466.343).

Embora o voto da relatoria tenha sido acompanhado pela maioria, nenhum dos demais Ministros pronunciou-se sobre a hierarquia dos tratados internacionais. Todavia, esse ponto não foi sequer exposto nos termos da ementa da decisão.

Em suma, a tese da suprallegalidade teve seu fim declarado em manifestação isolada no voto do Relator que, sem argumentação jurídica necessária e apta a justificar o *overruling* judicial, promoveu uma mudança significativa que repercutirá em todos os casos seguintes que envolvam tratados internacionais de direitos humanos não ingressos no ordenamento jurídico nacional conforme a exigência prevista no §3º, do art. 5º da CF/88.

Afinal, a partir da ADI n.º 5.543/2020 DF, o §3º, do art. 5º da CF/88 perde a sua razão de ser, já que a interpretação dada ao §2º do mesmo artigo se torna suficiente para aferir a materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos e a integração de todos esses documentos no denominado bloco de constitucionalidade brasileiro.

O caso é de crucial interesse socioacadêmico, pois não apenas se refere à relevante discussão quanto à violação dos direitos das pessoas LGBT, mas também porque retoma a antiga, porém sempre debatida, tese da materialidade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

A análise crítica a correção dessa decisão, à luz da Teoria Argumentativa de MacCormick, não teve a finalidade de questionar o mérito da decisão tampouco de relegar os tratados internacionais a um papel secundário, mas objetivou promover uma reflexão acadêmica sobre o trabalho argumentativo desenvolvido no âmbito do STF. Por esse motivo, analisou-se se a decisão atendia os requisitos propostos por MacCormick para ser considerada correta. Concluiu-se que o Pretório Excelso julgou, de forma incoerente, inconsistente e não universalizável.

Mesmo que tenha apresentado uma acomodação interpretativa do §3º, do art. 5º da CF/88, no sentido de

⁷⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 13, p. 263-285, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236/pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

⁷⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 181.

⁷⁶ MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 203.

indicar que passa a servir de orientação opcional destinada ao Poder Legislativo, a inconsistência do voto é verificada porque a interpretação colocou em contradição duas regras constitucionais vigentes e vinculantes (o §2º e o §3º do art. 5º da CF/88), atingindo a própria força normativa da Constituição. No mesmo sentido, a incoerência está presente na falta de racionalidade entre os argumentos da decisão que sepultaram a tese da supralegalidade e o corpo coeso de duas normas (o §2º e o §3º do art. 5º da CF/88), bem como no infundado *overruling* do precedente judicial do próprio STF (fixado no RE 466.343/2008) que precisam estar conectadas, indo de encontro aos valores do sistema jurídico brasileiro.

Por fim, apesar das críticas apontadas, deve-se destacar a sua relevância no que tange à proteção dos direitos dos homens homossexuais, haja vista contribuir a mostrar a urgente necessidade de reverter quaisquer manifestações discriminatórias contrárias à dignidade humana das pessoas LGBT.

Fato é, entretanto, que o Ministro Relator Edson Fachin poderia ter se restringido pela declaração de inconstitucionalidade com base na violação dos dispositivos constitucionais citados e suficientemente trabalhados em seu voto, assim como também discutidos nos votos dos demais Ministros. Poderia, ainda, ter se valido da tese da supralegalidade e, inclusive, do controle de convencionalidade, já que julgou importante ponderar as diversas normas internacionais ratificadas pelo Brasil sobre o tema. Contudo, ao decidir contra precedente do STF, sem a suficiente argumentação, colocou em xeque o Princípio da Estabilidade das decisões judiciais e, inclusive, da segurança jurídica, pilar do Estado Democrático de Direito.

Referências

BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 266-289, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5727/pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto n.º 9.522, de 8 de outubro de 2018*. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.522%2C%20DE%208,27%20de%20junho%20de%202013. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n.º 34/2014*. Brasília, 11 jun. 2014. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n.º 158/2016*. Brasília, 05 mar. 2016. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-158-de-4-de-fevereiro-de-2016-22301274>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480-3 do Distrito Federal (Medida Liminar)*. Caso “Validade da Convenção n.º 158 da OIT”. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 4 de setembro de 1997, p. 213-365. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 92.566, de São Paulo*. Caso “Depositário Infiel”. Rel. Ministro

- Marco Aurélio, 3 dez. 2008, p. 451-471. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384> Acesso em: 08 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 80.004 do Sergipe*. Caso “Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre letras de câmbio”. Rel. Ministro Cunha Peixoto, 1 de junho de 1977, p. 915-1024. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343-1*, de São Paulo. Rel. Ministro Cezar Peluso. Caso “Prisão Civil do Depositário Infiel”, 3 de dezembro de 2008, p. 1-225. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718509&ext=.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- CONTESSÉ, Jorge. *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humano*, 2013. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf. Acesso em: 15. nov. 2020.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 175-192, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesa-academicas.uniceub.br/rdi/article/view/3655>. Acesso em: 04 abr. 2021.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a “briga de galos” (Adin n. 1856/2011) a partir da teoria argumentativa de MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, n. 20, p. 37-58, 2015. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15296/10474>. Acesso em: 29 dez. 2020.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel: uma questão ainda em aberto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55, n. 217, p. 35-63, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543085/001122826.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila; TEIXEIRA, Diego Monte. Análise da decisão cautelar sobre a utilização de áreas de preservação permanente (ADI n.º 3.540/2005) à luz da teoria argumentativa de MacCormick. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 135-155, 2016. Disponível em: <http://revista.domholder.edu.br/index.php/veredas/article/view/823>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2018.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016.
- MAUÉS, Antonio Moreira. Suprlegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 27-50.
- MAZZUOLI, Valério Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 13, p. 263-285, 2016. Disponível

em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236/pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969*, de 23 de maio de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos*, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 05 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância*, de 6 de maio de 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp. Acesso em: 22 nov. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*, 6-9 nov. 2006. Disponível em: www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio (org.). *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 107-128.

SARLET, Ingo. A Constituição Federal de 1988, os Tratados Internacionais de direitos humanos e o assim cha-

mado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisados à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barcelò (org.). *Direitos fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: UNOESC, 2013. p. 379-412. Disponível em: http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Brasil_x_Espanha_05_11_2014.pdf. Acesso em: 01 nov. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. São José de Costa Rica: IIDH, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 19 nov. 2020.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Os direitos humanos frente à normatividade “imperial” e a responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos na era do “Império”

The human rights in front of “imperial” standards and the responsibility of the transnational companies for breach of human rights in the “Empire” era

Fernando Hoffmam

Jose Luis Bolzan de Morais

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

Os direitos humanos frente à normatividade “imperial” e a responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos na era do “Império”*

The human rights in front of “imperial” standards and the responsibility of the transnational companies for breach of human rights in the “Empire” era

Fernando Hoffmam**

Jose Luis Bolzan de Moraes***

* Recebido em 21/02/2021

Aprovado em 09/06/2021

O presente artigo se insere no âmbito do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos do Comum (NEC/UFSM), vinculado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), registrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq (DGP/CNPq) e coordenado pelo Prof. Dr. Fernando Hoffmam, um dos coautores do presente artigo.

** : Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPEs no Mestrado e Doutorado; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, registrado junto à FDV/ES, à ESDHC/MG e ao CNPq; Professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Líder do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos do Comum (NEC) registrado junto à UFMS/RS e ao CNPq; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br

*** Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra; Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Université de Montpellier I; Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ); Professor do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – da Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES) e da Universidade de Itaúna (MG); Procurador do Estado do Rio Grande do Sul em Brasília.

E-mail: bolzan@hotmail.com

Resumo

O presente artigo tem como escopo compreender as modificações que encontraram o Direito na atualidade, sobretudo no que tange ao esvaziamento do papel do constitucionalismo e da estatalidade, bem como, relativamente à proliferação de atores e lugares de produção e aplicação do direito, no sentido de se consolidarem novas normatividades. Com base nessa perspectiva, os direitos humanos passam a ter um importante papel, inseridos no novo paradigma de soberania que atende pelo nome de “Império”, funcionando como interdito, como barreira de contenção e como veículo da resistência e do antagonismo. Nesse contexto, as ações e processos que envolvem as empresas transnacionais são importantes exemplos do embate direto entre os direitos humanos e a lógica mercadológica “imperial”, constituindo um processo de violações sistemáticas aos direitos humanos e um processo de resistência e lutas constantes pelos direitos humanos.

Palavras-chave: direitos humanos; empresas transnacionais; “Império”; novas normatividades.

Abstract

The purpose of this article is to understand the changes that the law has found nowadays, especially with regard to the emptying of the role of the constitutionalism and stality, as well as, regarding to the proliferation of actors and places of production and application of law, in order to consolidate new norms. From this perspective, human rights have an important role inserted in the new paradigm of sovereignty that goes by the name of “Empire”, working as na interdict, as a block barrier, and a vehicle of resistance and antagonism. In this context, the actions and processes involving transnational companies are important examples of the straight combat between the human rights and “Imperial” marketing logic, constituting a

process of systematic violations of human rights, and a processo f resistance and constant struggles for human rights.

Keywords: human rights; transnational companies; “Empire”; new regulations.

1 Introdução

O Direito na atualidade está inserido em um panorama de transformações que afetam, para além do próprio direito, o seu lugar privilegiado de produção e aplicação, qual seja, o Estado. Nesse sentido, é evidente a perda do monopólio estatal na sua produção e aplicação na Era do “Império”, pois surgem outros centros de poder que proliferam na ordem nacional e internacional, agindo, globalmente, no que tange à produção e aplicação normativas, enquanto o paradigma estatal e o constitucionalismo que o acompanha perdem espaço; o que é inegável.

Essa perda de espaço está diretamente ligada à constituição do “Império”, que implica o “surgimento” de novos atores – as empresas transnacionais, entre outros – e de uma nova normatividade “imperial” – normas técnicas e de gestão –, gerando um deslocamento em relação à produção e aplicação do Direito e, ao mesmo tempo, uma centralização em um novo centro de biopoder, o “Império” (Parte 1). Nesse sentido, os direitos humanos passam – ou devem passar – a ser vistos como uma importante barreira, um verdadeiro interdito no que tange à ação “imperial” pela via das empresas transnacionais. Os direitos humanos, seja na perspectiva internacional ou nacional, ocupam lugar de destaque e devem ter a centralidade para a produção de normas no que tange às práticas do mercado global e ao *modus operandi* das empresas transnacionais.

Com isso, as empresas transnacionais e as suas estruturas e funcionalidades aparecem como um exemplo privilegiado acerca do embate entre normas de direitos humanos e a nova normatividade “imperial” ancorada nas normas técnicas e de gestão. Por isso mesmo, os direitos humanos devem guiar a construção de um marco – ou de marcos normativos – global que se constitua como um impedimento, impondo as devidas e efetivas punições às empresas transnacionais pelas suas constantes violações, seja na esfera nacional ou internacional (Parte 2).

Dessa forma, o objetivo do presente artigo é apresentar e desvelar a relação entre “Império”, empresas transnacionais e o surgimento de novas normatividades, no caminho de debilitação do Estado e dos direitos humanos, de modo que as grandes corporações globais possam operar livremente, violando tais direitos e adotando “práticas de fuga” de um país a outro que seja mais vulnerável ao seu poder político e econômico. Ainda, se objetiva demonstrar que, frente às empresas transnacionais, os direitos humanos devem operar como importantíssimo interdito no que tange às práticas violadoras perpetradas por tais atores privados. Desse modo, tem-se, como tese central do presente artigo, que há relação clara e intrínseca entre normatividade imperial, empresas transnacionais, e violações aos direitos humanos por parte dessas empresas, no contexto do “Império” enquanto novo paradigma de soberania na obra de Michael Hardt e Antonio Negri, optando-se por nesse momento não propor algo para o enfrentamento dessa questão, o que será feito em artigo posterior, no desenvolvimento da presente pesquisa.

Para tanto, utiliza-se como referencial metodológico e teórico-analítico o materialismo histórico no viés de Antonio Negri¹. Nesse sentido, certamente, cabem algumas explicações: desde logo que a sua construção teórica se desenvolve no terreno do marxismo. No entanto, a corrente do pensamento marxista representada por Negri busca uma atualização do marxismo no sentido de situá-lo frente às dinâmicas contemporâneas, mas sem se afastar dos conceitos fundamentais do materialismo histórico marxista, que são: a) a tendência histórica; b) a abstração real; c) o antagonismo; e d) a constituição da subjetividade. Nesse sentido, o método de Negri considera o antagonismo entre uma subjetividade criativa e uma subjetividade constituída pelo capital. É nesse sentido que se estabelecem novas categorias de análise que permitem compreender o papel dos direitos humanos nesse cenário, compreendendo o fenômeno da produção normativa e a atuação das empresas transnacionais com base nessas categorias em antagonismo às normatividades “imperiais” e como forma de prote-

¹ É importante referir que, para a construção do referencial metodológico e teórico-analítico que guia o presente trabalho, além de se considerar a obra de Antonio Negri, também se toma por base a leitura empreendida por: BERNARDES, Márcio de Souza. *A (re) invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano: ecologia política, direito e resistência na América Latina*. 2017. 311 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

ção dos direitos humanos face à ordenação “imperial” das empresas transnacionais. É assim que se estabelece nosso marco teórico e metodológico, e que se define a forma como se trabalhará, neste artigo, o materialismo histórico. Assim, a utilização desse método permeia o desenvolvimento do trabalho realizado, que tem como eixo central as lutas presentes na modernidade e na pós-modernidade entre as forças do capital e as forças de resistência.

2 A construção de uma nova normatividade na era do “Império”: do fechamento à abertura

É preciso, em um primeiro momento, desvendar e desvelar o fim do monopólio estatal no que tange à produção e aplicação do Direito, como também é necessário compreender qual é o lugar e qual é o papel do constitucionalismo em tempos de esvaziamento do Estado e de suas instituições. Há uma nova normatividade – que, poder-se-ia dizer, mais do que nova, no sentido de inédita, caracterizar-se-ia como uma normatividade que rompe com a pretendida hegemonia daquela produzida pelo Estado como fonte única do poder peculiar à autoridade política – que concorre com a que é produzida pelo Estado e que tem laços com instituições que não são as estatais, mas que, cada vez mais, ganham papel central e importante para a construção das normatividades na atualidade (2.1).

Mas, se há uma nova normatividade, ou, novas normatividades – com o viés acima sugerido –, há, também, necessariamente novos atores; logo, precisa-se saber do que se está a falar. Desse modo, é urgente desvelar o que é e qual é a função dessa nova normatividade “imperial”, bem como é preciso conhecer a fundo os atores que a produzem e entender a sistemática que obedecem (2.2).

2.1 O fim do monopólio estatal da produção normativa e o lugar do constitucionalismo

É necessário considerar o Estado, como se apresenta no presente artigo, como instituição peculiar à modernidade, ou seja, inserido em uma historicidade própria, sendo localizado geograficamente, e tendo uma temporalidade que determina uma dada compreensão das

suas formas e transformações². Desse modo, se inicia o presente texto quando se fala em monopólio estatal, de uma centralidade para a produção e aplicação do Direito, bem como da positivação, garantia e concretização dos direitos que surgem com base no modelo absolutista de Estado, e que passa por inúmeras transformações até chegar à sua roupagem de Estado Democrático de Direito, da qual, efetivamente, o presente trabalho acabará se ocupando.

Nessa perspectiva, o Estado, desde o modelo absolutista, passando pelo seu viés Liberal e chegando-se ao Estado Liberal Social, possui uma forma que mantém uma centralidade que é inegável e, muitas vezes, justamente por reunir o monopólio da força no que tange à sua construção e utilização, incontestável. As formas estatais modernas, embora se diferenciem entre si, mantêm-se adstritas a um núcleo central e a características que as marcam e definem³.

Essas características podem ser apontadas como a relação do poder estatal com a noção de soberania, além de estarem ligadas à definição de um determinado povo, o que conforma, humanamente, determinado Estado e, certamente, informa o pertencimento do Estado a um determinado lugar; ou seja, a estatalidade tem, necessariamente, um território e, conseqüentemente, é marcado por fronteiras⁴. Com base nesse núcleo central, desdobram-se outras características que marcam o paradigma estatal em todas as suas formulações, como o exercício soberano da jurisdição e, logo, do poder em relação aos seus cidadãos, a definição soberana de suas políticas internas e externas, as prerrogativas atinentes à sua atuação na arena internacional e a formação de uma

² MORAIS, Jose Luis Bolzan de; HOFFMAM, Fernando. Por uma identidade constitucional “comum”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 860-884, set./dez. 2015.

³ A título de esclarecimento, é importante deixar claro que não se pretende no presente artigo abordar específica e detidamente cada paradigma estatal e suas características, mas sim, apontar as características gerais, e, ainda assim, não de forma exaustiva, à todas as formas estatais desde a modernidade, ou seja, perceber um núcleo comum que permeia o Estado moderno em todas as suas formações, apontando especificamente as mais importantes no que tange ao artigo. Para um maior aprofundamento sobre essas questões, ver: (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Passim.

Constituição própria, entre outras tantas igualmente importantes.

Nesse passo, a ordem jurídica é sempre posta como uma ordem institucional construída com base em uma autoridade central e soberana que se materializa na figura do soberano. O direito é uma criação estatal que surge baseada no poder coercitivo do *nomos* soberano, que se constitui com base na cessão de poder e soberania pelos súditos, agora cidadãos, em nome do Estado – isso permanece como característica da estatalidade para além do Estado Absolutista – e que tem, com base no modelo liberal de estatalidade, a Constituição como mecanismo central, o que se aprofunda no modelo estatal liberal social.⁵

Consolida um ponto extremamente importante para o presente texto, que é justamente a importância da Constituição e conjuntamente de um constitucionalismo que se transmuta e passa a ter uma importância vital para a garantia e concretização dos direitos dos cidadãos que habitam os textos constitucionais. É nesse caminho que, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo garantidor de direitos que revive após o caos da violação sistemática e massiva dos direitos humano-fundamentais mais caros ao ser humano, perpetrada pela maquinaria nazi-fascista, se internacionaliza e passa a conformar um arcabouço jurídico internacional de direitos que de humanos passam a ser da humanidade.⁶

Estado, Direito e constitucionalismo chegam a um ponto em que não se pode mais arredar da normatividade da Constituição, bem como não se pode mais fazer concessões ao que tangem os direitos humanos, seja na perspectiva interna (nacional), seja na esfera externa (internacional), pois os direitos humano-fundamentais, garantidos constitucionalmente, são também garantidos para além dos limites do Estado e do constitucionalismo que o acompanha. A soberania estatal é, também, uma soberania constitucional e os direitos humano-fun-

damentais devem ser garantidos e concretizados consolidando essa caminhada do nacional ao internacional, com base em uma apreensão além fronteiras da normatividade constitucional no que tange especificamente a esses direitos.

Porquanto, se o movimento de internacionalização do direito e do constitucionalismo colabora para uma ampliação conteudística e protetiva no que toca aos direitos humanos, já que essa internacionalização do Direito se dá, sobretudo, pela ótica dos direitos humanos, ela também gera uma abertura paradigmática da estatalidade. De acordo com Jose Luis Bolzan de Moraes e Fernando Hoffmam⁷, há uma abertura paradigmática que atinge a estatalidade e a juridicidade, provocando permeabilidade entre nacional e internacional, que configura uma nova forma de organização das instituições clássicas que surgem com o paradigma estatal.

Nesse movimento de abertura, a Constituição passa a ser – ou deveria passar a ser, já que não é bem isso que acontece – o ponto central do ordenamento jurídico e da normatividade sob o prisma nacional e internacional, tendo a centralidade de uma ordem normativa aberta, porosa, permeável, policêntrica e plural que configura novas formas de se perceber o Direito e de se atuar em nome dos direitos.⁸ O constitucionalismo, que esteve durante toda a sua história até aqui ligado ao Estado, descentra-se desse *locus* privilegiado de poder, pois é atingido diretamente pelo fenômeno da globalização, passando a lidar com outras perspectivas e centros de poder que perpassam a estatalidade e vão muito além da mesma, constituindo um paradigma que se pode chamar de transnacional de Estado e constitucionalismo⁹. Com efeito:

Por isso parte-se do reconhecimento de uma (1) crise conceitual do Estado, gerada pela porosidade/esboroamento da soberania que constitui o seu cerne, como forma e instituição político-jurídica moderna, afetando também os seus outros elementos característicos (território e povo), que, por sua vez, aponta à (2) transição paradigmática da teoria jurí-

⁵ BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016.

⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI NETO; Alfredo (org.). *Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos*. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 15-55.

⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; HOFFMAM, Fernando. Por uma identidade constitucional “comum”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 860-884, set./dez. 2015.

⁸ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81.

⁹ BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016.

dica contemporânea, ou seja, indicando a formação de um novo paradigma ainda por vir – implicações próprias da mundialização sobre o universo jurídico atual, expondo, assim, os desafios do constitucionalismo em tempos de globalização.¹⁰

Nessa conjuntura, o estatualismo passa por uma série de crises, que também são crises do constitucionalismo ligado à forma Estado. Se há uma crise conceitual, como já referido, há também uma crise institucional – que é constitucional – e que permeia os caminhos apontados pelo Estado na atualidade na direção da garantia e concretização de direitos, mas, ao mesmo tempo, muitas vezes no caminho inverso da relativização desses direitos, decorrente da relativização da própria Constituição e da figura estatal.¹¹

Esses tensionamentos importam, entre outras questões, na perda do monopólio estatal no que tange à produção e aplicação do Direito, o que pode, sem dúvida, apontar para uma direção benéfica ligada ao pluralismo social, ao reconhecimento das diferenças, de novos direitos ligados a novos sujeitos, ao reconhecimento dos movimentos sociais e das lutas por direitos que deles toma forma, mas, também, pode partir de uma agenda negativa que se relaciona com questões que são postas e pensadas ao arrepio do Estado, do Direito, do constitucionalismo, e nesse bojo, dos direitos humano-fundamentais em razão de sua conexão intrínseca com a forma estatal como instituição da modernidade.

Essa movimentação contemporânea do Estado e do constitucionalismo pode significar a abertura, a construção, a invenção ou a imposição de novos espaços normativos, o que pode beneficiar a constituição de espaços normativos cosmopolitas – ainda que sob a égide de um novo cosmopolitismo¹² – mas também pode gerar *loci* de poder e normatividade que não se interessem ou se conectam com desideratos cosmopolitas, democráticos e de proteção, garantia e concretização dos direitos humanos.¹³

¹⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; HOFFMAM, Fernando. Por uma identidade constitucional “comum”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 860-884, set./dez. 2015.

¹¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 51-52.

¹² Sobre a possibilidade e as condições de se estruturar no novo cosmopolitismo, ver: HOFFMAM, Fernando. *Do cosmopolitismo ao “comopolitismo” enquanto um novo ambiente para os direitos humanos na Era do Império*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

¹³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; HOFFMAM, Fernando. Por uma identidade constitucional “comum”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*,

Tanto emergem convergências nas tradições jurídicas que se conectam quanto se percebe uma homogeneização jurídico-cultural, sob o risco de um imperialismo de tradições jurídicas hegemônicas ditadas pelo predomínio econômico que se converte em político, jurídico e cultural, por meio da instituição do “Império” enquanto novo paradigma de soberania. Há, assim, pode-se dizer figurativamente, novo(íssimo)s constitucionalismos – como o nomeado “Novo” constitucionalismo Latino-Americano ou, até mesmo, das fórmulas dos neoconstitucionalismos inaugurados na segunda metade do Século XX – ao lado de velhos constitucionalismos, bem como da ausência, parcial ou total do mesmo constitucionalismo.

Nesse cenário, as relativizações pelas quais passam o paradigma estatal e o constitucionalismo estão diretamente relacionadas com o fenômeno da globalização econômica e da conjuntura transnacional que se coloca para o capitalismo em sua nova forma. O capitalismo e o mercado transnacionais implicam a conjuntura de um estatualismo e de um constitucionalismo transnacional que passa a habitar o imaginário, a teoria e a prática jurídica na atualidade, corroborando para a perda de centralidade do Estado e do constitucionalismo como fontes garantes dos direitos humano-fundamentais frente a um pluralismo jurídico-normativo característico do arranjo transnacional.¹⁴

Nesse momento, institui-se uma nova normatividade que, para o presente artigo, nasce do paradigma do “Império” e está inserida na lógica “imperial” de sobreposição ao e utilização do Estado como mais uma estrutura “imperial” de poder. O “Império” produz uma normatividade que se dá ao arrepio do Estado e da ordem democrática, bem como em regra não se importa com as exigências dos direitos humanos, em nível nacional ou internacional. A partir desse momento, para o presente texto, o Direito passa a lidar com ordens normativas distintas, oriundas de lugares distintos de produção, ligadas a atores diversos e buscando variados interesses que, não necessariamente, são os mesmos da ordem democrática e dos direitos humanos.

Itajaí, v. 20, n. 3, p. 860-884, set./dez. 2015.

¹⁴ BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional?. *Revista de Direito Intermacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016.

Quando se fala em diferentes normatividades ou ordens normativas, desde esse momento, fala-se em uma normatividade, em normas construídas legislativamente dentro do jogo democrático, oriundas do Estado e, necessariamente, compatíveis com a constitucionalidade e com os direitos garantidos constitucionalmente. Essas normas, para este trabalho, serão denominadas de normas jurídicas. No entanto, há uma normatividade precedente de outros atores e produzida em outros lugares, coadunando novos desideratos, novos meios de produção, e novos órgãos de aplicação, que não mais exclusivamente os pertinentes à estatalidade e ao constitucionalismo. A essas normas se dará o nome de normas de gestão (*standards* e indicadores) conformando uma normatividade “imperial”, o que se passa a tratar doravante.

2.2 Nova normatividade e novos atores: do que estamos falando?

Nessa caminhada, é imprescindível, já de imediato, determinar conceitualmente o que é o “Império”, além, e antes de qualquer coisa, tecer uma advertência necessária: o “Império” é um conceito e não uma metáfora relacionada aos tempos imperiais, ou seja, à experiência romana, chinesa, americana – aqui se fala em continente americano – anteriores, com suas especificidades. Partindo desse pressuposto, o “Império” se caracteriza pela ausência de fronteiras e, assim, estende o seu poder e a sua normatividade sobre todo o mundo civilizado, abrangendo a totalidade do espaço. Assim, também é importante demarcar que o “Império” não nasce de processos de conquista, mas sim como uma ordem de coisas que se coloca natural e perenemente, suspendendo a história e fundando uma temporalidade própria. Também é preciso deixar claro que o “Império” projeta o seu poder por toda a ordem social, e não apenas pela ordem política e jurídica como espaços típicos do exercício da soberania; por essa razão, pois, se coloca como uma forma de biopoder e, biopoliticamente, controla a própria vida dos indivíduos, até mesmo formando novas subjetividades. E, paradoxalmente, embora se estruture e movimente com base em um estado de guerra global, o conceito de “Império” é sempre dedicado a paz; no entanto, uma paz do sistema – uma paz “imperial”.¹⁵

¹⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 13-15.

Dessa forma, o conceito de “Império” é um conceito global que emana o seu poder de um único centro, mostrando-se como um poder unitário responsável por manter a paz social e produzir os seus valores éticos, e não como expressão de um poder imperial de tipo clássico. Para alcançar esse desiderato, lhe é dada a força necessária e o poder do exercício da coerção, configurando-se um biopoder capaz de buscar a manutenção da paz controlando as guerras que ele mesmos produz.¹⁶ Com efeito:

o novo paradigma é, ao mesmo tempo, estrutura e hierarquia, construção centralizada de normas e produção de legitimidade de grande alcance, espalhada sobre o espaço mundial. É configurado *ab initio* como dinâmica e flexível estrutura sistêmica, articulada horizontalmente [...]. [...] Alguns chamam de “governança sem governo” para indicar a lógica estrutural, às vezes imperceptível mas sempre e cada vez mais efetiva, que move todos os atores dentro da ordem global.¹⁷

Nesse sentido, há uma nova autoridade central que organiza e estrutura um sistema de práticas, mecanismos e normatividades que partem dela e chegam nela, ou seja, o paradigma “imperial” é ponto de partida e de chegada de toda a normatividade, e de todas as práticas que conduzem a política “imperial”. Por isso, Michael Hardt e Antonio Negri¹⁸ questionam se o termo jurídico ou Direito ainda deve ser utilizado no atual contexto “imperial” e respondem no sentido de que as normas supranacionais acabam por adentrar e se sobrepor à ordem normativa adstrita ao Estado-nação, ou seja, o chamado Direito transnacional aberto e flexível se sobrepõe ao Estado e ao constitucionalismo deixando-os em segundo plano, mas não os eliminando.

Traça-se uma paisagem jurídico-normativa imprecisa, pois atacada pela ordem “imperial” e sua normatividade descentralizada e, principalmente, despreocupada com a estatalidade, e, por isso mesmo, com a ordem constitucional e com os direitos humanos característicos dessas instituições. A nova normatividade “imperial” inaugura uma crise da racionalidade moderna e das instâncias de produção e aplicação do Direito, o que

¹⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 28-29.

¹⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 31.

¹⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 35.

implica num desgaste e perda de importância da normatividade jurídica frente à normatividade “imperial”.¹⁹

Ugo Mattei²⁰, nessa linha, embora fale de um processo de americanização do direito, o que não diz com o intento desse artigo, acerta ao proclamar que a normatividade “imperial” é dominante no sistema jurídico mundial, bem como que ela é produzida no interesse do capital e por uma infinidade de atores privados, que, por óbvio, são responsáveis por um déficit de democracia dessa nova normatividade. “A lei imperial é moldada por um espetacular processo de exagero, visando a construção de consentimento com a finalidade de dominação hegemônica”. É possível dizer que o Direito transnacionalizado se engendra com base em uma série de novos atores globais que indicam, também, a ocorrência de uma série de centros de poder, como organizações não governamentais, associações de redes especializadas, movimentos sociais (internacionais/transnacionais), empresas transnacionais, organizações intergovernamentais, agências internacionais (de fomento),²¹ entre tantas outras formas de poder, mas todas sempre articuladas a partir do biopoder “imperial”.

O novo paradigma imperial de soberania – uma soberania permeabilizada que, ao final, descaracteriza-se como tal, induzindo o debate em torno à “crise conceitual” do Estado²² – faz com que essa nova normatividade permeie, indistintamente, as normatividades estatais utilizando-as quando necessário, mas também descartando-as sempre que afrontarem esse novo paradigma.

A partir das considerações de Mateus de Oliveira Fornasier e Luciano Vaz Ferreira, é possível inferir que as fronteiras, antes bem demarcadas entre a *hard law* –

Constituição, normatividade jurídica etc. – e *soft law* – direito internacional, *standards*, indicadores, normas de gestão etc. – é cada vez mais porosa e confusa, pois, com o aumento da complexidade gerado pelo fenômeno da globalização, inadvertidamente multiplicam-se ordens jurídicas diversas que transitam entre *soft law* e *hard law*²³, bem como cada vez mais os modelos de *soft law* tornam-se *hard law* “imperiais”, sendo muito mais impositivas do que a normatividade constitucional emanada do Estado, transformando a *hard law* em *soft law* ou submetendo-a às normas imperiais.

Nesse sentido, Jose Luis Bolzan de Moraes afirma que o Estado de Direito, na atualidade, se vê impactado por uma nova forma de conhecimento e de produção normativa, que invade a institucionalidade e toma de assalto os ambientes de produção normativa, modificando toda a fenomenologia que conduz essa produção. Como propõe o autor, substitui-se a normatividade jurídica, alicerçada na política e democraticamente construída, por uma normatividade privada concentrada no poder da razão matemática.²⁴ É o que se pode chamar com Pierre Laval e Cristian Dardot²⁵ de “nova razão do mundo”, ou seja, uma razão matemática, mercadológica e financeirizada que aporta uma nova razão governamental, constituindo um novo aparelho de Estado que se coloca a serviço do novo paradigma de soberania aparelhada pelo império.

É evidente que o paradigma “imperial” de soberania somente consegue tomar forma com base em uma “grande virada” mediante a implantação geral de uma nova lógica normativa, capaz de incorporar e reorientar duradouramente políticas e comportamentos numa nova direção²⁶, constituindo-se uma nova forma de estatalidade, uma nova normatividade e um novo constitucionalismo que se colocam a serviço do “Império” e de sua força normativa descentralizada, mas, ao mesmo tempo, rígida e extremamente coercitiva.

¹⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). *Revista de Direito Intermacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 337-354, 2016.

²⁰ MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on U.S. hegemony and the latin resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 10, n. 1, p. 383-448, 2003. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgls>. Consulta em: jan. 2020. Tradução livre dos autores: “Imperial law is shaped by a spectacular process of exaggeration, aimed at building consent for the purpose of hegemonic domination”.

²¹ BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional?. *Revista de Direito Intermacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016.

²² MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Passim.

²³ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Intermacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, 2015.

²⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O Estado de direito “confrontado” pela “Revolução da Internet”!. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018.

²⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. Passim.

²⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 190.

Fazendo dialogar as teorias de Michael Hardt e Antonio Negri²⁷ com aquelas de Benoit Frydman²⁸, pode-se chegar a uma definição do que é essa nova normatividade “imperial”, ou seja, de que tipo de normatividade se está a falar. A partir das ideias de Benoit Frydman²⁹, propõe-se, em meio ao novo paradigma de soberania, uma normatividade que busca padronizar tanto as coisas, e aqui se está falando sobre o domínio das normas técnicas, quanto busca padronizar a ação humana, quando falamos das normas de gestão. As normas técnicas tendem a padronização das coisas, dos processos e procedimentos, das exigências de qualidade dos produtos e materiais; são normas que almejam uma normalização das condutas técnico-produtivas na busca por uma maior qualidade, diretamente ligadas à padronização. Essas normas, antes internas às fabricas, às empresas, migram para além delas e acaba por constituir normas gerais de setores e associações profissionais. São exemplos dessas normas, as diversas ISO que geram uma padronização global de processos e condutas alinhados com demandas de padronização que estão para além da estatalidade³⁰.

Assim, “O velho *Rule of Law* vai sendo sucedido por um modelo de governança no qual a sustentação dos atos de poder é conferida pelo respeito à *standars* e indicadores administrativos e não mais aos conteúdos tradicionais do Estado (Liberal) de Direito”³¹. É o que se pode chamar de governança por números, qual seja, uma forma de governo centrada na análise pelo cálculo, na quantificação dos resultados e na programação dos comportamentos dos sujeitos de acordo com padrões normativos apontados por essa mesma governança.³²

Em termos históricos, no início do século XX, os Estados começaram a organizar e criar institutos nacionais de normalização técnica; o primeiro país a tomar

essa atitude foi a Holanda, seguida, num primeiro momento, pela Alemanha em 1917 e pelos Estados Unidos em 1918. Mais tarde, criaram, também, seus organismos estatais de normalização a França, em 1926 e a Bélgica em 1959. Num primeiro momento, esse movimento se dá em nível estatal (nacional), mas, na atualidade, essa é uma demanda internacional (global) que necessita de normas técnicas coerentes e obedecidas em todo o globo terrestre, padronizando processos, procedimentos, exigências por qualidade, utilização de materiais, etc.³³

Nesse plano, ganha, também, espaço as normas de gestão e a construção de uma nova administração voltada para a busca por eficiência e por uma qualidade que não é mais substantiva, mas sim quantitativa. As normas de gestão passam a habitar as instituições tipicamente estatais em uma ode à eficiência, colocando em segundo plano a efetividade das medidas tomadas em relação aos sujeitos, aos cidadãos. Conforme Benoit Frydman³⁴, qualidade e quantidade andam juntas nesses novos tempos, pois a qualidade é medida pelo emprego da cifra. Significa dizer que o que aponta a qualidade da gestão, tanto quanto o que aponta a qualidade técnica, são indicadores, dados, cifras, que quantificam a efetividade³⁵.

Nessa trilha, “se o ‘dado’ é apresentado como um componente do real (ainda que seja um produto de fabricação de um indicador definido), o objetivo a alcançar é uma norma, a norma que orienta o comportamento

²⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2002.

²⁸ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

²⁹ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 28-30.

³⁰ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 29-43.

³¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O Estado de direito “confrontado” pela “Revolução da Internet”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018.

³² SUPLOT, Alain. *O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 70-71.

³³ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 39-40.

³⁴ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 48-49.

³⁵ Nesse ponto é importante mencionar que na atualidade se faz por demais presente na análise estatística por dados e cifras a presença das novas tecnologias da informação e comunicação (TICs). Nesse sentido, a utilização da análise algorítmica no que tange à dados e cifras é um fator de potencialização da quantificação que orienta os movimentos das instituições públicas e privadas na atualidade. Os algoritmos nesse sentido também se mostram extremamente normativos, mas, também, tem a sua normatividade ocultada, bem como, tem os seus verdadeiros intentos escamoteados por estratégias discursivas de neutralidade. No entanto, os números não são neutros, e muito menos os algoritmos programados especificamente para a partir de análises preditivas gerar esses números. Sem sombra de dúvidas a nova normatividade “imperial” composta pelas normas técnicas e de gestão pode ser caracterizada cada vez mais como uma normatividade algorítmica, orientada por uma razão algorítmica programada sob os interesses do “Império” (MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O Estado de direito “confrontado” pela “Revolução da Internet”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018.).

em direção ao fim a alcançar”³⁶; esse fim a alcançar, na lógica “imperial”, engloba a eficiência e a produtividade como dados, mas também engloba os valores éticos que devem traçar esse caminho rumo ao fim a alcançar. Há uma dupla normatividade técnica e ética, que reveste a norma “imperial” enquanto norma técnica ou de gestão para além de sua função pragmática, de uma eticidade que obedece à ética do sistema, à ética imperial, sendo uma ética também técnica, numérica, quantitativa e, sobretudo, privada.

Para além das esferas privadas, então, essas estruturas normativas técnicas e de gestão ganham todos os espaços de produção de sentido, e os sistemas jurídicos não ficam imunes a esse processo. A normatividade jurídica, com base na relação normativa caótica entre uma normatividade tipicamente privada e a normatividade estatal, passa a ser guiada por padrões de qualidade e eficiência que são arranjados a partir da lógica “imperial” no caminho dos interesses dos entes privados que criam as normas técnicas e de gestão³⁷. A *standartização* do Direito e de sua normatividade faz com o que o constitucionalismo e a juridicidade soçobrem frente ao aparato global de poder “imperial”. O biopoder “imperial” estende seus mecanismos de controle sobre o Direito e controla a produção normativa em nível estatal, produzindo um descompasso entre os desideratos do Estado e dos direitos humanos e as intenções dos agentes privados e das demais institucionalidades “imperiais”, que reúnem até mesmo outros Estados que, como competidores na arena global, se sobrepõem aos direitos humanos e a outras instâncias jurídico-políticas estatais.

Chama a atenção Supiot: “da mesma forma que uma constituição na ordem jurídica, a informação estatística é essencialmente normativa e serve para construir um espaço público. Mas, diferentemente de uma constituição, sua normatividade é ocultada”³⁸. Ou seja, o “Império” comanda sem comandar ou, melhor, exerce o seu poder sem que pareça isso um exercício de poder, pois a normatividade “imperial” não faz aparecer as suas intenções, muito menos passa por controles democráti-

cos ou debates públicos, ela apenas é gerada a partir do próprio “Império” para exercer o seu biopoder invisível e guiar o mundo sem que este saiba que está sendo guiado.

Por isso, o “Império” aparece como uma ordem natural, que se constituiu a priori porque isso era inafastável, inevitável. Sua constituição é dada aparentemente natural como um novo paradigma soberano que estende, inadvertidamente, sobre todo o mundo e coloca toda a institucionalidade até ali existente sob os braços das suas estruturas e mecanismos de biopoder, controle e vigilância³⁹. Por isso, em que pese todas as institucionalidades fiquem sob o seu comando e devam se movimentar nessa lógica, nesse espaço-tempo suspenso, determinados Estados e, sobretudo, os atores privados se movimentam com maior êxito e comandam os rumos que a imensa maioria dos atores estatais ou não devem seguir.

Nesse passo, apresentam-se, como atores privados, principalmente as empresas transnacionais e as grandes corporações que estendem suas estruturas e práticas por todo o globo terrestre sem obedecer a qualquer tipo de fronteira, seja territorial ou jurídica. Marília Budó⁴⁰ ensina tratar-se de um modelo de organização empresarial que tem nas suas práticas a sistemática violação de normas jurídicas e dos direitos humano-fundamentais, pois tem, em seu cerne, a negação a qualquer tipo de prestação de contas, não se submetendo a qualquer regime jurídico, seja nacional ou internacional.

Ainda de acordo com a autora, inevitavelmente para além do poder econômico disponível a essas empresas transnacionais, elas são dotadas de um grande poder político, pois, no mais das vezes, os seus interesses se confundem com os dos Estados, ou melhor, com o de governos desses Estados, bem como ocorre uma interdependência que liga, diretamente, práticas estatais da esfera da política às práticas econômicas dessas empresas e grandes corporações globais. Tais relações sejam de parceria, sejam de pressão, e, até mesmo pela via da corrupção, se dão pela utilização de lobby junto aos parlamentos, pela concessão de financiamento de campanha, pela promessa de geração de empregos, en-

³⁶ FRYDMAN, Benoît. *O fim do Estado de direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 49.

³⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaella da Cruz; LIBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 337-354, 2016.

³⁸ SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 74.

³⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 31-33.

⁴⁰ BUDÓ, Marília de Nardin. “Um massacre silencioso que continua”: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 483-513, maio/ago. 2019.

tre outras práticas costumeiras relacionadas às empresas transnacionais⁴¹.

A relação entre capitalismo neoliberal e a ação de atores privados, no que tange a práticas que atentam contra os sistemas jurídicos e os direitos humano-fundamentais, é visível e latente, o que mostra as armas utilizadas pelo “Império” na consecução de seus fins. Nota-se uma típica ação “imperial” no entrelaçamento entre Estados e mercado em direção aos fins econômicos, que, aparentemente, beneficiarão as duas instituições, mas que em verdade trazem ganhos apenas para os atores privados envolvidos nessa relação, e para a própria estrutura “imperial” que, cada vez mais, se agiganta enquanto uma forma central de biopoder.

Dessa forma, mesmo que a normatividade “imperial” se produza com base em um biopoder central, forte e denso, os atores privados atuam com liberdade e facilidade por suas estruturas, seja de produção ou de aplicação das normas. É evidente que as normas técnicas e de gestão nascem, sobretudo, da esfera privada e de atores que habitam o ambiente “imperial”, bem como o ambiente estatal, mas que atuam para além das normas estatais e constitucionais, tendo como prática costumeira o descumprimento do Direito e a violação dos direitos humanos.

Assim, as variadas normatividades que se colocam no espaço-tempo “imperial” passam, necessariamente, a relacionar-se e a criar vínculos no que tange à sua produção e aplicação, bem como surgem de variados atores que buscam a defesa de seus interesses específicos. No entanto, o que deve ser questionado é como se dá essa relação, e qual o papel que passam a ter os direitos humanos em meio a um ambiente “imperial” em que os atores privados optam no mais das vezes pela violação sistemática do Direito, da Constituição e dos direitos humanos.

Portanto, se torna importante compreender a ação das empresas transnacionais nesse novo paradigma de soberania, desvelando suas práticas orquestradas e sistemáticas de violação dos direitos humanos para verificar-se como se pode chegar à responsabilização dessas grandes corporações no âmbito nacional e internacional, consolidando o importante e imprescindível papel

dos direitos humanos, seja na perspectiva nacional ou internacional, para a sua devida responsabilização pela violação à direitos humanos. É o que se passa a tratar na sequência.

3 Os direitos humanos no contexto do novo paradigma normativo “imperial” e a responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos

Nessa sequência, os direitos humanos, seja pela via interna (nacional) ou externa (internacional), ganham importância e lugar de destaque, mesmo frente às novas ordens normativas “imperiais”, se colocando como imprescindível meio de luta e resistência ao “Império”, e como o último interdito frente à ação das empresas transnacionais violadoras desses direitos nacional e internacionalmente. Não se pode duvidar que o processo de internacionalização do Direito, com base nos direitos humanos, se coloca como imprescindível componente da esfera de responsabilização das empresas transnacionais pela violação de tais direitos, tendo uma importância vital para a sistematização de um conjunto de práticas e estruturas aptas a lidar com a ação desses atores “imperiais” (3.1).

Porquanto, as empresas transnacionais, seus processos e estruturação, o modo como se movimentam na arena “imperial”, seja pela via da estatalidade ou para além dela, e as violações sistemáticas aos direitos humanos, no plano nacional e internacional, se mostram exemplos privilegiados no que tange à ação dos direitos humanos na contenção desse processo de erosão total do Direito. Os direitos humanos passam a atuar como verdadeiros interditos em relação à atuação das empresas transnacionais, compondo uma última barreira ética e normativa para a garantia e concretização desses direitos também na esfera privada, constituindo um jogo de luz e sombra entre o fortalecimento e o enfraquecimento desses direitos a partir da ação das empresas transnacionais (3.2).

⁴¹ BUDÓ, Marília de Nardin. “Um massacre silencioso que continua”: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 483-513, maio/ago. 2019.

3.1 O papel dos direitos humanos face ao novo paradigma “imperial”

Contemporaneamente o direito, como já referido ao início, se vê colocado frente a uma série de processos de extrema complexidade, que, ao mesmo tempo em que o alça a lugar de destaque, também o desloca rumo a uma sensação, muitas vezes, de angústia e impotência em meio às novas estruturas vividas pela sociedade e pelo Estado. Na nova lógica “imperial”, como também já foi dito, as institucionalidades estatais se reduzem ou até mesmo se desmancham em meio a processos de esvaziamento de suas funções e estruturas, processo do qual o Direito evidentemente não escapa. Os desarranjos provocados pelos movimentos de internacionalização – do direito –, globalização – do(s) mercado(s) – e mundialização – das práticas sociais e produtivas – desassossegam os sistemas jurídicos, jogando-os em uma zona de desafios a serem superados.

A partir de novos parâmetros de organização social, gestados nesse caldo de mudanças provocado por acontecimentos que marcam a rearticulação do mundo em novas estruturas, a sociedade, como concebida modernamente, presa aos delineamentos territoriais de determinado Estado-Nação, se encontra borrada por uma intensificação dos contatos e inter-relações humanas. Aqui não podemos ter dúvidas que o paradigma de sociedade e de produção se coloca entre “Império” e “Comum”, em uma relação antagônica entre práticas “imperiais” e “multitudinárias”, que implicam um embate entre o plano “imperial” e os movimentos de resistência ao “Império”. Nesse sentido, o Direito e, sobretudo, os direitos humanos, têm lugar de destaque e um papel importantíssimo na busca por processos democráticos de construção normativa que obedeçam para além da lógica econômica dos mercados, a lógica do respeito às humanidades e aos direitos humanos garantidos nacional e internacionalmente.

O direito, nesse caminho, indubitavelmente passa por variados processos, dos quais nos ocupamos de apenas um nesse texto: o processo de internacionalização do direito. Este tem um escopo propriamente jurídico de construção de novas fontes do direito, de novas práticas jurídicas e de novos mecanismos judiciais de tratamento das relações jurídico-sociais. Contudo também tem um viés sociológico que proporciona novas organizações sociais, uma nova concepção de cidadania, de sociedade civil, de Estado, de política etc. Necessa-

riamente, esse processo se dá, ou deveria dar-se, ancorado nos direitos humanos como guia dessa sistemática de internacionalização do Direito, dos sistemas jurídicos, e dos direitos a serem protegidos e concretizados. A internacionalização do Direito, com base nos direitos humanos, deve ocupar lugar de destaque para a construção das novas normatividades que surgem para além do Estado e das instituições democráticas tradicionais, como também deve atuar como barreira ao processo de desconstrução desses direitos e de seus marcos normativos pela lógica econômico-mercadológica que guia a ação das empresas transnacionais.

Nesse viés, há um movimento de internacionalização do Direito, com base nessa efervescência de ordens normativas múltiplas que passam a se entrelaçar num emaranhado normativo que extrapola os limites delimitados pelo Estado e pela Constituição em seu âmbito interno. Esse processo movimenta a normatividade estatal para além dela mesma, combinando-a com essas diversas novas fontes que podem tanto estar inseridas no contexto estatal, quanto transbordadas para fora do Estado, seja em âmbito regional, global, local, etc.⁴² e deve ser apreendida, nesse momento, como um processo complexo no qual se entrecruzam várias forças em concorrência, em que, muitas vezes, o que se tem presenciado é a tomada de protagonismo pela ação dos atores privados frente aos atores democrático-republicanos, de alguma maneira exprimindo aquilo que Bauman e Bordoni identificam na separação entre poder e política.

O processo de internacionalização do Direito também se dá quando da padronização normativa com base em normas técnicas e de gestão, no entanto, o que se deve ter com maior ênfase é a internacionalização pela via dos direitos humanos, levando em conta os seus conteúdos e mecanismos de proteção. Nesse contexto, os direitos humanos ganham o corpo de uma radicalidade, uma radicalidade que desestabiliza o próprio sistema jurídico como um aparato de controle do “Império” – e do próprio Estado em algumas situações – devendo ser percebidos e sentidos como conteúdo de resistência e antagonismo face à maquinaria de controle biopolítico perpetrado pelo “Império” – e também pelo Estado.

⁴² MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI NETO; Alfredo (org.). *Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos*. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 15-55.

Os processos de conquista de direitos são processos antagônicos tanto quanto os estruturados pelo trabalho vivo no que tange ao controle da produção e à produção meramente material empreendida pelo capital. É nesse sentido que direitos humanos, democracia e “comum” como sujeito de Direito e dos direitos humanos se engendram num relacionamento pelo desejo que nasce da “multidão”; o desejo pelo novo e por possibilidades efetivamente e evidentemente humanas de realização política, jurídica, econômica e social.

Para Douzinas: “se os direitos humanos são a causa e o efeito do desejo, eles não pertencem aos humanos, direitos humanos constroem humanos”.⁴³ Constroem possibilidades de que humanidades diversas se constituam enquanto sujeitos, enquanto sujeitos de direitos seja qual for sua raça, cor, credo, religião, origem, seja pertencente às elites do norte global ou aos marginalizados do sul global. Os direitos humanos são condição de possibilidade da resistência frente à expropriação “imperial” que tem como vetor a ação das empresas transnacionais, sendo conteúdos que permitem um processo de produção de novas normatividades, mas não mais ao arpejo do constitucionalismo e do próprio conteúdo dos direitos humanos como no caso da normatividade “imperial”.

Nesse caminho, os direitos humanos, por meio do “comum”, como um novo sujeito da luta e da resistência, surgem como principal meio de combate e resistência antagonista aos poderes “imperiais” e à ação dos atores “imperiais” que engendram um sistema de percepção e construção de sentidos ao arpejo do Direito e dos direitos humanos⁴⁴. Os direitos humanos devem ser uma coordenada central para ação das instituições nacionais e internacionais para a construção de marcos normativos que atendam a relação equânime entre os interesses das empresas transnacionais e dos sujeitos à mercê da ação dessas empresas, mas sempre tendo como guia os direitos humanos sem fazer qualquer concessão quanto à extensão contetudística ou protetiva desses direitos.

Nesse contexto, os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos indivíduos não são violados, apenas,

pela ação soberana de um poder constituído, mas também pela ação de novas estruturas dispersas de poder, das quais as empresas transnacionais fazem parte.

O “sujeito comum” dos direitos humanos está constantemente ameaçado e tendo seus direitos violados pelas práticas e estruturas do “Império” e dos atores que o compõem — fala-se, nesse sentido, tanto das ações de determinados atores estatais quanto da atuação dos atores privados, ou seja, das empresas transnacionais⁴⁵.

A respeito da sistemática “imperial”, é possível e importante trazer a lição de Marília Budó, de que, em muitas ocasiões, as violações de direitos (humanos) perpetradas pelas empresas transnacionais ocorrem em operações concatenadas, ou, no mínimo, permitidas pelos entes estatais. Não é raro, devido à pretensos ganhos com a instalação desses grandes conglomerados empresariais, que determinados Estados encubram, ou façam “vistas grossas” às práticas criminosas dessas grandes empresas, ou, até mesmo, sejam cúmplices de tais ações criminosas⁴⁶. Tais situações encontram-se inseridas no âmbito dos chamados “crimes dos poderosos”, sob esse conjunto de crimes, pertencendo às práticas criminosas perpetradas pelos Estados, pelas grandes corporações empresariais transnacionais, ou, por ambas instituições conjuntamente, por ação ou por omissão.

Estados e atores privados, invariavelmente, atuam juntos quando inseridos nos movimentos do mercado global e do capitalismo financeiro, o que corrobora a característica marcante de tais condutas unirem instituições detentoras de poder político e financeiro, justamente por essa relação promíscua entre estatalidade e empresas transnacionais⁴⁷.

Tais processos, engendrados por Estados e mercados, provocam o que se denomina de dano social, em um sentido de ruptura com a teoria do crime, que se concentra em tipos penais determinados sem se preocupar com o dano social causado por tal conduta. Aqui

⁴³ DOUZINAS, Costas. As muitas faces do humanitarismo. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 375-424, 2015.

⁴⁴ HOFFMAM, Fernando. *Do cosmopolitismo ao “comumpolitismo” enquanto um novo ambiente para os direitos humanos na Era do Império*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 173.

⁴⁵ HOFFMAM, Fernando. *Do cosmopolitismo ao “comumpolitismo” enquanto um novo ambiente para os direitos humanos na Era do Império*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 48-49.

⁴⁶ BUDÓ, Marília de Nardin. “Um massacre silencioso que continua”: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 483-513, maio/ago. 2019.

⁴⁷ COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; BUDÓ, Marília de Nardin. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos estados e dos mercados. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, p. 55-90, jan./abr. 2018.

não quer se veicular a possibilidade de haver crimes mais ou menos importantes, nem mais ou menos danosos, no entanto, os danos sociais oriundos da criminalidade estatal e mercadológica têm um impacto muito mais profundo, e, em muitos casos, global, em comparação à criminalidade cotidiana, o que mostra o potencial ofensivo incomensurável de tais práticas violadoras dos direitos humanos perpetradas pelas grandes corporações transnacionais⁴⁸. Para Marília de Nardin Budó:

[...] ao colocar o dano social no centro dos objetos de análise está-se, antes de qualquer coisa, denunciando as próprias organizações políticas e econômicas vigentes, nas esferas local, nacional e global, sem cuja superação não é possível imaginar mudanças no insustentável desenvolvimento do capital e em todas as vitimizações que o acompanham⁴⁹.

Nessas condições, mostra-se de retumbante importância a participação democrática para a construção de parâmetros comportamentais a serem seguidos pelas empresas transnacionais, bem como para a construção da própria normatividade decorrente das ações e desejos dessas empresas no que tange à relativização e descumprimento de direitos garantidos em nível constitucional e de tratados internacionais⁵⁰.

Logicamente, essa participação não pode estar limitada aos mecanismos estatais, institucionais de participação político-democrática, pois, como já foi visto, Estados (governos) e empresas transnacionais inúmeras vezes têm interesses convergentes. A sistemática “imperial” procura apagar as diferenças entre estatalidade e corporações empresariais, para tratar todos pelo prisma gerencial-concorrencial, gerando uma competitividade que faz com que os Estados também violem direitos humanos em nome da competitividade, do lucro e da concorrência.

Pelo olhar de Adoración Guamán, é possível visualizar as posições contrárias de diversos Estados e da União Europeia relativas a vários pontos do trabalho

⁴⁸ COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; BUDÓ, Marília de Nardin. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos estados e dos mercados. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, p. 55-90, jan./abr. 2018.

⁴⁹ BUDÓ, Marília de Nardin. “Um massacre silencioso que continua”: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 483-513, maio/ago. 2019.

⁵⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). *Revista de Direito Intermacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 337-354, 2016.

no âmbito do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) para a construção de um Instrumento Juridicamente Vinculante sobre empresas transnacionais e direitos humanos⁵¹, o que demonstra que, na ótica “imperial”, os interesses entre Estados e atores privados se confundem e impedem que as novas normatividades “imperiais” sejam orientadas pelos direitos humanos, não possibilitando sequer um equilíbrio entre a ação das empresas e a proteção dos direitos humanos.

Ainda analisando o processo de produção do Instrumento Juridicamente Vinculante no âmbito do grupo de trabalho, é importante frisar que houve, pelo menos, dois grandes blocos de Estados e, conseqüentemente, de posicionamento. Um primeiro posicionamento foi no sentido de até mesmo exigir manifestações mais avançadas no sentido de constituir instrumentos e mecanismos de controle e responsabilidade das empresas transnacionais, defendido pelo Equador, África do Sul e seus aliados, basicamente Estados latino-americanos e africanos. De outra banda, a União Europeia e seus Estados membros, assim como Rússia e Austrália, e em algumas questões até mesmo Brasil e México, se colocaram criticamente quanto ao conteúdo do documento, sobretudo em algumas questões específicas, como a atribuição de obrigações diretas às empresas, o estabelecimento de obrigações extraterritoriais a respeito do controle e sanção das práticas das empresas que violem os direitos humanos, a afirmação da prioridade dos direitos humanos frente aos tratados comerciais, entre outras questões.⁵²

Nesse seguimento, Manoela Roland e Paola Angelucci afirmam a importância de se produzir um Instrumento Vinculante no sentido de um Tratado Internacional sobre direitos humanos e empresas transnacionais, de modo a vencer o que elas denominam de estado-centrismo, em direção a consideração das empresas transnacionais como sujeitos de direitos e deveres na arena internacional. Afirmam as autoras ser o momen-

⁵¹ GUAMÁN, Adoración. Del documento de elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. *Revista de Direito Intermacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 84-114, 2018.

⁵² GUAMÁN, Adoración. Del documento de elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. *Revista de Direito Intermacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 84-114, 2018.

to para que se pense e efetivamente se produza tal tratado internacional, podendo-se, assim, responsabilizar nacional e internacionalmente as grandes corporações empresariais transnacionais por violações aos direitos humanos⁵³.

Torna-se importante deixar claro que não se defende a retirada do Estado dos processos de construção dos marcos normativos relacionados à punição de condutas violadoras dos direitos humanos por parte das empresas transnacionais, pois, quando se fala em estadocêntrismo, se quer referir à centralidade do Estado nesses processos, centralidade que ele já perdeu, e que deve essa perda ser assumida pela própria estatalidade para que se possa avançar na proteção dos direitos humanos frente à ação de atores privados globais.

Desde já, as empresas transnacionais têm obrigação de respeito aos direitos humanos decorrente de inúmeros tratados internacionais sobre a matéria, como também os Estados têm o dever de fiscalizar o cumprimento de tais obrigações, e também de punir o seu descumprimento. Porquanto, um marco normativo internacional/global sobre direitos humanos e empresas transnacionais seria muito mais vinculante no que tange tanto às obrigações estatais quanto aos deveres dos atores privados, percebendo-se a necessidade de se pensar um novo marco para além dos tratados de direitos humanos existentes. Ademais, conforme mencionado por Marília Budó, os crimes dos mercados estão invariavelmente relacionados a práticas estatais tanto omissivas quanto comissivas. O descumprimento do direito e a violação dos direitos humanos acabam por fazer parte do jogo de luz e sombra praticado entre empresas e Estados. Com efeito:

não há dúvida de que os tratados de direitos humanos impõem uma obrigação vinculante aos Estados de garantir o respeito a estes direitos. Como consequência, para que seja possível realizar este dever de forma plena, os Estados devem garantir que os direitos humanos não sejam violados por terceiros – o que inclui as corporações.⁵⁴

⁵³ ROLAND, Manoela Carneiro; ANGELUCCI, Paola Durso. *O processo de elaboração do tratado de direitos humanos e empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo direito internacional público*. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/03/O-PROCESSO-DE-ELABORA%C3%87%C3%83O-DO-TRATADO-DE-DIREITOS-HUMANOS-E-EMPRESAS-1.pdf>. Acesso em: jan. 2020. p. 1-23.

⁵⁴ ROLAND, Manoela Carneiro; ANGELUCCI, Paola Durso. *O processo de elaboração do tratado de direitos humanos e empresas: uma*

Dessa forma, resta claro que tanto a ação dos Estados quanto a ação das grandes corporações estão inseridas no paradigma “imperial” e na sua lógica trágica de produzir um estado de guerra global, em que as violações aos direitos humanos não passam de danos colaterais. De acordo com Fernando Hoffmam⁵⁵, a aplicação e a produção do Direito são vistas e tidas como um fim de técnicas que se desprendem do modelo estatal de produção e aplicação jurídica, renegando valores humanos atinentes ao Estado Democrático de Direito, o que coloca essas novas normatividades “imperiais” à margem do Direito, seja enquanto técnica, seja enquanto prática, seja no que se liga ao seu conteúdo.

Nesse caminho, claramente há de se ordenar o pluralismo normativo — de fontes e de atores — sob um ponto comum de observação e práticas que consubstanciem uma nova ordem jurídica internacionalizada, mas construída compartilhadamente, e não impositivamente. Essa ordenação do pluralismo deve ter como ponto comum os direitos humanos, vistos nesse momento como direitos da humanidade. Busca-se estabelecer uma ordem normativa plural-humanitária como caminho e fonte de um diálogo construtivo de uma racionalidade prático-legal intersubjetivamente possível, nas pegadas de uma visão comum-universal atrelada à positividade transcendente dos direitos humanos como *locus* de sustentação dos sistemas jurídicos mundiais-planetários num horizonte de garantia do homem e de sua humanidade⁵⁶.

Esse passo é mais do que necessário, especialmente quando as grandes empresas transnacionais, cada vez mais, utilizam de práticas, processos e modelos para burlar as normas jurídicas nacionais e internacionais, e para encobrir as suas violações aos direitos humanos. Nesse ponto, é importante analisar, privilegiadamente,

oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo direito internacional público. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/03/O-PROCESSO-DE-ELABORA%C3%87%C3%83O-DO-TRATADO-DE-DIREITOS-HUMANOS-E-EMPRESAS-1.pdf>. Acesso em: jan. 2020. p. 1-23.

⁵⁵ HOFFMAM, Fernando. *Do cosmopolitismo ao “comumpolitismo” enquanto um novo ambiente para os direitos humanos na Era do Império*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 53.

⁵⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI NETO; Alfredo (org.). *Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos*. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 15-55.

as ações de tais empresas transnacionais, como opera o direito penal em relação a tais empresas, como elas se movimentam no que tange às normas trabalhistas nacionais e internacionais, e qual o seu comportamento quanto às violações de direitos humanos como meio ambiente, o direito à moradia, dignidade da pessoa humana, direito à vida, à liberdade, entre outros. É o que se trata na continuidade desse artigo.

3.2 O exemplo privilegiado da responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos: entre o enfraquecimento e o fortalecimento dos direitos humanos

A partir do que se construiu até esse momento do texto, é possível enfrentar a problemática envolvendo as empresas transnacionais e sua postura frente aos direitos humanos como um exemplo privilegiado em relação ao processo (ao jogo) de fortalecimento e enfraquecimento dos direitos humanos inseridos no “Império”. Além disso, também é possível considerar um ótimo objeto de análise para a relação entre as novas normatividades “imperiais” assentadas em normas técnicas e de gestão e as normatividades oriundas do Estado, sobretudo as normas jurídicas, constitucionais e de direitos humanos.

É possível entrelaçar processos de constituição e desconstituição de instituições e direitos, ou, no mínimo, o enfraquecimento de determinados setores frente à esfera privada que estende seus domínios sobre áreas que antes eram exclusivas dos entes estatais. A lógica “imperial” faz com o que um processo de erosão acomete grande parte dos Estados, ao mesmo tempo que fortalece determinados Estados, pois necessita desses para alcançar os seus objetivos, seja no âmbito público seja no âmbito privado.

Nesse sentido, num primeiro momento, é importante compreender a sistemática penal no que tange à (im) possibilidade de responsabilização penal das empresas transnacionais pelas violações aos direitos humanos que praticam, e que, às vezes, configuram-se como crimes na realidade. Marília Budó⁵⁷ é bastante clara ao dizer que, na maioria dos casos, as condutas perpetradas pelas empresas transnacionais que violentam direitos humanos

são descontextualizadas como tal pelos próprios atores privados, e, até mesmo pelos entes públicos. Para além dessa questão, ainda as práticas criminosas das grandes corporações são de difícil visualização pela população, bem como o seu potencial lesivo é de difícil percepção, pois o direito penal faz parecer mais grave determinados crimes corriqueiros – a criminalidade do dia a dia – do que os crimes das grandes empresas transnacionais.

Dessa forma, cria-se o conceito de crimes corporativos como práticas comissivas ou omissivas que configuram atos ilegais como resultado de decisões deliberadas, e perpetuadas em um aparato formalmente organizado para atingir determinados fins com base na prática de determinados atos, ainda que ilegais. Nesse conjunto de crimes, registram-se os crimes financeiros, contra os consumidores, crimes associados às relações de trabalho, como a utilização de trabalho escravo ou em condições análogas à de escravo, crimes contra o meio ambiente, entre outros⁵⁸.

Por esse motivo, Marília Budó constata que a criminalidade que causa os maiores danos sociais não são os que o sistema penal e o direito penal estão ocupados e acostumados a problematizar e perseguir, são sim crimes invisíveis — invisibilizados —, pois praticados por grupos poderosos que, em muitas ocasiões, se articulam com os próprios Estados. Desse modo, o conceito de danos sociais passa a ser um conceito-chave para que se possa ter uma outra visão sobre os crimes praticados pelas grandes corporações, e para que essa criminalidade seja percebida como extremamente nociva e presente no cotidiano de todos os indivíduos⁵⁹.

Para exemplificar essa problemática, Marília Budó nos revela o caso do amianto, e nos desvela o olhar sobre uma prática criminosa e deliberadamente perpetrada e aceita por grandes corporações. O amianto, para além dos danos relacionados ao trabalho e ao meio ambiente, em algumas regiões do mundo, foi responsável por uma série de mortes e, embora eliminado da Europa e de vários países do mundo, ainda segue sendo produzido e utilizado em vários países, como é o

⁵⁷ BUDÓ, Marília de Nardin. “Um massacre silencioso que continua”: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 483-513, maio/ago. 2019.

⁵⁸ COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; BUDÓ, Marília de Nardin. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos estados e dos mercados. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, p. 55-90, jan./abr. 2018.

⁵⁹ BUDÓ, Marília de Nardin. “Um massacre silencioso que continua”: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 483-513, maio/ago. 2019.

caso brasileiro. Sobre o caso do amianto, a autora se concentra no acontecido na cidade italiana de Casale Monferrato, que, durante anos, de 1907 a 1986, abrigou uma fábrica da Eternit que fabricava desde chaminés até telhas onduladas, todas à base de fibrocimento, um composto de cimento e amianto. Os funcionários trabalhavam na descarga e processamento do amianto sem qualquer proteção; a empresa praticou descarte irregular do amianto ao longo do rio que banha a cidade e a região, criando grandes bancos de amianto; rejeitos da fábrica eram doados para particulares ou vendidos a preço baixíssimo, posteriormente utilizados em parques e praças, entre outras tantas práticas violadoras dos direitos humanos mais básicos de qualquer indivíduo⁶⁰.

Chegando-se ao extremo, a população de Casale Monferrato, trabalhando ou não diretamente na fábrica da Eternit, foi acometida por uma série de doenças gravíssimas, todas decorrentes da utilização e processamento do amianto, como a asbestose, câncer de pulmão e câncer de pleura. “De 1964 a 1986, os dados oficiais – certamente sub-representados, dado que à época o diagnóstico era falho – indicam que 117 trabalhadores de ambos os sexos morreram de câncer de pulmão, 89 de asbestose e 43 de câncer de pleura”. Criminalmente, a punição dos dirigentes da indústria foi buscada a partir de 1985. Devido aos números alarmantes de mortos e enfermos, iniciou-se a instrução, culminando com o início do processo penal em 1990. No entanto, embora após perícias técnicas e as manifestações das partes seis dos dezesseis réus tenham sido condenados, as penas foram baixas, e, em sua maior parte, no ano de 1995, operou-se a prescrição, acabando por serem inócuas tais medidas. Ainda, em 2012, após longo processo, o suíço Stephan Schmidheiny, um dos responsáveis pela gestão do estabelecimento, foi condenado a 16 anos de prisão e ao pagamento de 100 milhões de euros pela prática dos crimes de desastre ambiental doloso permanente e de omissão dolosa de medidas de segurança para os trabalhadores. Porém, em novembro de 2014, a sua punibilidade foi julgada extinta pela prescrição⁶¹.

⁶⁰ BUDÓ, Marília de Nardin. “Um massacre silencioso que continua”: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 483-513, maio/ago. 2019.

⁶¹ BUDÓ, Marília de Nardin. “Um massacre silencioso que continua”: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 483-513, maio/ago. 2019.

Note-se que a impunidade é a lógica do sistema, e por isso permanece perpetrando as mesmas condutas delitivas contra o meio ambiente, contra os trabalhadores, e contra os direitos humanos em geral. Há uma sistemática de impunidade que une Estado e mercado, com a difícil ou quase impossível responsabilização e consequente reparação dos danos causados às vidas dessas pessoas pelas práticas empresariais contrárias aos direitos humanos. No Brasil, não se pode ter dúvidas de que o retrato é o mesmo, e de que as grandes empresas transnacionais, inclusive, vêm para o país por saberem das suas vulnerabilidades. Com efeito:

a atuação das empresas nacionais ou transnacionais da área da mineração espelha a lógica global do lucro e da concentração do comércio mundial em área tão estratégica, nas mãos de poucos. Essa é a expressão de um fenômeno global que comprova os estreitos laços entre os interesses das empresas privadas do setor da mineração e o de governantes de Estados, em geral, de âmbito econômico e politicamente.⁶²

Nesse talante, a atuação das empresas mineradoras no Brasil e no mundo é predatória e atentatória contra os direitos humanos, sobretudo no sentido de buscar Estados mais vulneráveis do ponto de vista jurídico e político para se instalar e cometer seus crimes. Ademais, normalmente as grandes riquezas em matérias-primas, como minérios, encontram-se em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimentos, em grande parte no Sul global.

Evidentemente, um caso brasileiro que teve grande repercussão foi o caso Mariana. Em 05 de novembro de 2015, o município de Mariana, em Minas Gerais, foi acometido pela maior tragédia ambiental da história do país com o rompimento da barragem “Fundão”, que fazia parte de um complexo de mineração denominado “Germano”, e pertencente à Samarco Mineração S/A, uma joint-venture que tem como acionistas a Vale S/A, empresa transnacional brasileira, e a empresa transnacional australiana BHP Billiton. Como nos trazem Jânia Saldanha e Clara Bohrz⁶³, em outubro de 2016, foi ofe-

⁶² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BOHRZ, Clara Rossato. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *HOMA Pública: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p. 156-203, 2018.

⁶³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BOHRZ, Clara Rossato. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *HOMA Pública: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p. 156-203, 2018.

recida denúncia contra 21 pessoas na justiça brasileira, pelo cometimento dos crimes de homicídio qualificado com dolo eventual em decorrência da morte de 19 pessoas, além de inundação, desabamento e lesões corporais graves. As empresas Samarco, Vale e BHP respondem, judicialmente, por 12 crimes contra o meio ambiente, bem como a empresa e o engenheiro responsáveis pelo laudo que atestou a estabilidade da barragem estão sendo acusados por apresentação de laudo ambiental falso.

Nesse ponto, fica claro que a prática de violação de direitos humanos pelas empresas transnacionais é recorrente e comum: ela é uma prática compartilhada, sistematizada e global. Desde a cidade italiana que sofre com o amianto, até a bela Mariana devastada, as grandes corporações provocam uma rotina de descumprimento de leis e violação à direitos, que acaba por naturalizar-se como uma prática rentável justamente pela falta de punição.

Desse modo, são por demais importantes as considerações de Mariângela Cognese e Marília Budó⁶⁴, de que as grandes corporações têm influência política gigantesca até mesmo no sentido de construir o Direito e o próprio direito penal para se beneficiarem. Tais empresas exercem um grande controle político sobre o que é ou não definido como crime, protegendo-os do rótulo de criminosos, e fazendo com que as leis penais estatais/nacionais não sejam suficientes para a punição dos crimes cometidos.

Nesse cenário se comprova, sobretudo, o descaso estatal com as práticas criminosas e a falta de punibilidade de tais crimes, com base no momento em que pouco mais de três anos após a tragédia de Mariana, uma tragédia ainda maior, principalmente do ponto de vista humano, volta a acontecer no Estado de Minas Gerais. No dia 25 de janeiro de 2019, rompe-se a barragem da Mina do Córrego do Feijão na cidade de Brumadinho, em Minas Gerais, contabilizando um total de 259 mortos e ainda 11 desaparecidos, todos soterrados pelos rejeitos de minério e pela lama que desceu da barragem.

Em nome do lucro, do mercado e da movimentação econômica gerada por essas grandes empresas mineradoras, mesmo após a tragédia de Mariana, os licenciamentos ambientais não ficaram mais criteriosos, as fis-

calizações às barragens não se tornaram mais rigorosas, o poder público não desfez a parceria que através do descaso já havia provocado uma tragédia, e mais uma catástrofe ambiental e humana de proporções gigantescas aconteceu.

Como apontam Jânia Saldanha e Clara Bohr⁶⁵, esse não é um “privilegio” brasileiro, pois o currículo de violações a direitos da Vale é enorme e em escala mundial/global. As autoras narram os casos de Sechura, no Peru, o caso moçambicano, o caso de responsabilização da empresa na Swazilândia, e também mencionam casos na Argentina, Chile, Indonésia, entre outros países.

Essa é uma sistemática “imperial” de manutenção da ordem econômica e mercadológica “imperiais” ao preço dos direitos humanos, de milhares de vidas, de direitos trabalhistas, da dignidade humana; questões que não importam ao “Império” e aparecem como nada mais do que danos colaterais. A multiplicidade de Estados acometidos se mostra justamente pela lógica “imperial” de produção normativa, e de busca por normas jurídicas mais frágeis e mais fáceis de serem modificadas ou descumpridas, a depender da capacidade econômica e da autonomia política de cada Estado. Com efeito:

[...]é necessário um marco normativo global que positive esses caminhos, leve as empresas a sujeito de direito internacional e que – ao contrário do que tem proposto a ONU até agora –, faça a transformação de um direito não obrigatório e sancionável (responsabilidade social e moral) em um direito obrigatório e sancionável (responsabilidade jurídica).⁶⁶

É importante ressaltar que se pode notar um esforço, mesmo que ainda sem grande efetividade, em compor um quadro normativo no que tange à direitos humanos e empresas transnacionais. Nesse quadro, apontam-se os Guiding Principles On Business And Human Rights, sendo estes divididos em princípios gerais, sejam estes os que determinam: a) que existem obrigações dos Estados de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos e as liberdades fundamentais; b) papel

⁶⁴ COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; BUDÓ, Marília de Nardin. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos estados e dos mercados. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, p. 55-90, jan./abr. 2018.

⁶⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BOHRZ, Clara Rossato. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *HOMA Pública: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p. 156-203, 2018.

⁶⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BOHRZ, Clara Rossato. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *HOMA Pública: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p. 156-203, 2018.

das empresas como órgãos especializados da sociedade que desempenham funções especializadas, obrigadas a cumprir todas as leis aplicáveis e a respeitar os direitos humanos; e c) a necessidade de direitos e obrigações a serem combinados para se adequar e remédios eficazes quando violados. Ainda, há a previsão de uma cadeia específica de princípios no que tange: a) ao dever do Estado de proteger os direitos humanos; b) a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos; e c) acesso à remédios jurídico-processuais referentes a tais violações.⁶⁷

Nesse sentido, o Grupo de Trabalho sobre a questão dos direitos humanos e das empresas transnacionais e outras empresas segue mantendo uma agenda de fóruns na intenção de se chegar o mais breve possível a um instrumento jurídico vinculante internacional/global. De 25 a 27 de novembro de 2019, o Grupo de Trabalho reuniu-se para o Oitavo Fórum⁶⁸ e, embora tenha-se re-

⁶⁷ NAÇÕES UNIDAS. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: jun. 2021. p. 1-42. Tradução livre dos autores. Aqui, é importante trazer que tais princípios são utilizados com um dos fundamentos da decisão do Tribunal Distrital de Haia, decisão essa de 26 de maio de 2021, ou seja, a poucas semanas, que condenou a Shell nos seguintes termos: “o Tribunal escreveu que ordena a Royal Dutch Shell (RDS), tanto diretamente quanto por meio das empresas e entidades legais que normalmente inclui em suas contas anuais consolidadas e com as quais forma conjuntamente o grupo Shell, para limitar ou causar ser limitado o volume anual agregado de todas as emissões de CO2 na atmosfera (Escopo 1, 2 e 3) devido às operações de negócios e produtos transportadores de energia vendidos do grupo Shell a tal ponto que este volume será reduzido em pelo menos líquido 45% no final de 2030, em relação aos níveis de 2019”, sendo a decisão executória provisoriamente, ou seja, gerando efeitos mesmo que a empresa recorra. Climate Change Litigation Databases. *Miliudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/miliudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>. Acesso em: jun. 2021. Tradução livre dos autores. Insta frisar que o presente artigo opta por trazer tal decisão, mesmo sem discuti-la pela importância da mesma no que tange aos direitos humanos e empresas transnacionais, ao mesmo tempo que pela mesma importância, os autores optam por debater tal decisão em artigo posterior, com maior profundidade e tempo para o debate.

⁶⁸ É importante mencionar que, entre os dias 26 e 28 de novembro de 2018, ocorreu o Sétimo Fórum do Grupo de Trabalho sobre a questão dos direitos humanos e das empresas transnacionais e outras empresas em que foram tratadas entre outras questões de maneira pontual os contornos, definições, características, amplitude, formas de aplicação, entre outros, da figura da “devida diligência em matéria de direitos humanos”. Tal figura é uma das mais importantes em relação às empresas transnacionais e o respeito aos direitos humanos, estando ancorada no segundo princípio retórico da ONU em matéria de direitos humanos e empresas (transnacionais). NAÇÕES UNIDAS. Informe del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos. *La debida diligencia de las empresas en materia de derechos*

gistrado avanços como a proposição de planos de ação nacionais por inúmeros Estados, essas medidas perdem um tanto da sua efetividade por ainda estarem limitadas ao âmbito dos Estados-nação, qual seja, não perpassando a esfera de proteção estatal para uma perspectiva internacional/global.⁶⁹

Para los Gobiernos, la elaboración y aprobación de un plan de acción nacional es un paso importante en la dirección correcta; sin embargo, un plan debe constituir un punto de partida y el inicio de un proceso de acción nacional que cuente con la participación de todas las partes interesadas pertinentes para que la política se plasme en la práctica. puede constituir un potente instrumento orientado hacia el futuro y capaz de inspirar nuevas normativas y políticas.⁷⁰

Fica claro que, mesmo que haja progressos no debate do tema, na postura dos Estados, gerando avanços internos – seja do ponto de vista normativo, seja por meio de planos de ação –, ainda há a latente necessidade de se produzir internacionalmente um marco normativo no que concerne à temática dos direitos humanos e das empresas transnacionais. As ações estatais não podem ser o final do percurso, mas sim o início de um caminho rumo a uma normatividade internacional/global que não vá ao encontro das novas normatividades “imperiais”; que esteja de acordo com as práticas, ações e conteúdos ligados aos direitos humanos, à sua proteção, garantia e concretização.

Essa necessidade de uma normativa internacional/global sobre direitos humanos e empresas (transnacionais) fica evidente quando no âmbito do Oitavo Fórum o Grupo de Trabalho, em que se aponta uma série de dificuldades na aplicação dos marcos normativos existentes, tanto em perspectiva nacional quanto internacional. Entre outras questões, notam a falta de coerência na aplicação de tais normativas pelos Estados, a falta de es-

humanos: prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras. 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/224/90/PDF/N1822490.pdf?OpenElement>. Acesso em: abr. 2020.

⁶⁹ NAÇÕES UNIDAS. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Empresas y los Derechos Humanos acerca de la “coherencia de las políticas gubernamental para proteger las violaciones de los derechos humanos relacionados con la actividad empresarial”. 2019. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/74/198%5d>. Acesso em: abr. 2020. p. 1-25.

⁷⁰ NAÇÕES UNIDAS. Informe del Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos acerca de la “coherencia de las políticas gubernamental para proteger las violaciones de los derechos humanos relacionados con la actividad empresarial”. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/74/198%5d>. Acesso em: abr. 2020. p. 1-25.

truturas estatais compatíveis para lidar com tal problemática e com a aplicação das normas referentes, como, por exemplo, estruturas ministeriais burocráticas, hierarquizadas e com dificuldades de comunicação entre os diferentes setores, a falta de comunicação e de objetivos comuns entre as diversas políticas adotadas na implementação das normas referentes aos direitos humanos e empresas (transnacionais), a falta de comunicação e coordenação do trabalho entre os diversos órgãos governamentais, entre outras problemáticas que surgem.⁷¹

Sob esse prisma, é evidente que, mesmo com os esforços do Grupo de Trabalho, há um déficit gigantesco ainda em relação às práticas das empresas transnacionais e o respeito aos direitos humanos, que decorre de um déficit de normatividade nacional e internacional especificamente em relação a esse assunto. Essa deficiência regulatória acaba manifesta-se na preponderância da normatividade “imperial” por via das normas técnicas e de gestão e dos indicadores e *standards* sobre as normas jurídicas vinculadas aos Estados, seja na esfera nacional ou internacional. Logo, o que se nota é que o “Império” acaba por reger as relações entre as empresas transnacionais e outras empresas e a necessidade de proteger, garantir e concretizar os direitos humanos em toda a sua extensão, amplitude e profundidade, seja no que se

relaciona com os mecanismos apropriados para tal, seja em relação ao seu conteúdo.

Nesse contexto, o esvaziamento estrutural e funcional do Estado, que perde não somente o monopólio de produção e aplicação do Direito, como também a sua centralidade, liga-se diretamente ao surgimento de novas normatividades “imperiais” calcadas na ação de atores privados e oriundas da coordenação de normas técnicas e de normas de gestão, e não mais de normas jurídicas, constitucionais. Nesse sentido, sem dúvida alguma, os direitos humanos surgem como um importante e vital interdito frente à ação desregulatória e descumpridora do Direito e dos direitos, porquanto, o espaço de ação das empresas transnacionais e a sua (des)responsabilização se constituem como um exemplo extremamente privilegiado do embate entre a lógica “imperial” que faz o Direito sucumbir, e a lógica dos direitos humanos que, cada vez mais, devem ser meios de resistência e antagonismo ao “Império”, e nesse bojo à ação das empresas transnacionais, o que mostra a necessidade, cada vez mais latente e urgente, da construção de um marco regulatório internacional/global com força jurídico-normativa e vinculante, o que, infelizmente, ainda não aconteceu, e parece distante de se materializar.

4 Considerações finais

Chegando-se ao fim do presente trabalho, é possível concluir que as instituições jurídico-políticas modernas, centrando-se a análise no Estado e no constitucionalismo que com ele se relaciona, perdem o seu espaço e a sua centralidade para novos atores globais para novas normatividades e, principalmente, para um novo paradigma de soberania, que atende pelo nome de “Império”.

O paradigma “imperial” organiza e estrutura uma nova ordem normativa que se constitui a partir da ação de novos atores – principalmente as empresas transnacionais –, que criam novas espécies normativas, as normas técnicas e de gestão que concorrem e se sobrepõem à normatividade jurídica. Essas novas normatividades “imperiais” são ordenadas pelo Princípio da Concorrência e pelo atendimento a necessidades relativas aos atores privados, que passam a compor um novo cenário de lugares de produção e aplicação do direito.

⁷¹ NAÇÕES UNIDAS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre sobre las Empresas y los Derechos Humanos acerca de la “coherencia de las políticas gubernamental para proteger las violaciones de los derechos humanos relacionados con la actividad empresarial”*. 2019. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/74/198%5d>. Acesso em: abr. 2020. p. 1-25. Nesse sentido, é importante trazer informações do mesmo documento, referentes há como se dá a atuação do Estado no que tange às empresas estatais: “Cuando el Estado actúa como agente económico y comercia con empresas, cuenta con más oportunidades y una mayor influencia para velar por la aplicación efectiva de las políticas, leyes y normativas relativas al respeto de los derechos humanos. Se espera que el Estado no exija menos a las empresas que colaboran estrechamente con él que a las empresas privadas. A su vez, es mucho más probable que las empresas acepten las directrices del Estado si consideran que este predica con el ejemplo y garantiza que las entidades más cercanas o directamente asociadas a él respetan los derechos humanos (véase A/HRC/32/45). Sin embargo, debido en gran parte a la falta de coherencia de las políticas, las empresas estatales generalmente quedan rezagadas en la adopción y aplicación de criterios de diligencia debida en materia de derechos humanos (véase A/73/163). A excepción de algunas empresas estatales pioneras que han mostrado una firme determinación a este respecto, a menudo se ha denunciado a estas empresas por cometer violaciones de los derechos humanos tanto en sus países de origen como en sus actividades en el extranjero. Cabe mencionar, entre otras, las vulneraciones en materia laboral, la discriminación, los daños ambientales, los desalojos forzados y la violación de los derechos territoriales, así como la intimidación y la difamación de los defensores de los derechos humanos.

Assim, os direitos humanos devem se apresentar como fenômeno antagonista e de resistência às práticas “imperiais” de violação dos direitos humanos empreendidas pelas empresas transnacionais. O embate entre as normas de direitos humanos e as normas técnicas e de gestão ganham um exemplo privilegiado no funcionamento das empresas transnacionais na atualidade, tornando-se os direitos humanos as principais – se não últimas – barreiras de resistência frente ao “Império”. Dessa forma, os direitos humanos é que devem conduzir a relação entre a normatividade constitucional (estatal) e a normatividade “imperial”, subvertendo a relação de concorrência em diálogo entre normatividades pelas vias democráticas e garantindo a participação da sociedade civil em todas as decisões.

Referências

- BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raiser Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional?. *Revista de Direito Intermacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016.
- BERNARDES, Márcio de Souza. *A (re)invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano: ecologia política, direito e resistência na América Latina*. 2017. 311 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- BUDÓ, Marília de Nardin. “Um massacre silencioso que continua”: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 483-513, maio/ago. 2019.
- COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; BUDÓ, Marília de Nardin. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos estados e dos mercados. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, p. 55-90, jan./abr. 2018.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DOUZINAS, Costas. As muitas faces do humanitarismo. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 375-424, 2015.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Intermacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, 2015.
- FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- GUAMÁN, Adoración. Del documento de elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. *Revista de Direito Intermacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 84-114, 2018.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- HOFFMAM, Fernando. *Do cosmopolitismo ao “comumpolitismo” enquanto um novo ambiente para os direitos humanos na Era do Império*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on U.S. hegemony and the latin resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 10, n. 1, p. 383-448, 2003.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O Estado de direito “confrontado” pela “Revolução da Internet”!. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI NETO; Alfredo (org.). *Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos*. Ijuí: Unijuí, 2013.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de; HOFFMAM, Fernando. Por uma identidade constitucional “comum”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 860-884, set./dez. 2015.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI NETO; Alfredo (org.). *Estado e Constituição: a internacionalização*

do direito a partir dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 15-55.

NAÇÕES UNIDAS. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciples-businesshr_en.pdf. Acesso em: jun. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Informe del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos. *La debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos: prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras*. 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/224/90/PDF/N1822490.pdf?OpenElement>. Acesso em: abr. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Empresas y los Derechos Humanos acerca de la “coherencia de las políticas gubernamental para proteger las violaciones de los derechos humanos relacionados con la actividad empresarial”*. 2019. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/74/198%5d>. Acesso em: abr. 2020.

ROLAND, Manoela Carneiro; ANGELUCCI, Paola Durso. *O processo de elaboração do tratado de direitos humanos e empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo direito internacional público*. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/03/O-PROCESSO-DE-ELABORA%C3%87%C3%83O-DO-TRATADO-DE-DIREITOS-HUMANOS-E-EMPRESAS-1.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BOHRZ, Clara Rosato. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *HOMA Pública: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p. 156-203, 2018.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). *Revista de Direito Interamericano*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 337-354, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Porto Alegre: Sulina, 2014.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O reconhecimento facial nas
smart cities e a garantia dos
direitos à privacidade e à
proteção de dados pessoais**

Facial recognition in *smart cities*
and the guarantee of the rights
to privacy and personal data
protection

Diogo Dal Magro

Vinícius Borges Fortes

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

O reconhecimento facial nas *smart cities* e a garantia dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais

Facial recognition in *smart cities* and the guarantee of the rights to privacy and personal data protection

Diogo Dal Magro**

Vinícius Borges Fortes***

* Recebido em 12/06/2021
Aprovado em 11/11/2021

** Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, sendo Taxista PROSUP/CAPES (2020/2021). Graduado em Direito pela Faculdade Meridional - IMED (2016-2020). Membro dos Grupos de Pesquisa “Latin America Privacy Hub” e “Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento”, vinculados ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito - da Faculdade Meridional - IMED. Bolsista MITACS (2019), tendo desenvolvido pesquisas no projeto “Démocratie digitale (digital democracy) en contexte de rapports linguistiques complexes”, na Université de Moncton (Canadá). Membro Fundador do Capítulo Legal Hackers de Passo Fundo-RS. Bolsista PROBIC - FAPERGS/IMED (2018/2019). Bolsista PIBIC - CNPq/IMED (2017/2018). Co-fundador da LawTech Hi ORDER Regulação e Tecnologia. Advogado. E-mail: diogodalmagro@gmail.com

*** Possui Estágio de Pós-Doutorado em Direito pela Vrije Universiteit Brussel, Bélgica (2016), com pesquisa voltada aos Direitos de privacidade na internet e o sistema de proteção de dados. Doutorado em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA (2015), com período sanduíche na Universidad de Zaragoza (2014-2015), com financiamento do PDSE/CAPES. Mestrado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2011). Graduação em Direito pela FAPLAN - Faculdades Planalto (2008). Atualmente, é pesquisador e Bolsista de Produtividade em Pesquisa com dedicação exclusiva ao CETID - Centro de Pesquisa, Tecnologia e Inovação Digital da Fundação Meridional. Ainda, é líder do Projeto de Pesquisa Latin America Privacy Hub (LAPH), certificado pela IMED no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq, financiado pelo CETID/Fundação Meridional. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da IMED - Faculdade Meridional, onde foi coordenador no período 2017-2019. Professor dos cursos de Graduação em Direito e Ciência da Computação da IMED - Faculdade Meridional.

E-mail: vinicius.fortes@imed.edu.br

Resumo

As *smart cities* comportam um sistema hiperconectado de pessoas e coisas, alimentado por dados. As tecnologias de reconhecimento facial, presentes nas *smart cities* da China, contribuem para os modernos processos de *surveillance*. O objetivo geral do estudo é compreender, com base no caso chinês, as consequências da adoção do modelo de reconhecimento facial das *smart cities* no Brasil. O método de abordagem utilizado é o indutivo. O reconhecimento facial implica consequências a uma razoável expectativa de privacidade, ao anonimato e à autonomia individual. Por isso, os direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados pessoais são limites que devem ser observados, objetivamente, para a utilização desse modelo de *smart cities* no Brasil.

Palavras-chave: *Smart Cities*; Reconhecimento facial; Privacidade; Proteção de dados pessoais.

Abstract

Smart cities have a hyperconnected system of people and things, powered by data. Facial recognition technologies, present in China's smart cities, contribute to modern surveillance processes. The general objective of the study is to understand, from the Chinese case, the consequences of adopting this model of smart cities in Brazil. The approach method used is the inductive. Facial recognition implies consequences for a reasonable expectation of privacy, anonymity and individual autonomy. For this reason, the fundamental rights of privacy and personal data protection are limits that must be observed, objectively, for the use of this model of smart cities in Brazil.

Keywords: Smart Cities; Facial recognition; Privacy; Personal data protection.

1 Introdução

Em 20 de janeiro de 2020, as autoridades da cidade chinesa de Suzhou divulgaram fotos de sete pessoas, acompanhadas de número de identificação governamental e localização, após suas condutas serem classificadas como “comportamento não civilizado”. O motivo: estarem vestindo pijamas em público. A ferramenta utilizada para identificar as pessoas é o reconhecimento facial.¹

A China, acostumada à vigilância, tem aproveitado as inovações tecnológicas fruto da sociedade da informação. Suas *smart cities*, equipadas com amplas redes hiperconectadas de pessoas e coisas, impactam, significativamente, a vida de seus cidadãos, transformando-os em cidadãos-*gamers*, pontuando suas condutas diárias – afrontando se o episódio *Nosedive* (Queda livre), de Black Mirror, ainda é distopia, ou se já é realidade.

É categórico que o Estado chinês é dotado de particularidades históricas. No entanto, a circulação, para o globo, dessas tecnologias, tem elevado as preocupações sobre privacidade, proteção de dados pessoais e *surveillance*. Diante disso, o problema de pesquisa apresenta-se por meio da indagação: de que maneira o modelo de reconhecimento facial das *smart cities* chinesas compromete os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais no Brasil?

O objetivo geral destina-se a compreender, com base no caso chinês, as consequências da adoção do modelo de reconhecimento facial das *smart cities* no Brasil. Para perquirição dessa finalidade, são tomados os seguintes objetivos específicos: a) definir e correlacionar o avanço das tecnologias de reconhecimento facial como processos de *surveillance* nas *smart cities*; b) conceituar *smart cities* e suas diferentes concepções no mundo oriental e ocidental; c) estabelecer, conceitualmente, a correlação entre privacidade e proteção de dados pessoais no uso das *smart cities*; d) analisar os impactos das tecnologias de *surveillance* sob o processo democrático nas *smart cities*.

A hiperconectividade é um fator crescente nas *smart cities* e as inovações sempre constantes das tecnologias da informação e comunicação são responsáveis por ocasionar remodelagens urbanas. Daí a justificativa do

presente estudo, ao analisar as decorrências da introdução dessas tecnologias na vida urbana, principalmente no caso do reconhecimento facial, em que sua operacionalização passa despercebida, eis perfectibilizada por meio de coleta de informações sem a necessidade do contato humano-máquina.

O estudo desenvolvido com base no caso da China observa a seguinte premissa: a análise realizada é a da camada fática, e não legal, do caso chinês. Examina-se, portanto, o efeito fático de fenômeno tecnológico para, após isso, arguir-se se a replicação do modelo de *smart cities* chinesas no Brasil é, ou não, recepcionado. Esse destaque é importante, principalmente, na medida em que China possui, sob o ponto de vista legal, uma frágil proteção à privacidade e aos dados pessoais.

O estudo divide-se em três partes. No primeiro capítulo, apresenta-se o modelo de *smart cities* em andamento na China e suas consequências, que nutrem a *surveillance*, especialmente, por meio do reconhecimento facial. No segundo capítulo, explica-se a operabilidade do reconhecimento facial e como essa tecnologia ocasiona profundos reflexos na privacidade. No terceiro capítulo, ao examinar o interesse do Brasil para adoção do modelo de *smart cities* chinesas, aponta-se para os limites que são impostos pela matriz constitucional brasileira a respeito da garantia dos direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados pessoais.

O método de abordagem utilizado é o indutivo. Esse método consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”.² A seleção desse método de abordagem dá-se pela análise da premissa específica do modelo da *smart cities* da China. Com base no caso analisado, serão reunidas as partes que compõem as premissas gerais da análise, de modo a utilizá-las para a compreensão do modelo de *smart cities* a serem projetadas para o Brasil. Quanto ao método de procedimento, este é o comparativo, uma vez que analisa parte dos fenômenos observados no caso chinês, sendo replicada essa análise aos fenômenos que serão utilizados como parâmetro no Brasil.

¹ AMY QIN. Chinese city uses facial recognition to shame pajama wearers. *The New York Times*, jan. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/01/21/business/china-pajamas-facial-recognition.html?searchResultPosition=13> Acesso em: 11 abr. 2021.

² PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millenium Editora, 2008. p. 86.

2 Smart surveillance: o caso de reconhecimento facial aplicado às smart cities chinesas

O movimento das *smart cities* não é um resultado acidental recente. Tendo surgido com o avanço econômico e com o desenvolvimento urbano, a partir da década de 1970, faz parte de um plano evolutivo das cidades, sendo classificadas em cidade competitiva, cidade sustentável e cidade inteligente, não sendo esta, contudo, uma classificação clara, linear ou temporal.³ Uma *smart city* possui, portanto, aspectos diferentes, em decorrência de configurações econômicas, geográficas, históricas e tecnológicas específicas de cada localidade.⁴

O conceito de *smart city* gera divergências e convergências na literatura.⁵ Certo é que, no âmbito da convergência, a literatura é uníssona em estabelecer um núcleo ao conceito de *smart city*: “*technology, in the context of the rise of the knowledge economy.*”⁶ A tecnologia tem sido o elemento nevrálgico definidor de uma cidade como *smart city*, de modo que a evolução da tecnologia da informação e da economia do conhecimento⁷ facilitaram

o avanço do movimento das *smart cities*, utilizando, principalmente, mecanismos de *big data*⁸ e *Internet of Things (IoT)*.⁹

Com base nessas tecnologias, as *smart cities* atingem seus objetivos de incluir, em seu contexto, pessoas inteligentes, ambiente inteligente, mobilidade inteligente, economia inteligente, governança inteligente, serviços inteligentes, infraestrutura inteligente e vida inteligente.¹¹ As tecnologias disruptivas¹² também são um

conhecimento que contribuem para um ritmo acelerado de avanço tecnológico e científico, bem como para uma obsolescência igualmente rápida. Os componentes principais de uma economia do conhecimento incluem uma dependência maior de recursos intelectuais do que de insumos físicos ou recursos naturais, combinados com esforços para integrar melhorias em todas as etapas do processo de produção, desde o laboratório de pesquisa e desenvolvimento até o chão de fábrica e a interface com os clientes.” POWELL, Walter W.; SNELLMAN, Kaisa. The knowledge economy. *Annual Review of Sociology*, v. 30, n. 1, p. 199-220, ago. 2004. p. 201. DOI: <http://dx.doi.org/10.1146/annurev.soc.29.010202.100037> Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/full/10.1146/annurev.soc.29.010202.100037> Acesso em: 27 mar. 2021.

⁸ “Big data é um termo em evolução que descreve qualquer quantidade volumosa de dados estruturados, semiestruturados ou não estruturados que têm o potencial de ser explorados para obter informações.” MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. p. 22.

⁹ “Existem fortes divergências em relação ao conceito de IoT, não havendo, portanto, um conceito único que possa ser considerado pacífico ou unânime. De maneira geral, pode ser entendido como um ambiente de objetos físicos interconectados com a internet por meio de sensores pequenos e embutidos, criando um ecossistema de computação onipresente (ubíqua), voltado para a facilitação do cotidiano das pessoas, introduzindo soluções funcionais nos processos do dia a dia. O que todas as definições de IoT têm em comum é que elas se concentram em como computadores, sensores e objetos interagem uns com os outros e processam informações/dados em um contexto de hiperconectividade.” MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. p. 20.

¹⁰ HU, Richard. The state of smart cities in China: the case of Shenzhen. *Energies*, v. 12, n. 22, p.4375-4393, nov. 2019. p. 3. DOI: <http://dx.doi.org/10.3390/en12224375> Disponível em: <https://www.mdpi.com/1996-1073/12/22/4375> Acesso em: 29 mar. 2021.

¹¹ HONG XU; XUEXIAN GENG. People-centric service intelligence for smart cities. *Smart Cities*, v. 2, n. 2, p.135-152, abr. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.3390/smartcities2020010> Disponível em: <https://www.mdpi.com/2624-6511/2/2/10/xml> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹² “Disruptive technologies can be considered scientific discoveries that break through the usual product/technology capabilities and provide a basis for a new competitive paradigm.”. Tradução livre: “As tecnologias disruptivas podem ser consideradas descobertas científicas que rompem com os recursos usuais de produto/tecnologia e fornecem uma base para um novo paradigma competitivo.” KOSTOFF, Ronald N.; BOYLAN, Robert; SIMONS, Gene R. Disruptive technology roadmaps. *Technological Forecasting and Social Change*, v. 71, n. 1-2, p. 141-159, jan. 2004. p. 142. DOI: [http://dx.doi.org/10.1016/s0040-1625\(03\)00048-9](http://dx.doi.org/10.1016/s0040-1625(03)00048-9) Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/journal/technological-forecasting-and-social-change/vol/71/is->

³ HU, Richard. Planning for economic development. In: HEIN, Carola. *The Routledge Handbook of Planning History*. London; New York: Routledge, 2017. p. 313-324.

⁴ HU, Richard. The state of smart cities in China: the case of Shenzhen. *Energies*, v. 12, n. 22, p.4375-4393, nov. 2019. p. 2. DOI: <http://dx.doi.org/10.3390/en12224375> Disponível em: <https://www.mdpi.com/1996-1073/12/22/4375> Acesso em: 29 mar. 2021.

⁵ “Several systematic and comprehensive literature reviews converge on an understanding that the smart city concept is multi-faceted, complex, confusing, ambiguous, contingent, fragmented, and lacks cohesion.” Tradução livre: “Várias revisões sistemáticas e abrangentes da literatura convergem no entendimento de que o conceito de cidade inteligente é multifacetado, complexo, confuso, ambíguo, contingente, fragmentado e carece de coesão.” HU, Richard. The state of smart cities in China: the case of Shenzhen. *Energies*, v. 12, n. 22, p.4375-4393, nov. 2019. p. 2. DOI: <http://dx.doi.org/10.3390/en12224375> Disponível em: <https://www.mdpi.com/1996-1073/12/22/4375> Acesso em: 29 mar. 2021.

⁶ Tradução livre: “tecnologia, no contexto da ascensão da economia do conhecimento.” HU, Richard. The state of smart cities in China: the case of Shenzhen. *Energies*, v. 12, n. 22, p.4375-4393, nov. 2019. p. 2. DOI: <http://dx.doi.org/10.3390/en12224375> Disponível em: <https://www.mdpi.com/1996-1073/12/22/4375> Acesso em: 29 mar. 2021.

⁷ “We define the knowledge economy as production and services based on knowledge-intensive activities that contribute to an accelerated pace of technological and scientific advance as well as equally rapid obsolescence. The key components of a knowledge economy include a greater reliance on intellectual capabilities than on physical inputs or natural resources, combined with efforts to integrate improvements in every stage of the production process, from the R&D [Research and Development] lab to the factory floor to the interface with customers.”. Tradução livre: “Definimos a economia do conhecimento como produção e serviços baseados em atividades intensas de

componente importante das *smart cities*, visto que são responsáveis por introduzir novos produtos e serviços, alterando a lógica de consumo e de comportamento então predominantes, intencionalmente.

A utilização de tecnologias da informação como IoT tem possibilitado a vivência de uma sociedade hiperconectada¹³ de pessoas e coisas. Governos visionários ao redor do globo têm compreendido esse cenário como possibilidade de criação de projetos de cidades onipresentes (*u-city*, abreviação de *ubiquitous city projects*), compreendidas como cidades equipadas com redes por meio das quais as autoridades (gerais ou locais) são capazes de monitorar tudo o que acontece.¹⁴

Em 18 de outubro de 2017, por ocasião do 19th *National Congress of the Communist Party of China*, o presidente da China, Xi Jinping, encaminhou ao evento o documento *Secure a Decisive Victory in Building a Moderately Prosperous Society in All Respects and Strive for the Great Success of Socialism with Chinese Characteristics for a New Era*. Nele, o presidente exprime por tornar a China um país de inovadores, por meio dos horizontes da ciência e da tecnologia.

*These efforts will provide powerful support for building China's strength in science and technology, product quality, aerospace, cyberspace, and transportation; and for building a digital China and a smart society.*¹⁵

O conceito de *smart society* representa uma expansão conceitual e uma aspiração ambiciosa do conceito de *smart city*, tornando-a uma estratégia nacional, sendo

sue/1 Acesso em: 15 abr. 2021.

¹³ “O termo *hiperconectividade* está hoje atrelado às comunicações entre indivíduos (*person-to-person*, P2P), indivíduos e máquinas (*human-to-machine*, H2M) e entre máquinas (*machine-to-machine*, M2M) valendo-se, para tanto, de diferentes meios de comunicação. Há, nesse contexto, um fluxo contínuo de informações e massiva produção de dados.” MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. p. 21.

¹⁴ DONG-HEE SHIN. Ubiquitous city: urban technologies, urban infrastructure and urban informatics. *Journal of Information Science*, v. 35, n. 5, p. 515-526, set. 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.1177/0165551509100832> Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0165551509100832> Acesso em: 27 mar. 2021.

¹⁵ Tradução livre: “Esses esforços fornecerão um apoio poderoso para fortalecer a força da China em ciência e tecnologia, qualidade de produtos, aeroespacia, ciberespaço e transporte; e para construir uma China digital e uma sociedade inteligente.” XI JIPING. *Secure a decisive victory in building a moderately prosperous society in all respects and strive for the great success of socialism with chinese characteristics for a new era*. 2017. p. 27. Disponível em: http://www.xinhuanet.com/english/download/Xi_Jinping's_report_at_19th_CPC_National_Congress.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

descrita como uma inovação teórica que corresponde a uma nova versão do modelo chinês de *smart city*.¹⁶ Em 2014, o Conselho de Estado da China divulgou o *Planning Outline for the Construction of a Social Credit System (2014–2020)*¹⁷, planejando o aprimoramento¹⁸ de um dos principais métodos já em utilização em várias *smart cities* chinesas: o Sistema de Créditos¹⁹ Sociais.

¹⁶ HONG XU; XUEXIAN GENG. People-centric service intelligence for smart cities. *Smart Cities*, v. 2, n. 2, p.135-152, abr. 2019. p. 7. DOI: <http://dx.doi.org/10.3390/smartcities2020010> Disponível em: <https://www.mdpi.com/2624-6511/2/2/10/xml> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁷ O referido documento planeja o aprimoramento do Sistema de Créditos Sociais (SCS) sob três aspectos: i) comprometer-se em implantar o sistema nacionalmente até 2020; ii) expandir o número de colaboradores envolvidos na construção técnica do Sistema de Créditos Sociais; iii) construir plataformas nacionais de dados a fim de coletar, armazenar, compartilhar e extrair dados de toda a população. LIANG, Fan *et al.* Constructing a data-driven society: China's social credit system as a state surveillance infrastructure. *Policy & Internet*, v. 10, n. 4, p.415-453, ago. 2018. p. 11-12. DOI: <http://dx.doi.org/10.1002/poi3.183> Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/poi3.183> Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁸ A origem do Sistema de Créditos Sociais (SCS) remonta aos anos 1990, na chamada Dívida do Triângulo. Após reformas econômicas do governo chinês, várias empresas passaram a ficar em débito umas com as outras. Para solucionar o problema, o governo resolveu realizar empréstimo para empresas, não sem antes realizar uma avaliação do crédito, por meio de companhias de avaliação de crédito. A partir dos anos 2000, passaram a ser feitas, também, por meio de empresas estatais, avaliações do crédito dos consumidores. Em 2002, o presidente Jiang Zemin defendeu a criação de um sistema de crédito social compatível com a economia modernizada. A partir de 2007, passaram a ocorrer Sistemas de Reuniões Ministeriais Conjuntas, a fim de promover a criação de um sistema de crédito a nível nacional. Até esse momento, a área de abrangência do sistema de crédito era o econômico. A partir de 2011, o sistema de crédito passou a abranger assuntos governamentais, comportamentos comerciais, atividades sociais e assuntos judiciais. O principal objetivo da construção de um sistema de crédito destinava-se a uma análise financeira do crédito. Entretanto, embora a China tenha tentado construir plataformas de dados para o sistema de crédito, não conseguiu dados suficientes para pontuar o crédito. Isso porque o governo tinha dados escassos para avaliar os domínios econômico e financeiro das pessoas, além de que o projeto inicial abrangia toda a sociedade. Somente em 2014, o aspecto social do crédito foi incluído, dando origem ao Sistema de Crédito Social. LIANG, Fan *et al.* Constructing a data-driven society: China's social credit system as a state surveillance infrastructure. *Policy & Internet*, v. 10, n. 4, p.415-453, ago. 2018. p. 10-11. DOI: <http://dx.doi.org/10.1002/poi3.183> Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/poi3.183> Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁹ A tradução, da língua chinesa, do conceito de “crédito”, traz algumas complicações. O termo pode ser utilizado para indicar ideias de “integridade”, “crédito”, “reputação” e “credibilidade”. Historicamente, a China utiliza o conceito de “crédito” para indicar princípios morais, principalmente no que concerne aos aspectos éticos individuais. Apenas na história mais recente, o termo passou a indicar aspectos sociais, financeiros e jurídicos. LIANG, Fan *et al.* Constructing a data-driven society: China's social credit system as a state surveillance infrastructure. *Policy & Internet*, v. 10, n. 4, p.415-

Esse sistema já está em vigor, em nível local, em algumas cidades da China, servindo como modelos embrionários. No Condado de Suining, Província de Jiangsu, foi estabelecido, em 2010, um sistema de créditos, a fim de medir e pontuar a conduta dos cidadãos, operando do seguinte modo: cada cidadão inicia com um total de 1.000 pontos, sendo que a cada quebra de normas, há uma subtração de pontos, dando origem ao *score* (pontuação) individual. Essa dedução ocorre não apenas pelo infringimento de normas legais (estritas), mas também por infringir normas administrativas e inclusive morais.²⁰

Entre as condutas que podem levar a uma perda de pontos, tem-se: conduzir automóvel embriagado acarreta a perda de 50 pontos; ter um bebê fora das permissões do planejamento familiar custa 35 pontos; não realizar o pagamento de empréstimos gera uma dedução de 30 a 50 pontos. Gradativamente, os cidadãos podem recuperar os pontos perdidos dentro de um período de 2 a 5 anos, a depender da norma violada e da gravidade da infração.²¹

A partir do *score* individual, cidadãos são categorizados em classes de A a D. Enquanto cidadãos da classe A possuem acesso preferencial a oportunidades de emprego, indivíduos das demais classes são submetidos, relativamente, à classe pertencente, a um exame minucioso de requisitos específicos para poder, exemplificativamente: tornar-se membro de partido político; realizar alistamento militar; qualificar-se em processo para concorrer a moradias de baixo custo; obter licenças de funcionamento na categoria de comerciante individual.²²

O governo de Suining também criou um registro público do *score* de cada cidadão, contendo os nomes e as ações dos infringidores, prática posteriormente conhecida como *blacklist* (lista negra). Após receber críticas, o sistema de classificação de A a D e a *blacklist* foram descartadas. Nada obstante, a experiência de Suining deixou legados: a ideia de desincentivos para cidadãos que infringirem normas; a publicização do nome dos agressores, expondo-os à vergonha; e, principalmente, a expansão da utilização do mecanismo de crédito para além do contexto econômico, atingindo, também, a violação de normas administrativas e de gestão urbana.²³

O grande avanço que permite o desenvolvimento de sistemas de controle sofisticados é o reconhecimento facial.²⁴ Por essa razão, está em construção, na China, um projeto lançado em 2015 pelo Ministério da Segurança, capaz de identificar qualquer indivíduo entre seus 1,3 bilhão de habitantes em, apenas, três segundos. As informações relativas à imagem dos cidadãos perfazem um total de 13 terabytes, enquanto o banco de dados completo totaliza 90 terabytes.^{25,26}

Tal qual o Sistema de Créditos Sociais, o emprego de reconhecimento facial é realidade em diversos pontos, em nível local. Em Pequim, alguns banheiros públicos

453, ago. 2018. p. 10. DOI: <http://dx.doi.org/10.1002/poi3.183> Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/poi3.183> Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁰ CREEMERS, Rogier. China's Social Credit System: an evolving practice of control. *Ssrn Electronic Journal*, p. 1-32, maio 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3175792> Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3175792 Acesso em: 15 mar. 2021.

²¹ CREEMERS, Rogier. China's Social Credit System: an evolving practice of control. *Ssrn Electronic Journal*, p. 1-32, maio 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3175792> Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3175792 Acesso em: 15 mar. 2021.

²² CREEMERS, Rogier. China's Social Credit System: an evolving practice of control. *Ssrn Electronic Journal*, p. 1-32, maio 2018. p. 10. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3175792> Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3175792 Acesso em: 15 mar. 2021.

²³ CREEMERS, Rogier. China's Social Credit System: an evolving practice of control. *Ssrn Electronic Journal*, p. 1-32, maio 2018. p. 10. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3175792> Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3175792 Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁴ O número de câmeras de reconhecimento facial em uso na China era de 176 milhões em 2017, subindo para 626 milhões em 2020. DUDLEY, Lauren. China's Ubiquitous Facial Recognition Tech Sparks: Privacy Backlash Privacy concerns remain largely unaddressed in proposed Chinese facial recognition standards. *The Diplomat*, mar. 2020. Disponível em: <https://thediplomat.com/2020/03/chinas-ubiquitous-facial-recognition-tech-sparks-privacy-backlash/> Acesso em: 01 abr. 2021.

²⁵ O sistema está sendo desenvolvido pela Isvision, empresa de segurança com sede em Xangai. Câmeras da Isvision com capacidade de reconhecimento facial foram instaladas em Pequim ainda em 2003, na Praça Tiananmen (famosa Praça da Paz Celestial). Conectado ao banco de dados policial, o sistema era capaz de reconhecer e rastrear suspeitos em meio à multidão. STEPHEN CHEN. China to build giant facial recognition database to identify any citizen within seconds. *South China Morning Post*, 12 out. 2017. Disponível em: <https://www.scmp.com/news/china/society/article/2115094/china-build-giant-facial-recognition-database-identify-any>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²⁶ STEPHEN CHEN. China to build giant facial recognition database to identify any citizen within seconds. *South China Morning Post*, 12 out. 2017. Disponível em: <https://www.scmp.com/news/china/society/article/2115094/china-build-giant-facial-recognition-database-identify-any>. Acesso em: 01 abr. 2021.

utilizam reconhecimento facial em máquinas automáticas de *dispenser*, negando papel higiênico às pessoas que o solicitarem, mais de uma vez, em determinando período de tempo.²⁷

Algumas habitações públicas de Pequim também utilizam reconhecimento facial para que os moradores tenham acesso às suas moradias, processo que leva menos de um segundo. A medida visa coibir o arrendamento desses imóveis, prática proibida. Desse modo, além de moradores, apenas determinadas empresas de entrega possuem acesso aos locais.²⁸

Outra experiência recente é a metrópole de Shenzhen, que passou a punir cidadãos que atravessarem a rua fora da faixa de pedestres. Utilizando sistemas de câmeras com reconhecimento facial, indivíduos que cruzam a rua fora da faixa de pedestres, ou quando não é permitido, têm sua identidade reconhecida imediatamente, além de seu nome e fotografia instantaneamente publicizados em grandes telas localizadas nas laterais das ruas.²⁹

Medidas como as de Shenzhen têm por fundamento punir socialmente, por meio do envergonhamento social. Trata-se de uma medida que visa banir comportamentos sociais moralmente indesejados, por meio da exposição pública. A utilização do Sistema de Créditos Sociais também tem, em seus objetivos, a construção de uma sociedade baseada na sinceridade e na confiabilidade, elementos ligados às formas de governo autoritárias e totalitárias, demonstrando a dimensão do controle social.³⁰

²⁷ STEPHEN CHEN. China to build giant facial recognition database to identify any citizen within seconds. *South China Morning Post*, 12 out. 2017. Disponível em: <https://www.scmp.com/news/china/society/article/2115094/china-build-giant-facial-recognition-database-identify-any>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²⁸ XINHUA. *Across China: facial recognition, new watchdog of Beijing public rental neighborhoods*. 2019. Disponível em: http://www.xinhuanet.com/english/2019-07/22/c_138247731.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

²⁹ HIRANAND, Ravi. Jaywalk in Shenzhen get fined on WeChat: Shenzhen's jaywalkers get scolded on WeChat and shamed on public screens. *Abacus*, mar. 2018. Disponível em: <https://www.abacus-news.com/future-tech/shenzhens-jaywalkers-get-scolded-wechat-and-shamed-public-screens/article/2138928>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁰ “Os movimentos totalitários são organizações maciças de indivíduos atomizados e isolados. Distinguem-se dos outros partidos e movimentos pela exigência de lealdade total, irrestrita, incondicional e inalterável de cada membro individual. Essa exigência é feita pelos líderes dos movimentos totalitários mesmo antes de tomarem o poder e decorre da alegação, já contida em sua ideologia, de que

Em 2016, o governo de Xangai lançou o aplicativo “*Honest Shanghai*”. De um lado, o aplicativo permite a consulta da reputação de crédito de empresas e estabelecimentos comerciais, incluindo a condição de higiene de restaurantes, por exemplo. Por outro lado, por meio do número de identificação governamental (ID) e realização do reconhecimento fácil, cidadãos podem acessar seu próprio relatório de crédito.³¹

As informações são extraídas de registros policiais e da previdência social, e contêm dados como: local de trabalho, carteira de habilitação e passaporte. Após um período de, aproximadamente, 24 horas, o aplicativo envia ao usuário uma avaliação pública do seu crédito (*score*). Com ela, os cidadãos podem ter acesso a recompensas, incluindo descontos em passagens aéreas pela Spring Airlines.³²

Em que pese a ocorrência já corriqueira de uso de reconhecimento facial em aeroportos, estações de metrô, praças e locais públicos, em novembro de 2019, a China enfrentou seu primeiro caso noticiado de disputa judicial envolvendo o reconhecimento facial. Guo Bing, professor de direito da Universidade de Ciência e Tecnologia de Zhejiang, ajuizou ação contra o Hangzhou Safari Park, após o parque anunciar que passaria a utilizar tecnologia de reconhecimento em seu sistema de entrada e que os membros deveriam registrar as informações faciais antes de acessarem o parque.³³

A argumentação de Guo Bing é de que o uso obrigatório de reconhecimento facial para a simples entrada

a organização abrangerá, no devido tempo, toda a raça humana. Contudo, onde o governo totalitário não é preparado por um movimento totalitário (como foi o caso da Rússia em contraposição com a Alemanha nazista), o movimento tem de ser organizado depois, e as condições para o seu crescimento têm de ser artificialmente criadas de modo a possibilitar a lealdade total que é a base psicológica do domínio total.” ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 373.

³¹ O'MEARA, Sarah. New app rates Shanghai Citizens' Honesty: pilot ideas for nationwide social credit system are rolled out in China's biggest city. *Sixth Tone*, nov. 2016. Disponível em: <http://www.sixthtone.com/news/1554/new-app-rates-shanghai-citizens%20-honesty>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³² O'MEARA, Sarah. New app rates Shanghai Citizens' Honesty: pilot ideas for nationwide social credit system are rolled out in China's biggest city. *Sixth Tone*, nov. 2016. Disponível em: <http://www.sixthtone.com/news/1554/new-app-rates-shanghai-citizens%20-honesty>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³³ MA ZHENHUAN. Park alters entry rules following facial recognition tech lawsuit. *China Daily*, nov. 2019. Disponível em: <http://global.chinadaily.com.cn/a/201911/07/WS5dc38381a310cf3e35575f3a.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.

em um parque viola a legislação de proteção do consumidor. O caso foi aceito pelo Tribunal Popular do Distrito de Fuyang, em Hangzhou, capital da Província de Zhejiang.³⁴

Também em 2019, a China protagonizou um caso de racismo (automatizado) utilizando reconhecimento facial, a fim de traçar um perfil e identificar uigures. Os uigures compõem um grupo minoritário, formado em sua maioria por muçulmanos, que vivem na cidade de Yarkand, região de Xinjiang. Os padrões de vida dos uigures remontam há séculos. Porém, recentemente, esse grupo vem sofrendo controle do governo chinês, a fim de enfraquecer seus compromissos com o Islã e transferi-los das fazendas para as fábricas.³⁵

Com o intento de obter controle sobre a região de Xinjiang, postos de polícias, câmeras instaladas em ruas e dispositivos são equipados com tecnologia de reconhecimento facial, controlando quem entra e quem sai da região e o viver diários dos uigures. Por meio da inteligência artificial, um perfil dos uigures é traçado com base em características faciais, a fim de identificar indivíduos que são integrantes da minoria social.^{36 37}

Em meio ao surto de coronavírus (COVID-19), a empresa chinesa de inteligência artificial, SenseTime, anunciou o uso, em três locais públicos, de um sistema de reconhecimento facial aliado com câmeras de imagem térmica, a fim de identificar pessoas com temperatura elevada (sistema de detecção de febre). A partir disso, usuários do software passariam a receber alertas (*pop-up*) com os dados de identificação dessas pessoas como forma de aviso de possíveis pacientes do vírus.³⁸

³⁴ MA ZHENHUAN. Park alters entry rules following facial recognition tech lawsuit. *China Daily*, nov. 2019. Disponível em: <http://global.chinadaily.com.cn/a/201911/07/WS5dc38381a310cf3e-35575f3a.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁵ BUCKLEY, Chirs; MYERS, Steven Lee. Battered but resilient after China's Crackdown. *The New York Times*, 18 jan. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/01/18/world/asia/china-uighurs-xinjiang-yarkand.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁶ BUCKLEY, Chirs; MYERS, Steven Lee. Battered but resilient after China's Crackdown. *The New York Times*, 18 jan. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/01/18/world/asia/china-uighurs-xinjiang-yarkand.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁷ Uma reportagem interativa realizada pelo *The New York Times*. BUCKLEY, Chirs; MOZUR, Paul; RAMZY, Austin. How China turned a city into a prison: a surveillance state reaches new Heights. *The New York Times*, 04 abr. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2019/04/04/world/asia/xinjiang-china-surveillance-prison.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁸ JANE LI. China's facial-recognition giant says it can crack masked faces during the coronavirus. *Quartz*, fev. 2020. Disponível

A SenseTime também informou que o software é capaz de identificar pessoas que não estavam usando máscaras em locais públicos, como forma de exigir que utilizassem a proteção para acessar edifícios. Para além disso, com a adição de algoritmos, o reconhecimento facial do software é capaz de identificar pessoas, com alto índice de precisão, mesmo utilizando máscaras.^{39 40}

O conjunto de tecnologias empregadas nas *smart cities*, como *big data*, IoT, inteligência artificial, reconhecimento facial, utilizadas pelos sistemas de crédito social, *blacklist* e monitoramento de pessoas, concebem o panorama de um Estado de vigilância.⁴¹ Utilizar dessas

em: <https://qz.com/1803737/chinas-facial-recognition-tech-can-crack-masked-faces-amid-coronavirus/> Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁹ JANE LI. China's facial-recognition giant says it can crack masked faces during the coronavirus. *Quartz*, fev. 2020. Disponível em: <https://qz.com/1803737/chinas-facial-recognition-tech-can-crack-masked-faces-amid-coronavirus/> Acesso em: 01 abr. 2021.

⁴⁰ Tecnologias de reconhecimento facial de pessoas utilizando máscaras também já é desenvolvida por empresas como Wisosoft, sediada na Província de Sichuan, que faz a análise facial em 3D e possui precisão de 98% em 1.000 pessoas analisadas. XINHUA. *Chinese company develops 3D facial recognition system*. 2020. Disponível em: http://www.xinhuanet.com/english/2020-03/04/c_138842757.htm Acesso em: 01 abr. 2021. A empresa Hanwang Technology Ltd, com sede em Pequim, também anunciou o desenvolvimento da tecnologia de reconhecimento artificial de pessoas utilizando máscaras, aliada a verificação de temperatura corporal, capaz de reconhecer 30 pessoas em 1 segundo, com uma precisão de 95%. POLLARD, Martin. Even mask-wearers can be ID'd, China facial recognition firm says. *Reuters*, mar. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-facial-recognition/even-mask-wearers-can-be-idd-china-facial-recognition-firm-says-idUSKBN20W0WL> Acesso em: 01 abr. 2021.

⁴¹ Aqui um registro. Enquanto a China segue no aperfeiçoamento de tecnologias de reconhecimento facial durante a COVID-19, a empresa norte americana IBM (*International Business Machines Corporation*), após o assassinato de George Perry Floyd Jr., enviou carta ao *United States Congress*, datada de 8 de junho de 2020, assinada pelo CEO Arvind Krishna, afirmando que: "Responsible technology policies - technology can increase transparency and help police protect communities but must not promote discrimination or racial injustice. IBM no longer offers general purpose IBM facial recognition or analysis software. IBM firmly opposes and will not condone uses of any technology, including facial recognition technology offered by other vendors, for mass surveillance, racial profiling, violations of basic human rights and freedoms, or any purpose which is not consistent with our values and Principles of Trust and Transparency. We believe now is the time to begin a national dialogue on whether and how facial recognition technology should be employed by domestic law enforcement agencies. Artificial Intelligence is a powerful tool that can help law enforcement keep citizens safe. But vendors and users of AI systems have a shared responsibility to ensure that AI is tested for bias, particularly when used in law enforcement, and that such bias testing is audited and reported. Finally, national policy also should encourage and advance uses of technology that bring greater transparency and accountability to policing, such as body cameras and modern data analytics techniques." Tradução livre: "Políticas tecnológicas responsáveis - a tecnologia pode aumentar a transparência e ajudar a polícia a proteger as comunidades, mas não deve promover discriminação ou injustiça racial. A IBM não

tecnologias sem garantia de proteção aos direitos dos cidadãos, pode acarretar a construção de sistemas políticos de máximo controle e opressão social. Digno de um cenário orwelliano, a China vive o momento em que o *big data* encontra o *Big Brother*.^{42 43}

oferece mais software de análise ou reconhecimento facial IBM de uso geral. A IBM se opõe firmemente e não tolerará o uso de nenhuma tecnologia, incluindo a tecnologia de reconhecimento facial oferecida por outros fornecedores, para vigilância em massa, criação de perfil racial, violações de direitos humanos e liberdades básicas ou qualquer finalidade que não seja consistente com nossos valores e Princípios de Confiança e Transparência. Acreditamos que agora é a hora de iniciar um diálogo nacional sobre onde e como a tecnologia de reconhecimento facial deve ser empregada pelas agências policiais nacionais. A inteligência artificial é uma ferramenta poderosa que pode ajudar a aplicação da lei a manter os cidadãos seguros. Porém, fornecedores e usuários de sistemas de IA têm uma responsabilidade compartilhada de garantir que a IA seja testada quanto a vieses [*human bias*], principalmente quando usada na aplicação da lei, e que esses testes de vieses [*human bias*] sejam auditados e relatados. Por fim, a política nacional também deve incentivar e avançar nos usos de tecnologias que tragam maior transparência e responsabilidade ao policiamento, como câmeras corporais e técnicas modernas de análise de dados.” KRISHNA, Arvind. *IBM*. Armond, New York, jun. 2020. Disponível em: <https://www.ibm.com/blogs/policy/wp-content/uploads/2020/06/Letter-from-IBM.pdf> Acesso em: 10 jun. 2021. Na mesma direção, a Amazon publicou nota, em 10 de junho de 2020, afirmando que: “*We’re implementing a one-year moratorium on police use of Amazon’s facial recognition technology. We will continue to allow organizations like Thorn, the International Center for Missing and Exploited Children, and Marinus Analytics to use Amazon Rekognition to help rescue human trafficking victims and reunite missing children with their families. We’ve advocated that governments should put in place stronger regulations to govern the ethical use of facial recognition technology, and in recent days, Congress appears ready to take on this challenge. We hope this one-year moratorium might give Congress enough time to implement appropriate rules, and we stand ready to help if requested.*” Tradução livre: “Estamos implementando uma moratória de um ano no uso policial da tecnologia de reconhecimento facial da Amazon. Continuaremos a permitir que organizações como Thorn, o Centro Internacional para Crianças Desaparecidas e Exploradas e o Marinus Analytics usem o Amazon Rekognition para ajudar a resgatar vítimas de tráfico humano e reunir crianças desaparecidas com suas famílias. Defendemos que os governos implementem regulamentações mais rígidas para governar o uso ético da tecnologia de reconhecimento facial e, nos últimos dias, o Congresso parece pronto para enfrentar esse desafio. Esperamos que esta moratória de um ano dê tempo ao Congresso para implementar regras apropriadas e estamos prontos para ajudar, se solicitado.” AMAZON. *We are implementing a one-year moratorium on police use of Rekognition*. 2020. Disponível em: <https://www.aboutamazon.com/news/policy-news-views/we-are-implementing-a-one-year-moratorium-on-police-use-of-rekognition> Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴² *Big Brother* (Grande Irmão) é um personagem do romance distópico 1984, de George Orwell. Em um cenário em que as pessoas estão sob forte vigilância das autoridades do Estado, a figura do Grande Irmão, líder do partido, aparece para os cidadãos por meio de teletelas, dizendo frases como “o Grande Irmão zela por ti” e “o Grande Irmão está te observando”.

⁴³ BOTSMAN, Rachel. Big data meets Big Brother as China moves to rate its citizens. *Wired*, 2017. Disponível em: <https://www.wired.com>.

Importa apresentar que a ideia de vigilância, hoje aperfeiçoada, é pré orwelliana. Sua origem reside no projeto desenvolvido pelo pai do utilitarismo. O panóptico, modelo de prisão⁴⁴ elaborado pelo irmão de Jeremy Bentham, mas apresentado por esse, consistia em celas de prisão, dispostas em formato de círculo, entorno de um posto de guarda. A luminosidade, que entrava pelo lado exterior das celas, possibilitava que todos os movimentos de qualquer detento fossem monitorados por apenas um guarda.⁴⁵

A essência da engenhosidade do panóptico consiste no aspecto de poder ver, sem ser visto. Com mecanismos capazes de impedir que os detentos vejam a presença do inspetor no posto de inspeção, as pessoas passam a sentir-se como estando sempre sob observação ou, ao menos, sob uma grande possibilidade dessa vigilância estar ocorrendo.^{46 47}

Com Michel Foucault o panóptico é utilizado como conceito filosófico para apontar e descrever os mecanismos de opressão e controle social que caracterizam o mundo moderno. Nesse sentido, para além de um mo-

co.uk/article/chinese-government-social-credit-score-privacy-invasion. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴⁴ O termo utilizado é “casa de inspeção”. Sem prejuízo disso, nos termos do próprio autor, “para dizer tudo em uma palavra, ver-se-á que ele é aplicável, penso eu, sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas. Não importa quão diferentes, ou até mesmo quão opostos, sejam os propósitos: seja o de punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria, ou treinar a raça em ascensão no caminho da educação, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção, ou casas de trabalho, ou manufaturas, ou hospícios, ou hospitais, ou escolas.” BENTHAM, Jeremy. O panóptico ou a casa de inspeção. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 19-20.

⁴⁵ BENTHAM, Jeremy. O panóptico ou a casa de inspeção. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 20-13.

⁴⁶ BENTHAM, Jeremy. O panóptico ou a casa de inspeção. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 28-30.

⁴⁷ “Regozijo-me com o fato de que há, agora, pouca dúvida de que o plano possui as vantagens fundamentais que venho atribuindo a ele: quero dizer, a aparente onipresença do inspetor (se os teólogos me permitirem a expressão), combinada com a extrema facilidade de sua real presença.” BENTHAM, Jeremy. O panóptico ou a casa de inspeção. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 30-31.

delo de poder elevado à sua forma ideal, “[...] na verdade, é uma figura de tecnologia política que pode e deve ser distinguido de qualquer uso específico.”⁴⁸

Tal modelo clássico de vigilância recebeu incrementos com base nas inovações tecnológicas, principalmente por meio de infraestruturas de tecnologias da informação. Esses avanços propiciam a transformação da vigilância, que, além de evoluir em termos quantitativos, passa a ser acrescida também do elemento qualitativo dos dados, inclusive ultrapassando uma simples ideia de vigilância digital, para dar origem ao fenômeno da *surveillance*.⁴⁹ Ainda que não dissociadas, *surveillance* denota um fenômeno mais amplo e complexo do que a vigilância.⁵⁰

A literatura também tem sinalizado, em semelhante avanço teórico, a diferença entre “*traditional surveillance*” em contraste à “*new surveillance*”, sendo esta constituída a partir das novas tecnologias de coleta de informações pessoais.⁵¹ Nesse sentido, é partir desse cenário que ocorre uma das dimensões da *surveillance*, em que “[...] governments engage in mass surveillance on their own citizens – contradicting basic democratic practice.”⁵²

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Lisboa: Almedina, 2013. p. 158.

⁴⁹ De imediato, pontua-se que, na língua inglesa, “*surveillance*” e “*vigilance*” são conceitos diferentes, mas que acabam sendo traduzidos como “vigilância”. Ainda, o já popular termo “*dataveillance*”, que expressa a noção de “vigilância de dados”, não é suficiente para expressar o fenômeno aqui em análise. De igual modo, a palavra de “*sousveillance*”, cunhada na língua francesa a partir da substituição do prefixo “*sur*” (acima) por “*sous*” (abaixo), denota a ideia de que enquanto na *surveillance* o governo monitora seus cidadãos (de cima para baixo), a *sousveillance* expressa a vigilância dos cidadãos para com suas autoridades (de baixo para cima). MANN, Steve; NOLAN, Jason; WELLMAN, Barry. *Sousveillance: inventing and using wearable computing devices for data collection in surveillance environments*. *Surveillance & Society*, v. 1, n. 3, p. 331-355, set. 2002. p. 332-333. DOI: <http://dx.doi.org/10.24908/ss.v1i3.3344> Disponível em: <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/3344> Acesso em: 15 abr. 2021.

⁵⁰ MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2016. p. 90-101.

⁵¹ MARX, Gary T. What’s new about the “new surveillance”? classifying for change and continuity. *Knowledge, Technology & Policy*, v. 17, n. 1, p. 18-37, mar. 2004. p. 18. DOI: <http://dx.doi.org/10.1007/bf02687074> Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/BF02687074> Acesso em: 15 abr. 2021.

⁵² Tradução livre: “governos se envolvem na vigilância em massa de seus próprios cidadãos – contradizendo a prática democrática básica.” LYON, D. *Surveillance after Snowden*. Cambridge; Malden: MA: Polity Press, 2015. p. 337.

Por isso, a tecnologia não é apenas um fator terceiro (externo) na *surveillance*, mas um componente próprio e, portanto, interno, das relações sociais cotidianas.⁵³ Fato é que o fenômeno da *surveillance*, além de ser tenro, é permanentemente renovado. Nesse passo, na medida em que a tecnologia é um fator determinante de uma cidade como *smart city*, a *surveillance* desenvolve-se em consonância e em linear velocidade, sendo aquela uma condição para a existência dessa.

O reconhecimento facial opera para além da função de simples olhos do inspetor do panóptico, indicando a superação do panoptismo. O uso da tecnologia permite que o Estado: veja, sem ser visto; identifique indivíduos com facilidade e rapidez; controle comportamentos dos indivíduos pelo simples temor de estarem sob observação. Em uma *smart surveillance*, tais formas de coação, ainda que sutis, são concretas, apontando para uma limitação à liberdade individual, elemento definidor de um Estado como democrático.

3 O impacto do reconhecimento facial das smart cities na privacidade

As advertências de George Orwell e Aldous Huxley hoje soam como um clichê. Talvez, porque os cenários distópicos por eles descritos são hoje uma realidade já superada. À vista disso, este capítulo destina-se a verificar como o reconhecimento facial opera e como, *per se*, ou aliado a outras tecnologias como a inteligência artificial, quando empregado nas *smart cities*, pode acarretar complicações ao direito à privacidade.

Compreende-se que “*face identification involves one-to-many matching that compares a query face against multiple faces in the enrollment database to associate the identity of the query face to one of those in the database.*”^{54, 55} Desse modo, o processo de reconhecimento facial pode ser aplicado, simplesmente, para a identificação de pessoas ou, por

⁵³ MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2016. p. 93.

⁵⁴ Tradução livre: “Identificação de face envolve a correspondência um-para-vários que compara uma face de consulta com várias faces no banco de dados de registro para associar a identidade da face consultada a uma daquelas no banco de dados.”

⁵⁵ STAN Z. LI *et al.* (orgs.). *Handbook of Face Recognition*. London: Springer London, 2011. p. 3.

outro lado, para verificação e confirmação da identidade de pessoas^{56,57}

Ambos os sistemas operam de forma similar, apresentando, usualmente, as seguintes etapas: aquisição de dados, pré-processamento de dados, extração de características e classificação.⁵⁸ Naturalmente, as técnicas utilizadas para o desenvolvimento de cada etapa podem variar, sem que, contudo, perca-se sua essência.

A etapa primeira de todo o processo é a de aquisição de dados. A entrada dos dados pode ser realizada por meio de tecnologias 2D ou 3D. No modelo 2D, câmeras realizam a captura de imagens estáticas ou imagens dinâmicas (vídeo) que serão posteriormente analisadas. Já na tecnologia 3D, a coleta é realizada por meio de scanner 3D ou sensor de profundidade.⁵⁹ Independentemente da técnica utilizada, as imagens capturadas constituem dados que deram entrada ao sistema de reconhecimento.

Após adquiridas as imagens, inicia-se a fase de pré-processamento dos dados. Os dados obtidos na fase anterior entram no processo de forma bruta. Isso sig-

nifica que, seja em 2D ou 3D, as imagens podem conter ruídos, podendo ter sido gerados por componentes ópticos dos sensores (exemplo, lente), por condições externas (exemplo, luminosidade) ou por propriedades da face (exemplo, textura). Nessa fase, técnicas são aplicadas para remoção ou redução desses ruídos.⁶⁰

Além de ruídos, as imagens são adquiridas sob diferentes condições de iluminação, diferentes ângulos da cabeça e com resoluções variadas. Por essa razão, é necessária a aplicação de diversas operações de pré-processamento, a fim de uniformizar os dados obtidos.⁶¹

A terceira etapa consiste na extração de características. As imagens obtidas como resultado das fases anteriores passam por um processo⁶² de codificação, de modo que as informações (recursos) fométricas (em imagens 2D) ou geométricas (em imagens 3D) são extraídas e reduzidas a códigos (discriminadas). As fases seguintes do processo utilizam as características (recursos) extraídos dessa etapa, e não a imagem inteira.⁶³

Por fim, inicia-se a etapa de classificação. Para tal, importante esclarecer a pré-existência de um banco de dados, no qual consta um conjunto de informações referentes à indivíduos que, posteriormente, são submetidos ao reconhecimento facial. Posto isso, a classificação opera de dois modos diversos, de acordo com o objetivo do reconhecimento facial, ou seja, de um modo, para a identificação e, de outro, para a verificação.

⁵⁶ BOWYER, Kevin W.; CHANG, Kyong; FLYNN, Patrick. A survey of approaches and challenges in 3D and multi-modal 3D+2D face recognition. *Computer Vision and Image Understanding*, v. 101, n. 1, p. 1-15, jan. 2006. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1077314205000822> Acesso em: 14 abr. 2021.

⁵⁷ "In a recognition scenario, the matching is one-to-many, in the sense that a probe is matched against all of the gallery to find the best match above some threshold. In an authentication scenario, the matching is one-to-one, in the sense that the probe is matched against the gallery entry for a claimed identity, and the claimed identity is taken to be authenticated if the quality of match exceeds some threshold." Tradução livre: Em um cenário de reconhecimento, a correspondência é de um-para-muitos, no sentido de que uma análise é comparada com toda a galeria para encontrar a melhor correspondência acima de algum limite. Em um cenário de autenticação, a correspondência é individual, no sentido de que o examinado é correspondido com a entrada da galeria para uma identidade reivindicada, e a identidade reivindicada é considerada autenticada se a qualidade da correspondência exceder algum limite. BOWYER, Kevin W.; CHANG, Kyong; FLYNN, Patrick. A survey of approaches and challenges in 3D and multi-modal 3D+2D face recognition. *Computer Vision and Image Understanding*, v. 101, n. 1, p. 1-15, jan. 2006. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1077314205000822> Acesso em: 14 abr. 2021.

⁵⁸ BENNAMOUN, Mohammed; GUO, Yulan; SOHEL, Ferdous. Feature Selection for 2D and 3D Face Recognition. In: *ENCYCLOPEDIA of Electrical and Electronics Engineering*. Nova Jersey: Wiley, 2015. p. 1-28. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/047134608X.W8257> Acesso em: 13 abr. 2021.

⁵⁹ BENNAMOUN, Mohammed; GUO, Yulan; SOHEL, Ferdous. Feature Selection for 2D and 3D Face Recognition. In: *ENCYCLOPEDIA of Electrical and Electronics Engineering*. Nova Jersey: Wiley, 2015. p. 1-28. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/047134608X.W8257> Acesso em: 13 abr. 2021.

⁶⁰ BENNAMOUN, Mohammed; GUO, Yulan; SOHEL, Ferdous. Feature Selection for 2D and 3D Face Recognition. In: *ENCYCLOPEDIA of Electrical and Electronics Engineering*. Nova Jersey: Wiley, 2015. p. 1-28. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/047134608X.W8257> Acesso em: 13 abr. 2021.

⁶¹ BENNAMOUN, Mohammed; GUO, Yulan; SOHEL, Ferdous. Feature Selection for 2D and 3D Face Recognition. In: *ENCYCLOPEDIA of Electrical and Electronics Engineering*. Nova Jersey: Wiley, 2015. p. 1-28. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/047134608X.W8257> Acesso em: 13 abr. 2021.

⁶² Há uma ampla variedade de métodos de extração de características, citando-se, exemplificativamente, *Eigenfaces*, *Fisherfaces*, *Laplacianfaces*, *Independent Component Analysis (ICA)* e *Discrete Cosine Transform (DCT)*. BENNAMOUN, Mohammed; GUO, Yulan; SOHEL, Ferdous. Feature Selection for 2D and 3D Face Recognition. In: *ENCYCLOPEDIA of Electrical and Electronics Engineering*. Nova Jersey: Wiley, 2015. p. 1-28. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/047134608X.W8257> Acesso em: 13 abr. 2021.

⁶³ BENNAMOUN, Mohammed; GUO, Yulan; SOHEL, Ferdous. Feature Selection for 2D and 3D Face Recognition. In: *ENCYCLOPEDIA of Electrical and Electronics Engineering*. Nova Jersey: Wiley, 2015. p. 1-28. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/047134608X.W8257> Acesso em: 13 abr. 2021.

Na identificação, o resultado do processamento das fases anterior é confrontado com todo o banco de dados, ou seja, uma correspondência de um para muitos. A imagem do banco de dados (galeria) mais próxima daquela em análise, com pontuação acima de determinado limite, é, então, utilizada para dar identidade ao indivíduo em análise.⁶⁴

O indivíduo em análise pode ou não estar no banco de dados (galeria). Assim, exemplificativamente, na utilização de reconhecimento facial para encontrar um foragido em meio a uma multidão, os dados do foragido encontram-se no banco de dados (galeria), enquanto os da multidão não estão armazenados. Entretanto, o reconhecimento facial realiza as etapas de aquisição de dados, pré-processamento e extração de características, para, na fase final de classificação, concluir que, exceto o foragido, nenhum daqueles indivíduos fora identificado.

Já no modo verificação, os dados obtidos no processamento são comparados com as informações no banco de dados pertencentes à identidade que está sendo reivindicada, ou seja, uma correspondência de um para um. Havendo similaridade, acima de determinado limite, entre as identidades, há a verificação (autenticação) da identidade do indivíduo.⁶⁵

Os sistemas de reconhecimento facial têm recebido extensas evoluções, precipuamente, através da inteli-

gência artificial⁶⁶, por meio de *machine learning*⁶⁷ e *deep*

⁶⁶ O estudo fundador da inteligência artificial foi publicado em 1950, por Alan M. Turing, baseando-se na pergunta “*Can machines think?*” (“As máquinas podem pensar?”). TURING, A. M. Computing machinery and intelligence. *Mind*, v. 54, n. 236, p. 433-460, 1950. p. 433. “*Artificial Intelligence (AI), broadly (and somewhat circularly) defined, is concerned with intelligent behavior in artifacts. Intelligent behavior, in turn, involves perception, reasoning, learning, communicating, and acting in complex environments. AI has as one of its long-term goals the development of machines that can do these things as well as humans can, or possibly even better. Another goal of AI is to understand this kind of behavior whether it occurs in machines or in humans or other animals. Thus, AI has both engineering and scientific goal.*” Tradução livre: “Inteligência Artificial (IA), definida de maneira ampla (e um tanto circular), preocupa-se com o comportamento inteligente em artefatos. O comportamento inteligente, por sua vez, envolve percepção, raciocínio, aprendizado, comunicação e atuação em ambientes complexos. A IA tem como um de seus objetivos de longo prazo o desenvolvimento de máquinas que podem fazer essas coisas tão bem quanto os humanos, ou possivelmente até melhor. Outro objetivo da IA é entender esse tipo de comportamento, seja em máquinas ou em humanos ou outros animais. Assim, a IA tem ambos objetivos, de engenharia e científicos.” NILSSON, Nils J. *Artificial intelligence: a new synthesis*. San Francisco: Morgan Kaufmann Publishers, 1998. Por um viés técnico, entende-se que “*Artificial Intelligence is the field of computer science aimed at developing hardware and/or software systems (more generally, computational models) capable of performing functions which have been traditionally considered unique and exclusive of human cognition. Among those capabilities, we can mention natural language and speech processing, expert reasoning and problem solving, such as diagnosis and design, vision, and learning.*” Tradução livre: “Inteligência Artificial é o campo da ciência da computação voltado para o desenvolvimento de sistemas de hardware e/ou software (geralmente, modelos computacionais) capazes de executar funções tradicionalmente consideradas únicas e exclusivas da cognição humana. Entre essas funções, podemos citar o processamento natural de linguagem e fala, raciocínio especializado e solução de problemas, como diagnóstico e design, visão e aprendizado.” TASSO, C. An introduction to artificial intelligence and to the development of knowledge-based systems. In: TASSO, Carlo; OLIVEIRA, Edoardo R. Arantes e (orgs.). *Development of knowledge-based systems for engineering*. Vienna: Springer Vienna, 1998. p. 11-26. p. 11. Disponível em: http://link.springer.com/10.1007/978-3-7091-2784-1_2 Acesso em: 23 abr. 2021.

⁶⁷ “*Machine learning can be broadly defined as computational methods using experience to improve performance or to make accurate predictions. Here, experience refers to the past information available to the learner, which typically takes the form of electronic data collected and made available for analysis. This data could be in the form of digitalized human-labeled training sets, or other types of information obtained via interaction with the environment. In all cases, its quality and size are crucial to the success of the predictions made by the learner.*” Tradução livre: “*Machine learning* pode ser amplamente definido como métodos computacionais que utilizam a experiência para melhorar o desempenho ou fazer previsões precisas. Aqui, a *experiência* se refere às informações passadas disponíveis para o aprendiz, que geralmente assumem a forma de dados eletrônicos coletados e disponibilizados para análise. Esses dados podem estar na forma de conjuntos de treinamento digitalizados, classificados manualmente, ou outros tipos de informações obtidas por meio da interação com o ambiente. Em todos os casos, sua qualidade e tamanho são cruciais para o sucesso das previsões feitas pelo aprendiz.” MOHRI, M.; ROSTAMIZADEH A.; TALWALKAR A. *Foundations of machine learning*. 2 ed. Cambridge: The MIT Press, 2018. p. 1.

⁶⁴ BENNAMOUN, Mohammed; GUO, Yulan; SOHEL, Ferdous. Feature Selection for 2D and 3D Face Recognition. In: *ENCYCLOPEDIA of Electrical and Electronics Engineering*. Nova Jersey: Wiley, 2015. p. 1-28. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/047134608X.W8257> Acesso em: 13 abr. 2021.

⁶⁵ BENNAMOUN, Mohammed; GUO, Yulan; SOHEL, Ferdous. Feature Selection for 2D and 3D Face Recognition. In: *ENCYCLOPEDIA of Electrical and Electronics Engineering*. Nova Jersey: Wiley, 2015. p. 1-28. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/047134608X.W8257> Acesso em: 13 abr. 2021.

*learning*⁶⁸, além de Redes Neurais Artificiais (RNA)⁶⁹, importantes para o desenvolvimento, aprimoramento e, sobretudo, expansão dos usos do reconhecimento facial. Por meio do *deep learning*, tem-se avançado na solução de grandes problemas da inteligência artificial, mostrando-se acertado em descobrir estruturas complexas em dados de alta dimensão, batendo recordes de aplicação em reconhecimento de imagem - gênero do qual o reconhecimento facial é espécie.⁷⁰

É manifesto que os avanços tecnológicos levam a cenários de resolução de problemas, ao passo que outros surgem. A capacidade de reconhecer imediatamente

⁶⁸ “To summarize, deep learning [...] is an approach to AI. Specifically, it is a type of machine learning, a technique that allows computer systems to improve with experience and data. [...] machine learning is the only viable approach to building AI systems that can operate in complicated, real-world environments. Deep learning is a particular kind of machine learning that achieves great power and flexibility by learning to represent the world as a nested hierarchy of concepts and representations, with each concept defined in relation to simpler concepts, and more abstract representations computed in terms of less abstract ones.” Tradução livre: “Resumindo, o *deep learning* [...] é uma abordagem para a IA. Especificamente, é um tipo de *machine learning*, uma técnica que permite que os sistemas de computador melhorem com experiência e com dados. [...] o aprendizado de máquina é a única abordagem viável para a construção de sistemas de IA que podem operar em ambientes complicados do mundo real. O *deep learning* é um tipo particular de *machine learning* que alcança grande poder e flexibilidade, aprendendo a representar o mundo como uma hierarquia aninhada de conceitos e representações, com cada conceito definido em relação a conceitos mais simples, e representações mais abstratas computadas em termos de menos abstratas uns.” GOOD-FELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua; COURVILLE, Aaron. *Deep Learning*. Cambridge: MIT Press, 2017. p. 8.

⁶⁹ “Redes neurais artificiais são sistemas de computação vagamente inspirados pelas redes neurais biológicas que constituem os cérebros animais. A rede neural em si não é um algoritmo, mas a estrutura de muitos algoritmos diferentes de aprendizado de máquina para trabalhar juntos e processar entradas de dados complexas. Tais sistemas aprendem a executar tarefas considerando exemplos, sem serem programados com regras específicas de tarefas. Por exemplo, no reconhecimento de imagem, as redes neurais podem aprender a identificar imagens que contenham gatos analisando exemplos que tenham sido rotulados manualmente como “gato” ou “não gato” e, em seguida, usar os resultados para identificar gatos em outras imagens. As redes neurais fazem isso sem qualquer conhecimento prévio sobre gatos, por exemplo, que eles têm pele, rabo, bigode e cara de gato. Em vez disso, eles identificam automaticamente as características do material de aprendizagem que processam.” FALCÃO, João Vitor Regis et al. Redes Neurais Deep Learning com Tensorflow. *RE3C - Revista Eletrônica Científica de Ciência da Computação*, v. 14, n. 1, 2019. Disponível em: <http://revistas.unifenas.br/index.php/RE3C/article/view/232>. Acesso em: 24 abr. 2021.

⁷⁰ LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HINTON, Geoffrey. Deep learning. *Nature*, [s.l.], v. 521, n. 7553, p. 436-444, maio 2015, p. 436. Springer Science and Business Media LLC. DOI: <http://dx.doi.org/10.1038/nature14539>. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nature14539>. Acesso em: 27 mar. 2021.

te um indivíduo por meio de suas características faciais, coletando e acessando significativas quantidades de dados - inclusive sensíveis -, remete a preocupações sobre o direito à proteção de dados, bem como, de proteção à privacidade.⁷¹

O direito à privacidade, contemporaneamente, de forma genérica, pode ser compreendido como um conceito amplo que engloba a proteção à privacidade, à vida privada, à intimidade e a inviolabilidade de dados pessoais.⁷² Originalmente, a proteção da privacidade surgiu com o próprio conceito, quando, nos anos 1890, o cenário norte americano de fotografias instantâneas e jornais iniciou uma invasão dos recintos da vida privada e doméstica.⁷³

O que tem gerado significativas controvérsias teóricas e jurídicas é a existência de um direito à privacidade em locais públicos. Reflexos dessa celeuma diversas vezes chegaram à Corte Europeia de Direitos Humanos (após longas discussões nos tribunais da Alemanha e da Inglaterra, por exemplo) e também aos tribunais brasileiros. Embora, em uma primeira impressão, não se vislumbra um direito à privacidade em ambientes públicos, o tema merece considerações.

Inicialmente, vale ressaltar que ter direito à privacidade não é o mesmo que ter privacidade; um pode inteiramente existir sem o outro. Por exemplo, quem oculta atividades criminosas possui privacidade, mas não possui o direito à privacidade, ao passo que alguém pode ter direito à privacidade, mas não a possuir, por alguém ter violado tal direito.⁷⁴ Em uma sociedade vigiada, proteger o direito à privacidade com vista a garantir a privacidade, é um cenário imbricado.

A proteção à privacidade pode ser observada sob duas condições: a formal e a material. Sob a condição formal, são elencadas as normas legais, constitucionais ou não, que visam a tutela da privacidade. Por outro

⁷¹ MILLIGAN, Christopher S. Facial recognition technology, video surveillance, and privacy. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v. 9, p. 295-334, 1999. p. 307.

⁷² FORTES, Vinícius Borges. *Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 108.

⁷³ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 192-220, dez. 1890. p. 195. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs4536/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.

⁷⁴ REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995. p. 32.

lado, a condição material expressa a realidade física que impede a invasão da privacidade.⁷⁵ Essa última é constantemente enfraquecida pelos avanços tecnológicos, dos quais o reconhecimento facial é exemplo.

Todas as pessoas possuem classificação própria, que, em sua base, é compartilhada por uma mesma sociedade, daquilo que pode ser denominado hierarquias da privacidade. Assim, algumas particularidades da vida da pessoa são compartilhadas, apenas, com a família, outras com amigos próximos, outras com profissionais da saúde e semelhantes e, por fim, outros assuntos compartilhados com o total de estranhos.⁷⁶

Mesmo em lugares públicos, determinados aspectos da vida de um indivíduo não são revelados às demais pessoas que compartilham, com ele, do lugar. Isso porque há um quesito volitivo em escolher o que e quanto da vida da pessoa é que será exposta ao público. O desejo volitivo, portanto, resume-se em um aspecto de concessão de acesso⁷⁷ desse próprio indivíduo aos demais.⁷⁸

Outro ponto que fundamenta a existência de um direito à privacidade em lugares públicos é que a exposição escolhida pelo indivíduo se dá justamente em função das condições do lugar no qual a pessoa está exposta. Contudo, a partir do momento em que esse indivíduo passa a ser vigiado, especialmente com coleta de imagens, um público mais amplo pode acessá-lo, inclusive, em momentos posteriores (futuro), sem que

o indivíduo tenha conhecimento ou tenha aquiescido com essa exposição consequente^{79, 80}

Ainda que não haja um clássico e consubstanciado direito à privacidade em locais públicos, indivíduos possuem uma “razoável expectativa de privacidade”⁸¹, que a sociedade deve reconhecer como legítima.⁸² O nó górdio apresenta-se em como essa razoável expectativa de privacidade pode sobreviver a uma sociedade que se torna, crescentemente, em *surveillance*.

Em um período pré-computacional, a proteção da privacidade teve como grande aliado não as normas constitucionais, mas a própria perspectiva prática. Todavia, com a atual possibilidade de reconhecimento facial presente em locais públicos e o acesso a dados pessoais, faz-se intrincada a proteção do anonimato, inclusive em meio a grandes multidões.⁸³

As associações entre privacidade e anonimato não são novas, sendo que há teorias que reconhecem o ano-

⁷⁵ REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995. p. 43.

⁷⁶ CALOYANNIDES, M. Society cannot function without privacy. *Ieee Security & Privacy*, v. 1, n. 3, p. 84-86, maio 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.1109/msecp.2003.1203230>. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/1203230>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁷⁷ “By privacy, I understand the condition in which other people are deprived of access to either some information about you or some experience of you. For the sake of economy, I will shorten this and say that privacy is the condition in which others are deprived of access to you.” Tradução livre: “Por privacidade, entendo a condição em que outras pessoas são privadas de acesso a algumas informações sobre você ou de alguma experiência sua. Por uma questão de economia, reduzirei isso e direi que privacidade é a condição na qual os outros estão privados de acesso a você.” REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995. p. 30.

⁷⁸ MOREHAM, N. A. Privacy in public places. *The Cambridge Law Journal*, v. 65, n. 3, p. 606-635, 2006. p. 617-618.

⁷⁹ MOREHAM, N. A. Privacy in public places. *The Cambridge Law Journal*, v. 65, n. 3, p. 606-635, 2006. p. 618.

⁸⁰ “[...] it is theoretically sound to say that people can have a reasonable expectation of privacy in a public place: first because people can choose how much or how little of themselves they reveal in public and secondly, because it is always possible to disseminate an image of a person to a much wider audience than the one to which he or she was originally exposed. In other words, it does not follow from the fact that an individual is happy for some aspects of him- or herself to be observed by some members of the public in some contexts, that he or she must be prepared to have all aspects of him- or herself observed by the public at large in any context.” Tradução livre: “[...] é teoricamente correto dizer que as pessoas podem ter uma expectativa razoável de privacidade em um local público: primeiro, porque as pessoas podem escolher quanto ou quão pouco de si mesmas revelam em público e, em segundo lugar, porque sempre é possível disseminar a imagem de uma pessoa para um público muito maior do que aquele a que ela foi originalmente exposta. Em outras palavras, não decorre do fato de que um indivíduo está feliz por alguns aspectos dele serem observados por alguns membros do público em alguns contextos, que ele ou ela deve estar preparado para ter todos os aspectos dele ou ela mesma observados pelo público em geral em qualquer contexto.” MOREHAM, N. A. Privacy in public places. *The Cambridge Law Journal*, v. 65, n. 3, p. 606-635, 2006. p. 620.

⁸¹ No original, “reasonable expectation of privacy”. MOREHAM, N. A. Privacy in public places. *The Cambridge Law Journal*, v. 65, n. 3, p. 606-635, 2006; REIDENBERG, Joel. Privacy in Public. *University of Miami Law Review*, v. 69, p. 141, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2493449 Acesso em: 11 abr. 2021.

⁸² REIDENBERG, Joel. Privacy in Public. *University of Miami Law Review*, v. 69, p. 141, 2014. p. 144. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2493449 Acesso em: 11 abr. 2021.

⁸³ REIDENBERG, Joel. Privacy in Public. *University of Miami Law Review*, v. 69, p. 141, 2014. p. 148-149. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2493449 Acesso em: 11 abr. 2021.

nimato como um dos estados da privacidade.⁸⁴ “*The third state of privacy, anonymity, occurs when the individual is in public places or performing public acts but still seeks, and finds, freedom from identification and surveillance.*”⁸⁵

Garantir o anonimato significa que o indivíduo pode estar realizando qualquer atividade em público, compartilhando espaços com outras pessoas, tendo plena consciência de que está sendo observado por outros. No entanto, a não ser que se trate de uma pessoa pública, não espera que seja identificado e reconhecido, mantendo um comportamento que não segue todas as normas sociais que seriam desejadas caso fosse reconhecido por quem o observa.⁸⁶

Por sua vez, com o reconhecimento facial em uso, o anonimato entra completamente em xeque, uma vez que essa tecnologia se destina, justamente, a identificar indivíduos. O fato de saber, ou ao menos temer⁸⁷, estar sob sistêmica observação em locais públicos tolhe a sensação de relaxamento e liberdade que os indivíduos buscam, especialmente nos locais públicos e abertos, como praças, parques e similares^{88, 89}.

⁸⁴ Desse modo, os estados da privacidade são: primeiro, solidão; segundo, intimidade; terceiro, anonimato; quarto e mais sutil, criação de barreiras psicológicas contra invasões indesejadas. WESTIN, A. F. *Privacy and freedom*. New York: Ig Publishing, 1967. p. 54-55.

⁸⁵ Tradução livre: “O terceiro estado de privacidade, anonimato, ocorre quando o indivíduo está em locais públicos ou pratica atos públicos, mas ainda procura e encontra-se livre da identificação e da vigilância.” WESTIN, A. F. *Privacy and freedom*. New York: Ig Publishing, 1967. p. 55.

⁸⁶ WESTIN, A. F. *Privacy and freedom*. New York: Ig Publishing, 1967. p. 55.

⁸⁷ Basta tomar como exemplo as webcams dos notebooks em geral. O simples temor de existir uma possibilidade de estar sendo vigiado (nesse caso, tendo a privacidade invadida) provoca a reação de colocar adesivos ou outras maneiras de bloquear a webcam.

⁸⁸ WESTIN, A. F. *Privacy and freedom*. New York: Ig Publishing, 1967. p. 55. p. 55.

⁸⁹ “Daí decorre o efeito mais importante do Panóptico: induzir no recluso um estado consciente e permanente de visibilidade, que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer de maneira a que a vigilância seja permanente nos seus efeitos, ainda que seja descontínua na sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade do seu exercício; que este aparelho arquitectónico seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente de quem o exerce; em suma, que os reclusos estejam presos numa situação de poder de que eles próprios são os portadores. Para isso, é simultaneamente de mais e de menos que o prisioneiro seja incessantemente observado por um vigilante: de menos, porque o essencial é que saiba que está a ser vigiado; de mais, porque não precisa efetivamente de ser vigiado. Foi por isso que Bentham formulou o princípio segundo o qual o poder deve ser visível e inverificável. Visível: o recluso terá incessantemente diante de si a alta silhueta da torre central, de onde é espiado. Inverificável: o recluso nunca deve saber se está realmente a ser observado; mas deve ter a certeza

Os efeitos de uma *surveillance* envolvem, exemplificativamente, a exposição de laços afetivos, abrangidos por uma razoável expectativa de privacidade, ao tolhimento do anonimato dos indivíduos envolvidos. Para além disso, uma sociedade panóptica pode trazer riscos, sendo: perda extrínseca da liberdade, perda intrínseca da liberdade, riscos simbólicos e risco de metamorfose psicopolítica.⁹⁰

O risco da perda extrínseca da liberdade envolve as formas nas quais a perda da privacidade acarreta tornar pessoas vulneráveis a terem seu comportamento moldado. Caracteriza-se por uma pressão social, que se destina a coibir determinados comportamento indesejados, com a promessa de penalização. Ressalta-se que esse mecanismo de coibição, também, é aplicado às manifestações políticas impopulares, que não são ilícitas ou imorais.⁹¹

O risco da perda intrínseca da liberdade abrange as maneiras pelas quais a negação da privacidade importa diretamente na limitação da liberdade das pessoas, ou seja, consiste que a privacidade não é apenas modo de proteção da liberdade, mas que ela mesma se constitui, de diversas maneiras, na própria liberdade. Ainda, na medida em que, cada vez mais, as ações humanas vão sendo gravadas, por meio de coletas de dados, ocorre uma perda da liberdade individual de agir espontaneamente.⁹²

de que pode estar sempre a ser vigiado. Para tornar inverificável a presença ou a ausência do vigilante, para que os prisioneiros, na sua cela, não possam ver uma sombra ou uma contraluz, Bentham previu não só persianas nas janelas da sala central de vigilância, mas também, no interior, tabiques que a cortam em ângulo reto e, para passar de uma sala para outra, não portas, mas biombos: é que um mínimo ruído, uma luz entrevista, uma claridade numa reentrância denunciariam a presença do guardião. O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, os indivíduos são totalmente vistos, sem nunca verem; na torre central, vê-se tudo, sem nunca se ser visto.” FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Lisboa: Almedina, 2013. p. 156.

⁹⁰ REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995. p. 34.

⁹¹ REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995. p. 35.

⁹² REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995. p. 37-38.

No risco simbólico, compreende-se que, mesmo quando a invasão da privacidade não causa nenhum dano, tal invasão constitui, por si própria, um insulto à dignidade e à soberania individual. São questões sutis, mas que, em uma sociedade em *surveillance*, vão desconstituindo a soberania individual, transportando-a para o exterior do indivíduo.⁹³

Por fim, o risco de metamorfose psicopolítica, consequência da perda da autonomia individual, capaz de reduzir a criatividade e a diversidade, tornado pessoas em “homens unidimensionais”⁹⁴. “*Unless people can form their own views, democratic voting becomes mere ratification of conventionality, and individual freedom mere voluntary conformity.*”⁹⁵ Aqui, proteger a privacidade implica, também, assegurar os mecanismos democráticos e a liberdade de crítica, essenciais à superação de um estado vigilante.

Retomando a concepção da proteção da privacidade sob condições formais e materiais, registre-se que as condições formais nunca podem garantir a privacidade quando as condições materiais para invadir a privacidade estão à disposição. As condições materiais possuem uma espécie de poder que - ainda - não é alcançado pelas condições formais.⁹⁶

⁹³ REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995. p. 38-40.

⁹⁴ *One-dimensional man*, ideia desenvolvida por Herbert Marcuse, no livro de mesmo nome, como crítica a sociedade capitalista, que opera com poder uniformizador do comportamento humano. “*Thus emerges a pattern of one-dimensional thought and behavior in which ideas, aspirations, and objectives that, by their content, transcend the established universe of discourse and action are either repelled or reduced to terms of this universe. They are redefined by the rationality of the given system and of its quantitative extension.*” Tradução livre: “Assim, emerge um padrão de pensamento e comportamento unidimensional em que ideias, aspirações e objetivos que, por seu conteúdo, transcendem o universo estabelecido de discurso e ação são repelidos ou reduzidos a termos desse universo. Eles são redefinidos pela racionalidade do sistema fornecido e por sua extensão quantitativa.” MARCUSE, Herbert. *One-dimensional man: studies in the ideology of advanced industrial society*. London: Routledge, 2007. p. 14.

⁹⁵ Tradução livre: “A menos que as pessoas possam formar seus próprios pontos de vista, o voto democrático se torna mera ratificação da convencionalidade e a liberdade individual, mera conformidade voluntária.” REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995. p. 42.

⁹⁶ REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995. p. 43-44.

A existência de bancos de dados sempre maiores, a capacidade de coleta e processamento de dados a grandes velocidades, aliados ao uso do reconhecimento facial, promovem condições materiais inéditas para a invasão da privacidade. “*One has to be very optimistic indeed about the power of rules, to think that formal guarantees of privacy will protect us.*”⁹⁷

Análises profundas sob a utilização do reconhecimento facial nas *smart cities* são importantes, na medida em que se deve atentar em como esses elementos são ferramentas agregadoras da evolução fenomenológica da vigilância em *surveillance*. Também, por essa razão, o crescente emprego de soluções tecnológicas nas *smart cities* devem ser equiponderadas mediante os seus reflexos à privacidade individual, mesmo em lugares públicos.

4 O desenvolvimento de *smart cities* no Brasil e a proteção aos direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados pessoais

Por um lado, o uso do reconhecimento facial complica em potenciais violações à privacidade de pessoas, mesmo em lugares públicos. Entretanto, os riscos dessas tecnologias podem se estender à seara intrínseca dos dados pessoais. Isso porque o reconhecimento facial utiliza, em seu processo, características/informações, que são classificadas como dados pessoais. Então, a indagação: quais os parâmetros de uso de dados pessoais por sistemas de reconhecimento facial nas *smart cities* em face do dever de observância dos direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados pessoais?

A adoção da China como objeto de análise do fenômeno de utilização de reconhecimento facial nas *smart cities* se dá não apenas em razão da exponencialidade dessas tecnologias nas cidades chinesas, mas também pelos usos singulares e diferentes, que decorrem da própria disseminação das tecnologias. Além disso, o país sedia empresas que são superpotências em relação ao desenvolvimento de tecnologias de reconhecimento fa-

⁹⁷ Tradução livre: “É preciso ser realmente muito otimista quanto ao poder das regras, para pensar que garantias formais de privacidade nos protegerão.” REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995.

cial e inteligência artificial, competindo com o Vale do Silício.⁹⁸ Ainda, alguns usos de reconhecimento facial no Brasil são resultado da importação dessas tecnologias da China, o que demonstra a traslado da tecnologia.

O Brasil tem demonstrado, há tempos, interesse nas tecnologias de reconhecimento facial. No âmbito legislativo, o Projeto de Lei n.º 3.372/2004 propôs a instituição de mecanismos de características biométricas para credenciamento e autenticação de usuários, como requisito para permitir alterações de informações em bancos de dados dos setores de pessoal, pagamentos e arrecadação de tributos, da administração pública direta, indireta e fundacional.⁹⁹

Entre outros mecanismos citados diretamente pelo projeto, tem-se o reconhecimento facial, além da impressão digital e o reconhecimento de íris. Apesar de arquivado em 2008, o projeto, que tramitou na Câmara dos Deputados, recebeu aprovação pela Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP), além de parecer pela aprovação na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI).¹⁰⁰

Em 2018, a Câmara dos Deputados recebeu outras duas proposições legislativas, que tramitam simultaneamente, a fim de implementar a utilização de reconhecimento facial no âmbito do sistema penitenciário.¹⁰¹ O Projeto de Lei n.º 9.736/2018 propõe que a guia de recolhimento do apenado seja complementada, mediante

⁹⁸ MILLIGAN, Christopher S. Facial recognition technology, video surveillance, and privacy. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v. 9, p. 295-334, 1999. p. 319.

⁹⁹ KAI-FU LEE. *AI superpowers: China, Silicon Valley, and the new world order*. New York: Houghton Mifflin, 2018.

¹⁰⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.372/2004*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>. Acesso em: 01 abr. 2021.

¹⁰¹ Ambos projetos visam alterar a Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP). O Projeto de Lei n.º 9.736/2018 visa acrescentar o “Art. 107-A. As informações constantes da guia de recolhimento serão complementadas pela identificação biométrica por reconhecimento facial, quando o custodiado for recolhido a um estabelecimento penal.” BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 9.736/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2169011>. Acesso em: 15 abr. 2021. Já o Projeto de Lei n.º 11.140/2018 visa inserir o “Art. 109-A. Todos os custodiados, servidores públicos, prestadores de serviços e visitantes deverão ser identificados pelo sistema biométrico para ter acesso aos estabelecimentos penais.” BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 11.140/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188455>. Acesso em: 18 abr. 2021. Esse último, apesar de não citar expressamente o reconhecimento facial, entende-se ser essa uma técnica que pode ser utilizada.

identificação biométrica por reconhecimento facial.¹⁰² Por sua vez, o Projeto de Lei n.º 11.140/2018 estabelece que custodiados, servidores públicos, prestadores de serviços e visitantes deverão realizar identificação biométrica para acesso aos estabelecimentos penais.¹⁰³

Para além do poder legislativo, o Brasil conta, desde 2011, com a utilização de reconhecimento facial, implantado como projeto piloto em Ilhéus, na Bahia, visando coibir fraudes no transporte público. Nada obstante, o uso dessas tecnologias se tornou popular a partir de 2018. Ao todo, já são mais de quarenta e oito implantações, somente pelo poder público, respectivamente nos setores de transporte, segurança pública, controle de fronteiras, educação, além de outras aplicações.^{104, 105}

Na Bahia¹⁰⁶, a Secretaria de Segurança Pública utiliza sistema de reconhecimento facial, desde 2018.¹⁰⁷ Em 2019, o uso da tecnologia na Micareta de Feira de Santana, capturou o rosto de mais de 1,3 milhão de foliões.¹⁰⁸ Em 2020, o reconhecimento facial no Carnaval

¹⁰² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 9.736/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2169011>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁰³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 11.140/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188455>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁰⁴ INSTITUTO IGARAPÉ. *Infográfico reconhecimento facial no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://igarape.org.br/infografico-reconhecimento-facial-no-brasil/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁰⁵ As implantações concentram-se em quinze estados da federação, além do Distrito Federal, estando presentes em trinta cidades. INSTITUTO IGARAPÉ. *Infográfico reconhecimento facial no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://igarape.org.br/infografico-reconhecimento-facial-no-brasil/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁰⁶ O reconhecimento facial utilizado no Estado da Bahia é da empresa chinesa Huawei, sediada em Shenzhen, onde, em 14 de maio de 2019, a empresa convidou o governador Rui Costa a apresentar as experiências citadas, durante o Fórum Smart City. O governador afirmou que: “estamos felizes com o resultado inicial, mas nosso objetivo é avançar e proporcionar mais segurança aos baianos, por isso estamos licitando este serviço para 55 cidades. Também contrataremos softwares para educação e saúde, áreas que considero fundamental o uso da tecnologia para melhorar e ampliar a oferta de serviços à população.” BAHIA. Secretaria de Estado de Segurança Pública. *Bahia apresenta resultado do Reconhecimento Facial na China*. 2019. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/2019/05/5695/Bahia-apresenta-resultado-do-Reconhecimento-Facial-na-China.html>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁰⁷ MARAUX, Alberto. *SSP amplia cobertura do reconhecimento facial no carnaval*. 2020. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=7236>. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹⁰⁸ NASCIMENTO, Silvana. *Reconhecimento facial resulta nas prisões de 33 pessoas*. 2019. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/2019/04/5613/Reconhecimento-Facial-resulta-nas-prisoas-de-33-pessoas.html>. Acesso em: 17 mar. 2021.

de Salvador permitiu a contagem do número de foliões, chegando a 11,7 milhões.¹⁰⁹ O número aponta a quantidade de pessoas que foram submetidas à tecnologia, não sendo divulgada nenhuma medida de proteção aos dados pessoais coletados e, ainda, sem o claro conhecimento pelos cidadãos.

Em 2019, a Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRÔ) realizou processo licitatório (Licitação Pública Internacional n.º 10014557) a fim de conceber sistema de monitoração eletrônica nas linhas de metrô. O detalhamento técnico que acompanha a licitação evidencia o objetivo de implantação de reconhecimento facial de todos os usuários do metrô.¹¹⁰

Em decorrência disso, em fevereiro de 2020, ajuizou-se Ação de Produção Antecipada de Provas, a fim de que fossem demonstrados os detalhamentos dos procedimentos de segurança a serem adotados em relação ao banco de dados do sistema.¹¹¹ A demanda foi deferida a fim de que a Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRÔ) apresentasse documentação hábil a comprovar a segurança do banco de dados utilizado para realizar o reconhecimento facial^{112 113}.

¹⁰⁹ MARAUX, Alberto. *Reconhecimento Facial captura 42 foragidos na folia*. 2020. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/2020/02/7296/Reconhecimento-Facial-captura-42-foragidos-no-Carnaval-de-Salvador.html> Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Vara da Fazenda Pública). *Ação de Produção Antecipada de Provas n.º 1006616-14.2020.8.26.0053*. Relator: Juíza Renata Barros Souto Maior Baião, 02 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/252983937/processo-n-1006616-1420208260053-do-tjsp> Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Vara da Fazenda Pública). *Ação de Produção Antecipada de Provas n.º 1006616-14.2020.8.26.0053*. Relator: Juíza Renata Barros Souto Maior Baião, 02 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/252983937/processo-n-1006616-1420208260053-do-tjsp> Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Vara da Fazenda Pública). *Ação de Produção Antecipada de Provas n.º 1006616-14.2020.8.26.0053*. Relator: Juíza Renata Barros Souto Maior Baião, 02 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/252983937/processo-n-1006616-1420208260053-do-tjsp> Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹³ A decisão judicial determinou a apresentação da seguinte documentação: “1) Prova documental de confiabilidade e eficiência do sistema de monitoração eletrônica objeto do processo de licitação LPI n.º 10014557, tendo em vista a pretensão de sua aplicação sobre todos os usuários do Metrô; 2) Prova documental sobre análise de impacto de proteção de dados, contendo quais dados serão coletados e tratados, a base legal para essa coleta (art. 7º, LGPD), a finalidade desse tratamento, análise à luz do princípio da minimização e da proporcionalidade, se há dentre os dados que serão coletados algum que seja definido como sensível pela LGPD, o período de

A utilização de tecnologias de detecção facial¹¹⁴ vai

retenção dos dados, o grau de risco e finalmente as ações para a mitigação do risco envolvido. Na sua ausência, prova documental com i) descrição do processo de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos aos titulares e que possam impor restrições não previstas em lei aos usuários de serviços públicos, conforme previsto na LGPD e decorrente do sistema normativo protetor dos consumidores e dos usuários de serviços públicos (art. 6º, I e III, do CDC; Art. 5º, inc. IV, CDUSP; art. 7º, V, da Lei Estadual 10.294/1999; ii) medidas e mecanismos voltados a mitigar os riscos identificados; 3) Prova documental sobre o já existente banco de dados a ser utilizado no sistema de monitoração eletrônica, contendo: i) a data de criação do banco de dados; ii) a forma de aquisição do banco de dados (se foi criação própria, comprado, emprestado); iii) quais informações de usuários do metrô compõem esse banco de dados; iv) qual consentimento foi dado, pelos usuários, para uso de suas informações; v) a forma e frequência de atualização de referido banco de dados; vi) quem terá acesso aos dados pessoais coletados e quais serão os graus de privilégios de acesso; 4) Prova documental sobre como o Metrô obterá consentimento de pais ou responsáveis para obtenção, guarda e uso de dados pessoais de crianças e adolescentes, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente; 5) Prova documental sobre como será observada a anonimização e a guarda dos dados Pessoais; 6) Prova documental sobre análise de impacto financeiro de eventuais falhas e vazamentos na atividade de monitoração eletrônica, considerando como potencialmente afetados todos os usuários do metrô; 7) Prova documental sobre a governança do futuro banco de dados decorrente desta contratação, incluindo detalhamento de seu controlador, critérios de segurança do armazenamento, usos, formas de acesso e mecanismos de controle social da sua utilização com fundamento e base legal nas finalidades indicadas; 8) Prova documental da proposta de compartilhamento da base de dados com outras entidades estatais e/ou privadas e das hipóteses de tratamento antevistas, permitidas e almeçadas, uma vez que a pretensa base legal refere-se à segurança pública e a finalidade institucional da entidade licitante não se relaciona a esse objetivo de política pública, também em virtude dos requisitos mínimos previstos no item 6.9.6 no anexo CS983MEXX7XX001 do edital; 9) Atas de reunião dos órgãos e gestão da Ré aprovando as análises de impacto de proteção de dados e de impacto financeiro do sistema de monitoração eletrônica, nos termos exigidos pelos artigos 1º e 9º da Lei 13.303 de 2016. 10) Prova documental do ato administrativo que elucide a motivação pública do procedimento licitatório em questão, sendo considerados os riscos, custos e eventuais benefícios da contratação pretendida.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Vara da Fazenda Pública). *Ação de Produção Antecipada de Provas n.º 1006616-14.2020.8.26.0053*. Relator: Juíza Renata Barros Souto Maior Baião, 02 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/252983937/processo-n-1006616-1420208260053-do-tjsp> Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹⁴ Ainda que se trate de detecção facial, e não de reconhecimento facial, os riscos subsistem. Isso porque, conforme apontado no capítulo anterior, a detecção facial é apenas a primeira etapa do processo de reconhecimento facial. Significa que, a coleta de dados obtida no processo de detecção facial pode ser utilizada para realizar posterior reconhecimento facial. A possibilidade técnica de realizar o reconhecimento facial, contrastando-se os dados coletados na detecção facial com imagens (com a respectiva identificação do titular da imagem) obtidas na internet, especialmente por meio de aplicativos como Facebook, Instagram, Snapchat e TikTok, denotam a dimensão dos riscos.

além da área de segurança pública. Em abril de 2018, a empresa ViaQuatro (Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S. A.) realizou instalação de portas interativas digitais, em algumas estações do metrô de São Paulo. A tecnologia consiste na implantação de câmeras com sensores capazes de contabilizar a quantidade de pessoas que passam em frente às telas de publicidade. Além da captação da presença humana, há a coleta de dados da face (detecção facial) que, após processados pelo software, interpretam as expressões faciais, classificando-as em quatro tipos de emoções: feliz, insatisfeito, surpreso e neutro.^{115 116}

Mediante análise da estatura da pessoa, o sistema é capaz de classificá-la como criança, jovem ou adulto, além de, a partir do formato do rosto, haver a identificação do gênero da pessoa, em masculino ou feminino.¹¹⁷ A coleta dos dados biométricos dos usuários não se destina à segurança do metrô, mas à análise da reação destes aos anúncios de publicidade veiculados nos painéis, alimentando preceitos de otimização publicitária. Em razão disso, o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) ajuizou Ação Civil Pública, com Tutela de Urgência, que foi deferida, determinando-se o desligamento das portas interativas digitais.¹¹⁸

Em cada uma das fases do processo de reconhecimento facial, quantidades significativas de dados são coletadas e processadas. Exemplificativamente, a etapa de coleta de dados pode ser realizada em diversas fontes, sendo possível o reconhecimento de pessoas por meio de imagens que são obtidas exclusivamente na internet.¹¹⁹ O panorama é agravado com a possibilidade de combinação de conjuntos de dados, que podem ser originados de diferentes bases, mas que criam valiosos banco de dados, mesmo que anonimizados.¹²⁰

É preciso registrar, também, que os dados utilizados para o reconhecimento facial são considerados aparentes. Significa dizer que tais dados pessoais podem ser capturados de qualquer pessoa, em público ou em qualquer outro local, sem o consentimento ou, sequer, o conhecimento da pessoa.¹²¹ Diante desse cenário, o anonimato e a autonomia individual são postos em perigo. Ainda, a proteção insuficiente às imagens (dados pessoais) coletadas podem contribuir para a expansão de fenômenos potencialmente lesivos, como os *deepfakes*,¹²²

O direito à proteção de dados pessoais e o direito à da privacidade não estão, nesses termos, previstos no âmbito constitucional brasileiro.¹²³ Apesar disso, uma rá-

¹¹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (37. Vara Cível). *Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100*. Relator: Juíza Patrícia Martins Conceição, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/202658044/processo-n-1090663-4220188260100-do-tj-sp> Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹⁶ Explica o presidente da ViaQuatro, Harald Zwetkoff, que “as portas de plataforma interativas são uma tecnologia inovadora desenvolvida pela ViaQuatro para aprimorar transmissão de informações aos passageiros da Linha 4-Amarela. Essa nova ferramenta na área de comunicação e marketing, com recursos sofisticados, pode colaborar na criação de novas estratégias para públicos específicos, visando mais efetividade na troca de mensagens importantes ou mesmo o incremento em vendas.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (37. Vara Cível). *Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100*. Relator: Juíza Patrícia Martins Conceição, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/202658044/processo-n-1090663-4220188260100-do-tj-sp> Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (37. Vara Cível). *Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100*. Relator: Juíza Patrícia Martins Conceição, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/202658044/processo-n-1090663-4220188260100-do-tj-sp> Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (37. Vara Cível). *Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100*. Relator: Juíza Patrícia Martins Conceição, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/202658044/processo-n-1090663-4220188260100-do-tj-sp> Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹⁹ KINDT, Els J. *Privacy and data protection issues of biometric applications: a comparative legal analysis*. Dordrecht: Springer, 2013. p. 121.

¹²⁰ CUMBLEY, Richard; CHURCH, Peter. Is “Big Data” creepy? *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 5, p. 601-609, out. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2013.07.007> Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364913001349>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹²¹ KINDT, Els J. *Privacy and data protection issues of biometric applications: a comparative legal analysis*. Dordrecht: Springer, 2013. p. 399.

¹²² *Deepfake* consiste em uma técnica de manipulação de vídeo que permite a substituição da face de uma pessoa em um vídeo por uma face de uma segunda pessoa, mantendo-se as demais características do vídeo original. Para isso, basta que haja uma grande quantidade de imagens de ambas as pessoas. Esses vídeos, conhecidos como *deepfakes*, ganharam popularidade na mídia devido a utilização de rostos de atrizes e políticos famosos, que foram *deepfaked* em vídeos pornográficos. MATSAKIS, Louise. Gfycat uses artificial intelligence to fight deepfakes porn. *Wired*, fev. 2018. Disponível em: <https://www.wired.com/story/gfycat-artificial-intelligence-deepfakes/> Acesso em: 17 mar. 2021.

¹²³ Registre-se que, em março de 2019, foi apresentada Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 17/2019 no Senado Federal. O projeto original da PEC acrescentava ao artigo 5º o inciso “XII-A – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”, bem como, acrescentava ao artigo 22 (competência privativa da União para legislar sobre) o inciso “XXX – proteção e tratamento de dados pessoais.”. Na Comissão de Constituição de Justiça (CCJ), a referida PEC recebeu e aprovou a Emenda de Redação n.º 1, a fim de que não fosse incluída a alteração constitucional ao artigo 5º por meio de dispositivo autônomo (inciso XII-A), mas que houvesse o acréscimo do texto

pida exegese do artigo 5º, inciso X¹²⁴, torna plenamente plausível tal dedução, também em virtude da adoção de um conceito amplo de privacidade. Para além disso, o inciso XII¹²⁵ do mesmo artigo 5º trata da inviolabilidade de dados e do respetivo direito ao sigilo.^{126 127}

ao inciso “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” A PEC, aprovada unanimemente nos dois turnos no Senado Federal, foi encaminhada à Câmara dos Deputados, por meio do Ofício n.º 521, de 03 de julho de 2019. BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594> Acesso em: 18 abr. 2021. Na Câmara dos Deputados, a PEC 17/2019 foi recebida com parecer de admissibilidade pela CCJ e, após constituída Comissão Especial para análise da proposta, a mesma foi aprovada, com alteração substancial do texto. Ao artigo 5º, acrescenta-se o inciso “LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;” ao artigo 21 (competência da União), acrescenta-se o inciso “XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;” ao artigo 22, acrescenta-se o inciso “XXX – proteção e tratamento de dados pessoais;”, mantendo-se, nesse item, a redação original da PEC proposta no Senado Federal. Além disso, a PEC traz um artigo 4º, dispondo que “para os efeitos do inciso XXVI do art. 21, na redação dada pelo art. 2º desta Emenda, o órgão regulador será entidade independente, integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial.” A PEC aguarda deliberação pelo Plenário da Câmara dos Deputados. BRASIL. Câmara dos Deputados *Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹²⁴ Art. 5º: “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹²⁵ Art. 5º: “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹²⁷ Ainda, o artigo 5º, em seu parágrafo §2º, é expresso ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

Seja por serem extraídos do artigo 5º (inserido no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no “Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) da Constituição Federal do Brasil, seja pelo avanço da doutrina nacional, e também internacional, sobre o tema, certo é que tais direitos são considerados direitos fundamentais¹²⁸. Concernente à privacidade, “o ordenamento jurídico brasileiro contempla a proteção da pessoa humana como seu valor máximo e a privacidade como um direito fundamental”¹²⁹. No que diz respeito aos dados pessoais,

[...] o direito à proteção de dados não deve ser considerado subordinado a nenhum outro direito. Significa que devemos ir além de uma simples análise balanceada de fatores, porque a própria proteção de dados é um ‘direito fundamental’.¹³⁰

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto¹³¹ de Referendo em Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n.º 6.387, n.º 6.388, n.º 6.389, n.º 6.390 e n.º 6.393, ratificou o entendimento de que a proteção de dados pessoais e a privacidade encontra-se sob os auspícios dos direitos fundamentais.¹³² Nesse sentido, observa-se uma

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹²⁸ “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.” DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

¹²⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27-28.

¹³⁰ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18.

¹³¹ Todas as ações possuem como objeto de impugnação o inteiro teor da Medida Provisória n.º 954/2020, que “dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.” BRASIL. Presidência da República. *Medida Provisória nº 954/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso em: 18 abr. 2021. Na ocasião, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela suspensão da eficácia do referido ato normativo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. *ADI nº 6.387/DF*. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade [...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 07 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165> Acesso em: 18 abr. 2021.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Di-**

mudança de paradigma, evoluindo-se de um cenário de simples proibição de intervenção, para uma premissa de proteção positiva desses direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não se revestem de absolutismo, havendo situações que é possível, legitimamente, limitar o exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o Estado pode intervir (intervenção estatal), limitando o exercício de um direito fundamental, em detrimento de um interesse estatal ou para impor um interesse difuso coletivo não individualizável, também conhecido como transindividual.^{133 134}

Desse modo, a área de proteção¹³⁵ de um direito fundamental pode ser invadida por uma intervenção estatal, assim considerada como aquela que engloba

[...] praticamente toda e qualquer ação ou omissão estatal com um mínimo de relevância em face do direito fundamental que é o parâmetro constitucional

reta de Inconstitucionalidade. ADI nº 6.387/DF. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade [...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 07 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165> Acesso em: 18 abr. 2021.¹³³ DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 141.

¹³⁴ “De forma esquemática, a dogmática dos direitos fundamentais tem como início e como ponto de chegada o choque de interesses causado pela concretização de direitos fundamentais. Inicia com a constatação de um choque de interesses entre titulares de direitos fundamentais, ou entre um titular e interesses gerais que constitucionalmente têm o condão de limitá-los, e dá uma resposta final ao conflito indicando aquilo que cada envolvido pode ou não pode fazer.” DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 143.

¹³⁵ É necessário distinguir os conceitos de área de regulamentação e área de proteção de um direito fundamental. A área de regulamentação “[...] refere-se ao tema tratado pelo constituinte. Como esse tema mereceu a atenção do constituinte, dizemos genericamente que ele o regulamentou. Tratou dele com uma norma definidora de direito fundamental, razão pela qual o verbo “regulamentar” nesse contexto não é idêntico à regulamentação infraconstitucional ou muitas vezes infralegal de um direito comum com vistas à sua aplicabilidade ou viabilização de exercício.” DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 134. Por sua vez, “a área de proteção será menor que a área de regulamentação toda vez que o constituinte retirou daquele recorte da realidade social no qual incide a norma (área de regulamentação) um comportamento ou situação não contemplados pela norma. Dito de outra forma: o constituinte recorta de todos os comportamentos e situações tematizados pela norma de direito fundamental somente aqueles que pretende proteger. Em muitos casos isso não ocorre, havendo equivalência entre os dois círculos que representam a área de regulamentação e a área de proteção. Nos demais casos, a área de proteção de cada direito é resultado da subtração da área de regulamentação daqueles casos e situações que a Constituição não protegeu.” DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 135-136.

utilizado para o exame da intervenção (intervenção estatal “em sentido amplo”).¹³⁶

Na seara das intervenções estatais, tem-se as consideradas intervenções permitidas, que ocorrem quando há “justificação constitucional da intervenção na área de proteção de direito fundamental”.¹³⁷ Uma dessas intervenções justificadas ocorre quando há a colisão entre um direito fundamental individual e um princípio de interesse geral, sendo, inclusive, hipótese de uma intervenção administrativa.¹³⁸

Considerando-se o presente caso em estudo, está-se a analisar se o uso do reconhecimento facial para o contexto das *smart cities* configura-se como uma intervenção estatal justificada aos direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados pessoais. Para isso, anote-se que a possibilidade de limitar o exercício de um direito fundamental, mesmo que por meio de uma intervenção justificada, não é ilimitada, havendo balizas a serem observadas. “Isso indica que é proibido proibir o exercício do direito fundamental além do necessário, conforme ensina a doutrina dos *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*) elaborada no direito constitucional alemão”.^{139 140}

Os limites aos limites dos direitos fundamentais exercem a função de limitar a restrição aos direitos fundamentais. Operam, assim, como barreiras aos processos de restringibilidade, a fim de garantir a máxima eficácia desses direitos. Em decorrência disso, sob a lógica do controle material desses limites, busca-se proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, também chamado de conteúdo essencial.¹⁴¹

¹³⁶ DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 145.

¹³⁷ DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 148.

¹³⁸ DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 150.

¹³⁹ DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 167.

¹⁴⁰ “Na Alemanha, o art. 19, II, GG, traz uma limitação formal que é de difícil concretização e deu azo a teorias particularmente problemáticas. Segundo esse dispositivo, “em caso algum pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial”. O conteúdo essencial funciona como limite, isto é, como “obstáculo” de determinadas restrições aos direitos fundamentais (na terminologia alemã: “óbiço do conteúdo essencial” – *Wesensgehaltssperre*.” DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 168.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 408-409.

Mesmo onde as constituições não introduziram, expressamente, a ideia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais - como é o caso do Brasil -, entende-se que há um núcleo que deve ser protegido, evitando-se que os direitos fundamentais se esvaziem de conteúdo.¹⁴² Entretanto, com o intuito de compreender o que compõe esse conteúdo essencial, surgem duas teorias: a absoluta, com a defesa de um núcleo duro; e a relativa, com a defesa de um núcleo flexível dos direitos fundamentais.^{143 144}

Para a teoria absoluta, o núcleo duro é abstratamente fixado e irrestringível, de modo que “[...] o núcleo essencial é uma posição subjetiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto.”¹⁴⁵ Por sua vez, para a teoria relativa

[...] o núcleo essencial é o resultado de um processo de ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e consequentemente subtraída à disposição do legislador.¹⁴⁶

¹⁴⁷

A doutrina apresenta divergências em relação ao tema. Nada obstante, há unanimidade ao afirmar a existência de um núcleo essencial, e que a proteção a esse núcleo intransponível é elemento indeclinável dos direitos fundamentais.¹⁴⁸ E é nesse sentido que, na legislação infraconstitucional, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 – disciplina a matéria. Tanto assim o é, que o artigo 1º, tem como objetivo, justamente, “[...] proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”¹⁴⁹

No que tange aos fundamentos da proteção de dados pessoais, pode-se extrair do referido diploma legal, como pertinentes ao tema do reconhecimento facial, “o respeito à privacidade” (artigo 2º, inciso I), “a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem” (artigo 2º, inciso IV), “o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação” (artigo 2º, inciso V) e “os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais” (artigo 2º, inciso VII).¹⁵⁰

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 139-140.

¹⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.142-143.

¹⁴⁴ As teorias também são abordadas por DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 168; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 459-461. Como pressupõe a coerência, adota-se a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 460.

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 460.

¹⁴⁷ A controvérsia da doutrina também se estende na medida que examina o significado do princípio da proteção do núcleo, ou seja, em relação ao objeto de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. “Existem aqui duas teorias em confronto. A *teoria objectiva* considera dever referir-se a proteção do núcleo essencial ao direito fundamental como norma objectiva e não como direito subjectivo individual. Por outras palavras: o objecto de protecção do preceito é a garantia geral e abstracta prevista na norma e não a posição jurídica concreta do particular. A *teoria subjectiva* toma como ‘referente’ a proteção do núcleo essencial do direito fundamental na sua dimensão de direito subjectivo do indivíduo. De acordo com a primeira teoria, visa-se assegurar a eficácia de um direito fundamental na sua globalidade; de acordo com a segunda, pretende-se afirmar que, em caso algum, pode ser sacrificado o direito subjectivo de uma pessoa, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 459.

¹⁴⁸ E essa é, também, a posição do Supremo Tribunal Federal. Quando do julgamento do *Habeas Corpus* 82.424-RS, conhecido como Caso Ellwanger, o Ministro Celso de Mello registrou que “[...] a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *‘hic et nunc’*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus*. HC nº 82.424/RS. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo [...]. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452> Acesso em: 18 abr. 2021. Além desse julgamento emblemático, o tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser encontrado nos julgamentos do Inquérito 1.957, Mandado de Segurança 24.369, *Habeas Corpus* 84.862, *Habeas Corpus* 82.959, *Habeas Corpus* 85.867, Mandado de Segurança 24.045, Recurso Extraordinário 427.339 e Recurso Extraordinário 431.121.

¹⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁵⁰ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais apresenta, também, o conceito de dado pessoal, sendo a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.¹⁵¹ Para além disso, a lei cria uma subcategoria, os dados pessoais sensíveis, assim denominados por apresentarem um grau superior de importância ao indivíduo, sendo, desse modo, merecedores de proteção especial. De acordo com a lei, trata-se de

Dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.¹⁵²

Legalmente, dado biométrico é considerado dado pessoal, e ainda, de natureza sensível. No entanto, a lei é silente quanto ao que compõe um dado biométrico. Por isso a literatura especializada, que define dados biométricos como aqueles que

[...] (a) are based on the unique or distinctive biological and/or behavioral characteristics of human beings, (b) are processed in whole or in part by automated means, and (c) allow specific use of these characteristics, in particular identification or verification of the identity or of a claim.¹⁵³

Sob tal proteção legal, os processos de reconhecimento facial constituem-se potencialmente lesivos aos direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados pessoais dos indivíduos a eles submetidos. Tais direitos fundamentais, envoltos no princípio (amplo) de proteção à privacidade, contrapõem-se ao princípio da supremacia do interesse público, em que se encontram os preceitos de garantia da segurança pública¹⁵⁴ e do in-

teresse geral. Nesse sentido, a fim de apontar possíveis elucidações a esse imbróglio, utiliza-se da proporcionalidade.¹⁵⁵

O emprego da proporcionalidade envolve a aplicação das regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nessa sequência. Concisamente, a regra da adequação impõe a análise do meio empregado e sua contribuição para alcançar o objetivo almejado. Por sua vez, a regra da necessidade objetiva verificar a gravidade do meio empregado em relação ao objetivo perquirido. Por fim, a proporcionalidade, em sentido estrito, consiste na ponderação recíproca entre os bens envolvidos, ou seja, tanto os que justificam os limites, quando os que são afetados por eles.^{156 157}

Indissociáveis, portanto, os conceitos de conteúdo essencial¹⁵⁸ e proporcionalidade, na medida em que as “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essen-

pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.” BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁵⁵ Registre-se, por necessário, que o presente estudo não visa esgotar matéria da proporcionalidade alexyana, nem o desenvolvimento da fórmula elaborada pelo autor, e tampouco adentrar na discussão da aplicação da teoria pelos tribunais brasileiros. Objetivase, apenas, destacar a aplicação da teoria aos princípios suscitados, demonstrando-se a comprovação dos resultados, quando aplicada a proporcionalidade.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-120.

¹⁵⁷ Nesse sentido, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, de que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 593.

¹⁵⁸ “[...] o objeto de análise, ‘o conteúdo essencial dos direitos fundamentais’, deve ser encarado como um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas interrelacionados. Esses problemas, que são, na sua complexidade, o objeto da tese, já foram analisados até aqui e são, sobretudo, aqueles ligados: (a) à análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições. O que se disse anteriormente pode e deve ser retomado aqui: é da relação dessas variáveis - e de todos os problemas que as cercam - que se define, na visão do trabalho que aqui se resume, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.” SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006. p. 41.

¹⁵¹ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁵² BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁵³ Tradução livre: “[...] (a) se baseiam nas características biológicas e/ou comportamentais únicas ou distintivas dos seres humanos; (b) são processados total ou parcialmente por meios automatizados; e (c) permitem o uso específico dessas características, em particular identificação ou verificação da identidade ou de uma reivindicação.” KINDT, Els J. *Privacy and data protection issues of biometric applications: a comparative legal analysis*. Dordrecht: Springer, 2013. p. 148.

¹⁵⁴ O artigo 4º, inciso III, alínea a, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais excepciona sua aplicação no tratamento de dados pessoais para, entre outros, fins exclusivos de segurança pública. “Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...] III – realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública.” Nada obstante, estabelece o §1º do mesmo artigo que “o tratamento de dados

cial dos direitos restringidos.¹⁵⁹ Ademais, importante destacar a adequação e a necessidade como situação de análise das possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito coteja as possibilidades jurídicas.¹⁶⁰

Parte-se à regra de adequação. O uso do reconhecimento facial para monitoramento, pode ser considerado como meio adequado para satisfazer interesses de segurança pública. É certo que, no monitoramento, a possibilidade de identificar grandes quantidades de pessoas em questões de segundos, contribui para a apuração de fatos nocivos às pessoas e à coletividade. Todavia, no mencionado caso das portas interativas digitais, a adequação se mostra menos evidente, na medida em que a finalidade do emprego da detecção facial não é expressamente demonstrada.

No tocante à necessidade, o seu exame denota que a utilização do reconhecimento facial pode ser substituída por técnicas menos danosas. Isso porque, conforme mencionado, o reconhecimento facial acarreta a coleta de grandes quantidades de dados pessoais (biométricos), classificados como sensíveis. Todavia, o uso de outras técnicas, como a identificação por impressão digital e escaneamento de íris, podem ser utilizadas - para utilizar um exemplo aqui mencionado - em casos de identificação de pessoas para acesso a estabelecimentos penitenciários, de modo menos gravoso, eis que quantidades substancialmente menores de dados pessoais são coletadas.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito. Considerando-se o princípio de proteção à privacidade, verifica-se que o emprego do reconhecimento facial afeta, profundamente, esse princípio, na medida que há coleta de dados pessoais sensíveis e ocorre a perturbação da autonomia e do anonimato, mesmo em locais públicos. Por outro lado, os preceitos de segurança nacional e interesse geral, abarcados no princípio da supremacia do interesse público, podem ser satisfeitos por medidas outras. O reconhecimento facial, portanto, não se caracteriza como técnica imprescindível para garantir a segurança pública, tampouco do interesse geral.

A proteção aos direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados pessoais, mediante a limitação do uso do reconhecimento facial, não impede a realização, por parte do poder público, de garantir a segurança pública. Com relação ao caso das portas interativas digitais do metrô de São Paulo, é latente que a proteção a esses direitos fundamentais não limita, ou sequer impede, a difusão publicitária. Daí porque rememorar paradigma da *surveillance*, ao passo que se encontra rotineiramente incrustada em situações sutis na vida de todos os dias.

Considerando-se a potencial violação a direitos fundamentais, as justificativas para uso dessas tecnologias para os casos chineses apresentados - a rememorar o uso do reconhecimento facial para identificar uigures e nos banheiros públicos de Pequim - parecem não subsistir. A utilização dessa tecnologia, como explicitado, importa em infringir o princípio de proteção à privacidade, fomentando processos de *surveillance*. A adoção, portanto, do modelo de *smart cities* em vigor na China não é recepcionada pela ordem jurídico-constitucional brasileira, de modo que sua utilização não é dissociada de violações aos direitos e garantias fundamentais de privacidade e de proteção de dados pessoais.

5 Considerações finais

Os impactos das tecnologias de reconhecimento facial são os limites analíticos do estudo desenvolvido. Assim, destaca-se que uma gama de outras tecnologias empregadas pelas *smart cities*, como geolocalização, *data mining* e *IoT*, também são potencialmente transgressoras a direitos e garantias fundamentais, inclusive para além daqueles aqui referidos.

Os objetivos geral e específicos são alcançados, na medida em que as situações de uso de reconhecimento artificial na *smart cities* chinesas - apresentados no capítulo primeiro - são substanciais para a compreensão de dois aspectos: de um lado, que a evolução do modelo de *smart cities* na China torna-se o horizonte a partir do qual há uma incipiente circulação desse modelo de *smart cities* para o ocidente, incluindo o Brasil; por outro, que utilizar do reconhecimento facial para solver problemáticas é uma aposta dúbia, na medida que essas próprias tecnologias compõem o núcleo da *surveillance* - e que esta possui consequências ainda não compreendidas, dada sua permanente transformação.

¹⁵⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006. p. 43.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 118.

O capítulo segundo, ao apresentar e descrever tecnicamente os processos de reconhecimento facial, apontam para a capacidade dessa tecnologia em coletar dados pessoais e, em tratando-os, utilizá-los para além da verificação e identificação de pessoas. Outrossim, denota a potencialidade de interferência da liberdade individual, como consequência de inviabilizar o anonimato e a autonomia dos indivíduos e, além disso, em como a privacidade é fragilizada diante das tecnologias de reconhecimento facial.

O capítulo terceiro aponta o interesse do Brasil para adoção do modelo chinês de *smart cities*, especificamente que tange ao uso do reconhecimento facial na segurança pública e para além dela. No entanto, considerando-se que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro assegura a privacidade e a proteção aos dados pessoais sob o prisma de direitos fundamentais, há uma não recepção de tal modelo. Em razão disso, o problema de pesquisa apresentado mostra-se atendido.

Apesar de a supremacia do interesse geral ser princípio legítimo norteador da atividade estatal, e que, ordinariamente, se sobrepõe aos interesses individuais, a limitação aos direitos individuais, especialmente aos de índole fundamental, não pode ser irrestrita, sob pena de sua anulação. Por isso os direitos fundamentais de privacidade e a proteção de dados pessoais, encontrados no princípio da privacidade, devem operar como limites à *surveillance*, e não serem, por ela, esvaziados.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMAZON. *We are implementing a one-year moratorium on police use of Rekognition*. 2020. Disponível em: <https://www.aboutamazon.com/news/policy-news-views/we-are-implementing-a-one-year-moratorium-on-police-use-of-rekognition> Acesso em: 10 mar. 2021.

AMY QIN. Chinese city uses facial recognition to shame pajama wearers. *The New York Times*, jan. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/01/21/business/china-pajamas-facial-recognition.html?searchResultPosition=13> Acesso em: 11 abr. 2021.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BAHIA. Secretaria de Estado de Segurança Pública. *Bahia apresenta resultado do Reconhecimento Facial na China*. 2019. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/2019/05/5695/Bahia-apresenta-resultado-do-Reconhecimento-Facial-na-China.html>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BENAMOUN, Mohammed; GUO, Yulan; SOHEL, Ferdous. Feature Selection for 2D and 3D Face Recognition. In: *ENCYCLOPEDIA of Electrical and Electronics Engineering*. Nova Jersey: Wiley, 2015. p. 1-28. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/047134608X.W8257> Acesso em: 13 abr. 2021.

BENTHAM, Jeremy. O panóptico ou a casa de inspeção. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BOTSMAN, Rachel. Big data meets Big Brother as China moves to rate its citizens. *Wired*, 2017. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/chinese-government-social-credit-score-privacy-invasion>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BOWYER, Kevin W.; CHANG, Kyong; FLYNN, Patrick. A survey of approaches and challenges in 3D and multi-modal 3D+2D face recognition. *Computer Vision and Image Understanding*, v. 101, n. 1, p. 1-15, jan. 2006. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1077314205000822> Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados *Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 11.140/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188455>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.372/2004*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188455>. Acesso em: 18 abr. 2021.

- br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978. Acesso em: 01 abr. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 9.736/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2169011>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.
- BRASIL. Presidência da República. *Medida Provisória nº 954/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.
- BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 18 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI nº 6.387/DF. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade [...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 07 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 18 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus. HC nº 82.424/RJ. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo [...]. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 18 abr. 2021.
- BUCKLEY, Chirs; MOZUR, Paul; RAMZY, Austin. How China turned a city into a prison: a surveillance state reaches new Heights. *The New York Times*, 04 abr. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2019/04/04/world/asia/xinjiang-china-surveillance-prison.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.
- BUCKLEY, Chirs; MYERS, Steven Lee. Battered but resilient after China's Crackdown. *The New York Times*, 18 jan. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/01/18/world/asia/china-uighurs-xinjiang-yarkand.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.
- CALOYANNIDES, M. Society cannot function without privacy. *Ieee Security & Privacy*, v. 1, n. 3, p. 84-86, maio 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.1109/msecp.2003.1203230>. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/1203230>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CREEMERS, Rogier. China's Social Credit System: an evolving practice of control. *Ssrn Electronic Journal*, p. 1-32, maio 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3175792> Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3175792 Acesso em: 15 mar. 2021.
- CUMBLEY, Richard; CHURCH, Peter. Is "Big Data" creepy? *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 5, p. 601-609, out. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2013.07.007> Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364913001349>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- DIMOULIS, Dimitris; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DONG-HEE SHIN. Ubiquitous city: urban technologies, urban infrastructure and urban informatics. *Journal of Information Science*, v. 35, n. 5, p. 515-526, set. 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.1177/0165551509100832> Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0165551509100832> Acesso em: 27 mar. 2021.
- DUDLEY, Lauren. China's Ubiquitous Facial Recognition Tech Sparks: Privacy Backlash Privacy concerns remain largely unaddressed in proposed Chinese facial recognition standards. *The Diplomat*, mar. 2020. Disponível em: <https://thediplomat.com/2020/03/chinas-ubiquitous-facial-recognition-tech-sparks-privacy-backlash/> Acesso em: 01 abr. 2021.
- FALCÃO, João Vitor Regis *et al.* Redes Neurais Deep Learning com Tensorflow. *RE3C - Revista Eletrônica Científica de Ciência da Computação*, v. 14, n. 1, 2019. Disponível em: <http://revistas.unifenas.br/index.php/RE3C/article/view/232>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- FORTES, Vinícius Borges. *Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Lisboa: Almedina, 2013.
- GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua; COURVILLE, Aaron. *Deep Learning*. Cambridge: MIT Press, 2017.
- HIRANAND, Ravi. Jaywalk in Shenzhen get fined on WeChat: Shenzhen's jaywalkers get scolded on WeChat and shamed on public screens. *Abacus*, mar. 2018. Disponível em: <https://www.abacusnews.com/future-tech/shenzhens-jaywalkers-get-scolded-wechat-and-shamed-public-screens/article/2138928> Acesso em: 01 abr. 2021.
- HONG XU; XUEXIAN GENG. People-centric service intelligence for smart cities. *Smart Cities*, v. 2, n. 2, p.135-152, abr. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.3390/smartcities2020010> Disponível em: <https://www.mdpi.com/2624-6511/2/2/10/xml> Acesso em: 15 mar. 2021.
- HU, Richard. Planning for economic development. In: HEIN, Carola. *The Routledge Handbook of Planning History*. London; New York: Routledge, 2017. p. 313-324.
- HU, Richard. The state of smart cities in China: the case of Shenzhen. *Energies*, v. 12, n. 22, p.4375-4393, nov. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.3390/en12224375> Disponível em: <https://www.mdpi.com/1996-1073/12/22/4375> Acesso em: 29 mar. 2021.
- INSTITUTO IGARAPÉ. *Infográfico reconhecimento facial no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://igarape.org.br/infografico-reconhecimento-facial-no-brasil/> Acesso em: 15 mar. 2021.
- JANE LI. China's facial-recognition giant says it can crack masked faces during the coronavirus. *Quartz*, fev. 2020. Disponível em: <https://qz.com/1803737/chinas-facial-recognition-tech-can-crack-masked-faces-amid-coronavirus/> Acesso em: 01 abr. 2021.
- KAI-FU LEE. *AI superpowers: China, Silicon Valley, and the new world order*. New York: Houghton Mifflin, 2018.
- KINDT, Els J. *Privacy and data protection issues of biometric applications: a comparative legal analysis*. Dordrecht: Springer, 2013.
- KOSTOFF, Ronald N.; BOYLAN, Robert; SIMONS, Gene R. Disruptive technology roadmaps. *Technological Forecasting and Social Change*, v. 71, n. 1-2, p. 141-159, jan. 2004. DOI: [http://dx.doi.org/10.1016/s0040-1625\(03\)00048-9](http://dx.doi.org/10.1016/s0040-1625(03)00048-9) Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/journal/technological-forecasting-and-social-change/vol/71/issue/1> Acesso em: 15 abr. 2021.
- KRISHNA, Arvind. IBM. Armond, New York, jun. 2020. Disponível em: <https://www.ibm.com/blogs/policy/wp-content/uploads/2020/06/Letter-from-IBM.pdf> Acesso em: 10 jun. 2021.
- LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HINTON, Geoffrey. Deep learning. *Nature*, v. 521, n. 7553, p. 436-444, maio 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1038/nature14539> Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nature14539> Acesso em: 27 mar. 2021.
- LIANG, Fan *et al.* Constructing a data-driven society: China's social credit system as a state surveillance infrastructure. *Policy & Internet*, v. 10, n. 4, p.415-453, ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1002/poi3.183> Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/poi3.183> Acesso em: 05 abr. 2021.
- LYON, D. *Surveillance after Snowden*. Cambridge; Malden: MA: Polity Press, 2015.
- MA ZHENHUAN. Park alters entry rules following facial recognition tech lawsuit. *China Daily*, nov. 2019. Disponível em: <http://global.chinadaily.com.cn/a/201911/07/WS5dc38381a310cf3e35575f3a.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.
- MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.
- MANN, Steve; NOLAN, Jason; WELLMAN, Barry. Sousveillance: inventing and using wearable computing devices for data collection in surveillance environments. *Surveillance & Society*, v. 1, n. 3, p. 331-355, set. 2002. DOI: <http://dx.doi.org/10.24908/ss.v1i3.3344> Disponível em: <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/3344> Acesso em: 15 abr. 2021.
- MARAUX, Alberto. *Reconhecimento Facial captura 42 foragidos na folia*. 2020. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/2020/02/7296/Reconhecimento-Facial-captura-42-foragidos-no-Carnaval-de-Salvador.html> Acesso em: 17 abr. 2021.
- MARAUX, Alberto. *SSP amplia cobertura do reconhecimento facial no carnaval*. 2020. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=7236>. Acesso em: 17 abr. 2021.

- MARCUSE, Herbert. *One-dimensional man: studies in the ideology of advanced industrial society*. London: Routledge, 2007.
- MARX, Gary T. What's new about the "new surveillance"?: classifying for change and continuity. *Knowledge, Technology & Policy*, v. 17, n. 1, p. 18-37, mar. 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.1007/bf02687074> Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/BF02687074> Acesso em: 15 abr. 2021.
- MATSAKIS, Louise. Gfycat uses artificial intelligence to fight deepfakes porn. *Wired*, fev. 2018. Disponível em: <https://www.wired.com/story/gfycat-artificial-intelligence-deepfakes/> Acesso em: 17 mar. 2021.
- MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2016.
- MILLIGAN, Christopher S. Facial recognition technology, video surveillance, and privacy. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v. 9, p. 295-334, 1999.
- MOHRI, M.; ROSTAMIZADEH A.; TALWALKAR A. *Foundations of machine learning*. 2 ed. Cambridge: The MIT Press, 2018.
- MOREHAM, N. A. Privacy in public places. *The Cambridge Law Journal*, v. 65, n. 3, p. 606-635, 2006.
- NASCIMENTO, Silvana. *Reconhecimento facial resulta nas prisões de 33 pessoas*. 2019. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/2019/04/5613/Reconhecimento-Facial-resulta-nas-prisoas-de-33-pessoas.html> Acesso em: 17 mar. 2021.
- NILSSON, Nils J. *Artificial intelligence: a new synthesis*. San Francisco: Morgan Kaufmann Publishers, 1998.
- O'MEARA, Sarah. New app rates Shanghai Citizens' Honesty: pilot ideas for nationwide social credit system are rolled out in China's biggest city. *Sixth Tone*, nov. 2016. Disponível em: <http://www.sixthtone.com/news/1554/new-app-rates-shanghai-citizens%20-honesty> Acesso em: 01 abr. 2021.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millenium Editora, 2008.
- POLLARD, Martin. Even mask-wearers can be ID'd, China facial recognition firm says. *Reuters*, mar. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-facial-recognition/even-mask-wearers-can-be-idd-china-facial-recognition-firm-says-idUSKBN20W0WL> Acesso em: 01 abr. 2021.
- POWELL, Walter W.; SNELLMAN, Kaisa. The knowledge economy. *Annual Review of Sociology*, v. 30, n. 1, p. 199-220, ago. 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.1146/annurev.soc.29.010202.100037> Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/full/10.1146/annurev.soc.29.010202.100037> Acesso em: 27 mar. 2021.
- REIDENBERG, Joel. Privacy in Public. *University of Miami Law Review*, v. 69, p. 141, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2493449 Acesso em: 11 abr. 2021.
- REIMAN, J. Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by the highway technology of the future. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 27, jan. 1995.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Vara da Fazenda Pública). *Ação de Produção Antecipada de Provas nº 1006616-14.2020.8.26.0053*. Relator: Juíza Renata Barros Souto Maior Baião, 02 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/252983937/processo-n-1006616-1420208260053-do-tj-sp> Acesso em: 17 abr. 2021.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (37. Vara Cível). *Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100*. Relator: Juíza Patrícia Martins Conceição, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/202658044/processo-n-1090663-4220188260100-do-tj-sp> Acesso em: 17 abr. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006.
- STAN Z. LI et al. (orgs.). *Handbook of Face Recognition*. London: Springer London, 2011.

STEPHEN CHEN. China to build giant facial recognition database to identify any citizen within seconds. *South China Morning Post*, 12 out. 2017. Disponível em: <https://www.scmp.com/news/china/society/article/2115094/china-build-giant-facial-recognition-database-identify-any>. Acesso em: 01 abr. 2021.

TASSO, C. An introduction to artificial intelligence and to the development of knowledge-based systems. In: TASSO, Carlo; OLIVEIRA, Edoardo R. Arantes e (orgs.). *Development of knowledge-based systems for engineering*. Vienna: Springer Vienna, 1998. p. 11-26. Disponível em: http://link.springer.com/10.1007/978-3-7091-2784-1_2 Acesso em: 23 abr. 2021.

TURING, A. M. Computing machinery and intelligence. *Mind*, v. 54, n. 236, p. 433-460, 1950.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 192-220, dez. 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf> Acesso em: 5 abr. 2021.

WESTIN, A. F. *Privacy and freedom*. New York: Ig Publishing, 1967.

XI JIPING. *Secure a decisive victory in building a moderately prosperous society in all respects and strive for the great success of socialism with chinese characteristics for a new era*. 2017. Disponível em: http://www.xinhuanet.com/english/download/Xi_Jinping's_report_at_19th_CPC_National_Congress.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

XINHUA. *Across China*: facial recognition, new watchdog of Beijing public rental neighborhoods. 2019. Disponível em: http://www.xinhuanet.com/english/2019-07/22/c_138247731.htm Acesso em: 01 abr. 2021.

XINHUA. *Chinese company develops 3D facial recognition system*. 2020. Disponível em: http://www.xinhuanet.com/english/2020-03/04/c_138842757.htm Acesso em: 01 abr. 2021.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O desenvolvimento histórico da proscição do desaparecimento forçado de pessoas e sua fenomenologia no Direito Penal Internacional e no Direito Internacional dos Direitos Humanos

The historical development of the incrimination of the enforced disappearance of persons and their phenomenology between International Criminal Law and International Human Rights Law

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

O desenvolvimento histórico da proscricção do desaparecimento forçado de pessoas e sua fenomenologia no Direito Penal Internacional e no Direito Internacional dos Direitos Humanos*

The historical development of the incrimination of the enforced disappearance of persons and their phenomenology between International Criminal Law and International Human Rights Law

El desarrollo histórico de la incriminación de la desaparición forzada de personas y de fenomenología entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira**

Resumo

Neste trabalho buscam-se reconstruir, da perspectiva histórica e fenomenológica, os diversos caminhos que levaram à incriminação do desaparecimento forçado de pessoas, processo que tem a intersecção entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos como resultado, e não como ponto de partida. Ao se compreender, ademais, que ele se constitui em “método de submetimento” da população civil ao terrorismo de Estado, se entenderá que a discussão da origem imediata — se na URSS ou com o “Decreto Noite e Névoa” na Europa ocupada — perde o sentido, pois, onde o poder-violência for exercido sem o controle advindo do Estado de Direito e dos Direitos Humanos, esse fenômeno macrocriminal resta na forma de potência. Privilegiou-se, neste trabalho, a pesquisa das fontes primárias — os autos do *Jubiley* e dos julgamentos dos crimes de guerra com base no LLC 10, em especial o caso dos Juristas —, bem como a jurisprudência do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a então Comissão de Direitos Humanos da ONU, além das resoluções no âmbito da OEA e da ONU. O método empregado foi o dedutivo, tendo como procedimento a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: desaparecimento forçado de pessoas; incriminação do comportamento; direito penal internacional; direito internacional dos direitos humanos; história do direito penal internacional.

* Recebido em 30/06/2021
Aprovado em 11/11/2021

** Professor Adjunto de Direito Internacional da Universidade Federal de Rondônia, Mestre e Doutor em Direito, Líder do Jus Gentium - Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional, Membro do Grupo de Pesquisas em Teoria Política Contemporânea
Email: advmarcusvinicius@gmail.com

Abstract

This work will seek to reconstruct, from the historical and phenomenological perspective, the different paths that led to the proscription of the enforced disappearance of persons, a process that has the intersection between International Criminal Law and International Human Rights Law as a result, and not as a starting point. By understanding, moreover, that it constitutes a “method of subjecting” the civilian population to State terrorism, it will be understood that the discussion of the immediate origin - whether in the USSR or with the “Decree Night and Fog” in occupied Europe - loses the sense, therefore, where power-violence is exercised without the control arising from the Rule of Law and Human Rights, this macro-criminal phenomenon remains in the form of potential. In this work, priority was given to researching primary sources - the Jubilee records and the war crimes trials based on LLC 10, especially the case of Jurists -, as well as the case law of the Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the Inter-American Court of Human Rights and the then UN Human Rights Commission, in addition to OAS and UN resolutions. The method used was deductive, and as the literature procedure.

Keywords: enforced disappearance of persons; criminalization of behavior; international criminal law; international human rights law; history of international criminal law.

Resumen

Este trabajo buscará reconstruir, desde la perspectiva histórica y fenomenológica, los diferentes caminos que llevaron a la persecución de la desaparición forzada de personas, proceso que tiene como resultado la intersección entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y no como punto de partida. Entendiendo, además, que constituye un “método de sometimiento” a la población civil al terrorismo de Estado, se entenderá que la discusión del origen inmediato - sea en la URSS o con el “Decreto Noche y Niebla” en la Europa ocupada - pierde el sentido, una vez que, donde el poder-violencia se ejerce sin el control derivado del Estado de Derecho y los Derechos Humanos, este fenómeno macrocriminal queda en

la forma de potencia. En este trabajo, se dio prioridad a la investigación de fuentes primarias -los registros de *Jubilee* y los juicios por crímenes de guerra basados en LLC 10, especialmente el caso de Juristas-, así como la jurisprudencia del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU, además de las resoluciones de la OEA y la ONU. El método utilizado fue deductivo y como procedimiento la revisión bibliográfica.

Palabras-clave: desaparición forzada de personas; incriminación del comportamiento; derecho penal internacional; derecho internacional de los derechos humanos; historia del derecho penal internacional.

1 Introdução

O desaparecimento forçado de pessoas constitui-se, ao mesmo tempo, em forma gravíssima de violação dos direitos humanos e em espécie de crime internacional próprio (*crime under International Law*), conforme disposto na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (doravante CISDFP), na Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (doravante DPPTPCDF) e na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (doravante CIPPTPCDF), podendo, em determinadas circunstâncias — ataque geral e sistemático contra a população civil —, constituir-se em espécie de crime contra a humanidade, conforme enunciado nos Preâmbulos das duas Convenções e da Declaração, bem como da expressa tipificação contida nos artigos 7, 1, i c/c 7, 2, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (doravante ETPI) e no Regulamento dos Elementos dos Crimes (doravante RECTPI)¹.

¹ “Artigo 7 1) i) – Crime Contra a humanidade de desaparecimento forçado de pessoas - Elementos: 1. Que o autor: a) tenha apreendido, detido ou sequestrado a uma ou mais pessoas; ou b) tenha-se negado a reconhecer a apreensão, a detenção ou o sequestro ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas. 2. a) Que tal apreensão, detenção ou sequestro tenha sido seguida ou acompanhada de uma negativa em reconhecer essa privação de liberdade ou em dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas; ou b) Que referida negativa tenha sido precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade. 3. Que o autor tenha sido consciente de que: a) Referida apreensão, detenção ou sequestro se seguiria no curso normal dos acontecimentos de uma negativa em reconhecer a privação de liberdade ou em dar informação sobre

Com efeito, desde Nuremberg se pode afirmar a formação contínua de uma interconexão cada vez maior entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos, na medida em que se reconhece uma vinculação dúplice no plano dos “[...] valores: os protegidos pelos tipos penais, os protegidos pelo procedimento”², dando ensejo à formação de uma dimensão objetiva para a tutela penal dos direitos humanos³.

Essa descrição sumarizada parece indicar uma harmonia entre os campos normativos do Direito Penal Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como se houvesse sincronia e homogeneidade contedutista referente à proscição do desaparecimento forçado de pessoas.

Contudo, essa “imagem” constitui um “*trompe-l’oeil*”, pois, nada obstante a origem da incriminação desse comportamento no *Jubilee*, a interconexão e complementariedade entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos é, de fato, recente, e somente podem ser compreendidas pelo instituto da sobreposição (*overlap*) entre os dois campos com base no elemento da decisão política (*state policy*⁴), no contexto dos crimes internacionais próprios, tendo espeque no instituto da responsabilidade internacional, quer do

Estado na forma de um “*exceptionally serious wrongful act*”, quer do indivíduo na forma da responsabilidade penal direta do indivíduo segundo o direito internacional, uma vez que,

[s]ubstancialmente, as leis de guerra e as normas de direitos humanos se tornaram cada vez mais interconectadas [*intermeshed*] desde a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, as finalidades desses campos normativos, suas finalidades e os institutos [*remedies*] por suas violações são historicamente distintos. Os direitos humanos protegem a integridade física e a dignidade dos governados em relação a seus governantes e objetivam proteger a pessoas em todas as circunstâncias. Na medida em que existem institutos para as violações das normas de direitos humanos, elas geralmente tomam a forma de responsabilidade civil em face dos Estados. Em sentido contrário, as leis de guerra são *lex specialis* que governam os conflitos armados e [que] derivam da tradição medieval da cavalaria que objetivavam assegurar regras mínimas para o combate [*minimal fair play*] e minimizar a violência não relacionada a objetivos militares legítimos. Os institutos tradicionais para os beligerantes eram as represálias contra as tropas inimigas, civis e propriedades, bem como a persecução dos agressores perante cortes marciais ou outros tribunais militares. Uma distinção crítica entre os campos normativos é que as sanções criminais contra os indivíduos derivavam da violação das leis de guerra, mas não pela violação do direito internacional dos direitos humanos.⁵

Assim, serão reconstruídos, neste trabalho, do ponto de vista histórico e fenomenológico, os diversos processos de proscição/incriminação do desaparecimento forçado de pessoas, seja no âmbito do Direito Penal Internacional, seja no do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de forma a se evidenciar o longo caminho que levou a sociedade internacional a prover uma proteção necessária contra aquilo que, conforme se verá mais à frente, se denominou de política de submetimento da população civil ao terrorismo de Estado.

2 A origem do fenômeno: entre o Gulag e A “Noite e a Névoa”

No concernente à origem do fenômeno, existe um dissenso doutrinário sobre se a prática surgiu na URSS durante o período stalinista, em especial nos contextos do Grande Expurgo e das Transferências Populacio-

a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas; ou b) Referida negativa fora precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade.

4. Que tal apreensão, detenção ou sequestro tenha sido realizada por um Estado ou organização política ou com a sua autorização, apoio ou aquiescência. 5. Que tal negativa em reconhecer a privação de liberdade ou em dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas tenha sido realizada por um Estado ou organização política ou com sua autorização ou apoio. 6. Que o autor tenha tido a intenção de deixar a essa pessoa ou pessoas fora do amparo da lei por um período prolongado. 7. Que a conduta tenha sido cometida como parte de um ataque geral ou sistemático dirigido contra uma população civil. 8. Que o autor tenha tido conhecimento de que a conduta era parte de um ataque geral ou sistemático dirigido contra a população civil ou tenha tido a intenção de que a conduta fosse parte de um ataque desse tipo.”

² JORDA, Claude. Valores Comuns da Humanidade: o ponto de vista jurídico. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 75.

³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 271-272.

⁴ MAY, Larry. *Crimes against humanity: a normative account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 121-122. No mesmo sentido, BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 14-19; BASSIOUNI, M. Cherif. *International crimes: jus cogens and obligation erga omnes*. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1996. p. 60-71.

⁵ FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009.

nais, no qual o CPAI/NKVD/KGB e o Gulag foram os principais ramos do subsistema repressivo de segurança interna do estado soviético, ou se na Alemanha sob o regime nazista, em particular nos Territórios Ocupados, tendo por substrato a execução do Decreto “Noite e Névoa” (*Nacht-und-Nebel-Erlass*), de 07 de dezembro de 1941⁶.

Para Vitkauskaitė-Meurice e Žilinskas⁷ e Christopher K. Hall⁸, o desaparecimento forçado de pessoas teve sua origem no regime stalinista. Para aquelas primeiras, isso se comprova em virtude de Hitler “[...] ter admirado o reino de terror e prisões secretas de Stalin, e essa admiração pode ter sido uma inspiração para o Decreto”. Essa tese também é defendida por Hall, pois, conforme Finucane⁹, ele “[...] sugere que Hitler foi inspirado por Stalin [pela] prática generalizada de detenção secreta e prisão na União Soviética”.

No entanto, Kai Cornelius¹⁰, pesquisador alemão que estudou o fenômeno das detenções arbitrárias do período stalinista, critica que se possa atribuir a origem do desaparecimento forçado à edição do Decreto emitido por Hitler em 1941, já que a URSS do período realizava, de forma sistemática, a detenção arbitrária de opositores sem as correspectivas exigências de proteção legal, que são elementos caracterizadores do desaparecimento forçado. Afirma, ademais, que essa prática perdurou entre os anos de 1930 e 1953 (não por nada, o ano da morte de Stalin), estimando que foram arbitrariamente detidas cerca de 11,8 milhões de pessoas, das quais entre 1,6 e 1,7 milhões morreram durante o período de encarceramento.

Embora os fatos históricos narrados forneçam indícios de que o desaparecimento forçado de pessoas tenha sua origem no período stalinista¹¹, é fato que, nada obstante isso, ele somente “aparece”, primeiramente, na forma de um crime de guerra, no *Jubiley*, e, logo após, na forma concomitante de crimes contra a humanidade e crimes de guerra no caso dos “Juristas” nos Processos de Guerra de Nuremberg, uma vez que os crimes perpetrados pelo regime stalinista jamais foram submetidos a qualquer tipo de persecução penal.

De qualquer forma, a dúvida sobre a origem do fenômeno é relevante não por permitir a efetiva dilucidação do problema, mas antes por manifestar a relação umbilical, mesmo essencial, entre violações sistemáticas dos direitos humanos e os regimes de exceção, sejam eles o stalinismo ou o nazismo, os regimes totalitários *par excellence* do século XX¹², sejam, *inter alia*, os regimes autoritários que espocaram entre as décadas de 1960 e 1980 na América Latina, caracterizadas, assim como o nazismo e o stalinismo, como regimes de terror que se utilizaram de forma ilegítima de seus sistemas repressivos para a efetuação de persecuções políticas, e em contraposição aos quais surgiu a luta internacional contra o desaparecimento forçado de pessoas não na forma de um crime internacional, já que, conforme se verá nas linhas que seguem, após os julgamentos no *Jubiley* e dos Juristas, essa forma de macrocriminalidade política “caiu” em esquecimento, mas na forma de uma violação sistemática contra os direitos humanos, do qual decorreria, como sua decorrência lógica, a incriminação do comportamento por sua manifesta incompatibilidade com o ordenamento jurídico dos Estados, tendo no caso Velásquez Rodrigues *versus* Honduras, julgado pela

⁶ Nesse sentido, SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 4-7, que não fazem referência alguma ao regime stalinista, mas somente ao Decreto “Noite e Névoa”, e especificamente ao julgamento de Keitel em Nuremberg.

⁷ VITKAUSKAITĖ-MEURICE, Dalia; ŽILINSKAS, Justinas. *The Concept of Enforced Disappearances in International Law. Jurisprudencija*, v. 2, p. 197-214, 2010.

⁸ *apud* FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009. p. 175.

⁹ FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009. p. 176.

¹⁰ Citado por AMBOS, Kai. La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. In: AMBOS, Kai *et al.* (org.). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*. Bogotá: Temis, 2009. p. 199.

¹¹ Anna Akhmátova, uma das maiores poetisas russas do século XX, e que (sobre)viveu, com grande angústia e sofrimento, a esse período histórico, inclusive com o padecimento da condenação de seu filho Liev Nikoláievitch à pena de 10 anos no Gulag por “práticas contrarrevolucionárias”, não sem antes ter sido detido e submetido a inúmeras torturas, forjou para as gerações futuras um relato em forma de poemas em seu livro Réquiem: “[...] Houve um tempo em que só sorriam/ os mortos, contentes de poderem repousar./ E como um apêndice supérfluo, balançava Leningrado, pendurada às suas prisões./ E quando, enlouquecidos pelo sofrimento,/ os regimentos de condenados iam embora,/ para eles as locomotivas cantavam/ sua aguda canção de despedida./ As estrelas da morte pairavam sobre nós/ e a Rússia inocente torcia-se de dor/ sob as botas ensanguentadas/ e os pneus das Marias Pretas”. COELHO, Lauro Machado. *Anna, a Voç da Rússia: vida e obra de Anna Akhmátova*. São Paulo: Algor, 2008. p. 187-188.

¹² ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989. p. 355-376.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH) em 1988, o paradigma internacional da proscricção e responsabilização internacional dos Estados, pois,

a forma mais comum de desaparecimento forçado foi realizada, em total violação à legislação interna, por agentes do Estado no contexto de uma política de Estado de luta contra os membros de movimentos insurgentes ou, de forma mais genérica, os opositores políticos e os seus apoiadores. Se aqueles que exerciam o poder queriam mantê-lo a qualquer custo, para seu próprio benefício e em benefício de seus aliados, o caminho mais direto para prosseguir tal finalidade era o fazer [com que] seus oponentes desaparecerem.

[...]

A prática do desaparecimento forçado também foi realizado para atingir um segundo objetivo igualmente importante, que é o de espalhar o terror (uma forma do chamado “terrorismo de Estado”). Sociedades como um todos foram forçadas a viver num clima de submissão física e psicológica para o benefício daqueles que, enquanto violavam as leis mais básicas da convivência humana, [gozavam] uma condição de total impunidade. Se as pessoas são vistas sendo sequestradas e mais tarde são encontrados mortos depois de graves torturas ou desaparecem para sempre, todos, mesmo aqueles que não têm nenhuma intenção de se tornarem adversários políticos, são postos numa condição de sujeição [de] medo [em relação] àqueles que detêm o poder e o exerce através do terror¹³.

É da essência dos regimes de terror, totalitários ou autoritários, conforme ensinado por Werth, “[...] manter seus cidadãos em um estado de medo e incerteza, e a repetição fortuita [*recurrent random*] dos expurgos fornece esse mecanismo [...]”¹⁴, constituindo-se o desaparecimento forçado, seguidos da tortura e da execução extrajudicial, num dos tantos comportamentos macrocriminais que referidos regimes se utilizam como

“método de submetimento”¹⁵ da população civil e manutenção do terrorismo de Estado¹⁶.

3 O desaparecimento forçado de pessoas desde o *Jubiley* e o caso dos Juristas: “aparecimento”, “esquecimento” e “ressurgimento” de um crime internacional próprio

O estudo histórico do desenvolvimento do Direito Penal Internacional demonstra o quanto ele é afetado pela própria conformação de suas fontes normativas (os costumes internacionais, os tratados internacionais e os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas), do que resulta o fato dele ser, no mínimo, “[...] aleatório e, pode-se mesmo dizer, incoerente”¹⁷ ante a ausência de uma política criminal em sentido próprio¹⁸. Soma-se a isso ele estar submetido

¹⁵ “Unterdrückungsmethode”, expressão cunhada por Christoph Grammer em seu livro *Der tatbestand des Verschwindenlassens Einer Person: transposition einer Volkerrechtlichen figur ins Strafrecht*, apud AMBOS, Kai. *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*. In: AMBOS, Kai *et al.* (org.). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*. Bogotá: Temis, 2009. p. 198.

¹⁶ “[...] o terrorismo de Estado tem sido uma das maiores fontes de sofrimento humano e de destruição dos últimos cinco séculos [...]. [Assim], entendemos [por] terrorismo de [E]stado o uso intencional ou a ameaça de violência por agentes do [E]stado ou [seus] delegados [proxies] contra indivíduos ou grupos que são vitimados com o objetivo de intimidar ou amedrontar um público mais amplo. Portanto, as vítimas diretas da violência não são os principais alvos, mas são fundamentais para o objetivo principal de assustar o público, que são intimidados pelo poder comunicativo da violência. Os objetivos pretendidos pela violência são a consecução de determinadas finalidades políticas ou econômico-políticas, em oposição a metas religiosas ou criminais [...]”. JACKSON, Richard; MURPHY, Eamon; POYNTING, Scott. *Terrorism, the State and the study of political terror*. In: JACKSON, Richard; MURPHY, Eamon; POYNTING, Scott (org.). *Contemporary State terrorism: theory and practice*. London: Routledge, 2010. p. 1-3.

¹⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 253.

¹⁸ Para Roxin, a diferença entre Direito Penal e Política Criminal se assenta sobre o *distingo* direito posto, i.é, direito penal objetivo, e direito (penal) ideal, i.e, como ele deveria ser em razão dos fundamentos primários que justificam a intervenção do Estado de Direito na esfera da liberdade individual. Em outros termos, trata-se de entender a dogmática penal “[...] como a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e das opiniões científico-doutrinárias no campo do Direito Penal [...]”, e a Política Criminal como o campo que “[...] não tem por objeto constitutivo o Direito como é, mas como deve-

¹³ SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 7-9.

¹⁴ WERTH, Nicolas. *The mechanism of a mass crime: the great terror in the Soviet Union, 1937-1938*. In: GALATELLY, Robert; KIERNAN, Ben (org.). *The specter of Genocide: mass murder in the historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 215.

às mesmas contingências políticas inerentes aos demais ramos do Direito Internacional, posto que na sociedade internacional, como dito por Pastor Ridruejo a partir da expressão “politização estendida”, os Estados “[...] se comporta[m] mais frequentemente como ente[s] de poder, isto é, inspirado[s] mais por motivações política que jurídicas [...]”¹⁹.

Essas vicissitudes influíram, de forma decisiva, no desenvolvimento normativo da incriminação do desaparecimento forçado de pessoas, e que pode ser sintetizado na tríade “aparecimento-esquecimento-ressurgimento de um crime internacional próprio”, cuja origem normativa se deu com base nos julgamentos envolvendo o programa nazista decorrente do Decreto “Noite e Névoa”.

Conforme Gruchmann²⁰, o antecedente histórico do Decreto “Noite e Névoa” foi o Decreto Sobre o Exercício da Jurisdição Militar e seu Processo na Área Barbarossa e Medidas Militares Especiais (“*Gerichtsbareits-Erlass Barbarossa*”), de maio de 1941, pelo qual Hitler estabeleceu a jurisdição dos tribunais militares do Reich para exercer a persecução penal-militar dos membros da resistência nos territórios soviéticos ocupados.

Referida medida teve sua razão de ser por conta do conflito entre as forças armadas alemãs (*Wehrmacht*), e

a Waffen-SS [*Schutzstaffel*], literalmente, Tropa de Proteção] acerca de qual órgão detinha competência para exercer a jurisdição penal em face das acusações de crimes contra as forças de ocupação. Contudo, com o aumento dos grupos de resistência nos territórios ocupados da Europa Central e Noruega, referida medida, que passou a ser ali também aplicada, se mostrou ineficaz, razão pela qual, a partir de um caso concreto, Hitler determinou novas medidas.

Em 1941 uma mulher de nacionalidade francesa conseguiu fugir, com a ajuda da resistência, para uma área livre da ocupação; contudo, logo após, foi recapturada e, depois de ser julgada por um tribunal militar, foi condenada à pena de morte. Hitler reservou para si a competência para decidir sobre as penas de morte aplicadas a mulheres não alemãs, e que poderiam ser comutadas em pena de prisão, decidiu por essa última medida, ao mesmo tempo em que determinou que ela fosse aprisionada no território alemão, fazendo-a “desaparecer”, impedindo-se, com isso, que ela se tornasse um símbolo da resistência. Com o aumento dos atos de resistência nos Territórios Ocupados, Hitler decidiu pela generalização da prática de desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que a possível demora na execução das penas de morte poderia levar, com o final da guerra, à necessidade de se conceder a anistia, o que impediria que tais condenações surtisses o efeito dissuasório desejado perante a população civil.

Assim, Wilhelm Keitel, Chefe do Alto-Comando das Forças Armadas do Reich, após o recebimento dessas diretivas de Hitler, comissionou a Rudolf Lehmann, então Juiz-General das Forças Armadas (“*Generaloberstabsrichter*”), a elaboração do Decreto “Noite e Névoa”, cujo conteúdo pode, assim, ser resumido: somente deveriam ser submetidos a um julgamento por um tribunal militar aqueles indivíduos cujas acusações que implicasse na execução imediata da pena de morte. Nos demais casos, os acusados deveriam ser “desaparecidos na “Noite e Névoa” mediante as suas transferências aos campos de concentração existentes em território alemão²¹, devendo-se, pois, manter em segredo os seus

ria ser enquanto disposição adequada a seus fins [...]”, para o qual “[...] o princípio “*nullum crimen sine lege*” é um postulado político-criminal tão importante quanto a exigência de combater com êxito o delito, [...] não [sendo ele] somente [...] um elemento da prevenção geral [...], mas que a própria limitação jurídica do *ius puniendi* é, também, um objetivo importante da política criminal de um Estado de Direito [...] não se pode[ndo] obter nenhum argumento a favor da contraposição entre Direito Penal e política criminal ou em sentido contrário à sistematização compatível aos pontos de vista reitores da política criminal” ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Madrid: Civitas, 1997. v. 1. p. 192, 223-224 (grifos no original). Em outros termos, a “[...] política criminal, que se confronta com as finalidades e os conteúdos sociais do Direito Penal, está situada fora do jurídico. A seus cultivadores somente lhes resta a missão de chamar a atenção do legislador [...]”. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 41-42. Nesse sentido, como demonstrado no capítulo 1º, o Direito Penal Internacional não é orientado, de fato, por uma política criminal.

¹⁹ PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2014. p. 23.

²⁰ Estas e as informações que lhe seguem foram todas extraídas de GRUCHMANN, Lothar. “Nacht-und-Nebel” Justiz. Die mitwirkung deustcher Strafgerichte an der bekämpfung des Widerstandes in den Besetzten Westeuropäischen Ländern 1942-1944”. *Jahrgang*, v. 29, Heft 3, p. 342-396, 1981. Disponível em: http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981_3_2_gruchmann.pdf. Acesso em: 20 jan. 2012.

²¹ Com efeito, os denominados Deportados NN foram aprisionados em vários campos de concentração em território alemão, constituindo-se, pois, em um dos tantos grupos que a burocracia nazista distinguiu e separava em referidos centros. Em 1997, no Campo de Concentração em Hinzert, Alemanha, foi inaugurada a seguinte placa em homenagem a Deportados NN provindos da França: “Os antigos deportados franceses NN - “Noite e Névoa” - Presos no Campo Especial SS Hinzert /Campo de Concentração - 1942-1943

destinos. Por expressa determinação de Hitler, essa tarefa deveria ser confiada à SS tendo os *Lager* como destino. O Decreto foi elaborado no âmbito do Ministério da Justiça do Reich, tendo obtido parecer favorável do assessor especial em Direito Internacional desse órgão, Wilhelm von Ammon, e após a aprovação de Hitler, posto em execução. O conteúdo desse decreto é o seguinte:

[O] Führer e o Comandante Supremo das Forças Armadas

[Selo] SEGREDO

Diretrizes para a repressão de crimes praticados dentro dos territórios ocupados contra o Estado alemão ou a potência ocupante, de 07 de dezembro de 1941.

Dentro dos territórios ocupados, elementos comunistas e outros círculos hostis para a Alemanha aumentaram seus esforços contra o Estado alemão e as forças de ocupação desde que a campanha russa começou. A quantidade e o perigo dessas maquinções nos obrigam a tomar medidas severas para enfrentá-las [*as a deterrent*]. Em razão disso [*first off all*] as seguintes diretivas devem ser aplicadas:

I. Dentro dos territórios ocupados, a punição cabível [*adequate*] para os crimes cometidos contra o Estado alemão ou a potência ocupante [e] que põem em perigo [ou] as põem em estado de prontidão é, a princípio, a pena de morte.

II. As infrações previstas no parágrafo I devem ser resolvidas nos territórios ocupados, como regra, apenas se for provável que seja aplicada a pena de morte ao autor da infração, e desde que [o] ofensor principal, o seu julgamento e a execução puderem ser concluídos num tempo muito curto. Caso contrário, os infratores, ao menos os principais infratores, deverão ser mandados para a Alemanha.

III. [Os] Prisioneiros [mandados] para a Alemanha serão submetidos a procedimento militar somente se determinados interesses militares o exigirem. No caso d[as] autoridades alemãs ou estrangeiras [buscarem informações] sobre esses prisioneiros, eles devem ser informados de que eles foram presos, mas que o processo não permite qualquer informação adicional.

IV. Os comandantes nos territórios ocupados e as autoridades judiciais no âmbito da sua jurisdição

são pessoalmente responsáveis pela observância desse decreto.

V. O Chefe do Alto Comando das Forças Armadas determina que este decreto seja aplicado nos territórios ocupados. Ele está autorizado a explicar e emitir ordens executivas e suplementares. O ministro da Justiça do Reich emitirá ordens executivas dentro da sua própria jurisdição²².

Ao opinar pela “liceidade” de referido procedimento, Von Ammon assim se manifestou²³:

o mesmo procedimento poderá usado nos Países Baixos como em outros territórios ocupados, isto é, [que] toda matéria [*matter*] Noite e Névoa deve ser transferida para a Alemanha [...]. O ponto central no procedimento NN, em minha opinião, consiste no fato de que os presos NN desapareçam dos territórios ocupados e os seus subsequentes destinos mantenham-se desconhecidos.

Assim, o programa de desaparecimento forçado de pessoas executadas pela Alemanha, no contexto dos Territórios Ocupados, envolveu, além de Hitler, outros atores que ocupavam posição de agentes superiores no Reich, em especial Wilhelm Keitel, que foi julgado e condenado à pena de morte no *Jubiley*; Rudolf Lehmann, que foi submetido a julgamento e condenado à pena de 7 anos de prisão no caso do Alto Comando dos Oficiais Superiores das Forças Armadas (von Leeb *et al.*)²⁴, e Wilhelm von Ammon, que também foi julgado e condenado à pena de 10 anos de prisão no caso Julga-

²² YALE UNIVERSITY. Avalon Project. *Night and Fog Decree* [*Nacht und Nebel Erlass*]. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/1-90.asp>. Acesso em: 20 jan. 2011.

²³ UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 1.042.

²⁴ “[...] The findings of the Tribunal as to von Leeb were as follows: For the reasons above stated we find this defendant guilty under Count III of the Indictment for criminal responsibility in connection with the transmittal and application of the Barbarossa Jurisdiction Order. Under Control Council Law No. 10 it is provided that superior orders do not constitute a defence but may be considered in mitigation of an offence [...] *The Sentences* The Tribunal, before meting out sentence, said that: Each defendant receiving a sentence for a term of years shall receive credit upon the sentence imposed upon him for such a period or periods of time as he has been in confinement, whether as a prisoner of war or otherwise, since 7th May, 1945. The sentences passed upon the accused found guilty were as follows [...] To seven years’ imprisonment: Rudolf Lehmann [...] At the time of going to press these sentences had not been confirmed”. UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Commission: Law reports of trials of war crimes: The German High Command Trial*. London: The United Nations War Crimes Commission, 1949. v. 12. p. 94-95.

- Nenhum ódio, mas também jamais esquecer 27.Juni.1997 (*Die Ehemaligen Französischen NN-Deportierten – “NACHT UND NEBEL” – Gefangene im SS Sonderlager/KZ HINZERT – 1942-1943 – Kein Hass, aber auch Kein Vergessen 27.Juni.1997*). LANDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG RHEINLAND-PFALS. *Die Gedenkstätte SS-Sonderlager/KZ Hinzert*. Disponível em: <http://politischebildung-rlp.de/fileadmin/download/Hinzert-d.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2014. p. 18.

mento dos Juristas (Altstötter *et al.*)²⁵, sendo esses dois últimos nos Processos de Guerra de Nuremberg. Contudo, muito embora Lehmann tenha desempenhado papel preponderante no surgimento do Decreto “Noite e Névoa”, a principal imputação que lhe coube no caso “von Leeb *et al.*” foi a de ter atuado na elaboração e execução do “Decreto *Barbarosa*”.

O número de vítimas do desaparecimento forçado decorrentes do Decreto “Noite e Névoa” é, como todos os números que envolvem a prática de um ataque geral e sistemático como a realizada pelo regime nazista no curso da 2ª GGM, de difícil determinação. Inicialmente, fala-se em, pelo menos, 7.000²⁶ pessoas, número que pode subir a 100.000 somente na França ocupada, posto ter sido esse o total de pessoas que foram deportadas para a Alemanha sem motivação racial, dos quais 65.000 morreram nos campos de concentração²⁷.

Pelo que se descreveu até o presente momento, é possível divisar-se, ao menos *prima facie*, que o desaparecimento forçado de pessoas, tal como engendrado no contexto descrito, tinha por método a detenção de um indivíduo a quem se imputava a prática de um comportamento ilícito e que, em razão de uma decisão política tendente ao “submetimento” do acusado e da própria população civil a um regime de terror, eram deportados e encarcerados num dos tantos campos de concentração existentes na Alemanha, devendo-se, como medida

ulterior a tais fatos, ocultar, quer dos familiares quer das autoridades e juízes, o destino e a sorte da vítima.

Sendo assim, a partir de qual fundamento normativo se procedeu à incriminação dos acusados de haverem participado do programa “Noite e Névoa”? Como já sumariamente descrito em linhas acima, os juízes do *Jubiley* e do caso dos Juristas encontraram razões jurídicas distintas para fundamentar a incriminação, e a consequente condenação dos acusados.

No *Jubiley*, que tinha por acusados os maiores criminosos de guerra do regime nazista, dentre eles Wilhelm Keitel, as acusações se fundaram no Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (doravante ETIMN,) a partir do qual se imputaram os cometimentos de crimes contra a paz (artigo 6, a), crimes de guerra (artigo 6, b), crimes contra a humanidade (artigo 6, c) e o crime de conspiração em relação a qualquer um desses crimes.

Doutro passo, os crimes de guerra foram normativamente fundamentados por sobre as Leis e Costumes de Guerra estabelecidos pelo Direito Internacional Humanitário, em especial a IV Convenção de Haia de 1907, assim como os crimes contra a humanidade, em razão da adoção da “Teoria da Extensão da Competência por Crimes de Guerra”, presente no artigo 6, c, parte final do Estatuto de Nuremberg²⁸, segundo a qual²⁹

[...] os crimes contra a humanidade visariam proteger a mesma categoria de pessoas (os civis em tempo de conflito armado internacional) e englobariam as mesmas condutas proibidas que os crimes de guerra; com a diferença, porém, de deverem ser praticados no interior de um determinado Estado [...] e estar relacionados com o desencadeamento ou desenvolvimento de uma guerra de agressão ou com crimes de guerra [...] os crimes contra a humanidade foram considerados como uma simples extensão dos crimes de guerra, por conseguinte desprovidos de verdadeira autonomia relativamente a estes, resultando possível distinguir ambas as categorias consoante a nacionalidade dos infratores fosse a mesma da das vítimas (no primeiro caso) ou uma nacionalidade diversa (no segundo) [...] com [ess]a “arquitetura” [...] se tornou plausível uma filiação genética dos crimes contra a humanidade no direito dos conflitos armados internacionais, satisfazendo,

²⁵ “[...] The evidence shows beyond a reasonable doubt that he acted as a principal, aided, abetted, and was connected with the execution and carrying out of the Hitler Night and Fog Decree in violation of numerous principles of international law, as has been heretofore pointed out in this Judgment.” This defendant was also awarded a sentence of ten years’ imprisonment. Von Ammon was also found guilty of having committed war crimes and crimes against humanity. His sentence was also one of imprisonment for ten years” UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Commission: Law reports of trial war crimes*. London: The United Nations War Crimes Commission, 1948. v. 6. p. 75-76.

²⁶ Nesse sentido, AMBOS, Kai. La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. In: AMBOS, Kai *et al.* (org.). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*. Bogotá: Temis, 2009. p. 199.

²⁷ É o número apresentado por Gruchmann a partir dos relatórios do Ministério Francês de Antigos Combatentes e Vítimas de Guerra. GRUCHMANN, Lothar. “Nacht-und-Nebel” Justiz. Die mitwirkung deutscher Strafgerichte an der bekämpfung des Widerstandes in den Besetzten Westeuropäischen Ländern 1942-1944”. *Jahrgang*, v. 29, Heft 3, p. 342-396, 1981. Disponível em: http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981_3_2_gruchmann.pdf. Acesso em: 20 jan. 2012. p. 396.

²⁸ “[...] em execução daqueles crimes que sejam de competência do Tribunal ou em relação com os mesmos, constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde se perpetraram”. (Gri-famos).

²⁹ ALMEIDA, Francisco António de M. L. F. *Os crimes contra a humanidade no actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 36-37.

quicá, a um nível mínimo, as exigências colocadas pelo princípio da legalidade.

Ao comentar o fundamento da incriminação dos crimes contra a humanidade em Nuremberg em seu *Cours* na ADIH de 1950, Graven³⁰ asseverou que tal se deu pelo expresse reconhecimento de que a regra inscrita na IV Convenção de Haia, segundo a qual “[...] a população e os beligerantes ficam sob a proteção e sob o império dos princípios do Direito das Gentes, tal como eles resultam das práticas estabelecidas entre os povos civilizados, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública” provia, *de per se*, fundamentação bastante para a incriminação não apenas dos crimes de guerra, mas também dos crimes contra a humanidade, razão pela qual esses últimos permaneceram conectados e definidos com base em sua vinculação aos demais crimes que os antecediam no artigo 6 do ETIMN. Com efeito, em Nuremberg, os juízes decidiram que³¹

[O] artigo 6 (b) da Carta [ETMIN] estabelece que [os] “maus-tratos... [contra a] população civil ou em território ocupado... [a] morte de reféns... [a] destruição arbitrária de cidades, vilas ou aldeias” é um crime de guerra. Nesse sentido [*in the main*], estas normas [*these provisions*] são meramente declaratórias das leis de guerra existentes conforme previsto pela Convenção de Haia [de 1907], cujo artigo 46 prescreveu [que]: “A honra familiar e os direitos, as vidas das pessoas e [suas] propriedades privadas, bem como [suas] convicções religiosas e costumes [*practice*] devem ser respeitadas [...]”.

Em outros termos, o ETMIN somente havia formalizado o direito internacional consuetudinário preexistente que já tipificava, na forma de crimes de guerra, e por derivação, os crimes contra a humanidade, os ilícitos penais que foram praticados contra beligerantes e a população civil.

Contra Keitel foram imputados comportamentos tipificados nas três categorias centrais de Nuremberg — crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A respeito dos crimes de guerra, uma das principais acusações foi a de ele ter editado, juntamente com Hitler, o Decreto “Noite e Névoa”, na medida em que o tribunal considerou que referida medida violava o disposto no artigo 46 da IV Convenção de Haia. Com

efeito, conforme consta no indiciamento de Keitel perante o tribunal, os comportamentos praticados com fundamento nesse decreto constituíam-se em crimes de guerra, mormente porque tinham por alvo a população civil dos territórios ocupados, e não, como o estabelecido no ETIMN, a própria população alemã³²:

os territórios ocupados pela Alemanha foram administrados em violação às leis de guerra. A evidência é muito grande de um padrão sistemático de violência, brutalidade e terror. Em 07 de dezembro de 1941 Hitler emitiu a diretiva, conhecida como “Nacht und Nebel Erlass” (Decreto Noite e Névoa), segundo a qual pessoas que cometeram crimes contra o Reich ou as forças alemãs nos territórios ocupados, exceto quando a sentença de morte fosse certa, deveriam ser secretamente mandados para a Alemanha e entregues à SIPO [*Sicherheitspolizei* (Polícia de Segurança)] e à SD [*Sicherheitsdienst* (Serviço de Segurança)] para julgamento ou punição. Este decreto foi assinado pelo acusado Keitel. Depois de os civis terem chegado à Alemanha, nenhuma palavra [sobre] eles era permitida [...] ou a um seu parente; em muitos casos, muitos deles morreram enquanto aguardavam o julgamento, não se informando [nada] a seus familiares; a finalidade era a de criar ansiedade na mente das famílias e das pessoas presas. [...] Um dos meios mais notórios de aterrorizar as pessoas nos territórios ocupados foi o uso de campos de concentração. Elas foram estabelecidas pela primeira vez na Alemanha na época da tomada do poder pelo governo nazista. [...] Na administração dos territórios ocupados, os campos de concentração foram usados para destruir todos os grupos de oposição. [Para a]s pessoas presas pela Gestapo, a regra era a de elas serem mandadas para [os] campos de concentração. Eles foram transportados para os campos sem tomar nenhuma precaução [*in many cases without any care whatever being taken for them*], e um grande número morreu no caminho. Aqueles que chegaram ao campo estavam sujeitos a crueldade sistemática. Eles foram [submetidos a um regime] de trabalho forçado penoso [*hard physical labor*], [com] alimentação, roupas e abrigo inadequados, e estavam sujeitos em todos os momentos aos rigores de um regime desumano [*sonless*] e aos caprichos particulares de guardas individuais.

Assim, resta evidenciado, mormente, em razão da efetiva condenação de Keitel pelos crimes que se lhe imputaram, em especial a prática de crimes de guerra na forma do desaparecimento forçado de pessoas que, em Nuremberg, referido ilícito constituiu-se em espécie de crime de guerra subsumido no tipo residual de “maus-tratos” impingidos contra beligerante ou a população

³⁰ GRAVEN, Jean. Le crimes Contre L'Humanité. *RCADI*, v. 76, 1950. p. 457-458.

³¹ UNITED STATES OF AMERICA. International Military Tribunal Nuremberg. *Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal*: Official Documents. Nuremberg: IMTN, 1947. v. 1. p. 232.

³² UNITED STATES OF AMERICA. International Military Tribunal Nuremberg. *Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal*: Official Documents. Nuremberg: IMTN, 1947. v. 1. p. 232-234.

civil por, nos termos do artigo 46 da IV Convenção de Haia, referida prática violar a “honra familiar” e “os direitos e as vidas das pessoas”, pois o

[...] TIMN condenou o programa Noite e Névoa como uma forma de maus-tratos infligidos sobre as pessoas desaparecidas e suas famílias, e não como assassinato ou deportação *qua* deportação. A “inovação fundamental” do programa Noite e Névoa foram os danos causados às famílias, e não os ataques sobre as vidas ou liberdades dos indivíduos. Ao enfatizar os efeitos do programa Noite e Névoa sobre as famílias dos desaparecidos, o julgamento do TIMN considerou o desaparecimento forçado como uma violação à “honra da família e [seus] direitos”, garantidos pelo Direito Internacional Consuetudinário através da Convenção de Haia de 1907³³.

Já no caso dos Juristas (Altstötter *et al.*), e nos demais julgamentos ocorridos nos Processos de Guerra de Nuremberg, os fundamentos para as incriminações não se assentaram no ETMIN, mas na Control Council Law n. 10 (doravante CCL 10), editada pelo Conselho do Controle Aliado na Alemanha (doravante CCAA), e que se baseou, em parte considerável, nos ETMIN e no Estatuto do Tribunal Internacional Militar do Extremo-Oriente (doravante ETIMEO). Conforme Werle³⁴,

o fundamento jurídico comum para os julgamentos nas zonas ocupadas, a Lei n.º 10 para a Punição das Pessoas Culpadas de Crimes de Guerra, Crimes Contra a Paz e Crimes Contra a Humanidade (CCL N.º 10), foi promulgada [issued] pelo Conselho do Controle Aliado em 20 de dezembro de 1945, adquire relevante importância. Com essa norma, o Conselho do Controle Aliado acata e aperfeiçoa o modelo do julgamento por crimes de guerra de Nuremberg. A norma pretendeu assegurar que os julgamentos posteriores nas quatro zonas ocupadas estivessem [would rest] sob uma base legal uniforme [...] os doze denominados julgamentos de Nuremberg [foram] realizados por tribunais militares dos EUA até meados de 1949 [...] Cada um desses doze julgamentos se concentraram em um grupo específico de acusados; muitos [deles] foram altos representantes das profissões médicas, jurídicas, militares, da economia e a indústria, bem como oficiais do alto-comando do Estado e do Partido Nazista.

Um desses “aperfeiçoamentos” a que se refere Werle confirma-se pelo fato de o ETIMN fundamentar a incriminação dos crimes contra a humanidade pela adoção da “teoria da extensão da competência por crimes

de guerra”, enquanto que, com a CCL 10, ocorreu a autonomização dessa forma de macrocriminalidade em relação aos demais crimes, isto é, se tipificaram os crimes contra a humanidade *qua* crimes contra a humanidade, afastando-se a necessidade de conexão com os demais crimes para a punibilidade de seus autores.

O caso Altstötter *et al.* foi instaurado para apurar a responsabilidade penal pelo crime de conspiração de vários juristas que haviam ocupado posições superiores ou de destaque perante os tribunais do III Reich, fossem juízes ou promotores de justiça que atuavam nos tribunais especiais ou nos tribunais do povo, ou no Ministério da Justiça. Dos 16 indiciados, dentre os quais Wilhelm von Ammon e mais oito funcionários do Ministério da Justiça, destacava-se o acusado Schlegelberger, que ocupara interinamente a função de Ministro da Justiça entre a morte de Guertner em janeiro de 1941 e a nomeação por Thierack em agosto de 1942. Em outros termos, o Decreto “Noite e Névoa” havia sido elaborado e aprovado no Ministério da Justiça durante a sua interinidade; além disso, Schelegelberger, Rothenberger e Klemm haviam sido subsecretários [Staatssekretær] da Justiça do Reich. Todos os acusados foram indiciados pelo cometimento de quatro modalidades de crimes: a) o crime de conspiração para o cometimento de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, b) o cometimento de crimes de guerra contra civis nos territórios ocupados pela Alemanha a partir de setembro de 1939, c) o cometimento de crimes contra a humanidade, incluindo crimes contra civis alemães ou de nacionais dos territórios ocupados desde o início da 2ª GM, e d) contra sete acusados, a imputação de pertencimento à SS, à SD e ao Partido Nazista, organizações que haviam sido declaradas organizações criminosas pelo TIMN³⁵.

Um dos pontos centrais que fundamentou a acusação foi a de que eles não eram “fazendeiros ou trabalhadores de indústrias” [“[t]hese defendants are not farmers or factory workers”]³⁶, mas juristas, muitos deles Doutores em Direito, que empregaram suas formações e expertise profissionais para auxiliar na promulgação e execução de leis draconianas, de perseguição racial e de

³³ FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009. p. 180.

³⁴ WERLE, Gerhardt. *Principles of International Criminal Law*. Hague: T.M.C. Asser Press, 2009. p. 12-14.

³⁵ UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 3.

³⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 69.

extensão jurisdicional das leis restritivas às garantias a um julgamento justo, além de, na qualidade de juízes e promotores de justiça, terem atuado na consecução de programas macrocriminais de eliminação de opositores políticos e de manutenção do regime de terror nazista, em completa contradição aos princípios mais comezinhos que deveriam guiar as suas atuações profissionais³⁷.

A Corte seguiu, em linhas gerais, a mesma descrição do programa “Noite e Névoa” que se dera no TIMN, considerando-se, nesse sentido, que, *prima facie*, ele tipificava a prática de crimes de guerra, imputando a von Ammon papel preponderante em sua elaboração e execução à medida que ele, na qualidade de especialista em Direito Internacional do Ministério da Justiça do Reich, detinha pleno conhecimento de sua ilicitude. Esses indícios foram corroborados pela juntada de provas documentais que comprovaram o fato de que von Ammon e outro corréu — Magenber — terem sido os principais negociadores de execução do Decreto junto ao Comando Supremo das Forças Armadas³⁸ e os tribunais a que se submeteu a jurisdição dos prisioneiros NN³⁹.

Entretanto, quando do julgamento do programa “Noite e Névoa”, os juízes se depararam com o seguinte problema, explicitamente formulado na sentença: “será que aquelas leis draconianas e as decisões proferidas sob as mesmas se constituem [em] crimes de guerra ou cri-

mes contra a humanidade?”. Para a Corte, a execução do programa tipificou-se, cumulativamente, como crime de guerra e crimes contra a humanidade. Para chegar a essa conclusão, os juízes consideraram duas circunstâncias: a) que o Decreto impusesse como única pena cabível aos acusados a de morte, quando, no entender da Corte, mesmo em tempo de guerra, ela somente poderia ser aplicada em *ultima ratio* segundo os princípios gerais reconhecidos pelas nações civilizadas, bem como por, nos termos da diretiva, submeter os acusados a um processo persecutório que não se lhes assegurava um processo justo (*fair trial*). Essas particularidades seriam suficientes para se declarar a subsunção de referida norma e as decisões tomadas no tipo de crimes contra a humanidade; b) por ter sido uma medida que se aplicou à população civil dos territórios ocupados, mediante a detenção, deportação, aprisionamento em campos de concentração e ocultação do destino dos prisioneiros, referida medida se constituía, também, em crime de guerra⁴⁰.

Nesse sentido, conclui-se que, embora as duas Cortes não tenham se utilizado do *nomen iuris* desaparecimento forçado de pessoas para punir aos acusados de suas práticas, mas do tipo residual contido no ETIMN e CCL 10 “outros atos desumanos”, observa-se, claramente, que os elementos contedutísticos, daquilo que viria a ser o tipo penal no ETPI, se encontravam manifestamente presentes — detenção (i)legal, deportação, ocultação do destino ou da sorte do detido, denegação da proteção legal —, do que segue como consequência a possibilidade de afirmar-se que o desaparecimento forçado de pessoas constitui-se em um crime internacional próprio desde a gênese do Direito Penal Internacional em Nuremberg.

Nada obstante isto, seja em razão do caráter fragmentário e assistemático do Direito Penal Internacional, mas também em razão do que Bassiouni⁴¹ e Bazelaire e Cretin⁴² denominam de “período de silêncio” que

³⁷ O teor da acusação é a seguinte: “In any event, in this case before this Tribunal, we shall ask the Court to bear in mind that lawyers, by the very nature of their legal training and experience, knew that the enactment of *ex post facto* laws, specially designed racial legislation and other legislation directly designed to restrict and destroy the right to make an adequate defense to a criminal charge; the handpicking of judges and their control by state and party; the submergence of the courts and prosecutors to the superior authority of the police; pretrial agreement of judges and prosecutor on judgment and penalty; unlawful extraterritorial extension of German law and the issuance of the Nacht und Nebel [Night and Fog] decree contrary to the laws of war, would probably cause death of human beings, subjected to such a perverted judicial system”. UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 69.

³⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 76-77.

³⁹ Nomeadamente, os tribunais do povo e militares situados nas cidades de Kiel, Essen, Colônia e Berlim. UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 788-790.

⁴⁰ “In respect to his other activities we refer to our general discussion under the heading “Night and Fog.” We find the defendant von Ammon guilty of war crimes and crimes against humanity under counts two and three of the indictment.” UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3. p. 1134.

⁴¹ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 565-566.

⁴² BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 41-42.

se abateu sobre esse ramo no período da Guerra Fria, essa origem do desaparecimento forçado de pessoas caiu em esquecimento tanto por parte da doutrina do Direito Penal Internacional como da jurisprudência dos tribunais penais internacionais, haja vista que, a respeito do ressurgimento em cena, em especial o conflito que ensejou a criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (doravante ETPIY) e, um pouco depois, com a aprovação do ETPI, afirmou-se que se tratava de um “novo” crime internacional, derivado da luta contra o desaparecimento forçado no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, quando Cassese comenta, em linhas gerais, as particularidades do desaparecimento forçado de pessoas em seus *Lineamenti*, afirma que⁴³

pode-se observar que, com relação a esse crime, o Estatuto do TPI não codificou o direito consuetudinário, mas que contribuiu na cristalização [de] uma norma de formação recente, e que se havia desenvolvido principalmente sobre a base do direito internacional convencional (particularmente, os numerosos tratados em matéria de direitos humanos que proibem sob várias formas os atos que se subsumem na categoria de “desaparecimento forçado de pessoas”), da jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou de diversas resoluções da AG da ONU. Estes diversos elementos contribuíram para a progressiva formação de uma norma consuetudinária que proíbe o desaparecimento forçado de pessoas: o Estatuto do TPI confirmou e codificou a incriminação.

Já em âmbito jurisprudencial, o TPIY, no caso Krupeski, julgado em 14 de janeiro de 2000 pela Câmara de Julgamento, no qual pesavam contra os diversos acusados a prática de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, nomeadamente quanto a esses últimos, o homicídio (artigo 5, a), a perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos (artigo 5, h) e outros atos desumanos (artigo 5, i), todos do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (doravante ETPIY), a Corte, ao discorrer sobre essa última categoria de crimes contra a humanidade — outros atos desumanos —, reportou-se, inicialmente, ao disposto no artigo 6, c do ETIMN e ao artigo II, 1, c da CCL10, que foi a base de incriminação do desaparecimento forçado de pessoas no *Jubliey* e no caso dos Juristas, afirmando em seguida que

⁴³ CASSESE, Antonio. *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale*. Bologna: Il Mulino, 2005. v. 1. p. 100.

existe uma preocupação de que esta categoria carece de precisão e é muito geral para fornecer um critério seguro para o trabalho do Tribunal e, portanto, seria contrária ao princípio da “taxatividade” [*specificity*] em direito penal. É, portanto, imperativo [que o Tribunal] estabeleça o que está incluído nessa categoria. A expressão “outros atos desumanos” foi deliberadamente concebida como uma categoria residual, uma vez que se considerou indesejável em relação a esta categoria [crimes contra a humanidade] ser exaustivamente enumerado. Uma categorização exaustiva criaria apenas oportunidades de evasão à proibição normativa [*evasion of the letter of the prohibition*]. A importância em se manter referida categoria foi elucidada pelo CICV ao comentar sobre que constituiria uma violação da obrigação de fornecer “tratamento humano” contida no artigo 3º comum das Convenções de Genebra.⁴⁴

Ademais, reportando-se ao Projeto de Crimes Internacional discutido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 1996 [*Crimes Against the Peace and Security of Mankind*], no qual se consignou a impossibilidade de se tipificarem, de forma exaustiva, todos os comportamentos que constituiriam atos desumanos, pelo que se demarcou, no entanto, o seu conteúdo na forma de todas as ações graves que causem dano à integridade física ou mental da pessoa humana segundo os padrões do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴⁵. Seguindo esses parâmetros, a Câmara passou a indicar, *inter alia*, espécies de comportamentos que se constituiriam em formas de atos desumanos, consignando que

[...] a interpretação de “outros atos desumanos” [...] pode ser identifica [nas] normas internacionais sobre direitos humanos [...]. Baseando-se em diversas disposições desses textos, é possível identificar um conjunto de direitos básicos pertencentes a[os] seres humanos, cuja violação pode atingir, dependendo das circunstâncias, a um crime contra a humanidade. Assim, por exemplo, formas graves de tratamento cruel ou degradante de pessoas que pertencem a um grupo étnico, religioso, político ou racial, ou graves manifestações generalizadas ou sistemáticas de tratamento cruel, humilhante ou degradante com uma intenção discriminatória ou persecutória, sem dúvida, constitui-se em crimes contra a humanidade: [o tratamento] desumano ou degradante é proibido pelo Pacto Internacional de Direitos Civis

⁴⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX IUGOSLÁVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski et all (Lasva Valley)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

⁴⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX IUGOSLÁVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski et all (Lasva Valley)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016. p. 225-226.

e Políticos (artigo 7), pela Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (artigo 3), a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 9 de junho 1994 (artigo 5) e da Convenção de 1984 contra a Tortura (artigo 1). Da mesma forma, a expressão em questão, sem dúvida, alcança a transferência forçada de civis (que é, em certa medida, abrangida pelo artigo 49 da Convenção IV de 1949 e o artigo 17, 1 do Protocolo Adicional II de 1977), [a] prostituição forçada (indiscutivelmente, um grave atentado à dignidade humana de acordo com a maioria dos instrumentos internacionais sobre direitos humanos), **bem como o desaparecimento forçado de pessoas** (proibido pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 47/133 [...] e pela [CISDFP] de 9 de junho de 1994)⁴⁶. Claramente, todos estes e outros atos semelhantes, devem ser praticados de maneira sistemática e em grande escala. Em outras palavras, eles devem ser tão graves quanto as outras classes de crimes previstos nas outras disposições do artigo 5. Uma vez que os parâmetros legais para determinar o conteúdo da categoria de “atos desumanos” são identificados, [o] recurso à regra *ejusdem generis* objetivando comparar e avaliar a gravidade do ato proibido é justificado. (Grifamos).

Muito embora o tema relativo ao caráter aberto e, portanto, legitimador da prática da analogia a partir do tipo penal “outros atos desumanos” contido no ETPIY, e que foi mantido no artigo 7, 1, k do ETPI⁴⁷, seja relevantíssimo no tocante ao Princípio da Estrita Legalidade em Direito Penal, mormente no concernente ao Princípio da Taxatividade e à vedação da analogia incriminadora, o que se gostaria de destacar no trecho supracitado é o “esquecimento” pelo qual passou o crime em estudo. Com efeito, no caso acima reportado, a Câmara de Julgamento declarou que: a) o tipo “outros atos desumanos” já estava previsto no ETMIN e na CCL 10; b) que o mesmo é interpretado a partir dos parâmetros que defluem do Direito Internacional dos Direitos Humanos em todas as suas vertentes e c) que o contínuo aperfeiçoamento dessas normas de garantia, ao vedarem a prática de determinados comportamentos que infligem excessivos sofrimentos físicos ou psíquicos à pessoas humana, mormente se praticados num ata-

que geral e sistemático à população civil, se constituem em crimes contra a humanidade etc. Contudo, no que concerne ao desaparecimento forçado de pessoas, não reconheceu a sua origem remota em Nuremberg, mas antes, como um processo de recente surgimento, indicando, para tanto, os textos da DPPTPCDF e da CISDFP, isto é, decorrente da “luta” internacional contra a prática, e que se inicia entre as décadas de 1970/1980.

Como se vê, o “período de silêncio” a que se submeteu o desenvolvimento do Direito Penal Internacional ensejou, em relação ao desaparecimento forçado de pessoas, um “esquecimento” sobre sua origem em Nuremberg. Isso impõe ao presente trabalho discorrer sobre o seu “ressurgimento” a partir da luta internacional contra a sua prática no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

4 O “ressurgimento” do desaparecimento forçado de pessoas no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a luta internacional por sua proscrição/incriminação

Parece não existir nenhuma dúvida razoável sobre em qual contexto (res)surgiu a luta internacional para proscrever e punir a prática do desaparecimento forçado de pessoas: os diversos regimes ditatoriais que se instalaram na América Latina entre os anos de 1960 e 1980.

Referido (res)surgimento teve, como pano de fundo, três circunstâncias históricas que devem ser analisadas em sua conjuntura global:

A) a bipolarização leste-oeste decorrente da Guerra Fria;

B) a adoção, em sede nacional, das doutrinas de “segurança nacional”;

C) as conflagrações sociais e políticas entre os governos existentes e diversos movimentos nacionais e que foram resolvidas por meio de golpes de estado, e que se guiaram, como regra geral, pela adoção de práticas caracterizadas como terrorismo de Estado, nos quais a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas, as exe-

⁴⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX IUGOSLÁVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski et all (Lasva Valley)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016. p. 226-227.

⁴⁷ É interessante notar que o ETPI tipificou, na forma de crimes contra a humanidade, os comportamento indicados exemplificativamente na referida decisão da Câmara de Julgamento do TPIY. Assim, a transferência forçada de pessoas (artigo 7, 1, d), a prostituição forçada (artigo 7, 1, g) e o desaparecimento forçado de pessoas (artigo 7, 1, i).

cuções extrajudiciais, até mesmo o genocídio⁴⁸, foram praticados como meios de submetimento das dissidências políticas.

A guerra fria pode ser considerada como a conflagração de um estado de guerra em potência entre os dois Estados que, ao lado dos demais aliados, saíram vencedores da 2ª GGM, os EUA e a URSS, mas que, mal terminada a conflagração mundial, se lançaram numa luta pela hegemonia internacional, tendo por ancoragem ideologias político-econômicas diversas: a democracia capitalista a oeste, e o regime de socialismo de Estado a leste. Para Bobbio, a Guerra Fria é a expressão utilizada a partir da década de 1950 para identificar⁴⁹

[...] o estado das relações político-militares entre as duas maiores potências do mundo [...] tal como se foram configurando depois da descoberta das armas nucleares, e com base nesse estado de coisas para definir uma estratégia e sua relativa doutrina ([...] da dissuasão). Como doutrina das relações internacionais, a doutrina do equilíbrio do terror [...] retoma, repete e, quem sabe, leva a extremas consequências a doutrina tradicional do equilíbrio das potências [...] segundo a qual em uma situação considerada permanentemente conflituosa entre entes respectivamente independentes o único modo de manter uma paz relativa é o equilíbrio das forças.

O equilíbrio do terror a que se reporta Bobbio pode ser compreendido a partir do acrônimo MAD (*mutual assured destruction*, i.e. mútua destruição assegurada): por serem as duas superpotências detentoras de armamento nuclear, uma guerra em que estas armas fossem utilizadas levaria não somente à mútua destruição dos dois contendores, mas também de toda a humanidade⁵⁰. Como EUA e URSS, salvo a hipótese decorrente da Crise dos Mísseis em Cuba, em 1962⁵¹, em que a conflagra-

ção quase passa da latência ao ato, os embates bélicos por eles travados se deram de forma indireta, seja no campo internacional — as Guerras da Coréia e do Vietnã —, seja no contexto interno dos Estados que se encontravam sob as suas respectivas hegemonias. Pode-se afirmar, nesse sentido, que a Guerra Fria envolveu, prioritariamente, questões de geopolítica e geoeconomia, em que as duas potências nucleares buscaram, direta ou indiretamente, influir nas esferas de hegemonia uma da outra.

Nesse sentido, é importante lembrar que a América Latina, desde a enunciação da Doutrina Monroe, em 1823, foi considerada, numa expressão mais figurativa do que efetivamente identificativa de seu conteúdo, o “quintal” dos EUA, pois, desde

[...] cedo, muito antes de começar o seu envolvimento permanente no sistema internacional, a política externa norte-americana já lançava as suas bases de influência dentro do continente americano mediante a publicação da Doutrina Monroe em 1823. Ainda que, após a independência em 1776 e durante quase todo o século XIX, o isolacionismo prevalecesse nas questões externas [...] os norte americanos não deixaram de garantir a liderança e a influência sobre as questões do continente americano [...]. Foi dentro desse contexto que, em pouco tempo, a postura norte-americana de isolamento em relação à Europa compreenderia também uma iniciativa de isolar todo o continente americano das influências e dos interesses europeus [...] Com a publicação da Doutrina Monroe [...] diante das ameaças de recolonização por parte das metrópoles europeias, os EUA estenderam a noção de garantia da sua segurança interna a todo o continente, declarando inadmissível a recolonização ou qualquer intervenção europeia nos assuntos internos e externos dos países americanos [...] Uma marca fundamental de toda a história das relações entre os EUA e a América Latina sintetiza-se nessa doutrina, isto é, a supremacia dos EUA sobre as questões do continente [...]. Combinando táticas e estratégias diversas [...] o caráter da Doutrina Monroe de manter, defender e expandir a supremacia dos EUA nas questões do continente, solapando a soberania das nações, permaneceu inalterado durante quase dois séculos⁵².

Não resta dúvida, portanto, acerca de quais os efeitos que a Revolução Cubana de 1959 desencadeou no contexto latino-americano da guerra fria. A meros 150 km da costa leste estadunidense, um Estado que até então se encontrava fortemente submetido à hegemonia dos EUA passou por uma revolução política de caráter socialista, dando origem a vínculos político-econômicos

⁴⁸ É o caso do chamado genocídio maya, ocorrido na Guatemala entre os anos de 1982 e 1983, durante o governo do General Efraín Ríos Montt. Entre abril e maio de 1982, Ríos Montt foi submetido a julgamento por estes fatos, tendo sido condenado à pena de 80 anos de prisão pela prática de genocídio e crimes contra a humanidade. No entanto, no mesmo mês, o Tribunal Constitucional da Guatemala anulou o julgamento, determinando que ele fosse novamente realizado. O novo julgamento, embora previsto para ocorrer em 2015, ainda não ocorreu em razão de o acusado ter sido diagnosticado mentalmente incapaz. EL PAÍS. *Un informe médico exige a Ríos Montt de ir a um segundo juízo*. 2015. Disponível em: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/08/actualidad/1436374484_749667.html. Acesso em: 08 jul. 2015.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Barueri: Manole, 2009. p. 59-60.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. São Paulo: UNESP, 2003. p. 63-69.

⁵¹ GADDIS, John Lewis. *The cold war: a new history*. New York: The Penguin Press, 2005. p. 40-43.

⁵² SANTOS, Marcelo. *O poder norte-americano e a América Latina no pós-guerra fria*. São Paulo: Annablume-FAPESP, 2007. p. 20-22.

com o regime soviético, em especial a partir de 1966 com a realização da Primeira Conferência Tricontinental de Havana e a constituição da Organização Latino-Americana de Solidariedade⁵³: os EUA reforçam o apoio político, econômico e militar para os demais Estados latino-americanos enfrentarem a ameaça comunista presente na região. Para tanto, engendrou-se, como método ideológico, político e militar, a Doutrina da Segurança Nacional, cuja origem,

[...] derivou em um processo de militarização na América Latina, surgida num marco de crise da hegemonia norte americana ao se concretizar uma alternativa revolucionária em Cuba [...] as condições políticas internas em alguns dos países também chegaram a níveis de crise, predominando o descontentamento popular, as mobilizações constantes e a radicalização de setores da população que optaram pela luta armada. Nesse contexto, os exércitos (modernizados, profissionais, capacitados pelas escolas militares norte americanas) foram utilizados como a única opção possível para recuperar a ordem social, sendo esta concebida como a manutenção do sistema político e econômico. No interior dessa lógica, o exército se situa acima da sociedade, como a encarnação dos interesses nacionais, que tem como contraparte a um responsável por todos os males sociais, a um inimigo subversivo. Esta concepção é comum a todos os setores que compartilham a hegemonia do Estado⁵⁴.

A característica mais marcante da Doutrina da Segurança Nacional é a assunção de que a guerra, jus-internacionalmente concebida como um conflito bélico entre Estados⁵⁵ constituía-se, em razão da prevalência da

segurança interna dos Estados sobre os regimes democráticos e os direitos fundamentais, numa frente indivisa entre o externo e o interno em decorrência das ameaças providas de movimentos de libertação nacional ou dissidentes políticos em particular, e do comunismo internacional em geral. Em outros termos, o conflito ideológico Leste-Oeste não seria um evento puramente internacional, mas também nacional, uma vez que esta doutrina se assenta sobre uma presumida fragilidade dos regimes democráticos para se contraporem às ameaças externas e internas derivadas do comunismo. É por esse motivo que Pessoa⁵⁶, por exemplo, defende o uso da excepcionalidade como um dos elementos caracterizadores da Doutrina de Segurança Nacional, pois seria a única forma de o Estado prover a defesa de seus direitos fundamentais e realizar na facticidade histórica o seu desenvolvimento. Esse autor, ao comentar os dispositivos constitucionais contidos nos artigos 155-156 da Constituição Federal de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional de 1969, que estabeleciam as condições e limites temporais do estado de sítio, afirmou que

se o estado de sítio, no exemplo brasileiro [...] *não será superior a 180 dias* [...] segue-se que ele é inadequado para enfrentar situações de gravidade *permanente*, diferentes das estritas hipóteses legais, e que exigem respostas eficazes, *também permanentes*, por parte dos órgãos de segurança [...] [tais como a] *permanente guerra revolucionária do tipo comunista*, um tipo de guerra jamais visto, e que só desaparecerá da cena mundial quando forem atingidos todos os seus objetivos finais, deve ter a defesa correspondente [...] (grifos no original).

Ademais, o único agente capaz de assegurar a manutenção do regime político não seria as instituições próprias do regime democrático ou os poderes constituídos, mas as forças armadas pois, conforme indicado por Molina Theissen,⁵⁷

que “não possui caráter internacional”. Os atos dos “*contras*” em direção ao Governo da Nicarágua são, portanto, governados pelas leis aplicáveis a conflitos daquela natureza; dessa forma, as ações dos Estados Unidos contra a Nicarágua e dentro de seu território estão em desacordo com as normas legais relativas aos conflitos internacionais”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>. Acesso em: 20 jan. 2006.

⁵⁶ PESSOA, Mário. *O Direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; São Paulo: RT, 1971. p. 97-98.

⁵⁷ THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San

⁵³ Conforme Pessoa, foi uma organização criada na aludida Conferência, e que tinha por finalidade estabelecer um regime de cooperação internacional entre os movimentos de libertação nacional nos continentes africano, asiático e americano, de forma a tornar possível a utilização de todos os meios necessários a se atingir as metas inerentes a referidas lutas, tendo por princípio fundamental a de que as lutas revolucionárias se constituíam como um direito imprescritível dos povos em se levantar contra o imperialismo, o colonialismo e o neocolonialismo. PESSOA, Mário. *O Direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; São Paulo: RT, 1971. p. 103-106.

⁵⁴ THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 77-78.

⁵⁵ Com efeito, conforme Oppenheim, “[...] guerra é a contenda entre dois ou mais Estados por meio de suas forças armadas, com o propósito de sobrepor um ao outro e impor condições de paz aprazíveis ao vitorioso”, *apud* DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3. ed. Barueri: Monele, 2004. p. 5. Essa afirmação encontra eco na jurisprudência da CIJ, em especial no *case* Nicarágua vs. EUA, em que se consignou que “O conflito entre as forças contrárias e aquelas do Governo da Nicarágua é um conflito armado

segundo a doutrina da Segurança Nacional, não existe uma frente de guerra em sentido tradicional. O inimigo (a subversão, o comunismo internacional...) encontra-se em todos os lados, inclusive – ou, sobretudo – no meio da população. O conflito se expressa não somente no terreno militar, mas em questões ideológicas, políticas ou culturais, as quais se pressupõem tão perigosas como as ações militares e frente às quais se responde por meio de métodos violentos. Dessa maneira, os exércitos latino-americanos romperam com a concepção tradicional de defesa do território e da soberania, para se converterem em virtuais exércitos de ocupação em seus próprios países, representando e defendendo interesses alheios e mesmo contrários a seus próprios povos, num suposto combate contra o comunismo internacional.

Por tratar-se, assim, não de conflitos políticos passíveis de resolução pelos meios ordinários e constitucionais de disputa pelo poder, mas de um estado permanente de guerra no qual as frentes externas e internas se esfumam, qual o tipo de guerra foi levado a efeito pelos Estados orientados pela Doutrina de Segurança Nacional?

A doutrina tem sido bastante criativa em nomeá-la — terrorismo de Estado, guerra suja, estado de exceção, guerra de baixa intensidade etc. —, expressões que buscam identificar o ponto essencial das ações de repressão dos governos envolvidos, especialmente quando cotejadas com os estândares derivados do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a saber, a prática contínua e institucionalizada de violações sistemáticas dos direitos humanos e crimes internacionais (nomeadamente, desaparecimento forçado, tortura, execuções extrajudiciais etc.), cujas práticas, por se situarem na zona gris do combate à dissidência política, sistematizaram e criaram na população civil aquilo que se identificou em linhas acima de política de submetimento pela difusão do terrorismo de Estado. Referida política de terror e submetimento pode, com efeito, ser sintetizada na afirmação feita pelo Gal. Ibérico Saint Jean, um dos líderes do golpe militar argentino em 1976: “*primero mataremos a todos los subversivos, luego mataremos a sus colaboradores, después a sus simpatizantes, enseguida a aquellos que permanecen indiferentes y, finalmente, mataremos a los tímidos*”⁵⁸.

José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 142-144.

⁵⁸ PÁGINA 12. *Luto en el infierno*: murió Saint Jean, el que quería matar a todos. 2012. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-205033-2012-10-06.html>. Acesso em: 06 out. 2012.

Com efeito, sendo uma doutrina forjada sobre a excepcionalidade do direito, os Estados governados por civis e/ou militares que se instalaram no poder após golpes de estado sob o argumento de combate à ameaça do comunismo têm algumas características comuns, a saber: a) excepcionaram não somente às regras constitucionais atinentes às funções soberanas — com a conseqüente promulgação de atos institucionais com força de normas constitucionais e decretos-lei com força de leis –, podendo ocorrer, conforme a conveniência do regime, na decretação de suspensão do funcionamento dos poderes legislativo e judiciário; b) suspenderam a vigência dos direitos e garantias fundamentais, em especial dos direitos fundamentais de primeira dimensão e a garantia do *habeas corpus*; c) além disso, instituíram sistemas de perseguição política penal executadas pelas forças militares em coadjuvação com as forças policiais já existentes. A criação de novas instituições político-policiais voltadas exclusivamente à perseguição política também é uma possibilidade. Por fim, em muitos Estados latino-americanos ocorreu a participação de grupos paramilitares na repressão política.

No entanto, diversamente do que se era de esperar num contexto de “guerra”, o principal método de execução da perseguição política foi a clandestinidade. É nesse ponto, portanto, que o desaparecimento forçado de pessoas, geralmente seguido da tortura e de execuções extrajudiciais, é instituído como principal instrumento de perseguição política e debelação das dissidências⁵⁹.

O procedimento utilizado nessa guerra clandestina contra a subversão, embora existam algumas variações, geralmente seguiu o seguinte *iter*⁶⁰: a) a captura da vítima por meio de um procedimento que tornasse senão impossível, extremamente difícil a sua evitação, preferencialmente no período noturno, o que ilidiu, em muitos casos, a ocorrência de testemunhas do fato, mormente

⁵⁹ Quando “[...] os militares latino-americanos começaram a utilizar da prática do desaparecimento forçado de pessoas como um método repressivo, creram que haviam descoberto o crime perfeito: dentro de sua lógica inumana, não havia vítimas, e por isso, também não havia assassinos [victimarios] nem crimes”. THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 65.

⁶⁰ THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 83-84.

porque os captores, pertencentes a organismo internos de repressão, se utilizavam de diversos métodos para impedir as suas identificações: carros sem placas; se pertencentes às forças armadas, os agentes não usavam suas respectivas fardas, ou os captores pertenciam aos órgãos civis etc.; b) a redução da capacidade de resistência do detido, mediante o uso de algemas ou outras formas de imobilização, bem como, com a finalidade de ocultar o destino e inculcar desorientação espaço-temporal, o uso de vendas; c) a sua condução a um centro clandestino, na qual se suprimia, mediante violências várias, inclusive de caráter sexual, fosse homem ou mulher, e, nesse último caso, mesmo se grávida, a dignidade do prisioneiro, local em que a tortura e os tratamentos degradantes, inumanos e cruéis tomavam parte do próprio regime concentracionário, contando, inclusive, com a assistência de pessoal médico para exercer o controle sobre a violência física e psicológica a que se submetia a vítima; e d) após a obtenção de informações, a possível eliminação física da vítima, caso não houvesse morrido em razão das torturas sofridas⁶¹.

Esse método disseminou-se por todos os Estados latino-americanos entre os anos de 1960 e 1980. Conforme Molina Theissen e Scovazzi e Citroni, o primeiro país a dele se utilizar foi a Guatemala a partir do golpe de estado encabeçado pelo Coronel Enrique Peralta Azurdia, em 1963⁶², e, logo depois, adotado pelas dita-

das civil-militares que foram se instalando na região, a começar pelo Brasil em 1964, Argentina, Chile, Uruguai etc.

É importante frisar, ademais, que o desaparecimento forçado de pessoas não atinge somente à vítima direta de sua prática, mas também, e de forma extremamente grave, a seus familiares, na medida em que os submete a um estado permanente de incerteza quanto ao paradeiro ou sorte da vítima, dando azo ao surgimento de uma situação de indecidibilidade das mais atroz: nem mortos, nem vivos, mas desaparecidos⁶³. A clarificação dessa situação horrenda resta mais bem evidenciada a partir da classificação feita no Relatório da CONADEP, intitulado *Nunca Más!*, na qual se consignou as seguintes modalidades de desaparecimentos forçados praticados pela ditadura argentina⁶⁴:

A) *Detidos-desaparecidos (temporários) libertados*. Foram indivíduos sequestrados que sofreram um período de detenção clandestina em local desconhecido para serem libertados posteriormente, não oficialmente. A libertação destas pessoas era acompanhada de “recomendações” de não divulgar nada do que haviam sofrido, presenciado ou ouvido e, sobretudo, de não registrar denúncias. Nesta categoria, estiveram muitas vítimas que, tendo sido sequestradas, não denunciaram tal fato após sua soltura, pois essa foi a condição para a mesma e para sua sobrevivência. Da sua detenção, sabe-se porque as famílias recorreram às organizações de direitos humanos enquanto as vítimas permaneciam sequestradas, mas, em geral, não efetuaram denúncia. O temor de novos sequestros e de ciclos de tortura e a possibilidade do desaparecimento definitivo fizeram com que muitas dessas pessoas libertadas partissem o mais rápido possível para o exílio.

B) *Detidos-desaparecidos (temporários) “legalizados”*. Foram indivíduos sequestrados cuja detenção foi legalizada com a admissão, por parte do Estado, do estatuto de preso (político), encaminhados a estabelecimentos de reclusão legais e colocados à disposição da Justiça Militar. O pouco contato disponível com advogados ou familiares impediu que as informações que dispunham sobre o período em que estiveram na condição de detidos-desaparecidos pudessem vir a público imediatamente aos acontecimentos. Dessa forma, informações preciosas que poderiam proteger ou resgatar outros de-

⁶¹ A CIDH tem identificado a adoção de referido método em todos os seus julgados que versam sobre desaparecimento forçado, conforme se pode aferir dos seguintes julgados: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgment July 29, 1988 (Merits). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf. Acesso em: 20 jul. 2004.; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gordínez Cruz v. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf. Acesso em: 20 jul. 2004.; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Molina Theissen v. Guatemala*, Sentencia de 4 mayo de 2004 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_106_esp.pdf. Acesso em: 20 out. 2008.; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gómez Palomino v. Peru*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf. Acesso em: 20 out. 2008.; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentencia de 22 septiembre de 2006 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Acesso em: 20 out. 2008.

⁶² THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

p. 10-13.

⁶³ FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009. p. 10-13.

⁶⁴ REPÚBLICA ARGENTINA. *Nunca más!* Informe CONADEP, Septiembre de 1984. Disponível em: <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas2a01.htm>. Acesso em: 20 set. 2011.

tidos-desaparecidos em condições muito adversas não puderam ser utilizadas para tal fim. Em geral, somente quando concluída a pena imposta ou após o fim da ditadura, é que esse mosaico de informações atomizadas ganhava ressonância.

C) *Detidos-desaparecidos propriamente ditos*. Foram indivíduos sequestrados que permaneceram indefinidamente nessa situação. Desde sua detenção, deixou de haver notícias sobre os mesmos, a não ser relatos e depoimentos de alguns sobreviventes de centros de detenção onde aqueles foram vistos, ouvidos ou deles se ouviu falar. O tempo de duração dessa condição foi indefinida.

D) *Crianças desaparecidas*. Diferentemente da situação de adultos e jovens desaparecidos, pode-se inferir que, em boa parte destes casos, as vítimas sobreviveram. Particularmente expressivos na experiência Argentina, casos pontuais de sequestro e/ou prisão de crianças ocorreram nos outros países também. Em relação a metodologia aplicada na Argentina há dois tipos de situações. Uma, a de crianças de pouca idade no momento em que seus pais foram vítimas de ataque e sequestro. Neste caso, as crianças desapareceram junto com os adultos. Houve casos em que elas foram abandonadas na residência atacada, com vizinhos ou, então, devolvidas à família. A outra situação envolve crianças nascidas em cativeiro, nos centros clandestinos de detenção. São filhas de mulheres cuja gravidez era de conhecimento da família ou do círculo de colegas, amigos ou vizinhos. Considerando a regra geral do comportamento da repressão nesses casos, a suspeição do nascimento dessas crianças foi sempre quase uma certeza para os familiares e as organizações de direitos humanos. Mas há também o caso de crianças nascidas em cativeiro de mães cuja gravidez era desconhecida do entorno mais imediato. Nestas situações, fora denúncias eventuais registradas por alguns sobreviventes, a falta de informação se tornou um problema difícil de superar. Em todos esses casos, há uma forte suposição de que os bebês tenham sobrevivido. Está comprovado que essas crianças foram consideradas parte do “botim de guerra” da guerra suja. Sabe-se que, na maioria dos casos, foram dadas a famílias vinculadas, direta ou indiretamente, à repressão; por isso, aquelas que até agora não foram encontradas permanecem vítimas de sequestro e de apropriação da sua identidade.

O total de pessoas desaparecidas por força dos métodos de submetimento das ditaduras militares, que inclusive agiram, as do cone sul, em regime de cooperação internacional por meio da Operação Condor⁶⁵, é

⁶⁵ Conforme o Relatório Final da CNV/GT Operação Condor, referida operação (denominada no Brasil “Carcará”), foi formalizada em reunião secreta realizada em Santiago do Chile no final de outubro de 1975, é o nome que foi dado à aliança entre as ditaduras instaladas nos países do Cone Sul na década de 1970 — Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai — para a realização de atividades coordenadas, de forma clandestina e à margem da lei, com o

de difícil mensuração. Os números, sempre variáveis, decorrem ora dos diversos movimentos e associações nacionais que amalgamam parentes de desaparecidos políticos, dos relatórios das comissões nacionais da verdade ou mesmo, em alguns casos, do reconhecimento expresso dos Estados, como se deu, no caso brasileiro, a partir do anexo I à Lei 9.140/1995, que institui a CEMDP. Assim, juntamente às 136 pessoas arroladas pela Lei, e a partir da atuação da Comissão, cujo resultado foi divulgado no livro “Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos”, que acolheu o pedido de reconhecimento de referida situação em relação a outras 226 pessoas, oficialmente, morreram e/ou desapareceram, por força da ação dos organismos do Estado brasileiro, um total de 362, sendo que 150 teriam sido vítimas de desaparecimento forçado⁶⁶. Já o relatório final da CNV, divulgado em 2014, reconheceu que o total de vítimas fatais chega a 434 pessoas, das quais 243 desaparecidas⁶⁷.

Na Argentina, cuja prática parece ter cobrado o maior número de vidas, envolvendo, inclusive, a figura das crianças desaparecidas, isto é, filhos de prisioneiros que ou foram presos juntamente a seus pais ou que nasceram quando as mães estavam detidas e que, logo após o nascimento, estas foram mortas e aqueles dados em adoção⁶⁸, o total de desaparecidos tem variado bastante,

objetivo de vigiar, sequestrar, torturar, assassinar e fazer desaparecer militantes políticos que faziam oposição, armada ou não, aos regimes militares da região. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: CNV, 2014. v. 3.

⁶⁶ “A CEMDP computou, como saldo de suas investigações, cerca de uma centena e meia de desaparecidos políticos. Muitos deles foram vistos em dependências policiais por outros presos, que testemunharam sobre sua prisão e tortura. De outros não se têm notícias, nem das suas passagens por prisões. Eram, quase sempre, ativistas políticos notoriamente perseguidos pelos órgãos de segurança. Vários estavam submetidos a processos judiciais. Seus últimos contatos foram com companheiros de suas organizações. Depois, sumiram. Nunca mais foram vistos”. BRASIL. Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: SEDH/PR, 2007. p. 48-49.

⁶⁷ “Durante a ditadura militar, entre 1964 e 1985, 243 pessoas foram vítimas de desaparecimento forçado, ou seja, mais da metade das 434 vítimas fatais da ditadura, segundo o “Quadro geral da CNV sobre mortos e desaparecidos políticos””. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: CNV, 2014. v. 3. p. 26.

⁶⁸ Contudo, conforme Scovazzi e Critroni, referida prática também ocorreu durante as ditaduras da Guatemala e El Salvador. SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 14-20.

mas, nem por isso, deixa de ser apoplético: no *Nunca Más!* reporta-se o número aproximado de 9.000 pessoas, enquanto que os movimentos Mães da Praça de Maio e o Serviço Paz e Justiça divulgam 30.000 desaparecidos, já a Secretaria de Direitos Humanos fala em 13.000⁶⁹. Tamanho número de vítimas, conforme já visto em linhas acima, decorreu, de um lado, da intenção de se perseguir a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, na visão da ditadura, se constituíam em dissidentes, mas também, conforme expressado pelo Gal. Jorge Rafael Videla, que presidiu o período mais intenso das perseguições políticas desde o golpe em 1976 até 1978, como uma forma de eliminá-los, sem deixar qualquer rastro de seu paradeiro, mantendo-se, em definitivo, a situação de indecidibilidade sobre a sorte das vítimas⁷⁰:

não, não se podia fuzilar. Coloquemos um número, ponhamos cinco mil. A sociedade argentina, mutável, traiçoeira, não teria apoiado os fuzilamentos: ontem dois em Buenos Aires, hoje seis em Córdoba, amanhã quatro em Rosário, e assim até cinco mil, 10 mil, 30 mil. Não havia outra maneira. Era preciso que desaparecessem. É o que ensinavam os manuais da repressão na Argélia, no Vietname. Estávamos todos de acordo. Dar a conhecer onde estão os restos? Mas que é o que podíamos assinalar? O mar, o Rio da Prata, o Regato? Pensou-se, no seu momento, dar a conhecer as listas. Mas depois concebeu-se: se se dão por mortos, em seguida vêm as perguntas que não podem ser respondidas: quem matou, onde, como.

Já no Chile, o número de vítimas da ditadura de Pinochet chegou, conforme o relatório apresentado 2011 pela Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, instituída pela Lei 20.405/2009, e que fora antecedida em referida tarefa pela Comisión Rettig, constituída um ano após o término da ditadura de Pinochet⁷¹, a 40.280 pessoas. Dessas 3.225 foram reconhecidas como desaparecidas.

⁶⁹ CLARIN. *Una duda histórica*: no se sabe cuántos son los desaparecidos. 2003. Disponível em: <http://edant.clarin.com/diario/2003/10/06/p-00801.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

⁷⁰ SEOANE, Maria; MULEIRO, Vicente. *El Dictador*: la historia secreta y pública de Jorge Rafael Videla. Buenos Aires: Sudamerica, 2001. p. 215.

⁷¹ Nomeadamente, a Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, que tinha por função coordenar o processo de reparação econômica das vítimas creditadas pela Comisión Rettig, e que foi seguida pela Mesa de Diálogo de Derechos Humanos, de 1999, que teve por função aferir o destino dos casos de pessoas que haviam sido desaparecidas pela ditadura de Pinochet e que não haviam sido contempladas pelo Relatório Rettig, seguida pela Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech). REPÚBLICA DE CHILE. Programa de Derechos Humanos. Min-

Molina Theissen, no entanto, indica a possibilidade de que, entre os anos de 1960 e 1990, o total de desaparecidos políticos na América Latina possa ter chegado a 90.000 pessoas, número decorrente dos diversos relatórios emitidos pelas ONG's de familiares e/ou internacionais de direitos humanos⁷².

Como se deu, entretanto, o início da luta internacional contra o desaparecimento forçado de pessoas desde o caos instaurado na América Latina com a difusão, de norte a sul, não dos princípios inerentes ao *Rule of Law*, mas do estado de exceção? A reconstrução desse processo foi feita, de forma bastante didática, por Tyler⁷³ no volume temático sobre Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad y Desaparición Forzada da Revista Por el Imperio del Derecho da International Comition of Jurists, e que pode ser resumido nos seguintes passos, complementados *passim* por informações que forem consideradas relevantes.

As primeiras reações às violações de direitos humanos praticadas na América Latina decorreram, internacionalmente, dos inúmeros exilados políticos que se dispersaram ao redor do mundo, em especial na Europa e EUA, e internamente por meio das manifestações e protestos, sempre limitados pela política de submetimento, de órgãos da sociedade civil, em especial com o surgimento de associações de familiares dos desaparecidos políticos e demais ONGs de direitos humanos.

Institucionalmente, o primeiro organismo internacional a se pronunciar e denunciar os desaparecimentos e as torturas praticadas de forma sistemática por agentes do governo, tendo como causa a situação do Chile, foi a Comissão Interamericana de Derechos Humanos (doravante COMIDH), que já em 1974 iniciou a relatar tais fatos perante a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (doravante AGOEA). Em 1977,

isterio del Interior y Seguridad Pública. *Informe de la Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura*. Disponível em: <http://www.ddhh.gov.cl/filesapp/informecomisionfase2.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

⁷² THEISEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 66.

⁷³ TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparición Forzada), jul. 2001. p. 65-69.

por meio de seu relatório anual, ela se manifestou pelo caráter cruento e inumado do desaparecimento forçado de pessoas⁷⁴. Em 1979, a COMIDH fez visita à Argentina para aferir as denúncias de violações dos direitos humanos pela Junta Militar, tendo constatado a prática sistemática de desaparecimentos forçados.

Em 1983 da AGOEA declarou, por meio da Resolução AG/RES 666 (XIII-0/83), que tais práticas eram uma “[...] afronta à consciência do Hemisfério e constituíam um crime contra a humanidade”⁷⁵. Já pela Resolução AG/RES. 742 (XIV-0/84)⁷⁶, em que a AGOEA

apreciou o relatório da COMIDH relativo a 1983, restou consignado a reafirmação de que

4. [...] la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad.
5. Exhortar a aquellos Estados donde han ocurrido desapariciones de personas, que se esclarezca su situación y se informe a sus familiares sobre su suerte.
6. Reiterar la necesidad de evitar y, en su caso, poner el inmediato término a las violaciones de derechos humanos, en especial a los de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal; al derecho a la justicia y proceso regular; y reafirmar que la ejecución sumaria, la tortura y la detención sin debido proceso constituyen gravísimas violaciones de los derechos humanos.

Não se pode esquecer, entretanto, do papel que o CICV desempenhou nesse contexto, e que corresponde àquela ideia defendida por Cançado Trindade acerca das “três vertentes” do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Se, como regra geral, o Direito Internacional Humanitário foi instituído como *jus in bello*, tendente, de um lado, a limitar as ações entre os beligerantes, e, d’outro lado, proteger a população civil nos conflitos armados internacionais, esse ramo também permitiu a atuação da Comitê Internacional da Cruz Vermelha (doravante CICV) nos conflitos de caráter não internacional. Esses costumes internacionais de direito humanitário foram positivados com a promulgação do Protocolo II as Convenções de Genebra de 1949 que expressamente passou a determinar a aplicação das regras e princípios desse ramo nos conflitos não internacionais.

Assim, conforme afirmado por Moreillon⁷⁷, já no curso das revoluções Russa, de 1917, e da Hungria, de 1919, a CICV tentou, sem muito sucesso, prestar assistência às pessoas submetidas a prisões políticas, em especial estrangeiros cujos Estados, em razão dos referidos conflitos internos, não haviam logrado prestar proteção diplomática, dando origem à prática desse organismo em prestar assistência às pessoas detidas, “[...] inclusive quando não estão encarcerados como consequência de um conflito armado, mas em decorrência

⁷⁴ Se extrai o seguinte trecho de referido Relatório: “Poco se puede agregar al análisis muy detallado que hizo la Comisión en su anterior informe sobre las violaciones de derechos humanos más graves y frecuentes. Una situación que ha venido preocupando hondamente a la Comisión y de la que precisamente dio cuenta en su anterior informe, es la que afecta a los llamados “desaparecidos”. Son muchos los casos, en diferentes países, en que el Gobierno niega sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos de prueba que aportan los denunciantes para comprobar su alegato de que tales personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, de que las mismas están o han estado recluidas en determinados sitios de detención. Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la “desaparición” no sólo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material. Es, además, una manifestación tanto de la incapacidad del Gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.” OAS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*. Parte II: Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia los derechos humanos, conforme lo prescribe la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/77sp/sec.2b.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

⁷⁵ “[...] 4. To declare that the practice of forced disappearance of persons in the Americas is an affront to the conscience of the hemisphere and constitutes a crime against humanity. 5. To urge those states in which disappearances of persons have occurred to clarify their situation their families of their fate [...]”. OAS. General Assembly. AG/RES. 666 (XIII-0/83), adopted at the seventh plenary session held on November 18, 1983. In: OAS. General Assembly. *Thirteenth Regular Session, November 14-18, 1983: Proceedings*. Washington: DC, 1983. v. 1. p. 68-72. Esta resolução pode ser compreendida como o primeiro passo, em especial o indicado artigo 5, do reconhecimento do Direito à Verdade no SIPDH, e que foi efetivamente positivado através da AG/RES. 2406 (XXXVIII-0/08): Right to the Truth, adotada pela AGOEA na Sessão Plenária de 3 de junho de 2008.

⁷⁶ OAS. Asamblea General. AG/RES. 742 (XIV-0/84): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: OAS. Asamblea General. *Decimocuarto Período Ordinario de Sesiones*,

12-17 Noviembre de 1984: Actas y Documentos. Washington: DC, 1985. v. 1. p. 118.

⁷⁷ MOREILLON, Jacques. The International Committee of the Red Cross and the protection of political detainees. *International Review of the Red Cross*, Geneva, n. 164, nov. 1974. p. 585-595.

de uma repressão política [...]”⁷⁸. É importante destacar que, por meio dessa prática, o CICV acabou por intersectar, normativamente, os Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, inclusive no que alude às formas mais evidentes de violações em períodos de exceção política⁷⁹.

Conforme foi visto em linhas acima, o CICV tenha despendido preocupação em relação ao desaparecimento forçado de pessoas não soa desarrazoado. A origem da incriminação em Nuremberg se deu, expressamente, com base na declaração da Corte de que referida prática constituía uma ofensa aos direitos assegurados no artigo 46 da Convenção da Haia de 1907.

No sistema onusiano, a preocupação se iniciou em 1976 com a criação do Grupo de Trabalho *Ad Hoc* sobre a Situação dos Direitos Humanos no Chile, por resolução da então Comissão de Direitos Humanos (doravante CDH)⁸⁰, à época presidida por Theo von Boren, que, durante os anos de 1976-1978, monitorou a violação dos direitos humanos naquele Estado. Em 1978, tendo os relatórios sido apresentados à AGONU, elaborados por Felix Ermacora e Waleed M. Sadi⁸¹, esta, por meio da Resolução 33/176, de 20 de dezembro, reconheceu a experiência inaugural dessa forma de fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do sistema internacional dos direitos humanos, sendo que pela Resolução 33/175, de 20 de dezembro, expressamente condenou o Chile pelas graves violações reportadas nos relatórios do Grupo de Trabalho, exigindo, doutro passo, a cessação da prática do desaparecimento forçado e da tortura e a assunção da responsabilidade dos órgãos do Estado⁸². Na mesma Sessão, a AGONU aprovou a

Resolução 33/173, pela qual concitou que todos os Estados tomassem as medidas necessárias para a localização das pessoas desaparecidas bem como colaborassem com os organismos internacionais na concretização dessa obrigação.

Nesse mesmo ano, a CDH se manifestou, pela primeira vez, num caso concreto pertinente ao desaparecimento forçado, por meio de reclamação proposta pela esposa e filha do cidadão uruguaio Eduardo Bleier, cujo relato ficou assim consignado no Relatório Novak:

as autoras da comunicação sustentavam que em outubro de 1975 o Sr Bleier, ex-membro do proscrito Partido Comunista, fora detido pelas autoridades uruguaias sem uma ordem judicial em Montevideu, permanecendo incomunicável em um local de detenção desconhecido. Mesmo que as autoridades não reconhecessem sua detenção, ela foi indiretamente confirmada porque o seu nome apareceu numa lista de presos que era lida uma vez por semana numa dependência militar em Montevideu, onde a sua família entregava roupa para ele e recebia as sujas. Vários detidos que estiveram reclusos com o Sr Bleier deram depoimentos independentes, mas coincidentes sobre as cruéis torturas a que fora submetido. O Comitê considerou que ocorreu violação dos artigos 7, 9 e do parágrafo primeiro do artigo 10 do Pacto e que havia “graves razões para crer que as autoridades uruguaias haviam cometido a violação extrema do artigo 6”. O Comitê exortou ao Governo do Uruguai a “adotar medida eficazes a fim de i) descobrir a sorte do que havia ocorrido com Eduardo Bleier desde outubro de 1975, castigar a toda pessoas que fosse culpado por sua morte, desaparecimento ou maltrato, e pagar indenização a Eduardo Bleier ou a sua família por todo dano de que ele tenha sido vítima, y ii) garantir de que não ocorreriam violações similares no futuro”⁸³.

Essa decisão da CDH serviu de *leading case* para os demais casos de desaparecimento forçado que lhe fo-

⁷⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003. v. 1. p. 343.

⁷⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003. v. 1. p. 349, 355.

⁸⁰ Como o mandato era anual, ele foi sucessivamente renovado nos anos de 1977 e 1978. A CDH fora constituída através do 1º PFPID-CP, foi o organismo responsável pela fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do PIDCP. Em 2006, a AGONU, através da Resolução 60/251, de 03 de abril de 2006, criou o CDHONU.

⁸¹ UNITED NATIONS. Consejo Economico y Social. Comisión de Derechos Humanos. *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Novak 8 enero de 2002. Disponível em: http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 20 mar. 2015.

⁸² “[...] 1. *Express* its continued indignation that violations of hu-

man rights, often of a grave nature, continue to take place in Chile, as has been convincingly established by the report of the *Ad Hoc* Working Grupo b the Situation of Human Rights in Chile; 2. *Express* also its particular concern and dismay at the refusal of the Chilean authorities to accept responsibility or account for the large number of person reported to have disappeared for political reasons, or undertake an adequate investigation of cases drawn to their attention [...]”. UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 33/175: Protection on Human Rights in Chile*, 20 December 1978. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/175. Acesso em: 20 mar. 2015.

⁸³ UNITED NATIONS. Consejo Economico y Social. Comisión de Derechos Humanos. *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Novak 8 enero de 2002. Disponível em: http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 20 mar. 2015. p. 13.

ram submetidos⁸⁴, devendo-se considerar, entretanto, que, assim como a CIDH no caso Velazquez Rodrigues, ela condenou os Estados com fundamentos nos direitos assegurados no Pacto Internacional de Direito Cívico e Político ante a ausência de uma norma internacional que tratasse especificamente do desaparecimento forçado de pessoas.

Assim, referida prática violaria o direito à proteção judicial (artigo 2, 3), à vida (artigo 6), à proibição de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 7), os direitos à liberdade e à segurança pessoais (artigo 9), o direito dos detidos de serem tratados com a dignidade (artigo 10), o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 16) e o direito das crianças às medidas especiais de proteção (artigo 24), do que decorreu a caracterização do desaparecimento forçado como um ilícito pluriofensivo.

Como medida necessária, portanto, para colmar essa lacuna normativa, em 1979 a Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias (doravante SPDPM) sugeriu que se criasse um grupo de experts para se obterem informações sobre casos de desaparecimentos forçados e manter contato com os familiares e governos, bem como sugeriu a elaboração de um projeto de recurso internacional espelhado no modelo do *habeas corpus*. Em razão dessa manifestação, a CDH instituiu o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários (doravante GTSDFI), cuja atuação, nos anos sucessivos, se constituiu em importante instrumento de investigação de casos de desaparecimento forçado, bem como na formação de experts que, em face das experiências adquiridas, opinaram, por volta de meados da década de 1980, pela criação de uma convenção internacional específica para prevenir e punir a prática⁸⁵.

No mesmo sentido de se criar uma convenção específica sobre o desaparecimento forçado, foi adotada por diversas ONG's, especificamente na América Latina, em especial a partir dos trabalhos desenvolvidos pela Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos (doravante FEDEFAM) e o Grupo de Iniciativa, e pelo Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (doravante CAJAR).

Aqueles dois primeiros, após a realização de várias reuniões preparatórias havidas durante os anos iniciais da década 1980, em que a FEDEFAM elaborou um projeto de convenção tendo como modelo a Convenção sobre Genocídio, convocaram um Congresso Internacional em Buenos Aires, em 1988, do qual surgiu um novo projeto de convenção, que foi apresentado à AGOEA. Entretanto, esse órgão já havia comissionado à COMIDH, em 1987, a elaboração do Projeto de Convenção, que em 1988 o apresentou. Já o projeto elaborado pela CAJAR foi encaminhado ao GTSDFI e à CDH⁸⁶.

Embora referidos projetos não tenham sido aproveitados por seus destinatários, é importante verificar que a sociedade civil latino-americana buscou, de diversos modos, contribuir e influir no processo de aprovação de institutos específicos para o enfrentamento do desaparecimento forçado de pessoas no contexto regional e internacional.

O primeiro rascunho daquilo que viria a se constituir na CIPPTPCDF foi inicialmente discutido pela SPDPM e do GTSDFI com base no projeto elaborado por Louis Joinet, o qual, uma vez tendo sido apresentado à AGONU em 1986, não lhe deu prosseguimento, uma vez que se entendeu que se faziam necessárias melhores definições conceituais acerca do fenômeno, suas implicações internacionais, dentre outras exigências⁸⁷.

É importante destacar que tanto a OEA como a ONU, em razão mesmo do período histórico em que a sociedade internacional ainda se encontrava — a guerra

⁸⁴ Quinteros Almeida v. Uruguay, de 21 de julho de 1983, Sanjuán Arévalo v. Colômbia, de 3 de novembro de 1989 e Monica v. República Dominicana, de 15 de julho de 1994. apud UNITED NATIONS. Consejo Economico y Social. Comisión de Derechos Humanos. *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Novak 8 enero de 2002. Disponível em: http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 20 mar. 2015. p. 13-14.

⁸⁵ TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparación Forzada), jul. 2001. p. 66-67.

⁸⁶ TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparación Forzada), jul. 2001. p. 68-69.

⁸⁷ TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparación Forzada), jul. 2001. p. 69.

fria somente “terminaria” em 1989 —, e sendo órgãos políticos por definição, se encontravam em estágio de letargia quanto à adoção ou de textos convencionais, e no caso da ONU, mesmo de uma declaração que condenasse, em nível programático, o desaparecimento forçado.

Nesse sentido, a CIDH contribui, de forma significativa, com esse processo histórico de proscricção do desaparecimento forçado de pessoas, especialmente com base no primeiro caso contencioso julgado pela Corte, *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Nesse *leading case*, com decisão de mérito de 29 de julho de 1988, a CIDH fixou diversos parâmetros que orientariam não somente a sua posterior jurisprudência acerca do desaparecimento forçado, em particular, e das violações sistemáticas dos direitos humanos, em geral, como também se constituiu em uma decisão paradigmática para os demais organismos e Tribunais de direitos humanos. Os parâmetros normativos são os seguintes⁸⁸:

1) o desaparecimento forçado constitui-se numa grave violação aos direitos humanos decorrente das cláusulas de respeitar e fazer respeitar presentes no artigo 1º da CADH. Respeitar pelo Estado e seus órgãos; fazer respeitar por grupos que atuem sob a ordem, instigação ou mesmo em razão de omissão do Estado. Em outros termos, essas cláusulas estabelecem aquilo que se pode denominar de eficácias vertical e horizontal (*Drittwirkung*) dos direitos humanos;

2) trata-se de violação pluriofensiva de direitos garantidas pela convenção, especificamente o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à inviolabilidade pessoal, o direito a não ser submetido à tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel, direito à prestação jurisdicional e direito aos meios recursais de controle da ilegalidade⁸⁹;

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf. Acesso em: 20 jul. 2004. *passim*.

⁸⁹ “La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf. Acesso em: 20 jul. 2004. p. 32.

3) trata-se de crime permanente, cuja consumação se protraí até o momento em que se estabeleça o destino ou o paradeiro da vítima⁹⁰.

4) é inadmissível a excludente de antijuridicidade de cumprimento de ordens superiores⁹¹;

5) o Estado tem o dever convencional de apurar, e eventualmente, exercer a persecução penal contra todos os responsáveis por referida prática enquanto perdurar o desaparecimento da vítima⁹².

A adoção dos três principais instrumentos sobre o tema — a DPPTPCDF, de 1993, a CIPPTPCDF, de 2006, e a CISDFP, de 1994 — tiveram os seguintes percursos:

a) no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a CISDFP⁹³, como visto acima, se originou de um projeto de convenção internacional elaborado pela COMIDH a partir do comissionamento feito

⁹⁰ “El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf. Acesso em: 20 jul. 2004. p. 38.

⁹¹ “No escapa a la Corte que el ordenamiento jurídico de Honduras no autorizaba semejantes acciones y que las mismas estaban tipificadas como delitos según el derecho interno. Tampoco escapa a la Corte que no todos los niveles del poder público de Honduras estaban necesariamente al tanto de tales actuaciones ni existe constancia de que las mismas hayan obedecido a órdenes impartidas por el poder civil”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf. Acesso em: 20 jul. 2004. p. 38.

⁹² “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf. Acesso em: 20 jul. 2004. p. 36.

⁹³ TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparición Forzada), jul. 2001. p. 69-70.

pela AGOEA em 1987 através da AG/RES 890 (XVII-0/87)⁹⁴, cujo resultado foi apresentado em 1988⁹⁵. Entretanto, a discussão desse projeto “estancou”, especialmente em razão das alterações sugeridas pelo Comitê de Assuntos Jurídicos e Políticos/Organização dos Estados Americanos, que acolhendo as contribuições dos Estados, chegou a cogitar na admissão da excludente de antijuridicidade da obediência devida a superior hierárquico. Entretanto, tendo a AGONU aprovado o texto da DPP/PCDF em 1993, bem como a admissão pela OEA da intervenção de uma coalização de ONGs de direitos humanos, esses fatos permitiram revitalizar o processo de discussão, cuja culminação se deu no 24º Período Ordinário de Sessão, ocorrido em Belém do Pará entre os dias 6 a 10 de junho de 1994 através da AG/RES 1256 (XXIV-0/94), que aprovou o texto convencional⁹⁶.

A partir da aprovação da CISDFP, a CIDH passou a decidir os casos sobre desaparecimento forçado tendo como parâmetro normativo o estabelecido na convenção, sendo a primeira decisão nesse sentido a tomada no caso *Goiburú* e outros *versus* Paraguai, de 22 de setembro de 2006⁹⁷:

1) o desaparecimento forçado não poderá ser considerado um crime político, estando sujeito, nesse sentido, ao regime de extradição, devendo os Estados, em atenção ao Princípio *aut Dedere aut Judicare*, exercer a

persecução penal dos acusados conforme o seu ordenamento jurídico caso os mesmos se encontrem em território diverso daqueles em que o crime tenha sido praticado, ou extraditá-los para o Estado *loci delicti* ou outro que se julgue competente para fazê-lo;

2) os acusados somente poderão ser julgados pelas instâncias jurisdicionais comuns do Estado, com exclusão de toda e qualquer jurisdição especial, em particular a militar. Os fatos constitutivos do desaparecimento forçado de pessoas não poderão ser considerados como exercício das funções militares. São inadmissíveis privilégios, imunidades, graças ou anistias, sem prejuízo daquelas decorrentes das relações diplomáticas;

3) os Estados têm o dever internacional de tipificar o referido comportamento em seus ordenamentos internos, segundo os standards internacionais decorrentes do Direito Internacional.

B) Já no sistema onusiano, entre os anos de 1993 e 2006, promulgaram-se dois importantes instrumentos sobre o desaparecimento forçado, respectivamente, a DP/PCDF e a CIP/PCDF.

O texto da Declaração de 1993 teve como principal fator de adoção o fato de a ICJ ter liderado uma coalização de ONGs de direitos humanos para, atuando junto à SPDPM, impulsionar a adoção de um texto. Assim, a ICJ convocou um Seminário Internacional em 1991 no qual se reuniram membros da SPDPM, do GTSDFI e ONGs de representantes de familiares de desaparecidos do qual resultou o projeto de declaração que foi submetido ao SPDPM por seu expert Miguel Afonso Martínez que, tendo sido aprovado, foi remetido aos demais órgãos da ONU para apreciação e aprovação⁹⁸. Nesse sentido, a CDH estabeleceu um Grupo Aberto Interseccional para aperfeiçoar o projeto já apresentado, e que, em razão da intervenção dos Estados, foi mitigado em alguns pontos importantes, o que permitiu, no entanto, a obtenção de consenso para a aprovação, pela AGONU, da DPP/PCDF através da Resolução 47/133, de 12 de fevereiro de 1993.

Já o processo de criação da CIP/PCDF teve início em 1994 com a divulgação, pela Anistia Internacional, de um estudo comparado entre os textos da CISDFP

⁹⁴ “11. Solicitar aos Estados membros que apresentem à Comissão Interamericana de Direito Humanos, até 30 de junho de 1988, observações e comentário sobre sua iniciativa construtiva de preparar um projeto de convenção para prevenir e punir os desaparecimentos forçados, a fim de que a Comissão possa apresentar ao próximo período ordinário de sessões da Assembleia Geral um projeto de convenção sobre a matéria”. OAS. Assembleia Geral. AG/RES. 890 (XVII-0/87): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: OAS. Assembleia Geral. *Décimo Séptimo Período Ordinário de Sessões, 9-14 Novembro de 1987*: Textos Autenticados das Resoluções. Washington: DC, 1988. v. 1. p. 59.

⁹⁵ OAS. Assembleia Geral. AG/RES 950 (XVIII-0/88): Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. In: OAS. Assembleia Geral. *Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões, 14-19 de Novembro de 1988*: Atas e Documentos. Washington: DC, 1989. v. 1. p. 87.

⁹⁶ OAS. Assembleia Geral. AG/RES. 1256 (XXIV-0/94): Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. In: OAS. Assembleia Geral. *Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões, 6-10 Junho de 1984*: Textos Autenticados das Declarações e Resoluções. Washington: DC, 1994. v. 1.

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentencia de 22 septiembre de 2006 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Acesso em: 20 out. 2008. passim.

⁹⁸ TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparación Forzada), jul. 2001. p. 70-72.

e da DPPTPCDF objetivando. Nesse sentido, a apresentação de um pré-projeto a ser discutido pela ONU, dando especial ênfase em três pontos essenciais: a) a tipificação do desaparecimento forçado como um crime contra a humanidade, b) a tipificação do comportamento, com identificação o mais clara possível dos bens jurídicos violados pela prática, em especial a sua diferenciação em relação a outras formas de privação arbitrária da liberdade como o sequestro ou a detenção ilegal, e c) a criação de mecanismos que permitissem, de um lado, instituir critérios de prevenção, e de outro lado, de atuação direta na proteção de pessoas submetidas ao desaparecimento forçado e de fiscalização dos Estados no cumprimento das obrigações derivadas da convenção. Em 1996, 1997 e 1998, foram convocados seminários internacionais com a participação da Anistia Internacional, da ICJ, organismos da ONU e demais ONGs internacionais, para discutir e aperfeiçoar o projeto inicialmente apresentado à SPDPM por Louis Joinet, cujo resultado foi, nesse último ano, remetido à CDH, a qual, em 1999, remeteu-o ao SGONU para que esta o submetesse aos Estados-partes da organização.

Um tópico importante nesse contexto foi a aprovação, na Conferência de Roma que aprovou o ETPI em 1998, o fato de o estatuto prever, expressamente, o desaparecimento forçado de pessoas como um forma de crime contra a humanidade, dissentindo, dessa forma, do tratamento dado anteriormente pelos estatutos dos tribunais *ad hoc*⁹⁹, o que reforçou a necessidade de a sociedade internacional adotar um instrumento universal específico sobre o tema¹⁰⁰. A tipificação adotada pelo ETPI inspirou-se no conceito previsto na DPP-TPCDF¹⁰¹.

Contribuiu, decisivamente, para tanto a persistência da CDH que, em 2002, encontrando apoio do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, obteve a convalidação, pela Resolução 2001/221 desse

órgão, da criação do Grupo de Trabalho responsável por atuar, em conjunto com a sociedade civil, Estados e demais organismos internacionais, na elaboração do projeto de convenção. Nesse mesmo ano, a CDH nomeou a Manfred Nowak, expert independente em violações em direito humanos, para elaborar o relatório sobre a necessidade de se adotar uma convenção específica, mormente em razão da natureza declaratória e programática da DPPTPCDF, conhecido como Relatório Nowak, o qual consignou, em suas conclusões, que¹⁰²

as insuficiências do atual marco jurídico-internacional esboçadas no presente informe apontam claramente para a necessidade de contar com “um instrumento normativo juridicamente vinculante para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados” [...]. Dito instrumento poderia revestir-se na forma de um tratado especial de direitos humanos, o projeto de convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, um protocolo facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou um protocolo facultativo à Convenção contra a Tortura.

O Grupo de Trabalho, que iniciou o seu funcionamento em 2003 sob a presidência do diplomata francês Bernard Kessedjian, trabalhou por quase três na elaboração do projeto da convenção internacional. Em 2005 foi designada a reunião final, ocorrida entre os dias 12 e 23 de setembro de 2005, em Genebra, tendo-se obtido o consenso dos Estados quanto ao projeto final de convenção apresentado por este organismo. Assim, referido projeto

[...] foi subsequentemente adotada pelo recém-criado CDH/ONU em sua Resolução 1/1, de 29 de junho de 2006 e em 13 de novembro de 2006 pelo Terceiro Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas. Finalmente, em 20 de dezembro de 2006 ela foi aprovada pelo plenário da Assembleia Geral através da Resolução 61/177.

Após 25 anos de luta, as organizações de familiares de pessoas desaparecidas nomearam 2006 como “o ano da Convenção”.

Em 6 de fevereiro de 2007 a convenção foi aberta para assinatura em Paris, tendo sido assinada por 57 Estados [...].¹⁰³

⁹⁹ TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidade, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparición Forzada), jul. 2001. p. 73; SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 254-255.

¹⁰⁰ SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 255-263.

¹⁰¹ AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law: the crimes and sentencing*. Oxford: Onxford University Press, 2014. v. 2. p. 109.

¹⁰² UNITED NATIONS. Consejo Economico y Social. Comisión de Derechos Humanos. *Los Derechos Civiles y Politicos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak 8 enero de 2002. Disponível em: http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 20 mar. 2015. p. 54.

¹⁰³ SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against en-*

A relevância desses instrumentos internacionais foi a de criarem, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, um direito humano autônomo¹⁰⁴ e inderrogável¹⁰⁵, qual seja, o direito a não ser submetido ao desaparecimento forçado, posto que, até então, como já visto, ele vinha sendo sancionado na forma de uma violação a diversos dispositivos dos tratados internacionais sobre a matéria, mas também a de estabelecer, sem chances para qualquer dúvida razoável, o vínculo essencial entre este ramo e o Direito Penal Internacional, na medida em que o desaparecimento forçado de pessoas é caracterizado como um crime de caráter geral, somente alcançando o *status* de crime contra a humanidade em caso de um ataque geral e sistemático à população civil no contexto de conflitos armados internacionais ou internos.

Com efeito, o preâmbulo da CISDFP estabelece que “[...] a prática sistemática do desaparecimento forçado de pessoas constitui um *Crime de Lesa-Humanidade*” (grifo no original), importando destacar que a convenção regional antecedeu ao ETPI. Já, no preâmbulo da CIPPTPCDF, declara-se que a “[...] extrema gravidade do desaparecimento forçado, que constitui um crime e, em certas circunstâncias definidas pelo direito internacional, crime contra a humanidade”.

5 Considerações finais

Em sede de conclusão da pesquisa acima apresentada faz-se possível apresentar-se algumas conclusões acerca do processo histórico de incriminação do desaparecimento forçado de pessoas e sobre a sua fenome-

forced disappearance and the 2007 United Nations Convention. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 262.

¹⁰⁴ Com efeito, o artigo 1, 1 da CIPPTPCDF estabelece que “Nenhuma pessoa será submetida a desaparecimento forçado”, enquanto o artigo 1, a, primeira parte, da CISDFP estabelece a obrigação de os Estados “Não praticar, nem permitir, nem tolerar o desaparecimento forçado de pessoas”.

¹⁰⁵ Conforme estabelecido no artigo 1, 2 da CIPPTPCDF “Nenhuma circunstância excepcional, seja estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para o desaparecimento forçado”. No mesmo sentido prescreve o artigo 1, a, segunda parte da CISDFP: “Nem mesmo em estado de emergência, exceção ou suspensão de garantias individuais”. Sobre o tema, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Os direitos absolutos no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente del Mercosur*, a. 7, n. 13, p. 95-119, 2019. p. 95-119.

nologia no âmbito do Direito Penal Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Primeiramente, é importante, mais uma vez, afastar-se da ideia de origem comum na formação histórica da proscição do fenômeno pelos campos do Direito Penal Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A proscição do desaparecimento forçado de pessoas nos dois campos se deu por modos, circunstâncias e fundamentos distintos. NO Direito Penal Internacional, inicialmente, na forma de crime de guerra; no Direito Internacional dos Direitos Humanos, como uma manifestação de uma resposta aos abusos que as ditaduras civis e/ou militares na América Latina em decorrência do conflito ideológico leste-oeste e a adoção da Doutrina da Segurança Nacional, no qual o desaparecimento forçado de pessoas se manifestou como uma prática comum contra a dissidência política.

O que parece coincidir é o resultado desses diversos processos históricos com a aprovação do ETPI e das CIPPTPCDF e da CISDFP, mas que foram precedidos pela aprovação da DPPTPCDF, sendo eles os instrumentos convencionais que permitem assegurar a existência de um direito não restringível a não ser desaparecido, bem como a existência positiva de incriminação internacional do comportamento em suas duas formas, isto é, *direct* e *indirect enforcement*.

Esse último fato decorre da qualificação internacional do desaparecimento forçado de pessoas *qua* crime internacional próprio, o que dispensa, para que ocorra a legítima persecução criminal, que ele seja internamente tipificado como crime, uma vez que a sua consumação na facticidade histórica enseja tanto a persecução direta pelo Tribunal Penal Internacional, se presentes os elementos que o tipifiquem como um crime contra a humanidade na forma do artigo 7 do ETPI, como por outros Estados por meio da jurisdição universal, o que poderá ocorrer em suas duas formas, como crime comum ou crime contra a humanidade.

Contudo, as duas convenções estabelecem, como visto, o mandado internacional de incriminação do comportamento, dando, assim, uma dimensão objetiva e positiva às obrigações de prevenção e repressão internas dos autores de desaparecimento forçado de pessoas.

Outro ponto que precisa ser indicado é que os contextos históricos que deram origem ao fenômeno, como

seja, o regime stalinista e/ou o domínio nazista nos Territórios Ocupados a partir do Decreto Noite e Névoa, bem como, no período da Guerra Fria, com o espoucar da adoção da Doutrina de Segurança Nacional no contexto latino-americano.

É fato que o desaparecimento forçado de pessoas se constitui em um “método de submetimento” da população civil e de manutenção do terrorismo de Estado. O fazer desaparecer na noite e na névoa se constitui em terrorismo de Estado cujas vítimas são, imediatamente, o sujeito-desaparecido, e imediatamente seus familiares e a sociedade civil, donde as cortes internacionais de direitos humanos considerarem que essa forma gravíssima de violação aos direitos humanos também ofende o direito ao vínculo familiar.

Talvez um dos exemplos mais significativos da gravidade do comportamento seja o fato de que, na Argentina, de Mães da Praça de Maio, que surgiu para saber do destino de seus filhos, passou-se, geracionalmente, para as Avós da Praça de Maio. E por qual motivo? Porque o desaparecido ingressa numa zona cinzenta: nem morto, nem vivo, desaparecido.

Importante lembrar, por fim, o papel importantíssimo que a jurisprudência da CIDH desempenhou para o ressurgimento da luta pela proscrição do desaparecimento forçado de pessoas, já que foi através do caso Velásquez Rodrigues *versus* Honduras de 1988 e os que se seguiram, que a sociedade civil internacional logrou reunir novas forças para a aprovação dos documentos internacionais que estabelecem a obrigação objetiva de prevenir e reprimir a prática.

Referências

ALMEIDA, Francisco António de M. L. F. *Os crimes contra a humanidade no actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009.

AMBOS, Kai. La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. In: AMBOS, Kai *et al.* (org.). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*. Bogotá: Temis, 2009.

AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law: the crimes and sentencing*. Oxford: Oxford University Press, 2014. v. 2.

APPLEBAUM, Anne. *Gulag: a history of the soviet concentration camp*. New York: Knoph Doubleday, 2003.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: jus cogens and obligation erga omnes. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1996.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. São Paulo: UNESP, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Barueri: Manole, 2009.

BRASIL. Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: SEDH/PR, 2007.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: CNV, 2014. v. 3.

CASSESE, Antonio. *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale*. Bologna: Il Mulino, 2005. v. 1.

CLARIN. *Una duda histórica: no se sabe cuántos son los desaparecidos*. 2003. Disponível em: <http://edant.clarin.com/diario/2003/10/06/p-00801.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

COELHO, Lauro Machado. *Anna, a Voz da Rússia: vida e obra de Anna Akhmátova*. São Paulo: Algor, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf. Acesso em: 20 jul. 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentencia de

- 22 septiembre de 2006 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Acesso em: 20 out. 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gómez Palomino v. Peru*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf. Acesso em: 20 out. 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gordínez Cruz v. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf. Acesso em: 20 jul. 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Molina Theissen v. Guatemala*, Sentencia de 4 mayo de 2004 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_106_esp.pdf. Acesso em: 20 out. 2008.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>. Acesso em: 20 jan. 2006.
- DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3. ed. Barueri: Monele, 2004.
- EL PAÍS. *Un informe médico exige a Ríos Montt de ir a un segundo juicio*. 2015. Disponível em: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/08/actualidad/1436374484_749667.html. Acesso em: 08 jul. 2015.
- FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war. *Yale Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 171-197, 2009.
- GADDIS, John Lewis. *The cold war: a new history*. New York: The Penguin Press, 2005.
- GRAVEN, Jean. Le crimes Contre L'Humanité. *RCA-DI*, v. 76, 1950.
- GRUCHMANN, Lothar. "Nacht-und-Nebel" Justiz. Die mitwirkung deutscher Strafgerichte an der bekämpfung des Widerstandes in den Besetzten Westeuropäischen Ländern 1942-1944". *Jahrgang*, v. 29, Heft 3, p. 342-396, 1981. Disponível em: http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981_3_2_gruchmann.pdf. Acesso em: 20 jan. 2012.
- JACKSON, Richard; MURPHY, Eamon; POYNTING, Scott. Terrorism, the State and the study of political terror. In: JACKSON, Richard; MURPHY, Eamon; POYNTING, Scott (org.). *Contemporary State terrorism: theory and practice*. London: Routledge, 2010.
- JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- JORDA, Claude. Valores Comuns da Humanidade: o ponto de vista jurídico. In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 75.
- KENEZ, Peter. *A history of the Soviet Union from the beginning to the end*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- LANDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG RHEINLAND-PFALS. *Die Gedenkstätte SS-Sonderlager/KZ Hinzert*. Disponível em: <http://politische-bildung-rlp.de//fileadmin/download/Hinzert-d.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- MAY, Larry. *Crimes against humanity: a normative account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- MOREILLON, Jacques. The International Committee of the Red Cross and the protection of political detainees. *International Review of the Red Cross*, Geneva, n. 164, nov. 1974.
- OAS. Assembleia General. AG/RES. 742 (XIV-0/84): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: OAS. Assembleia General. *Décimo cuarto Período Ordinario de Sesiones, 12-17 Noviembre de 1984: Actas y Documentos*. Washington: DC, 1985. v. 1.
- OAS. Assembleia General. AG/RES. 890 (XVII-0/87): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: OAS. Assembleia General. *Décimo Séptimo Período Ordinário de Sessões, 9-14 Novembro de 1987: Textos Autenticados das Resoluções*. Washington: DC, 1988. v. 1.
- OAS. Assembleia Geral. AG/RES 950 (XVIII-0/88): Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. In: OAS. Assembleia Geral. *Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões, 14-19 de Novembro de 1988: Atas e Documentos*. Washington: DC, 1989. v. 1.

- OAS. Assembleia Geral. AG/RES. 1256 (XXIV-0/94): Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. In: OAS. Assembleia Geral. *Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões, 6-10 Junho de 1984: Textos Autenticados das Declarações e Resoluções*. Washington: DC, 1994. v. 1.
- OAS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*. Parte II: Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia los derechos humanos, conforme lo prescribe la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/77sp/sec.2b.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.
- OAS. General Assembly. AG/RES. 666 (XIII-0/83), adopted at the seventh plenary session held on November 18, 1983. In: OAS. General Assembly. *Thirteenth Regular Session, November 14-18, 1983: Proceedings*. Washington: DC, 1983. v. 1.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Os direitos absolutos no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente del Mercosur*, a. 7, n. 13, p. 95-119, 2019.
- PÁGINA 12. *Luto en el infierno: murió Saint Jean, el que quería matar a todos*. 2012. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-205033-2012-10-06.html>. Acesso em: 06 out. 2012.
- PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2014.
- PESSOA, Mário. *O Direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; São Paulo: RT, 1971.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- POLIAN, Pavel. *Against their will: the history and geography of forced migrations in the URSS*. Budapest: Central European University Press, 2004.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- REPÚBLICA ARGENTINA. *Nunca más!* Informe CONADEP, Septiembre de 1984. Disponível em: <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas2a01.htm>. Acesso em: 20 set. 2011.
- REPÚBLICA DE CHILE. Programa de Derechos Humanos. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Informe de la Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura*. Disponível em: <http://www.ddhh.gov.cl/filesapp/informecomisionfase2.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- SANTOS, Marcelo. *O poder norte-americano e a América Latina no pós-guerra fria*. São Paulo: Annablume-FAPESP, 2007.
- SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.
- SEOANE, Maria; MULEIRO, Vicente. *El Dictador: la historia secreta y pública de Jorge Rafael Videla*. Buenos Aires: Sudamerica, 2001.
- SOLZHENITSYN, Aleksandr. *Archipiélago Gulag (1918-1956)*. Barcelona: Tusquets Editores, 1998.
- THEISSEN, Ana Lucrecia Molina. La desaparición forzada de personas en América Latina. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*. San José, C. R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX IUGOSLÁVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski et all (Lasva Valley)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003. v. 1.
- TYLER, Wilder. Antecedentes Del Proceso de Elaboración del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. *Revista Por el Imperio del Derecho*, Lima, v. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparición Forzada), jul. 2001.
- UNITED NATIONS. Consejo Economico y Social. Comisión de Derehos Humanos. *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las*

Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias: Informe presentado por el Sr. Manfred Novak 8 enero de 2002. Disponível em: http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 20 mar. 2015.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 33/175*: Protection on Human Rights in Chile, 20 December 1978. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/175. Acesso em: 20 mar. 2015.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution 47/133*: Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 12 February 1993. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/47/133. Acesso em: 20 fev. 2011.

UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Commission*: Law reports of trials of war crimes: The German High Command Trial. London: The United Nations War Crimes Commission, 1949. v. 12.

UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Commission*: Law reports of trial war crimes. London: The United Nations War Crimes Commission, 1948. v. 6.

UNITED STATES OF AMERICA. International Military Tribunal Nuremberg. *Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal*: Official Documents. Nuremberg: IMTN, 1947. v. 1.

UNITED STATES OF AMERICA. Nuremberg Military Tribunals. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10: The Justice Case*. Washington: Government Printing Office, 1951. v. 3.

VITKAUSKAITE-MEURICE, Dalia; ŽILINSKAS, Justinas. The Concept of Enforced Disappearances in International Law. *Jurisprudencija*, v. 2, p. 197-214, 2010.

WERLE, Gerhardt. *Principles of International Criminal Law*. Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.

WERTH, Nicolas. The mechanism of a mass crime: the great terror in the Soviet Union, 1937-1938. In: GALATELLY, Robert; KIERNAN, Ben (org.). *The specter of Genocide*: mass murder in the historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

YALE UNIVERSITY. Avalon Project. *Night and Fog Decree [Nacht und Nebel Erlass]*. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/l-90.asp>. Acesso em: 20 jan. 2011.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Constitucionalismo cooperativo global e direito internacional privado: instrumentos para uma governança de direito transnacional na integração*

Global cooperative constitutionalism and private international law: instruments for a governance of transnational law in integration

Anderson Vichinkeski Teixeira

Roberto Correia da Silva
Gomes Caldas

Luciane Klein Vieira

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

Constitucionalismo cooperativo global e direito internacional privado: instrumentos para uma governança de direito transnacional na integração*

Global cooperative constitutionalism and private international law: instruments for a governance of transnational law in integration

* Recebido em 15/04/2021
Aprovado em 19/06/2021

** Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da Université Paris Descartes-Sorbonne. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela mesma Universidade. Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Membro internacional do Colegiado de Docentes do Doutorado em Direito da Università degli Studi di Firenze (IT). Professor visitante do Instituto de Ciências Jurídicas e Filosóficas da Sorbonne. Membro Permanente da Association Française de Droit Constitutionnel. Membro da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança” e coordenador do grupo de pesquisa “Direito Constitucional Comparado”, vinculado ao PPGDir/UNISINOS. Advogado e consultor jurídico.
Email: andersonvteixeira@hotmail.com

*** Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Faculdade Paulista de Direito, da PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Diretor do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo (período: 2013-2015; 2019-2021). Professor convidado dos Cursos de Mestrado e Doutorado da UNICURITIBA. Professor permanente dos Cursos de Maestría en Derecho de las RRII y de la Integración en América Latina de la UDE - Universidad de la Empresa – Montevideo/Uru-guai. Advogado no Brasil e em Portugal.
Email: robertocsgcaldas@uol.com.br

**** Doutora em Direito (área: internacional) e Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Mestre em Direito da Integração Econômica, pela Universidad del Salvador (USAL) e Université Paris I - Panthéon - Sorbonne. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora de Direito da Integração na UBA. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito e Integração Regional”, vinculado ao PPGDir/UNISINOS.
Email: lucianeveira@unisinos.br

Anderson Vichinkeski Teixeira**

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas***

Luciane Klein Vieira****

Resumo

O presente estudo analisa as facetas da integração regional, especificamente da União Europeia e do MERCOSUL, que contribuem para a conformação tanto de um constitucionalismo transnacional quanto de um novo Direito Internacional Privado, a partir dos postulados regulatórios da *glocal/global governance* que influenciam, de maneira reflexiva, os âmbitos locais, regionais e internacionais e que permitem, por sua vez, o surgimento do Direito Transnacional - enquanto uma metodologia pragmatista pautada na solidariedade entre os Estados e na projeção de uma soberania cooperativa -, comprometido com a realização dos direitos fundamentais e/ou direitos humanos. Para tanto, o método empregado é o dedutivo, valendo-se da técnica de abordagem de cunho bibliográfico e documental, mediante uma metodologia de trabalho a centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para um estudo interdisciplinar que envolva temas de Direito da Integração, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e também Direito Constitucional e Administrativo. Isto se deve, especialmente, ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico próprio aplicado a um determinado tipo de relação interestatal com participação de distintos setores privados, como é o caso da formação dos processos de integração regional, a exemplo do mercosulino e europeu, ao versar-se uma concepção de soberania constitucional que permita alçar-se ao constitucionalismo cooperativo, segundo a ideia de *multitude* e de diálogo das fontes, do qual deflue o processo jurídico transnacional, considerado como dinâmico e de criação de normas públicas e privadas de governança regulatória aplicáveis à solução de conflitos, desde o âmbito local ao global, e vice-versa.

Palavras-chave: Glocal/*global governance*, Constitucionalismo transnacional; Direito da integração; Direito internacional privado; Direito transnacional.

Abstract

This study analyzes the facets of regional integration, specifically the European Union and MERCOSUR, which contribute to the shaping of both a transnational constitutionalism and a new Private International Law, based on the regulatory postulates of glocal/global governance that influence in a reflexive way the local, regional and international spheres and which, in turn, allow the emergence of Transnational Law - as a pragmatic methodology based on solidarity between States and the projection of a cooperative sovereignty -, committed to the realization of fundamental rights and/or human rights. For this, the method used is the deductive one, making use of the bibliographic and documentary approach technique for the research, through a work methodology to focus on the main aspects established for an interdisciplinary study involving topics of Law of Integration, Public International Law, Private International Law and also Constitutional and Administrative Law, due especially to the specific and singular character that must be present in any analysis of a specific legal system applied to a certain type of interstate relationship with participation from different private sectors, as is the case of the formation of regional integration processes, such as the Mercosur and European, when dealing with a conception of constitutional sovereignty that allows the rise to cooperative constitutionalism, according to the ideas of multitude and dialogue of the sources, from which the transnational legal process flows, considered as dynamic and of creation of public and private norms of regulatory governance applicable in the resolution of conflicts, from the local to the global level, and vice versa.

Keywords: Glocal/global governance; Transnational constitutionalism; Integration law; Private international law; Transnational law.

1 Introdução

O presente estudo, com suas respectivas reflexões, se desenvolveu no marco tanto da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, como dos grupos de pesquisa “Direito Constitucional Comparado” e “Direito e Integração Regional” (vinculados ao PPGDir/UNISINOS), tendo por objetivo analisar as tendências

hodiernas de se considerarem alguns ramos do Direito, como o Direito da Integração, o Direito Internacional Privado (DIPr) e o Direito Constitucional, com seus objetos ampliados, para abarcar novas circunstâncias típicas da atual sociedade antropocena do risco e da informação, em um contexto concomitante e reflexivo de *global governance*, governança regional e, em âmbito nacional, de governança pública regulatória, mediante o enfrentamento das dificuldades epistemológicas inerentes a tal mister, tomando por supedâneo distintos aportes metodológicos.

Objetiva-se com isso, em poucas palavras, analisar os processos de integração, considerados na complexidade de suas distintas facetas de cunho político, econômico, sociocultural e jurídico, mais especificamente o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e a União Europeia, os quais, a seu turno, contribuem para a conformação evolutiva tanto de um constitucionalismo transnacional como de um novel Direito Internacional Privado no hemisfério ocidental, mais bem aparatados para atender a dromocrática dinâmica das necessidades contemporâneas da comunidade global, cada vez mais vocacionando-se aos imediatistas anseios regulatórios concertados (de *glocal/global governance*), tornando-se, no diapasão de uma incidência conjugada, capazes de prevenir e precaverem os riscos sistêmicos em todos os âmbitos (local, regional e internacional). Referido fenômeno, indica, de tal modo, o surgimento de um Direito de cunho globalizado, ou, nos dizeres häberlesianos, um Direito geral de cooperação entre Estados (e entre estes e suas sociedades),¹ comprometido com a realização dos direitos humanos e/ou fundamentais.

No entanto, o questionamento inicial dessas reflexões aqui versadas costuma trilhar o *iter* que leva à passagem do Direito Internacional (Público e Privado) para um constitucionalismo transnacional, sobre o qual se acaba questionando se não seria apenas a consequência da imbricação entre o próprio Direito Internacional (repite-se, Público e Privado) com o Direito Constitucional, em projeção de uma soberania (constitucional) cooperativa expressa pela acepção de *multitude*.²

Essa discussão, vale ressaltar, mostra-se ainda mais atual e profunda em razão das diversas dificuldades tra-

zadas pela pandemia de COVID-19, pois descortina a necessidade de uma cooperação política internacional integrada, promovendo, por um lado, diversas esferas transversais heterárquicas³, policêntricas, multilaterais e, assim, multifacetadas de normatividade estatal e não estatal (*multi-stakeholderism*)⁴, enquanto, por outro, reforça o papel do Estado em relação à proteção interna dos seus cidadãos e, em especial, do direito à saúde e à subsistência digna destes em face da conseqüente crise econômica advinda da sua intervenção sanitária na ordem social.

A pandemia trouxe, ao gerar uma situação real de exceção, a necessidade de que medidas de normalização e normatização da situação fossem tomadas, seja vertical ou horizontalmente, pelos Poderes Públicos. Em um cenário de tão elevada excepcionalidade, no qual a tutela dos direitos fundamentais passa a ser relativizada, somente a análise casuística permite avaliar a adequação, quer constitucional, quer segundo as normas do Direito da Integração⁵, das medidas restritivas.

Importante é ter-se sempre presente na retentiva que a normalização da exceção tem por finalidade preservar o equilíbrio quanto à tutela dos direitos fundamentais, não possibilitando que uma hierarquização absoluta e inflexível de tais direitos seja feita a partir de um único direito, *in casu*, de ordem pública, mais especificamente de salubridade pública (que envolve higiene e saúde pública). Relativizar, temporalizar e equilibrar são verbos que precisam ser conjugados paralelamente em situações assim.

De conseguinte, as discussões atinentes à exigência de uma governança glocal/global normatizadora em tempos de crises como as pandêmicas, vista enquanto um *ethos* objetivo da responsabilidade voltado à solidariedade intergeracional,⁶ à luz do constitucionalismo

³ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

⁴ BENEDEK, Wolfgang. Multi-stakeholderism in the development of International Law. In: FASTENRATH, Ulrich *et al.* (ed.). *From bilateralism to community interest: essays in honour of Judge Bruno Simma*. New York: Oxford University Press, 2011. 201-210.

⁵ Sobre o tema, ver: VIEIRA, Luciane Klein. Os impactos da COVID-19 na livre circulação de pessoas: o caso do MERCOSUL. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 97-118.

⁶ Sobre o tema, ver: CALDAS, Roberto Corrêa da Silva Gomes; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; LOPES, Cristina Araujo. A energia nuclear no contexto do sistema de informação global, regional,

¹ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

² HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

transnacional em projeção de uma soberania cooperativa ideológico-culturalmente dinamizada, bem como os fundamentos de Direito Internacional Público (DIP) e DIPr que conduziram a esse novo fenômeno constitucional, são ideias já sustentadas em outras oportunidades⁷ e que ora se revelam retomadas para um enfoque específico a respeito dos processos de integração e em qual medida neles são tais constitucionalismo cooperativo global e DIPr da atualidade considerados instrumentos para um novo paradigma regulatório⁸ concertado nessa seara.

Assim, tomando-se por base os conceitos colhidos na doutrina referida, o estudo parte da análise quanto à interação entre o Direito da Integração, o Direito Internacional Público e o DIPr sob sua abordagem mais contemporânea, cuja harmonização exige uma governança regulatória, reflexiva, resiliente, concertada e responsiva aos anseios sociodromológicos ciberculturais,⁹

nacional e local: a governança regulatória participativa/deliberativa dos rejeitos nucleares versus as síndromes NIMBY e TINA. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, Curitiba, v. 1, n. 58, p. 688-740, jan./mar. 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5098/371373143>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁷ Sobre o tema, ver: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. v. 9. p. 9-32; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito público transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, p. 400-429, 2014; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, p. 141-166, 2016; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. La méthode en droit constitutionnel comparé: propositions pour une méthodologie constitutionnelle comparative. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, n. 1, p. 217-234, jan./fev. 2019; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Governança glocal/global deliberativa hacia la normativización democrática: la necesidad de legitimidad en compatibilización de las medidas pandémicas de excepción vs derechos humanos. *Opinión Jurídica*, v. 19, n. 40, p. 393-419, 2020. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3585/3136>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁸ Sobre o tema, remete-se a: VIEIRA, Luciane Klein; NASCIMENTO, Maria Cândida Simon Azevedo. Cooperativo, transnacional e regulador: o esquema de integração como um (novo) paradigma para a teoria do Estado. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 118, p. 365-401, jan./jun. 2019.

⁹ TRIVINHO, Eugênio. Introdução à dromocracia cibercultural: contextualização sociodromológica da violência invisível da técnica e da civilização mediática avançada. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 28, p. 63-78, set./dez. 2005. Disponível em: [em um diálogo das fontes¹⁰ havido no bojo dos processos de integração mercosulino e europeu.](http://re-</p></div><div data-bbox=)

Na subsequência, parte-se para a verificação da processualização transformadora do nacionalismo metodológico em um *multi-stakeholderism* normatizador, havida por meio do enfoque regulador integrado transnacional¹¹ do DIPr e do Direito Constitucional, tendo como referência uma soberania constitucional¹² sob o influxo do cooperativismo interestatal hãberlesiano, protoglobalizante¹³ em *multitude* e mediante uma metodologia pragmatista focada nos procedimentos de tomada das decisões jurídicas¹⁴ reguladoras heterárquicas e policontextuais.

Consonante com essa concepção metodológica pragmatista de Direito Transnacional, enquanto um processo normativo supranacional, a análise segue aprofundando-se para expor de que forma a soberana função sistêmico-integradora da Constituição de cada Estado (vista enquanto fruto da expressão cultural normatizadora de cada respectiva sociedade em um contexto mundial globalizado e integrado), devidamente instrumentalizada pela incidência conjugada do Direito da Integração, do DIPr e de uma *glocal/global governance*

vistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3338/2595. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹⁰ JAYME, Erik; NYGH, Peter Edward. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne: cours general de droit international privé*. The Hague; Boston, Mass.; London: M. Nojhoff, 1996.

¹¹ KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-207, 1996. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹² VOIGT, Rüdiger. Quem é o soberano? Sobre um conceito-chave na discussão sobre o Estado. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 46, p. 105-113, jun. 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/34460/21371>. Acesso em: 01 abr. 2021.

¹³ Sobre a acepção de protoglobalização ora adotada, vide: ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes. O grito: globalização, retrocesso ou... diálogos possíveis acerca da integração, da sustentabilidade e da democracia. In: MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; BRAGA, Sérgio Pereira (org.). *Globalização, desenvolvimento sustentável e efetividade da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 40-50; e ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; NOHARA, Irene Patrícia. Globalização e sustentabilidade no Poder Judiciário: desafios para uma visão crítica da complexidade. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., Florianópolis, 2011. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. 1, p. 303-318. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁴ CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010.

concertada, conforma-se à nova ordem mundial, principalmente quando impregnada pelos ditames da teoria do diálogo das fontes.

E ante tal soberana função sistêmico-integradora da Constituição de cada Estado, é que se deflagra o novel espaço normativo voltado a uma salutar inter-referência entre os sistemas jurídico, político, econômico e social (cultural), de sorte a ter-se, em conclusão, o surgimento de um cada vez mais qualificado canal dialógico, heterárquico e cooperativo de equalização dos interesses recíprocos no concerto democrático (Direito Transnacional) da Integração, devidamente potencializado pelos recursos tecnológicos principalmente da *internet* para a concreção dos direitos humanos e/ou fundamentais.

Para tanto, o artigo se valeu do método dedutivo, partindo de um recorte crítico da realidade exposta, valendo-se da técnica de abordagem de cunho bibliográfico e documental para a pesquisa, mediante uma metodologia de trabalho a centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para um estudo interdisciplinar que envolva temas de Direito da Integração, Direito Internacional Público, DIPr e também Direito Constitucional e Administrativo, devido, especialmente, ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico próprio aplicado a um determinado tipo de relação interestatal com participação de distintos setores privados, como é o caso da formação dos processos de integração regional, a exemplo do mercosulino e europeu, ao versar-se uma concepção de soberania constitucional que permita alçar-se ao constitucionalismo cooperativo, segundo a ideia de *multitude* e de diálogo das fontes, do qual deflue o processo jurídico transnacional, considerado como dinâmico e de criação de normas públicas e privadas de governança regulatória aplicáveis na solução dos conflitos, desde o âmbito local ao global, e vice-versa.

2 A interação entre o Direito da Integração, o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado sob sua abordagem mais contemporânea

O Direito da Integração, visto nesse contexto enquanto um ramo autônomo e, em certa medida, independente do Direito Internacional Público, ocupa-se

das relações entre os Estados que, com base em um interesse em comum, reúnem esforços para promover uma maior aproximação, sobretudo em termos econômicos e comerciais, em cooperação que termina por intensificar a interdependência e a interação entre os membros para a obtenção de benefícios mútuos.

Essa aproximação entre esses tradicionais atores internacionais, tendo como objeto a constituição de uma zona de livre comércio, uma união aduaneira, um mercado comum ou uma união econômica¹⁵, termina por incrementar o número de relações jurídicas que abarcam o DIPr, à medida que a livre circulação de mercadorias, de serviços, de capitais e, sobretudo, de pessoas, promovida entre os Estados envolvidos no espaço integrado, conforme o caso, faz com que surjam um série de novos ajustes e relacionamentos, tanto de cunho contratual, comercial e de consumo, como também envolvendo o Direito de Família, o Direito Sucessório, o Direito do Trabalho, o Direito Registral, entre outros campos do conhecimento jurídico.

Diante desse cenário multifacetado, é necessário se promover a harmonização das legislações nacionais, em um ambiente integrado, com o intuito de encontrarem-se bases comuns que possam dar origem a normas (de *hard* ou *soft law*) que apresentem soluções para os casos *ius privatistas*¹⁶ ou publicistas, como forma de incrementar a confiança nos destinatários da integração e, igualmente, sob uma óptica macroscópica, aprofundar os compromissos assumidos pelo bloco econômico, de um lado, como, de outro, permitir que também os valores culturais de cada Estado-membro sejam devidamente considerados e respeitados no processo (de integração), segundo uma dinâmica reflexiva de *glocal/global governance* regulatória¹⁷ em um contexto mundial

¹⁵ Sobre o tema, remete-se a: BALASSA, Bela. *Teoria da integração econômica*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1973.

¹⁶ Sobre a opção pelo *hard law*, nos espaços integrados, para regular situações *ius privatistas* envolvendo o direito de partes vulneráveis, remete-se a: VIEIRA, Luciane Klein. *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*. Buenos Aires: La Ley, 2017. p. 451-453.

¹⁷ CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Efetividade dos direitos humanos e democracia: a soberania constitucional cooperativa entre a ordem estatal e a ordem internacional na sociedade do risco e da informação. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, n. 29, p. 49-76, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3292/1189>. Acesso em: 22 abr. 2020.

de Constitucionalismo transnacional e de protoglobalização¹⁸.

Esse novo palco onde vem se desenvolvendo o DIPr, que tem como pano de fundo as relações nascidas da aproximação de interesses privados com elementos estrangeiros, resultado das liberdades de circulação antes referidas, permite que se busque um relançamento do papel desta disciplina jurídica, orientado à proteção do ser humano. Tal como já se adiantou em outra oportunidade

*o leitmotiv da disciplina deve ser a proteção da pessoa humana. Assim, o DIPr deve se moldar como um instrumento de proteção ao ser humano e aos seus interesses, colocando o indivíduo em seu cerne teórico e como sua finalidade, como uma medida necessária para o alcance da justiça material.*¹⁹

Desse modo, verifica-se uma clara tendência firmada, sob uma nova conformação da concepção do DIPr, à adoção de soluções voltadas à justiça material e tolerância à diversidade, em outras palavras, à preocupação com o resultado material produzido pela aplicação da norma de conflito.²⁰ Sendo assim, exige-se um melhor aparelhado método conflitual - para solucionar, portanto, não só o tradicional conflito de leis, que deve buscar soluções materialmente orientadas,²¹ mas também o de

jurisdições -, com especial atenção dada à proteção efetiva da pessoa humana.

Tal postura deixa em evidência a necessidade de uma governança resiliente, concertada e responsiva aos anseios sociodromológicos ciberculturais,²² relacionados à redução das assimetrias e diferenças, estabelecendo soluções *mexxô-mexxô*, isto é, mediante uma regulação nacional e transnacional com atendimento às normas internacionais e regionais, decorrentes dos processos de integração, no caso em estudo, do MERCOSUL e da União Europeia, em um diálogo entre fontes heterogêneas e coexistentes, em profícua troca de ideias e técnicas para uma aplicação harmoniosa e flexível das normas.²³

3 A processualização transformadora do nacionalismo metodológico em um multi-stakeholderism normatizador: o enfoque regulador integrado transnacional do Direito Internacional Privado e do Direito Constitucional

Nesse ponto, é mister se ressaltar a ocorrência de um processo mundial que vem transformando o chamado nacionalismo metodológico, nos dizeres de Beck²⁴, em um *multi-stakeholderism* normatizador,²⁵ principalmente quando visto em um contexto regulador de integração

¹⁸ Sobre a acepção de protoglobalização ora adotada, vide: ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes. O grito: globalização, retrocesso ou... diálogos possíveis acerca da integração, da sustentabilidade e da democracia. In: MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; BRAGA, Sérgio Pereira (org). *Globalização, desenvolvimento sustentável e efetividade da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 40-50. Disponível em: http://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/2020/03/735_GLOBALIZACAODESENVUSUSTEFETIVIDADEJUSTICA_EB-OOKPDF.pdf. Acesso em: 11 fev. 2020; ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; NOHARA, Irene Patrícia. Globalização e sustentabilidade no Poder Judiciário: desafios para uma visão crítica da complexidade. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., Florianópolis, 2011. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. 1, p. 303-318. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁹ No original: "el leitmotiv de la disciplina debe ser la protección de la persona humana. Así, el DIPr debe amoldarse como un instrumento de protección al ser humano y a sus intereses, poniendo al individuo en su núcleo teórico y como su finalidad, como medida necesaria para la consecución de la justicia material" VIEIRA, Luciane Klein. *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*. Buenos Aires: La Ley, 2017. p. 489.

²⁰ VIEIRA, Luciane Klein. *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*. Buenos Aires: La Ley, 2017. p. 461-468;

²¹ JAYME, Erik; NYGH, Peter Edward. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne: cours general de droit in-*

ternational privé. The Hague; Boston, Mass.; London: M. Nojhoff, 1996. p. 246-247.

²² TRIVINHO, Eugênio. Introdução à dromocracia cibercultural: contextualização sociodromológica da violência invisível da técnica e da civilização mediática avançada. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 28, p. 63-78, set./dez. 2005. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3338/2595>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²³ JAYME, Erik; NYGH, Peter Edward. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne: cours general de droit international privé*. The Hague; Boston, Mass.; London: M. Nojhoff, 1996.

²⁴ BECK, Ulrich. The cosmopolitan state: redefining power in the global age. *International Journal of Politics, Culture, and Society*, New York, v. 18, n. 3/4, p. 143-159, 2005. Disponível em: <https://equilibrium0.files.wordpress.com/2011/05/beck2006.pdf> Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁵ BENEDEK, Wolfgang. Multi-stakeholderism in the development of International Law. In: FASTENRATH, Ulrich *et al.* (ed.). *From bilateralism to community interest: essays in honour of Judge Bruno Simma*. New York: Oxford University Press, 2011. 201-210.

estatal - esta enquanto contraface da globalização - em que inserido o DIPr.

Ante tal circunstância, o constitucionalismo transnacional, com a ideia de projeção da soberania constitucional em âmbito para além do meramente nacional, traz consigo um claro alerta de que o Direito soberano é, principalmente nos Estados Democráticos de Direito de tradição jurídica romano-germânica, tão só o advindo de um constitucionalismo positivado (*hard law*), dinamizado por um processo concertado ideológico-social, consoante se extrai das palavras de Caldas e Tomaz

De fato, a configuração do Estado Democrático de Direito afasta a ideia de poderes soberanos pela própria autolimitação que o Direito, a ele próprio, impõe. Caso queira, soberana seria a Constituição, considerada dinâmica, enquanto um processo ideológico-cultural que prestigie e fomente sua programação política nas estruturas sociais que visa a reger de forma preponderante, criando um engajamento intenso dos a elas concernidos, com a abertura de canais para sua participação e cooperação.²⁶

Assim, é no diapasão dessa perspectiva epistemológica de análise que se agrega a teoria do processo jurídico transnacional (*transnational legal process*) de Koh²⁷, muito bem lembrado por Mange²⁸ e por Torelly²⁹, a fim de se ter uma concertada metodologia pragmatista pela qual os atores públicos e/ou privados interagem entre si em fóruns nacionais, regionais e internacionais em discussão, criação, interpretação, execução, internalização e territorialização de um Direito, assim, concebido enquanto Transnacional

²⁶ CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Efetividade dos direitos humanos e democracia: a soberania constitucional cooperativa entre a ordem estatal e a ordem internacional na sociedade do risco e da informação. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, n. 29, p. 49-76, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniojuridica/article/view/3292/1189>. Acesso em: 22 abr. 2020.

²⁷ KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-207, 1996. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers Acesso em: 22 mar. 2021.

²⁸ MANGE, Flávia Foz. As características do direito transnacional como metodologia: análise sob o enfoque dos aspectos processuais da arbitragem. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 125-144, 2016. p. 130-131. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4157/pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.

²⁹ TORELLY, Marcelo. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 20-46, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2990/2762>. Acesso em 22 mar. 2021.

O processo jurídico transnacional descreve a teoria e a prática de como os atores públicos e privados - Estados-nação, organizações internacionais, empresas multinacionais, organizações não governamentais e indivíduos privados - interagem em uma variedade de fóruns públicos e privados, nacionais e internacionais para fazer, interpretar, fazer cumprir e, em última análise, internalizar as regras do direito transnacional.³⁰

Esse processo jurídico transnacional tem como características: (1) não ser tradicional - por afastar-se da dicotomia público e privado, nacional e internacional -; (2) não ser exclusivamente estatal - vez haver entre os atores aqueles que não são estatais -; (3) ser dinâmico - verifica-se em constante evolução, em uma reflexividade entre o público e o privado e entre o nacional e o internacional -; e (4) ser normativo - no processo interativo, novas normas surgem ao serem discutidas, interpretadas, executadas, internalizadas e territorializadas.³¹

Diante desta realidade em que inserido o processo jurídico transnacional (*transnational legal process*) de Koh,³² no presente estudo, este Direito Transnacional passa a ser visto não como um ramo autônomo fundado em uma repaginada teoria do pluralismo jurídico - com os ditos *UNO's* - *Unidentified Normative Objects* dentro de uma concepção do direito global, como sugerem Barbosa e Moschen³³ —, mas como uma metodologia que enfoca os procedimentos de tomada das decisões jurídicas,³⁴ a qual se revela como o elo que, nesse ho-

³⁰ No original: “Transnational legal process describes the theory and practice of how public and private actors – nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international fora to make, interpret, enforce and ultimately, internalize rules of transnational law” KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-207, 1996. p. 183-184. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers Acesso em: 22 mar. 2021.

³¹ KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-207, 1996. p. 184. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers Acesso em: 22 mar. 2021.

³² KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-207, 1996. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers Acesso em: 22 mar. 2021.

³³ BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4155/pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.

³⁴ CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart

dierno mundo globalizado, acaba por permitir o entrelaçamento e imbricação entre o contemporâneo DIPr e o Direito Constitucional (em um constitucionalismo cooperativo global de resultado, em que o resultado é a efetividade dos direitos fundamentais³⁵), e entre estes e a *glocal/global governance* de cunho regulador, focando, principalmente, repita-se, as distintas formas de tomada das decisões e elaboração de normas (postas ou não). Sendo assim

O conceito de “Rough Consensus and Running Code” (RCRC) proposto aqui responde aos elementos estruturais do cenário regulatório contemporâneo, oferecendo um processo dinâmico de criação de normas misto, público-privado. O RCRC supera os obstáculos descritos para a efetiva criação de normas para as relações transnacionais, apresentando uma forma de legislar que não substitui, mas complementa, os modelos existentes de criação de normas, seja no estado-nação ou em nível internacional³⁶.

Conforme asseverado por Mange,³⁷ é possível afirmar que essa acepção do Direito Transnacional verifica-se como intermediária, ou seja, entre um conceito mais amplo, como o defendido por Jessup,³⁸ e outro que reconhece a existência de um sentido estrito, o qual admite haver uma ordem transnacional.

Postas tais realidades, o desafio epistemológico do estudo que se expõe não é simples, mas instigante, pois implica uma concepção metodológica pragmática de Direito Transnacional. Há que se ressaltar que se está diante de um processo de incidência imbricada de

distintos ramos do Direito, em um espaço normativo impregnado por inter-referências não apenas jurídicas, mas políticas, econômicas e socioculturais.

Esse espaço impõe ao DIPr da atualidade, outrossim, uma nova perspectiva teórica, valorada, para além da liberdade de agir, na igualdade material, acesso à justiça e devido processo legal³⁹, e baseada no pluralismo metodológico, que altera a sua tradicional concepção normativista, restritiva de seu objeto, para uma materialista que o amplia,⁴⁰ em uma abordagem (dita “pós-crítica”, “pós-moderna” etc.) que lhe contempla e confere uma faceta pública, em uma incidência conjugada com o Direito da Integração e o Constitucional, mediante também uma análise política da homogeneização, orientada pela busca de legitimidade em uma cidadania supra e transnacionalmente dimensionada⁴¹, sob uma acepção de *multitude* trabalhada por Hardt e Negri para expressar uma atual forma de soberania global.⁴²

Esse é o caso, por exemplo, do processo de integração sul-americano do MERCOSUL, e seu Acordo com a União Europeia, que contempla o tratamento de distintas temáticas setoriais, como, entre outras, a dos investimentos estrangeiros, do desenvolvimento sustentável e a governança global, desenvolvendo os aspectos de convergência das dimensões públicas e privadas do Direito Internacional, conformando-se na região formas regulatórias que vão além dos limites epistemológicos do Direito Internacional e apontam para um novel Direito Transnacional. A superação da dicotomia Público e Privado, somada à existência de um sistema multi-ator na ordem internacional, consente que se interprete o re-

publishing, 2010.

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Grandes temas do direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. Florianópolis: Millenium, 2009. p. 215-228.

³⁶ No original: “The concept of ‘Rough Consensus and Running Code’ (RCRC) proposed here responds to the structural elements of the contemporary regulatory landscape by offering a mixed, public-private, dynamic norm-creation process. RCRC overcomes the described obstacles to effective norm-creation for transnational relations by presenting a form of lawmaking, which does not replace but complements existing models of norm-creation, either on the nation-state or international-level”. CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010. p. 6.

³⁷ MANGE, Flávia Foz. As características do direito transnacional como metodologia: análise sob o enfoque dos aspectos processuais da arbitragem. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 125-144, 2016. p. 131. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4157/pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.

³⁸ JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

³⁹ RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 504-520, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4169/pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁴⁰ FERNANDÉZ ARROYO, Diego P. Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado. In: FERNANDÉZ ARROYO, Diego P. (coord.). *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 39-82. Disponível em: https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/6/INTERNACIONAL_PRIVADO/DERECHO_INTERNACIONAL_PRIVADO_DE_LOS_ESTADOS_DEL_MERCOSUR_-_arroyo_diego_fernando.pdf Acesso em: 22 abr. 2020.

⁴¹ TORELLY, Marcelo. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 20-46, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2990/2762>. Acesso em 22 mar. 2021.

⁴² HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ferido processo de integração sob novas possibilidades teóricas e metodológicas.

Nesse sentido, essa concepção metodológica pragmatista de Direito Transnacional, enquanto um processo normativo supranacional, é fundamento epistemológico para que se possa analisar, na subsequência dos estudos, a *glocal/global governance* regulatória e sua imbricação com a nova visão ampliada do objeto de estudos do DIPr, ainda mais quando considerada sua incidência conjugada com o Direito Constitucional, visto como um instrumento para a projeção supra e internacional das soberanias estatais, mediante os influxos de um constante dinamismo ideológico-cultural.

4 A governança glocal e global, a integração regional e o Direito Internacional Privado sob o enfoque do constitucionalismo cooperativo global como fundamentos de um Direito Transnacional

A governança glocal e global, inclusive quando devidamente internalizada e territorializada em âmbito nacional com respeito aos valores culturais de cada Estado-nação em busca da pacificação de seus conflitos sociais, conforme uma ótica de desenvolvimento sustentável alicerçado numa dita paz-como-governança,⁴³ procura regular, sob um dado modelo consensualmente estabelecido (ainda que fundado em padrões regulatórios de *soft law*)⁴⁴, as relações tanto privadas como públicas e, ainda, público-privadas (como se tem, *v. g.*, não apenas a partir dos Tratados, Acordos e Convenções Internacionais, mas, outrossim, de instrumentos inclusive de adesão voluntária, como a Agenda 2030 e o Pacto Global, da ONU, ou, ainda, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações

⁴³ RICHMOND, Oliver P. Para além da paz liberal?: respostas ao “retrocesso”. *Contexto Internacional*, v. 32, n. 2, p. 297-332, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://contextointernacional.iri.puc-rio.br/media/v32n2a02.pdf> Acesso em: 01 abr. 2021.

⁴⁴ OLSSON, Giovanni; LAVALL, Tuana Paula. Os limites e as possibilidades do Estado-nação na promoção do trabalho decente no marco da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 18, n. 28, p. 115-144, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2589/1096>. Acesso em: 01 abr. 2021.

Unidas - ou simplesmente Princípios Ruggie - e a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, da OIT).

Tal *glocal/global governance* almeja criar um substrato comum, de mínimos que atinjam as relações, inclusive de natureza contratual, ou seja, tanto dos ajustes privados como dos públicos - cujos contratos administrativos são vistos como a esfera de maior concreção de implementação das políticas públicas⁴⁵ -, em busca da efetivação dos direitos fundamentais daqueles interessados ou concernidos, estabelecendo-se como a objetivação de uma ética da responsabilidade, vista por Hans Jonas como um imperativo válido para as necessidades da sociedade contemporânea, devidamente orientadas para o futuro (também quanto às relações intergeracionais), encerrando um forte elemento de solidariedade⁴⁶, inclusive conforme já proposto por Comparato,⁴⁷ à luz do que bem lembrado por Canzi e Pereira⁴⁸.

Nesse sentido, a governança assume a condição de instrumento transnacional concertado capaz de regular e estabelecer a forma como os princípios e valores comuns aos Estados, supra e internacionalmente projetados como soberania constitucional globalizada⁴⁹ em *multitude* (com uma inerente capacidade de autogoverno dos setores concernidos, mediante atos multitudinários, de modo plural e em respeito às diversidades),⁵⁰ serão implementados - à luz de seus respectivos ordenamen-

⁴⁵ DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 249-275, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/267/632> Acesso em 01 abr. 2021.

⁴⁶ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 18, 39, 43-45.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia da Letras, 2008.

⁴⁸ CANZI, Idir; PEREIRA, Reginaldo. Risco e direito ambiental na sociedade informacional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., Florianópolis, 2011. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. 1. p. 2365-2383. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XX-encontro/Integra.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.

⁴⁹ VOIGT, Rüdiger. Quem é o soberano? Sobre um conceito-chave na discussão sobre o Estado. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 46, p. 105-113, jun. 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/34460/21371>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁵⁰ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

tos jurídicos em um fenômeno complementar⁵¹ e reflexivo de glocalização⁵² -, enquanto expressão de uma regulação híbrida, nos dizeres de Hoffmann-Riem,⁵³ na busca da afirmação e efetivação dos direitos humanos e/ou fundamentais e da harmonização das tensões que surgem diante das mudanças nas relações internacionais em função dos movimentos globalizantes de aproximação e distanciamento entre Estados, mesmo naqueles onde o nacionalismo é predominante e protecionista,⁵⁴ consoante uma concepção háberlesiana de um Direito Constitucional cooperativo.⁵⁵

Partindo dessa perspectiva, a governança seria um instrumento complementar de concreção do DIPr e do Direito Constitucional, segundo a concepção metodológica pragmatista do Direito Transnacional, que se desponta vocacionado à efetivação dos direitos humanos e/ou fundamentais em âmbito global e regional, o que significa dizer, por meio de um constitucionalismo transnacional corroborado em um processo de incidência conjugada do Direito da Integração com os atuais DIPr e Direito Constitucional em suas concepções mais congruentes ao regramento dessa realidade não apenas intergovernamental, mas também supranacional de Integração.

Independentemente da perspectiva teórica que se assumira, há, de fato, um progressivo processo de transferência para a ordem internacional de prerrogativas que historicamente eram próprias do Estado-nação.

Situações de normalidade mínima permitem que os processos de integração/globalização e as cooperações entre os Estados ocorram sem que os extremos estejam como opções à mesa, isto é, sem o extremo do universalismo utópico que crê em uma república mundial e no desaparecimento paulatino dos Estados, como também sem o extremo dos nacionalismos estatizantes que crê cegamente no Estado como único referencial político e normativo.

E, para fazer face a esse fenômeno, conforme já explicitado por Caldas e Tomaz,⁵⁶ há o vicejamento das redes protetivas de atuação regulatória autônoma em áreas não alcançadas, ou não atendidas no tempo necessário, pela legislação estatal - atuação, esta, vista como “governança sem governo”⁵⁷ ou, simplesmente, autorregulação -, se expressando sob as mais variadas organizações não governamentais, em uma multiplicidade de esforços e fontes⁵⁸, em cujo contexto, impregnado pela concepção de Estado constitucional cooperativo⁵⁹ e de uma cidadania de extensão internacional,⁶⁰ evidencia a ação de distintos atores em setores variados⁶¹, tais quais, a ecologia (Greenpeace), a defesa dos direitos humanos (Anistia Internacional), a promoção da saúde (Médicos Sem Fronteiras), como também a promoção do investimento, comércio e concorrência transnacional (Câmara de Comércio Internacional; OCDE; UNIDROIT),

⁵¹ KJAER, Poul Fritz. A função da legitimação na governança transnacional. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 177-196, nov./dez. 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3364/pdf> Acesso em: 10 jun. 2020.

⁵² LOURENÇO, Nelson. Globalização e glocalização: o difícil diálogo entre o global e o local. *Mulemba - Revista Angolana de Ciências Sociais*, Luanda, v. 4, n. 8, p. 17-31, nov. 2014. Disponível em: <https://journals.openedition.org/mulemba/203>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁵³ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 529-554, jun. 2019. Disponível em: http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1048/Ajuris_146%20-%20DT20. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁵⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Governança glocal/global deliberativa hacia la normativización democrática: la necesidad de legitimidad en compatibilización de las medidas pandémicas de excepción vs derechos humanos. *Opinión Jurídica*, v. 19, n. 40, p. 393-419, 2020. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3585/3136>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁵⁵ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁵⁶ CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Efetividade dos direitos humanos e democracia: a soberania constitucional cooperativa entre a ordem estatal e a ordem internacional na sociedade do risco e da informação. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, n. 29, p. 49-76, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3292/1189>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁵⁷ ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Ed. Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 11-46.

⁵⁸ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 529-554, jun. 2019. Disponível em: http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1048/Ajuris_146%20-%20DT20. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁵⁹ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁶⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁶¹ TORELLY, Marcelo. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 20-46, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2990/2762>. Acesso em: 22 mar. 2021.

a revelar uma nova forma de multilateralismo, o *multi-stakeholderism*,⁶² o qual, embora não substitua as formas tradicionais multilaterais, as complementa, garantindo estruturas de governança mais inclusivas, de acordo ao que informam Olsson e Lavall⁶³, externando, tal conjunto, uma nova forma de soberania global acima referida, a *multitude*.

Logo, o Direito da Integração também se ocupa do DIPr e da *glocal/global governance*, com eles se relacionando em uma interface com o Direito Constitucional. Sob esta perspectiva, cada bloco econômico vai abordar o tema da resolução do conflito de leis, do conflito de jurisdição e da cooperação jurídica internacional, principais objetos do atual Direito Internacional Privado conjugado à governança regulatória e ao Direito Constitucional, conforme as regras de fonte convencional autônoma que são criadas pelo Direito da Integração, por sua vez, também a partir da sistemática adotada pela região integrada.

Isso faz com que o próprio Direito da Integração imponha limites ao poder legislativo nacional,⁶⁴ quando, por meio dos órgãos que compõem um esquema integrado, cria regras para normatizar as situações privadas que transcendem as fronteiras nacionais e se circunscrevem ao território abarcado por determinado bloco econômico.

Essa normatização poderá ter como base um modelo pautado na supranacionalidade - no qual os Estados delegam parcela de suas competências soberanas em favor de órgãos supranacionais, encarregados, por exemplo, de legislar⁶⁵ - ou na intergovernamentalidade, na qual não há que se falar de competências soberanas compartilhadas.

Como paradigma do primeiro modo de normatização jurídica, há a União Europeia, que, desde décadas atrás, tem abordado a temática das relações privadas com elementos de estrangeiria, precipuamente por meio de convenções internacionais e, desde a comunitarização ou europeização⁶⁶, promovida pelo Tratado de Amsterdam⁶⁷, de 1997, por meio de regulamentos, uma espécie normativa própria do bloco, aprovada em procedimento de codecisão (hoje chamado de procedimento legislativo ordinário) entre o Parlamento Europeu e o Conselho, instituições que representam, respectivamente, os cidadãos europeus e os Estados.

Esses regulamentos, uma vez publicados no Diário Oficial da União Europeia e esperado o decurso de 20 (vinte) dias, entram em vigência, automaticamente, e gozam de primazia sobre o Direito interno dos Estados, devendo prevalecer, caso haja conflito de fontes, revelando um claro abandono dos postulados clássicos do DIP, especificamente do Direito dos Tratados, para optar por um instrumental mais ágil e adequado ao modelo de normatização jurídica adotado, que permite a tomada de decisões e aplicação de regras de maneira

⁶² BENEDEK, Wolfgang. Multi-stakeholderism in the development of International Law. In: FASTENRATH, Ulrich *et al.* (ed.). *From bilateralism to community interest: essays in honour of Judge Bruno Simma*. New York: Oxford University Press, 2011. 201-210.

⁶³ OLSSON, Giovanni; LAVALL, Tuana Paula. Os limites e as possibilidades do Estado-nação na promoção do trabalho decente no marco da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 18, n. 28, p. 115-144, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2589/1096>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁶⁴ Conforme esclarece a doutrina: “si el discurso ‘nacionalista’ del DIPr tenía su punto de partida en la noción de soberanía legislativa, es lógico que deba ser actualizado a la luz, precisamente, de la competencia reconocida a los órganos de algunos sistemas de integración para elaborar normas de DIPr, ya sea mediante cesión de soberanía (caso europeo, supranacional) o sin ella (caso mercosureño, intergubernamental).” FERNANDÉZ ARROYO, Diego P. *Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado*. In: FERNANDÉZ ARROYO, Diego P. (coord.). *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 39-82. Disponível em: https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/6/INTERNACIONAL_PRIVADO/DERECHO_INTERNACIONAL_PRIVADO_DE_LOS_ESTADOS_DEL_MERCOSUR_-_arroyo_diego_fernando.pdf Acesso em: 22 abr. 2020. p. 65.

⁶⁵ DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação do direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3710/pdf> Acesso em: 01 abr. 2021.

⁶⁶ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

⁶⁷ Cabe destacar que o Tratado de Amsterdam fez com que o pilar intergovernamental referente à cooperação em matéria de justiça e assuntos internos, passasse a constituir matéria de interesse comunitário da União Europeia. A partir de então, a União Europeia assumiu competência normativa nesta esfera, incluída aqui a cooperação judicial em matéria civil, objeto do DIPr, regulando-a por meio dos instrumentos próprios da integração europeia, a fim de estabelecer um vínculo entre a cooperação referida e a livre circulação de pessoas, elementos indispensáveis para a consecução do “espaço de liberdade, segurança e justiça.” VIEIRA, Luciane Klein. *Protección internacional del consumidor: procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos*. Buenos Aires/Montevidео: BdeF, 2013. p. 144-145.

mais rápida e sem qualquer possibilidade de discussão sobre a hierarquia de fontes, no Direito interno.

Sob essa perspectiva, como exemplos do processo de comunitarização referido, pode-se citar a Convenção de Roma, de 1980, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, que foi convertida, posteriormente, no Regulamento n.º 593/2008, também conhecido como Regulamento Roma I, bem como a Convenção de Bruxelas, de 1968, relativa à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, convertida no Regulamento n.º 44/2001 (Regulamento Bruxelas I), substituído posteriormente pelo Regulamento n.º 1215/2012, também chamado de Regulamento Bruxelas I *bis*, instrumentos, estes, destinados a normatizar, respectivamente, o conflito de leis e o conflito de jurisdição (acompanhado, este último, da cooperação jurídica internacional).

Em relação ao sistema de normatização intergovernamental, temos o exemplo do MERCOSUL, bloco econômico integrado pela Argentina, Brasil, Paraguai, Venezuela e Uruguai. Desde os seus primórdios, o MERCOSUL tem sido um foro regional produtor de normas de DIPr, que são aprovadas por meio de Decisões do Conselho do Mercado Comum (CMC), órgão integrado pelos Ministros de Relações Exteriores e também pelos Chefes de Estado.

Tais decisões, nesse caso, contemplam textos de tratados internacionais que foram aprovados em reuniões de cúpula e que necessitam ser ratificados e internalizados ao Direito de cada Estado para que possam adquirir vigência internacional e interna, não gozando de supremacia com relação ao Direito de fonte interna, o que evidencia o distanciamento entre os blocos em análise, sob a perspectiva do DIPr em cotejo com a sistemática adotada pela normatização jurídica da região integrada, mas que permite concluir que, tanto num caso como em outro, opta-se por instrumentos de *hard law* para regular a matéria.

Nesse sentido, pode-se trazer à colação alguns tratados aprovados no âmbito mercosulino, os quais se debruçam sobre os principais objetos do DIPr, a exemplo do Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (1992), do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (1994), do Protocolo de São Luiz sobre Responsabilidade Civil Procedente de Acidentes de Trânsito

entre os Estados Partes do MERCOSUL (1996), do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional (1998), entre tantos outros.⁶⁸

Nessa atual contextualização global em que se tem uma crescente redefinição do conceito clássico de territorialidade, é que o DIPr, unido ao Direito Constitucional e da Integração, devidamente potencializados por uma glocal e global governança regulatória resiliente e responsiva, assim sob um constitucionalismo visto enquanto cooperativo transnacional, ganha novos foros e dimensões, adquirindo uma amplitude para além da mera resolução de conflitos de jurisdição e de leis passíveis de teórica aplicação (intersistematicidade) a uma determinada relação ou situação jurídica privada em dado espaço territorial.

Revela-se, de tal modo, como um instrumental capaz de atender a novos arranjos e anseios multiconectados, hipercomplexos e heterárquicos⁶⁹ da sociedade contemporânea do risco e da informação, em um Direito Transnacional (repita-se, visto enquanto uma metodologia pragmatista) que não se insere em somente um *standard* privado ou público, normatizando, entre outros exemplos inseridos em uma acepção mais *lata* de *multitude*: as intrincadas transações de cunho jurídico que envolvem os investimentos transnacionais entre os Estados que os sediam e os respectivos investidores que os firmam; o trato discriminatório atribuído aos estrangeiros em distintos países em razão de suas nacionalidades e/ou residência; a situação jurídica dos ditos “refugiados climáticos”; os contratos de consumo transnacionais celebrados em ambientes ou plataformas virtuais; a união de esforços entre distintos Estados com o objetivo de lograr o regresso de menores indevidamente retirados das localidades em que habitualmente residem; o enfrentamento da corrupção transnacional e o desvio de recursos financeiros (como a “lavagem de dinheiro”); a resolução dos conflitos privados por intermédio de mecanismos distintos (como a transação, conciliação, mediação e arbitragem, inclusive internacional); e a pre-

⁶⁸ Para uma análise crítica relativa à forma de aplicação dos tratados referidos, no Direito interno dos Estados que integram o MERCOSUL, ver: SCOTTI, Luciana Beatriz; VIEIRA, Luciane Klein. *El derecho internacional privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los estados partes*. Asunción: Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, 2020. Disponível em: https://tprmercosur.org/pt/activ/2020_dic_DIP_Mercosur.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

servação da liberdade de expressão e, ainda, da própria identidade cultural das pessoas que vivem em sociedade, num verdadeiro exercício de tolerância.

5 Considerações finais

É inegável o vínculo estreito existente entre as matérias jurídicas imbricadas neste estudo, que, ao mesmo tempo em que são permeadas pela governança glocal/global e regional, pertencem a distintos sistemas jurídicos - autônomos e complexos - que dialogam entre si, numa perspectiva de coerência e complementariedade, mas que têm ao norte os postulados comuns do Direito Transnacional, entre eles, a proteção da pessoa humana.

Especificamente com relação à inter-relação entre o Direito Constitucional, o DIPr e o Direito da Integração, observa-se um profícuo diálogo das fontes no qual não é mais possível se desvincular, ou até mesmo se fragmentar, o estudo destas disciplinas jurídicas em evidência, na medida em que umas com as outras se entrelaçam, de forma reflexiva, em seus âmbitos nacional, regional e internacional/global, criando uma governança de Direito Transnacional na integração, mediante um processo jurídico transnacional surpreendido por uma metodologia pragmatista pautada na solidariedade entre os Estados e na projeção de uma soberania cooperativa exercida por atos multitudinários (*multitude*), comprometida com a realização dos direitos fundamentais e/ou direitos humanos.

Nos espaços integrados, independentemente do modelo de normatização jurídica regional adotado - seja ele supranacional ou intergovernamental -, o DIPr tem sido objeto de regramento comum, motivado, justamente, pela aproximação entre particulares - promovida pelas liberdades de circulação (mercadorias, pessoas, serviços e capitais em investimentos) - e pela necessidade de se abarcar a maior parte das relações jurídicas com elementos de internacionalidade, as quais se mostram derivadas das oportunidades geradas nos âmbitos integrados e que não estão contempladas pelas normativas nacionais, a partir de um constitucionalismo cooperativo global, dinamizado por um processo concertado ideológico-social, em exercício da *multitude*.

O DIPr da atualidade, assim, mostra-se inserido numa nova perspectiva teórica e valorativa, para além da liberdade de agir na igualdade material, acesso à justiça

e devido processo legal, baseando-se em um pluralismo metodológico mais materialista e menos normativista em sua concepção tradicional e restritiva de seu objeto, galgando uma faceta pública com a incidência conjugada do Direito da Integração e Constitucional, revelando-se, pois, politicamente homogeneizante e legitimado por uma cidadania supra e transnacionalmente dimensionada em *multitude*, a também expressar uma atual forma de soberania global.

Nessa trama global “pós-modernidade”, a *glocal/global governance* afigura-se como um instrumento regulador transnacional híbrido e concertado que encerra os princípios e valores comuns aos Estados, projetados supra e internacionalmente como expressão da soberania constitucional cooperativa em *multitude*, mediante atos multitudinários implementados de forma complementar e reflexiva, colimando a afirmação e efetivação dos direitos humanos e/ou fundamentais em pacificação dos conflitos aos quais aplicada.

Não obstante, apesar das diferenças promovidas pelos distintos modelos de integração adotados por parte de cada bloco econômico - que impactam na hierarquia da norma produzida e, portanto, na respectiva aplicação deste Direito -, tanto o MERCOSUL (intergovernamental) quanto a União Europeia (supranacional) vêm optando por mecanismos de *hard law* (tratado e regulamento, respectivamente) para atribuir obrigatoriedade às regras por si produzidas, seja em termos de conflito de leis, de jurisdição ou de cooperação jurídica internacional, a fim de solucionar os casos *ius privatistas* que transcendem as fronteiras nacionais, num claro esforço para a proteção do destinatário da integração e para a satisfação do direito envolvido.

Somente o futuro dirá se tal opção, verificada nos processos de integração do MERCOSUL e da União Europeia, por mecanismos de *hard law* (tratado e regulamento, respectivamente) poderá ser mais intensamente complementada pelos demais mecanismos regulatórios de *glocal/global governance* advindos do processo jurídico transnacional, e sua metodologia pragmatista ancorada na solidariedade entre os Estados e na projeção de uma soberania cooperativa multitudinária, como forma de superação dos conflitos típicos e cada vez mais desafiantes da globalizada sociedade contemporânea.

Referências

- ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes. O grito: globalização, retrocesso ou... diálogos possíveis acerca da integração, da sustentabilidade e da democracia. In: MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; BRAGA, Sérgio Pereira (org.). *Globalização, desenvolvimento sustentável e efetividade da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 40-50.
- ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; NOHARA, Irene Patrícia. Globalização e sustentabilidade no Poder Judiciário: desafios para uma visão crítica da complexidade. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., Florianópolis, 2011. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. 1, p. 303-318. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- BALASSA, Bela. *Teoria da integração econômica*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1973.
- BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raiser Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4155/pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.
- BECK, Ulrich. The cosmopolitan state: redefining power in the global age. *International Journal of Politics, Culture, and Society*, New York, v. 18, n. 3/4, p. 143-159, 2005. Disponível em: <https://equilibrium0.files.wordpress.com/2011/05/beck2006.pdf> Acesso em: 02 abr. 2021.
- BENEDEK, Wolfgang. Muti-stakeholderism in the development of International Law. In: FASTENRATH, Ulrich *et al.* (ed.). *From bilateralism to community interest: essays in honour of Judge Bruno Simma*. New York: Oxford University Press, 2011. 201-210.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; LOPES, Cristina Araujo. A energia nuclear no contexto do sistema de informação global, regional, nacional e local: a governança regulatória participativa/deliberativa dos rejeitos nucleares versus as síndromes NIMBY e TINA. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, Curitiba, v. 1, n. 58, p.688-740, jan./mar. 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5098/371373143>. Acesso em: 01 abr. 2021.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Efetividade dos direitos humanos e democracia: a soberania constitucional cooperativa entre a ordem estatal e a ordem internacional na sociedade do risco e da informação. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, n. 29, p. 49-76, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3292/1189>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- CALLIESS, Graft-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010.
- CANZI, Idir; PEREIRA, Reginaldo. Risco e direito ambiental na sociedade informacional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., Florianópolis, 2011. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. 1, p. 2365-2383. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia da Letras, 2008.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 249-275, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/267/632> Acesso em 01 abr. 2021.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação do direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3710/pdf> Acesso em: 01 abr. 2021.
- FERNANDÉZ ARROYO, Diego P. Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado. In: FERNANDÉZ ARROYO, Diego P. (coord.). *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía, 2003. p. 39-82. Disponível em: <https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/6/>

- INTERNACIONAL_PRIVADO/DERECHO_INTERNACIONAL_PRIVADO_DE_LOS_ESTADOS_DEL_MERCOSUR_-_arroyo_diego_fernando.pdf Acesso em: 22 abr. 2020.
- HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 529-554, jun. 2019. Disponível em: http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1048/Ajuris_146%20-%20DT20. Acesso em: 01 abr. 2021.
- JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado*: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.
- JAYME, Erik; NYGH, Peter Edward. *Identité culturelle et intégration*: le droit international privé postmoderne: cours general de droit international privé. The Hague; Boston, Mass.; London: M. Nijhoff, 1996.
- JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- KJAER, Poul Fritz. A função da legitimação na governança transnacional. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 177-196, nov./dez. 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3364/pdf> Acesso em: 10 jun. 2020.
- KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-207, 1996. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers Acesso em: 22 mar. 2021.
- LOURENÇO, Nelson. Globalização e glocalização: o difícil diálogo entre o global e o local. *Mulemba - Revista Angolana de Ciências Sociais*, Luanda, v. 4, n. 8, p. 17-31, nov. 2014. Disponível em: <https://journals.openedition.org/mulemba/203>. Acesso em: 01 abr. 2021.
- LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad*: de la unidad a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- MANGE, Flávia Foz. As características do direito transnacional como metodologia: análise sob o enfoque dos aspectos processuais da arbitragem. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 125-144, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4157/pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Grandes temas do direito administrativo*: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Millenium, 2009. p. 215-228.
- OLSSON, Giovanni; LAVALL, Tuana Paula. Os limites e as possibilidades do Estado-nação na promoção do trabalho decente no marco da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 18, n. 28, p. 115-144, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2589/1096>. Acesso em: 01 abr. 2021.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 504-520, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4169/pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- RICHMOND, Oliver P. Para além da paz liberal?: respostas ao “retrocesso”. *Contexto Internacional*, v. 32, n. 2, p. 297-332, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://contextointernacional.iri.puc-rio.br/media/v32n2a02.pdf> Acesso em: 01 abr. 2021.
- ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (org.). *Governança sem governo*: ordem e transformação na política mundial. Brasília: Ed. Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 11-46.
- SCOTTI, Luciana Beatriz; VIEIRA, Luciane Klein. *El derecho internacional privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los estados partes*. Asunción: Se-

- cretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, 2020. Disponível em: https://tprmercotur.org/pt/activ/2020_dic_DIP_Mercotur.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, p. 141-166, 2016.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito público transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, p. 400-429, 2014.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. La méthode en droit constitutionnel comparé: propositions pour une méthodologie constitutionnelle comparative. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, n. 1, p. 217-234, jan./fev. 2019.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. v. 9. p. 9-32.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Governança glocal/global deliberativa hacia la normativización democrática: la necesidad de legitimidad en compatibilización de las medidas pandémicas de excepción vs derechos humanos. *Opinión Jurídica*, v. 19, n. 40, p. 393-419, 2020. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3585/3136>. Acesso em: 01 abr. 2021.
- TORELLY, Marcelo. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 20-46, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2990/2762>. Acesso em 22 mar. 2021.
- TRIVINHO, Eugênio. Introdução à dromocracia ciber-cultural: contextualização sociodromológica da violência invisível da técnica e da civilização mediática avançada. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 28, p. 63-78, set./dez. 2005. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3338/2595>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- VIEIRA, Luciane Klein. *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*. Buenos Aires: La Ley, 2017.
- VIEIRA, Luciane Klein. Os impactos da COVID-19 na livre circulação de pessoas: o caso do MERCOSUL. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 97-118.
- VIEIRA, Luciane Klein. *Protección internacional del consumidor*: procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos. Buenos Aires/Montevidео: BdeF, 2013.
- VIEIRA, Luciane Klein; NASCIMENTO, Maria Cândida Simon Azevedo. Cooperativo, transnacional e regulador: o esquema de integração como um (novo) paradigma para a teoria do Estado. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 118, p. 365-401, jan./jun. 2019.
- VOIGT, Rüdiger. Quem é o soberano? Sobre um conceito-chave na discussão sobre o Estado. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 46, p. 105-113, jun. 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/34460/21371>. Acesso em: 01 abr. 2021.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Proteção da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia: análise da indústria farmacêutica
Protection of innovation through the application of European Union Competition Law: analysis of the pharmaceutical industry

Pablo Leurquin

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

Proteção da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia: análise da indústria farmacêutica*

Protection of innovation through the application of European Union Competition Law: analysis of the pharmaceutical industry

Pablo Leurquin**

Resumo

A oposição entre a defesa da concorrência e os direitos de propriedade intelectual, ou a abstrata complementariedade entre essas normas jurídicas, não são suficientes para resolver os desafios da interface entre esses ramos do Direito. Entende-se que esses desafios devem ser avaliados em setores específicos e em um determinado ordenamento jurídico. O objetivo deste artigo é investigar como o Direito da Concorrência da União Europeia tem sido aplicado para punir comportamentos abusivos de empresas detentoras de direitos de propriedade intelectual. A indústria farmacêutica foi selecionada para ser analisada, sobretudo, por causa da recorrente instrumentalização das patentes para excluir a entrada de genéricos no mercado. Realizou-se levantamento dos principais julgados de órgãos europeus de defesa da concorrência, com intuito de avaliar as suas contribuições na proteção da inovação. Constatou-se que o modelo europeu consolidou a importância das autoridades de defesa da concorrência em casos envolvendo direitos de propriedade intelectual.

Palavras-chave: Direito da Concorrência da União Europeia; direito econômico; propriedade intelectual; proteção da inovação; indústria farmacêutica.

Abstract

The opposition between the safeguarding of competition and intellectual property rights, or the abstract complementarity of these set of legal norms, are not sufficient to solve the challenges of the interface between these branches of law. These challenges must be assessed in specific sectors and in a specific legal system. The purpose of this article is to investigate how European Union Competition Law has been applied to punish abusive behavior by companies with intellectual property rights. The pharmaceutical industry was analyzed, mainly due to the recurrent use of patents to exclude the entry of generic brands in the market. An analysis of the main judgments of European competition agencies was carried out, with the aim of evaluating their contributions to the protection of innovation. All the evi-

* Recebido em 03/05/2021
Aprovado em 21/07/2021

** Doutor em Direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade Federal de Minas Gerais, em cotutela. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor Adjunto na Universidade Federal de Juiz de Fora - campus Governador Valadares.
E-mail: pabloleurquin@gmail.com

dence suggests that the European model consolidated the importance of competition authorities in cases involving intellectual property rights.

Keywords: European Union Competition Law; economic law; intellectual property; protection of innovation; pharmaceutical industry.

1 Introdução

Os direitos de propriedade intelectual são comumente considerados como uma das técnicas jurídicas mais eficazes para incentivar o processo contínuo de inovação. Essa compreensão reforça uma questionável hegemonia no que diz respeito à proteção, quase que absoluta, da exclusividade decorrente da referida tutela jurídica. A crescente quantidade de direitos de propriedade intelectual não significa, entretanto, o aumento da inovação.

Os últimos anos têm permitido um olhar renovado sobre as consequências dos direitos de propriedade intelectual sobre a inovação¹. Entre os motivos desse questionamento, está, por exemplo, a importância do paradigma *open source*², que tem promovido inovações tão ou mais relevantes do que aquelas classicamente protegidas pelos direitos de propriedade intelectual³.

¹ Sobre a relação entre o Acordo TRIPS e o fomento e difusão de inovação tecnológica, ver: SILVA, Tatianna Mello Pereira da. Acordo TRIPS: one-size-fits-all? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 57-70, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1987/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021. Sobre os desdobramentos da referida proteção internacional da propriedade intelectual no desenvolvimento do Brasil, ver: SEGALA, Michele M.; GREGORI, Isabel Christine S. de. Os reflexos da proteção internacional da propriedade intelectual para o desenvolvimento interno: uma análise sobre o sistema patentário brasileiro e a transferência de tecnologia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 524-535, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4678/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

² “As licenças open source são compreendidas como uma licença de direito do autor, associada a uma licença de patente, com o objetivo de difundir e explorar o conhecimento. Portanto, uma licença open source não constitui apenas a precisão do acesso ao código-fonte, ela representa, igualmente, um modelo sobre as condições ofertadas ao licenciado”. LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo direito da concorrência*. Belo Horizonte: Expert, 2021. p. 34.

³ HILTY, Reto M. La limitation de la propriété intellectuelle comme moyen d’encourager l’innovation. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé: mélanges en l’honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*. Paris: Lexis Nexis, 2013. p. 201-220. p. 208.

Frisa-se também que direitos de propriedade intelectual têm sido utilizados como parâmetros por investidores, valorizando as ações das empresas detentoras dos ditos direitos, independentemente da comercialização dos “novos” produtos. Além disso, os direitos de propriedade intelectual também funcionam para dissuadir a entrada de novos concorrentes⁴. Ou seja, a gestão contemporânea da política de propriedade intelectual pode gerar distorções das mais diferentes naturezas, entre as quais está também as de dimensão concorrencial.

Existe uma narrativa amplamente difundida de que o Direito da Concorrência não deve intervir em casos que envolvam os ditos direitos. As exceções desse entendimento costumam seguir a linha de argumentação da teoria das infraestruturas essenciais. Essa teoria foi formulada com base nos problemas com o acesso à infraestrutura ferroviária nos EUA, no início do século XX. A aplicação dessa construção permite identificar se um detentor de um determinado recurso deve garantir o acesso a seus concorrentes, no caso desse recurso ser indispensável a estes para o exercício de sua atividade⁵.

Apesar de se reconhecer a importância da Teoria das Infraestruturas Essenciais, a sua aplicação no campo dos direitos de propriedade intelectual é polêmica. Ademais, há relevante divergência quanto à incorporação da dita teoria no Direito da Concorrência da União Europeia, uma vez que, nesses tipos de casos, utilizam-se outras construções teóricas e jurisprudenciais. Um exemplo desses outros percursos argumentativos foi a condenação da Microsoft, em 2007, que ocorreu ancorada nos efeitos anticoncorrenciais da recusa de contratar e da venda casada⁶.

O objetivo deste artigo é investigar como o Direito da Concorrência da União Europeia tem sido aplicado para revelar comportamentos abusivos de empresas detentoras de direitos de propriedade intelectual. Para

⁴ DOSI, Giovanni; MARENGO, Luigi; PASQUALI, Corrado. How much should society fuel the greed of innovators? On the relations between appropriability, opportunities and rates of innovation. *Research Policy*, v. 35, n. 8, p. 1110-1121, 2006. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/89527/1/51846122X.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019. p. 1115.

⁵ DEZOBRY, Guillaume. Facilités essentielles. In: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*. Paris: Lexis Nexis, 2016. p. 330.

⁶ Para uma análise da decisão do caso Microsoft, ver: LEURQUIN, Pablo. A importância do caso Microsoft na modernização do Direito da Concorrência da União Europeia. In: ARAÚJO, Francisco Marcos de; SALDANHA, Ana Clara Bezerra de Góis; AMARAL, Maria Teodora Rocha Maia (orgs.). *O direito e as novas tecnologias na sociedade da informação*. São Paulo: Dialética, 2021. No prelo.

escapar dos argumentos abstratos de complementariedade ou oposição desses ramos do direito, optou-se por analisar apenas o setor farmacêutico. A investigação se ancorou nas decisões das autoridades da União Europeia e da *Autorité de la Concurrence*, órgão francês responsável pela defesa da concorrência. Pretende-se, assim, explorar as peculiaridades do modelo europeu, demonstrando que este tem sido aplicado sem obrigatoriamente recorrer à teoria norte-americana das infraestruturas essenciais.

As reiteradas condenações de empresas na indústria farmacêutica também chamam atenção por ser um setor no qual incide uma série de normas jurídicas decorrentes da regulação econômica setorial, de direitos de propriedade intelectual e de Direito da Concorrência. Essas intervenções concorrenciais exploradas, nos casos selecionados, tratam de empresas detentoras de patentes de medicamentos que agiram para dificultar ou impedir a entrada de seus genéricos nos mercados. Para alcançar o objetivo do presente artigo, este foi dividido em quatro seções.

Na primeira seção, o papel do Direito da Concorrência da União Europeia para a proteção da inovação será elucidado com base na modernização das referidas normas, que ocorreu em duas etapas. A primeira, em 2003, relativa ao domínio do controle dos acordos, com o Regulamento n. 1/2003 do Conselho da União Europeia. A segunda, relativa ao domínio das práticas unilaterais, com orientações de 2009, da Comissão Europeia para aplicação do art. 82, do Tratado das Comunidades Europeias (atual art. 102). Esses dois momentos representaram a consolidação de uma abordagem ancorada na tradição europeia, mas atualizada com os aportes da Economia Industrial contemporânea. As duas etapas de modernização reforçaram o papel da proteção da inovação e esta passou a ser ainda maior em relação à intervenção concorrencial⁷.

Nas segunda e terceira seções, as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no caso AstraZeneca e Servier, serão respectivamente analisadas. Essas condenações evidenciam as limitações das autoridades responsáveis por conceder direitos de proprieda-

de intelectual para a avaliação da instrumentalização dos ditos direitos para finalidades anticoncorrenciais.

Na quarta seção, a decisão da Autoridade da Concorrência francesa no caso Buprenorfina será examinada. Frisa-se que o referido órgão não é propriamente do Direito da União Europeia. Entretanto, a escolha desse julgado se justifica por representar um avanço do paradigma adotado com base na modernização, indo além da própria Comissão da União Europeia ao condenar utilizar o Direito da Concorrência para punir a depreciação de concorrentes.

2 Papel do Direito da Concorrência da União Europeia para a proteção da inovação

A integridade do mercado interno europeu é um elemento central no pacto jurídico-político da União Europeia⁸. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) dedica título específico, na parte que versa acerca das políticas e ações internas da União Europeia, para abordar o tema do mercado interno, que é conceituado como “um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados” (art. 26, 2º). Conforme dispõe o referido dispositivo, é de competência da União Europeia adotar “as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento” (art. 26, 1º).

Essa compreensão jurídica do mercado permite entender que este não é visto como uma ordem natural da economia, considerando-se que o Direito tem especial relevância para a concepção e a proteção de suas finalidades públicas e privadas. Importa frisar, também, que o modelo europeu não entende a concorrência como um fim em si mesmo. Ou seja, a aplicação do Direito da Concorrência admite outras considerações de interesse público e voltadas à promoção de direitos fundamen-

⁷ LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo direito brasileiro da concorrência e diálogo com o direito da União Europeia*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 2018.

⁸ Para uma análise da teoria jurídica da integração regional e da experiência da União Europeia, ver: DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3710/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

tais⁹. É importante destacar que as normas de Direito da Concorrência da União Europeia têm como finalidade o fortalecimento do próprio mercado interno europeu. Portanto, o art. 101 e seguintes tratam das regras comuns de concorrência, estabelecendo os parâmetros para avaliação da compatibilidade dos atos das empresas com o próprio mercado interno.

A modernização mais recente do Direito da Concorrência da União Europeia procurou responder determinadas críticas ao modelo europeu, especialmente no que diz respeito ao fato de ele ser demasiadamente formalista. Para tanto, foram incorporados alguns aportes da Economia Industrial contemporânea, mas sem perder de vista a própria tradição jurídico-política do Direito da União Europeia.

As origens da Economia Industrial (*Industrial Organization*) remontam a uma tradição inaugurada com os trabalhos dos “engenheiros-economistas” Antoine Augustin Cournot e Jules Dupuit. Em seguida, essa teoria foi desenvolvida pela aplicação do Sherman Act e legislações seguintes. Esse ramo da economia ganhou nova força com o modelo da Escola de Harvard de “Estrutura-Condução-Desempenho”, que se filia à tradição iniciada por Joe Bain, posteriormente desenvolvida por F. M. Scherer. Sua forte influência na formulação da política concorrencial estadunidense durou até a ascensão da Escola de Chicago, em meados da década de 1970, a qual manteve sua hegemonia até a crise de 2008¹⁰.

Um dos maiores expoentes da Economia Industrial contemporânea é o economista francês Jean Tirole, vencedor do Prêmio Nobel de Economia, alcançado em 2014. Ele contribuiu, significativamente, para a reformulação da atuação das autoridades concorrenciais europeias, especialmente em casos envolvendo acordos verticais; colusão tácita e coordenada; concentrações horizontais; mercados de dois lados e plataformas de intermediação; e patentes e suas interseções com concorrência. Esses aportes teóricos permitiram que as autoridades europeias lançassem um olhar crítico às estratégias dos novos monopólios da Economia da Infor-

mação e de empresas detentoras de direitos de propriedade intelectual, notadamente no setor farmacêutico¹¹.

Uma das principais contribuições da modernização do Direito da Concorrência da União Europeia foi a renovada importância dada à punição de estratégias de empresas que tentam manter artificialmente sua posição no mercado, considerando-se que colocou a proteção da inovação dos concorrentes no centro da análise. A referida modernização também permitiu um novo olhar sob a abusividade de estratégias comerciais e de exercício de direitos de propriedade intelectual, muitas vezes vistos como inofensivos ou mesmo parte da própria dinâmica concorrencial. Em decorrência desse processo, percebe-se uma relevante originalidade da perspectiva europeia sobre a importância da aplicação do Direito da Concorrência para a consolidação de estruturas econômicas conducentes à inovação¹².

A originalidade dessa experiência somente pode ser compreendida se o modelo europeu for comparado sucintamente com o norte-americano. Convém destacar que a disputa entre o modelo europeu e estadunidense percorre diversos temas no Direito da Concorrência, entre os quais, está a definição do papel do Estado no combate às práticas anticoncorrenciais. A trajetória da aplicação do *Antitrust Law* estadunidense, sobretudo sob a influência da Escola de Chicago, consolidou uma tendência de impunidade de empresas em posição dominante que põem em prática estratégias para excluir seus competidores. De acordo com Joseph Stiglitz:

a influência da Escola de Chicago não pode ser subestimada. Mesmo quando existem infrações óbvias — como as predatórias atribuições de preços, em que uma empresa baixa os seus preços para expulsar um concorrente, e depois usa esse poder de monopólio para tornar a aumentar os preços —, elas são difíceis de processar. A economia da Escola de Chicago defende que os mercados são supostamente competitivos e eficientes. Se a entrada nos mercados fosse fácil, a empresa dominante não ganharia nada em afastar uma rival, uma vez que a empresa

¹¹ LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo direito brasileiro da concorrência e diálogo com o direito da União Europeia*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 2018. p. 167 e s.

¹² Sobre a modernização do Direito da Concorrência da União Europeia, com especial ênfase na importância renovada dada à teoria dos efeitos, ver: JAEGER JÚNIOR, Augusto; JORGE, Mariana Sebalhos. O caso interl: o impacto na evolução da teoria dos efeitos no direito da concorrência da União Europeia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 269-287, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5655/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

⁹ IDOT, Laurence. *Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence*. *Concurrences*, n. 4, 2012. p. 167.

¹⁰ Para uma análise da relação entre a Economia Industrial contemporânea, também chamada de Nova Economia Industrial, e o Movimento Pós-Chicago no Direito da Concorrência: LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo direito da concorrência*. Belo Horizonte: Expert, 2021. p. 219 e s.

afastada seria rapidamente substituída por outra. Porém, na realidade, a entrada não é assim tão fácil, e é um facto que os comportamentos predatórios são frequentes¹³.

O modelo norte-americano tem se caracterizado pela maior liberdade às empresas em posição dominante, com base no entendimento segundo o qual esses agentes econômicos estariam mais próximos aos interesses dos consumidores, e uma intervenção concorrencial desencorajaria investimentos e inovações¹⁴. O modelo europeu, por sua vez, tem como uma das principais características a consolidada intervenção no eixo das práticas anticoncorrenciais, também conhecidas como abusos de posição dominante¹⁵. Essa tendência vem se consolidando ao longo dos anos, especialmente, a partir da condenação da Microsoft, em 2007, mas remete a decisões proferidas ao longo da década de 1970¹⁶.

No que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual, cumpre ressaltar que determinadas práticas abusivas foram facilitadas pela queda na qualidade das patentes, decorrência da multiplicação/proliferação de pedidos para o seu reconhecimento. As autoridades responsáveis pelo exame das patentes têm se mostrado incapazes de avaliar com precisão todas as demandas, o que significou um relaxamento da concessão da proteção patentária¹⁷. As empresas, por sua vez, utilizam-se dessa situação para fazer requerimentos infundados com único objetivo de prolongar ilicitamente a sua condição de monopolista. Entre os exemplos da utilização anticoncorrencial de direitos de propriedade intelectual, podem-se destacar os casos de *trivial patent*, *frivolous pa-*

tent, *patent ambush*, *patent thicket*, *submarine patent*, *patent hold up* e *patent evergreening*. Essas expressões revelam que há um crescimento incontestável de utilização de direitos de propriedade intelectual com finalidade anticoncorrencial.

Além dessas observações, as constatações feitas permitem lançar um novo olhar em diversas indústrias, sobretudo na farmacêutica e na de tecnologias de informação e comunicação. O ponto em comum entre esses setores é a verificação de que determinadas empresas atuantes nessas áreas têm posto em prática estratégias para desestimular o processo contínuo de inovação. Essa constatação leva ao questionamento, de natureza geral, sobre o limite da liberdade do agente econômico, atuante em um monopólio ou oligopólio. Em termos mais específicos, trata-se de refletir acerca da definição de uma política concorrencial que combata a manutenção artificial do poder de mercado, com base na exclusão da possibilidade de competidores oferecerem produtos, serviços ou tecnologias mais relevantes ou mais baratos.

Esses argumentos têm um ponto em comum: a necessária resignificação do papel da inovação na aplicação do Direito da Concorrência. Entende-se, no mesmo sentido de Tim Wu¹⁸, que essa reinterpretação significa dar maior relevância às práticas anticoncorrenciais, especialmente àquelas exclusionárias, considerando-se a potencialidade dos danos à concorrência dinâmica. Essa interpretação alinha-se ao que sustenta Luis Fernando Schuartz:

num sentido normativamente relevante, então, a “defesa” institucional da concorrência vai orientar as suas ações para a criação e a reprodução de um ambiente competitivo no qual as referidas pressões atuantes sobre os agentes (e os seus mercados) sejam mantidas num nível que permita presumir que o motor efetivo daquele processo dinâmico em que assimetrias competitivas são criadas, estabilizadas, incrementadas ou neutralizadas (como resultado natural do processo de valorização do capital) está na introdução de inovações, e que o efeito colateral mais importante deste processo dinâmico está numa *rápida e ampla difusão* dos ganhos de eficiência associados a estas inovações¹⁹.

¹³ STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editor, 2013. p. 109.

¹⁴ FOX, Eleanor. Economic development, poverty, and antitrust: the other path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, p. 101-125, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1002637. Acesso em: 16 abr. 2018. p. 117.

¹⁵ Sobre a comparação entre a tradição norte-americana e a europeia no campo da aplicação do Direito da Concorrência nos acordos horizontais e verticais, ver: FERRAZ, Daniel Amin. A jurisprudência norte-americana e europeia sobre os acordos horizontais e verticais: substrato para análise da matéria no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 232-242, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2427/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

¹⁶ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013. p. 1-2.

¹⁷ KOVAR, Robert. Les innovations abusives: à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence. *Droits de propriété intellectuelle: liber amicorum Georges Bonet*. Paris: Lexis Nexis Litec, 2010. p. 315-317.

¹⁸ WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, Washington, v. 78, n. 2, 2012. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1767/. Acesso em: 20 dez. 2019. p. 317.

¹⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. p. 33-74. p. 51.

O Direito da Concorrência da União Europeia tem sido aplicado para descortinar a abusividade da utilização de regras de direitos de propriedade intelectual no mercado farmacêutico, por exemplo. A pluralidade de instrumentos jurídicos para a promoção da inovação e a incidência de regras de direito de propriedade intelectual dão complexidade especial à aplicação das normas concorrenciais no setor em questão. Esse contexto toma outras proporções com a ascensão e relevância dos medicamentos genéricos, conforme será visto adiante.

3 Decisão do caso AstraZeneca

A decisão do TJUE no caso AstraZeneca, grupo anglo-sueco do setor farmacêutico, avaliou as estratégias da empresa para impedir a entrada de genéricos do “Losec” (Omeprazol). O referido medicamento é utilizado no tratamento de pacientes com problemas de úlcera gástricas e duodenais e refluxo gastroesofágico. No que diz respeito à condenação, foi aplicada multa de 60 milhões de euros ao referido grupo por ter utilizado, de maneira abusiva, o sistema de patentes e os procedimentos de comercialização de produtos farmacêuticos²⁰.

A empresa foi condenada por duas práticas distintas, que se inserem na estratégia global de criar barreiras artificiais à entrada de concorrentes no mercado em questão. A primeira prática foi a utilização de informações enganosas com a finalidade de prolongar, abusivamente, a proteção dos direitos de propriedade intelectual. A segunda foi o lançamento de suposto novo produto, que tinha as mesmas propriedades do antigo, sem justificação objetiva da AstraZeneca. Em outras palavras, o grupo pretendia estender ilegalmente a exclusividade na comercialização do Losec.

O mercado em questão é caracterizado por uma complexa interface entre várias técnicas jurídicas de promoção da inovação. Portanto, faz-se necessária a compreensão do contexto legal que envolve a decisão,

²⁰ SIBONY, Anne-Lise. Définition du marché pertinent – utilisation abusive – Procédures relatives aux certificats complémentaires de protection pour les médicaments – procédures d'autorisation de mise sur le marché: la Cour de Justice de l'UE sanctionne définitivement l'utilisation abusive de procédures réglementaires pour prévenir ou retarder l'arrivée des génériques sur le marché (CJUE, 6 décembre 2012, AstraZeneca AB et AstraZeneca c/ Commission, aff. C-457/10 P). *Concurrences*, n. 1, p. 78-81, 2013. p. 78.

sobretudo, no que diz respeito às questões de regulação setorial (3.1). Em seguida, busca-se analisar como o TJUE analisou cada uma das práticas anticoncorrenciais, a saber as declarações enganosas (3.2) e a retirada das capsulas Losec do mercado (3.3).

3.1 Incidência de várias técnicas de promoção da inovação

A decisão do TJUE teve que respeitar um contexto jurídico caracterizado por muitas técnicas distintas de promoção da inovação, notadamente os direitos de propriedade intelectual, as normas de regulação setorial e o próprio Direito da Concorrência. O principal desafio desse caso era proteger a possibilidade da entrada dos genéricos no mercado e seus consequentes benefícios aos consumidores, sem perder de vista o necessário respeito às regras de direito de propriedade intelectual.

A importância dos direitos de propriedade intelectual para a promoção da inovação é largamente exposta na literatura científico-jurídica e econômica. Há significativa convergência entre os estudiosos do assunto sobre a sua importância para a inovação na indústria farmacêutica. A argumentação clássica parte da necessidade de se conferir exclusividade na comercialização de determinado produto à empresa que detém direitos de propriedade intelectual. Com isso, essa empresa poderá lucrar com os resultados dos investimentos realizados. Os objetivos são três: i) manter a empresa inovadora estimulada a fazer novos investimentos em outras inovações; e ii) desestimular que outras empresas tenham comportamentos parasitários, buscando usufruir indevidamente dos investimentos realizados pelo agente econômico inovador; e iii) permitir que, após o período de proteção conferida pelo direito de propriedade intelectual, o conhecimento inovador seja disponibilizado de maneira pública, permitindo que demais interessados possam replicar aquele conhecimento.

Quando se trata de um medicamento, além da concessão da patente, exige-se, na União Europeia, a Autorização de Introdução no Mercado (AIM). Não se pretende aprofundar nas normas e procedimento para a emissão dessa autorização, mas importa frisar que incide sobre a mesma um conjunto de requisitos estabelecidos pelo Direito da União Europeia. Esse conjunto de normas pode ser entendido como uma dimensão regulatória que contribui no fortalecimento do Mercado Comum Europeu, pois permite que medicamentos

produzidos em determinados países possam ser comercializados em outros membros da União Europeia.

O Certificado Complementar de Proteção (CCP), por sua vez, foi criado para adicionar uma duração suplementar de proteção da patente dos medicamentos, respeitando os critérios do regulamento n. 1768/92 do Conselho das Comunidades Europeias que trata da criação do Certificado Complementar de Proteção para os medicamentos. O referido regulamento se insere no contexto de harmonização das condições para emitir a extensão da duração das patentes nos membros da União Europeia²¹. De acordo com o art. 3º do regulamento:

o certificado é concedido se no Estado-Membro onde for apresentado o pedido previsto no artigo 7.o e à data de tal pedido:

- a) O produto estiver protegido por uma patente de base em vigor;
- b) O produto tiver obtido, enquanto medicamento, uma autorização válida de introdução no mercado, nos termos do disposto na Directiva 2001/83/CE ou na Directiva 2001/82/CE, conforme o caso;
- c) O produto não tiver sido já objecto de um certificado;
- d) A autorização referida na alínea b) for a primeira autorização de introdução do produto no mercado, como medicamento.

A técnica do CCP veio para prolongar o tempo de proteção patentária de determinados medicamentos, considerando-se que o processo de AIM era muito longo. Portanto, o CCP permite que seus beneficiários façam obstáculo à entrada de produtos concorrentes. O objetivo da criação desse certificado é beneficiar empresas que já inovaram no setor. Entretanto, a duração dessa proteção deve ser limitada, de maneira a consolidar um compromisso entre o interesse de promover a inovação e o de preservar a concorrência²².

É nesse contexto que está inserida a decisão do TJUE. Ou seja, o órgão europeu não teve como obje-

²¹ AHNER, Francis. *La Cour de Justice au diapason? L'interprétation du règlement (CE) n. 469/2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments par la Cour de Justice de l'Union Européenne*. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé: mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*. Paris: Lexis Nexis, 2013. p. 1-16.

²² KOVAR, Robert. *Les innovations abusives: à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence. Droits de propriété intellectuelle: liber amicorum Georges Bonet*. Paris: Lexis Nexis Litec, 2010.

tivo colocar em questão os instrumentos clássicos de proteção da inovação, ou seja, as patentes. Entretanto, AstraZeneca é uma empresa em posição dominante, e isso lhe impõe uma responsabilidade especial de não atentar à concorrência. Essa é a justificativa jurídica central da incidência do Direito da Concorrência da União Europeia sobre suas práticas.

3.2 Declarações enganosas

A AstraZeneca comunicou aos institutos de patentes na Bélgica, na Dinamarca, na Alemanha, na Irlanda, em Luxemburgo, nos Países Baixos e no Reino Unido que a primeira AIM foi em março de 1988. No entanto, já existia uma AIM concedida na França no dia 15 de abril de 1987. A questão da data é importante porque ela vinculava a concessão de ampliação do tempo de vigência de proteção de patentes, por intermédio de um CCP. De acordo com o art. 19, do parágrafo 1º das disposições transitórias do Regulamento n. 1768/92 do Conselho das Comunidades Europeias de 18 de junho de 1992:

pode ser concedido um certificado para qualquer produto que, à data da adesão, esteja protegido por uma patente e para o qual tenha sido obtida uma primeira autorização de colocação no mercado na Comunidade ou nos territórios da Áustria, da Finlândia ou da Suécia, após 1º de janeiro de 1985.

No que respeita aos certificados a conceder na Dinamarca, na Alemanha e na Finlândia, a data de 1º de janeiro de 1985 é substituída pela data de 1º de janeiro de 1988.

No que respeita aos certificados a conceder na Bélgica, na Itália e na Áustria, a data de 1º de janeiro de 1985 é substituída pela data de 1º de janeiro de 1982²³.

O excerto acima permite compreender que a AIM, obtida antes do 1º de janeiro de 1988, não permitiria a emissão de CCP na Dinamarca, Alemanha e Finlândia. Dessa maneira, a AstraZeneca não teria sua proteção patentária estendida, caso a data da concessão da AIM na França fosse considerada. O TJUE entendeu, portanto, que referida empresa informou as datas erradas com intuito de se beneficiar ilegalmente do CCP.

²³ CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Regulamento (CEE) n. 1768/92 do Conselho de 18 de junho de 1992 relativo à criação de um certificado complementar de proteção para medicamentos. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 18 jun. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992R1768&from=PT>. Acesso em: 20 dez. 2019.

O TJUE estabeleceu que o abuso concorrencial ocorreu quando as declarações destinadas a obter, de forma irregular, direitos exclusivos levaram as autoridades públicas a conceder o direito exclusivo pedido. De acordo com o TJUE,

[...] ao transmitir declarações enganosas a esses institutos de patentes, dissimulando a existência da referida autorização técnica francesa e deixando-os acreditar, deliberadamente, que a data de 21 de março de 1988 correspondia à autorização técnica luxemburguesa e que esta constituía a primeira AIM na Comunidade, o AZ (AstraZeneca) aceitou conscientemente que estes lhe estavam a conceder CCP que não teriam emitido se tivessem sabido da existência da autorização técnica francesa e que seriam considerados ilegais no caso de a interpretação alternativa do AZ não ser seguida pelos órgãos jurisdicionais nacionais ou pelo Tribunal de Justiça²⁴.

Portanto, os CCP foram concedidos baseados em declarações errôneas. Em decorrência dessa estratégia de má-fé da empresa AstraZeneca, a estrutura de mercado e a concorrência potencial foram afetadas. Dessa maneira, mesmo que esse comportamento tenha sido infrutífero em certos países, eles tinham grande potencial de gerar emissões de CCP irregulares.

O TJUE também ressaltou, na linha da argumentação da Comissão Europeia, que esse comportamento deve ser compreendido como parte de uma estratégia global de manter os fabricantes de genéricos indevidamente excluídos do mercado. Para entender essa compreensão do TJUE, analisaram-se os efeitos concorrenciais da estratégia comercial da empresa ao retirar as cápsulas de Losec do mercado.

3.3 Retirada das cápsulas de Losec do mercado

O TJUE entendeu que a retirada das cápsulas de Losec do mercado da Dinamarca, Suécia e Noruega configurou o segundo abuso de posição dominante. Essa retirada ocorreu após expiração do direito exclusivo de explorar os resultados dos testes farmacológicos, toxicológicos e clínicos, que são reconhecidos pela Diretiva do Conselho da Comunidade Econômica Europeia n. 65 de 26 de janeiro de 1965. Com o fim da exclusividade da comercialização do medicamento, a AstraZeneca

²⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Processo n. C-457/10P*, AstraZeneca/Comissão, 6 déc. 2012. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131490&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=fir&part=1&cid=342734>. Acesso em: 20 dez. 2019.

retirou o medicamento do mercado e lançou um novo, o Losec MUPS.

Essa estratégia tinha como objetivo renovar a exclusividade na comercialização do medicamento, na tentativa de impedir a competição dos genéricos. De acordo com o TJUE:

a este respeito, importa, nomeadamente, constatar, como o Tribunal Geral sublinhou no n.º 675 desse acórdão, que, após o termo do período de exclusividade acima referido, o comportamento que, *inter alia*, impediu os fabricantes de produtos genéricos de utilizarem o seu direito de beneficiar dos ditos resultados não encontra justificação na proteção legítima de um investimento integrado na concorrência baseada no mérito, visto que, por força da Diretiva 65/65, o AZ tinha deixado precisamente de gozar do direito exclusivo de explorar os resultados desses ensaios²⁵.

A AstraZeneca argumentou, por sua vez, que o simples exercício de um direito, conferido pelo Direito da União Europeia, não poderia ser incompatível com a noção de “concorrência pelos méritos”. Esse argumento não prosperou, dado que o TJUE afirmou que “os abusos de posição dominante consistem, na maioria dos casos, em comportamentos que seriam lícitos à luz de outros ramos do direito que não o Direito da Concorrência”²⁶. O TJUE entendeu que essa estratégia da empresa AstraZeneca tinha como objetivo excluir os fabricantes genéricos, e isso não estava de acordo com a sua responsabilidade especial de empresa dominante.

Em síntese, foi reiterado o entendimento segundo o qual uma empresa, em posição dominante, não pode instrumentalizar procedimentos com intuito único e exclusivo de impedir ou tornar mais difícil a entrada de concorrentes no mercado. Em outras palavras, a empresa em posição dominante somente pode excluir os seus competidores ou potenciais competidores se houver justificações econômicas objetivas. Caso contrário, tal estratégia não será entendida como uma concorrência baseada nos méritos.

²⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Processo n. C-457/10P*, AstraZeneca/Comissão, 6 déc. 2012. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131490&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=fir&part=1&cid=342734>. Acesso em: 20 dez. 2019. §131.

²⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Processo n. C-457/10P*, AstraZeneca/Comissão, 6 déc. 2012. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131490&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=fir&part=1&cid=342734>. Acesso em: 20 dez. 2019. §132.

A análise do Tribunal de Justiça da União Europeia permite obter as seguintes conclusões: (i) os abusos de posição dominante têm uma aparência *a priori* de legalidade; (ii) a aplicação do Direito da Concorrência pode revelar amplitude mais real dos prejuízos ao bem-estar de prática de empresas no mercado de alta tecnologia; e (iii) a incidência de um ramo do direito não afasta a incidência do Direito da Concorrência, se forem observados os critérios legais.

4 Decisão do caso Servier

Em 2014, a Comissão Europeia condenou Servier, empresa francesa, e cinco fabricantes de medicamentos genéricos — Niche/Unichen, Matrix, Teva, Krka e Lupin — a pagarem multa de 427,7 milhões de euros. Na ocasião, entendeu-se que a autocomposição processual foi instrumentalizada para impedir que competidores entrassem no mercado farmacêutico europeu.

A autocomposição processual é normalmente vista como benéfica e vantajosa forma de resolver problemas no Poder Judiciário. Quando as partes transigem sobre o objeto da lide, evita-se que o processo se prolongue por maior período, de modo que facilita uma solução a qual satisfaça igualmente os envolvidos. Todavia, a existência de relação de hipossuficiência e/ou de assimetria econômica e de informações entre as partes, por exemplo, pode ser utilizada como meio para finalidades ilícitas.

O caso em análise também é importante porque colocou em evidência a possibilidade de se avaliar a abusividade na aquisição de determinada tecnologia (4.1). Esse elemento foi essencial para a aplicação dos artigos 101 e 102 (TFUE) para punir as empresas (4.2).

4.1 Aquisição abusiva de tecnologia

De acordo com a Comissão Europeia, a empresa Servier detinha poder de mercado importante sobre o mercado da molécula de perindopril, usada em medicamentos para hipertensão. Esse entendimento decorre do fato de nenhum desses medicamentos, a não ser os genéricos, ser suscetível a reduzir as vendas ou os preços praticados pela dita empresa. Contudo, a principal patente de Servier havia expirado em 2003, restando, apenas, patentes secundárias, relativas aos procedimen-

tos e à forma do produto. Essa proteção, menos elevada, tornou o mercado mais propício às empresas produtoras de genéricos, que se preparavam para competir com Servier.

As empresas de genéricos atuavam em duas frentes para superar os últimos entraves para entrar no mercado: (i) ter acesso aos produtos sem patente; e (ii) contestar patentes da Servier em que os produtores de genéricos acreditavam e que os bloqueavam indevidamente. Em 2004, a Servier adquiriu a tecnologia mais avançada do setor, o que obrigou o abandono de vários projetos desenvolvidos pelos fabricantes de genéricos. Foi impossível ter acesso aos produtos sem patentes, dada a impossibilidade de utilizar a referida tecnologia na produção dos referidos medicamentos. Houve, assim, o adiamento da entrada dos genéricos no mercado.

A própria Servier, por sua vez, nunca utilizou a referida tecnologia, o que contribuiu para compreender a referida aquisição como mecanismo de defesa concorrencial da empresa. Restou às empresas de genéricos, portanto, discutir judicialmente as patentes da Servier, que elas acreditavam bloquear indevidamente a sua entrada. É justamente sobre a solução dos conflitos dessas judicializações que recaiu a aplicação das normas de Direito da Concorrência da União Europeia.

4.2 Aplicação dos artigos 101 e 102 do TFUE

A Comissão Europeia constatou que, de 2005 a 2007, praticamente toda vez que um produtor de genéricos ajuizava ações, as partes realizavam autocomposição para extinguir o processo. Portanto, a transação processual não versava simplesmente sobre uma solução acerca de um litígio sobre direitos de propriedade intelectual. Na realidade, acordava-se a abstenção das empresas de produtos genéricos no mercado, em troca do repasse de parte dos lucros da Servier. De acordo com o então vice-presidente da Comissão Europeia, Joaquin Almunia:

Servier recorreu a uma estratégia que consistia em comprar sistematicamente toda ameaça de concorrência, a fim de garantir que ela continuaria afastada do mercado. Um tal comportamento é manifestamente anticoncorrencial e abusivo. As empresas concorrentes não podem acordar entre si para dividir os mercados ou os lucros de um mercado, no lugar de concorrer entre si, mesmo que tais acordos tomem a forma de soluções amigáveis em matéria de patente. Esse tipo de prática traz danos diretos aos pacientes, aos sistemas de saúde nacional e aos

contribuintes. As empresas farmacêuticas deveriam concentrar seus esforços sob a inovação e a concorrência no lugar de tentar extrair lucros suplementares dos pacientes²⁷.

A Comissão Europeia entendeu que é legítimo e desejável solicitar patentes, transferir tecnologia e promover a autocomposição dos conflitos. Todavia, no caso Servier, constatou-se que houve utilização abusiva desses institutos, uma vez que se impediu o desenvolvimento de tecnologia dos concorrentes e desencorajou, de maneira ilícita, a entrada de potenciais competidores que iam colocar no mercado medicamentos mais baratos. O resultado dessas práticas foi o prejuízo da concorrência pelos próprios méritos, o que permitiu a aplicação dos artigos 101 e 102, do TFUE.

O art. 102 foi aplicado aos abusos de posição dominante decorrente da estratégia da Servier de impedir o desenvolvimento da tecnologia concorrente. Já o art. 101, foi aplicado em cada transação processual com efeitos anticompetitivos. De acordo com a Comissão Europeia,

um fabricante de genéricos reconheceu que ele “comprava mercado do périndopril”. Um outro insistiu no fato que “toda solução amigável podia acontecer por somas significativas”, que ele qualificava igualmente de “grande soma de dinheiro”. No total, as transferências de dinheiro aos fabricantes de genéricos alcançaram vários milhões de euros. Em um certo caso, Servier ofereceu a um fabricante de genéricos uma licença a 7 mercados nacionais; em contrapartida, este aceitou se “sacrificar” em todos os outros mercados da União Europeia e parar os esforços para lançar o seu périndopril nesses países. Servier obteve assim a segurança que os fabricantes de genéricos restariam afastados dos mercados nacionais e se absteriam de todo recurso jurisdicional durante toda a duração dos acordos²⁸.

Entende-se que a decisão do caso Servier coloca em evidência a possibilidade de uma empresa em posição dominante adquirir uma determinada tecnologia com a única finalidade de impedir a entrada de competidores

²⁷ COMISSÃO EUROPEIA. *Ententes et abus de position dominante*: la Commission inflige des amendes à Servier et à cinq fabricants de génériques pour avoir freiné l'entrée sur le marché de versions moins chères d'un médicament cardiovasculaire. Communiqué de presse, 9 jul. 2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/fr/IP_14_799. Acesso em: 02 jan. 2020.

²⁸ COMISSÃO EUROPEIA. *Ententes et abus de position dominante*: la Commission inflige des amendes à Servier et à cinq fabricants de génériques pour avoir freiné l'entrée sur le marché de versions moins chères d'un médicament cardiovasculaire. Communiqué de presse, 9 jul. 2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/fr/IP_14_799. Acesso em: 02 jan. 2020.

no mercado. Importa destacar a dificuldade de se provar que a compra de uma tecnologia, por si só, seja considerada anticoncorrencial. Contudo, o caso em espécie permite entender que ela pode vir conjugada com outros comportamentos abusivos, que acabam impedindo a entrada de novos produtos (melhores ou mais baratos) e novos competidores.

5 Decisão do caso Buprenorfina

A experiência da Autoridade da Concorrência francesa no que diz respeito à aplicação do Direito da Concorrência nos casos de depreciação dos concorrentes pode ser compreendida como um importante aporte para a proteção da inovação. O mercado dos medicamentos se apresenta novamente como sendo um *locus* no qual as empresas detentoras de direitos de propriedade intelectual atentam à concorrência pelos méritos, afastando abusivamente seus concorrentes.

O caso Buprenorfina descortinou os efeitos da depreciação dos genéricos, promovida pelas empresas detentoras das patentes principais, na entrada daqueles no mercado em questão. A amplitude do fechamento do mercado e o atentado ao bem-estar do consumidor foram avaliados de maneira mais realista, dada a incorporação dos argumentos decorrentes da modernização do Direito da Concorrência da União Europeia. Portanto, essa decisão também contribuiu para a sistematização do modelo europeu de proteção da inovação pela aplicação dessas normas.

O caso Buprenorfina enquadra-se, também, no espírito do inquérito do setor efetuado pela direção geral da concorrência da Comissão Europeia no domínio farmacêutico²⁹. Com os dados sobre o mercado relevante apresentados no referido inquérito, a Autoridade da Concorrência francesa apoiou-se na proibição de acordos e abusos de posição dominante para sancionar as fraudes e açambarcamentos no mercado de medicamentos (5.1). Assim, as estratégias, para impedir a entrada de genéricos no mercado, possibilitaram uma revisão da intervenção concorrencial nos casos de depreciação dos concorrentes (5.2).

²⁹ COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia*: síntese do relatório sobre o inquérito ao setor farmacêutico. 8 jul. 2009. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_pt.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.

5.1 Estratégia contra os genéricos

No parecer n. 13-A-24 de 29 de dezembro de 2013 da Autoridade da Concorrência francesa, relativo ao funcionamento da concorrência no setor de distribuição de remédios de utilização humana, a Autoridade da Concorrência francesa expôs que as práticas de depreciação dos concorrentes tomam diversas formas. Elas ocorrem nos lugares de fabricação afirmando que os medicamentos genéricos não têm eficácia, apresentam efeitos nocivos ou ainda não possuem bioequivalência. Desde 2003, o Conselho da Concorrência analisa esse tipo de caso no mercado de medicamentos³⁰.

A Comissão Europeia não tem condenações pela depreciação dos concorrentes. Entretanto, a Autoridade da Concorrência francesa já acumula alguns casos condenados. Isso demonstra o esforço em promover a concorrência pelos méritos no mercado dos medicamentos, notadamente no que concerne aos entraves a entrada dos genéricos. Entre eles, o caso mais emblemático é AstraZeneca, mas outros também merecem ser destacados como o caso Lundbeck; Johnson & Johnson; Novartis; e Fentanyl.

A Autoridade da Concorrência francesa sancionou o laboratório Schering-Plough no montante de 15,3 milhões de euros, pelo fato de a empresa ter utilizado estratégia abusiva para impedir a chegada do genérico do Subutex (molécula de buprenorfina). Esse poder econômico privado se revela com a notoriedade do laboratório, sua influência diante os que o prescrevem e

a força da sua rede comercial. Esse medicamento é utilizado para o tratamento da dependência aos opiáceos dos pacientes toxicômanos e pertence ao laboratório Reckitt Benckiser Group, o qual disponibilizou a Schering-Plough os direitos de comercialização exclusivos na França³¹.

A autoridade imputou-lhe dois abusos de posição dominante: a prática de depreciação do genérico do Subutex e a implementação de descontos de fidelização em favor de certas farmácias. A autoridade não encontrou maiores problemas para considerar os descontos de exclusividade abusivos, pois eram constituídos por descontos quantitativos, prazos de pagamentos e descontos para o pagamento propostos aos farmacêuticos³². Portanto, a presente análise vai se limitar ao primeiro abuso de posição dominante.

O órgão francês desenvolveu uma jurisprudência que permite sancionar práticas de depreciação dos concorrentes e muitos casos já foram punidos, diferentemente da experiência da Comissão Europeia³³. Entretanto, apenas com a condenação de Sanofi-Aventis, que

³⁰ CONSÉIL DE LA CONCURRENCE. *Processo n. 03-D-35*. Sandoz-Novartis Pharma. 24 jul. 2003. Disponível em: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//03d35.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019. No que diz respeito as demais investigações de condutas ilícitas contra os genéricos na França, ver: PRIETO, Catherine. Ventes liées: la Cour de cassation statue sur l'imbrication de techniques susceptible de rendre acceptables des prix élevés... ou d'évincer des concurrents (Novartis). *Concurrences*, n. 4, p. 79-82, 2005.; PRIETO, Catherine. Abus de position dominante par dénigrement dans l'offre de contracter. *Revue des contrats*, n. 2, 1 jul. 2014. Disponível em: <https://www.lextenso.fr/>. Acesso em: 20 jun. 2019. WACHMANN, Anne. La Cour de cassation approuve l'analyse de la Cour d'appel de Paris concernant l'absence de prix prédateurs (GlaxoSmithKline). *Concurrences*, n. 2, p. 117-118, 2009.; SIBONY, Anne-Lise. La Cour d'appel de Paris réforme la décision condamnant Glaxo pour une pratique de prix prédateurs évinçant les fabricants de médicaments génériques du marché des hopitiaux (GlaxoSmithKline). *Concurrences*, n. 2, p. 118, 2008.; SIBONY, Anne-Lise. Pratiques de dénigrement: l'autorité de la concurrence indique que des pratiques de dénigrement peuvent constituer un abus à condition qu'un lien soit établi entre la position dominante et le dénigrement (fourniture d'électricité). *Concurrences*, n. 2, p. 126-127, 2009.

³¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Communiqués*. L'Autorité de la concurrence sanctionne à hauteur de 15,3 millions d'euros le laboratoire pharmaceutique Schering-Plough pour avoir entravé l'arrivée du générique de son médicament princeps Subutex®. 19 dez. 2013. Disponível em: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-sanctionne-hauteur-de-153-millions-deuros-le-laboratoire>. Acesso em: 28 dez. 2020.

³² WACHSMANN, Anne; ZACHARIE, Nicolas. L'Autorité de la concurrence sanctionne un laboratoire pharmaceutique pour des pratiques de dénigrement et de rabais de fidélité accordés à des pharmaciens ayant eu pour objectif d'entraver l'entrée sur le marché d'un concurrent générique (Aut. Conc., 18 décembre 2013, décision n. 13-D-21 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville). *Concurrences*, n. 1, 2014. p. 80.

³³ PRIETO, Catherine. Abus d'exclusion: la Cour de cassation rejette le pourvoi de France Telecom relatif à deux abus constitués par des conditions restrictives d'accès à des infrastructures essentielles ayant entravé des concurrents sur le marché d'accès au haut débit (France Telecom). *Concurrences*, n. 1, p. 122, 2008.; SIBONY, Anne-Lise. Pratiques de dénigrement: l'autorité de la concurrence indique que des pratiques de dénigrement peuvent constituer un abus à condition qu'un lien soit établi entre la position dominante et le dénigrement (fourniture d'électricité). *Concurrences*, n. 2, p. 126-127, 2009.; MARTY, Frédéric. Éviction anticoncurrentielle: l'autorité de la concurrence demande un supplément d'instruction pour évaluer les risques de préemption du marché de la diffusion de contenus audiovisuels sur la fibre optique au moyen de clauses d'exclusivité (Secteur de la télévision payante). *Concurrences*, n. 1, p. 110-113, 2011.; e MASCRET, Caroline. Les enseignements de l'autorité de la concurrence en matière d'abus de position dominante pour des pratiques visant à retarder l'entrée sur le marché d'un médicament générique. *Petites affiches*, n. 221, Paris, 5 nov. 2014.

a autoridade começou a aplicar essa jurisprudência a um laboratório farmacêutico. No caso em questão, o quadro de análise consagrado na jurisprudência é dividido em três etapas: (i) verificar a existência da depreciação; (ii) examinar se o discurso é capaz de influenciar a estrutura de mercado; e (iii) avaliar a relação de causalidade entre a dominação da empresa em questão e a prática de depreciação.

A primeira etapa é verificar se o discurso comercial sustentado difunde informações não verificadas. Muitos dados factuais permitiram identificar que Schering-Plough, antes e depois da entrada do genérico no mercado, colocou em questão a qualidade do produto, sem que seu discurso fosse sustentado pela ordem médica ou científica.

A segunda etapa é examinar os efeitos esperados ou reais do discurso no mercado. Isso ficou claro porque Schering-Plough mantinha 90% da parte de mercado e ainda foi constatada uma proporção não habitual de prescrições de médicos, os quais indicavam a ausência de substituíbilidade entre os medicamentos.

A terceira etapa é estabelecer um vínculo entre a posição dominante da empresa e a prática de depreciação. De acordo com o órgão francês responsável pela concorrência,

existe, portanto, uma relação direta entre a posição dominante de Schering-Plough e a prática em questão: é essa posição dominante, e notadamente a notoriedade e a confiança resultantes, cuja Schering-Plough era a única a deter, que permitiu à empresa de dar sua plena eficácia à estratégia consistente a denegrir Buprenorfina Arrow® em benefício de seu próprio medicamento³⁴.

Em síntese, a empresa que detinha os direitos de propriedade intelectual do medicamento principal utilizou seu poder de mercado para sair de seu papel substituindo *de facto* as autoridades de saúde responsáveis³⁵. Esse comportamento abusivo foi então punido severamente pela Autoridade da Concorrência francesa.

³⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Processo n. 13-D-21*. Relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville. 18 dez. 2013. Disponível em: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//13d21.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020. § 398.

³⁵ MARTY, Frédéric. L'Autorité de la concurrence prononce une amende de plus de quarante millions d'euros à l'encontre d'un laboratoire pharmaceutique pour avoir entravé l'entrée sur le marché de médicaments génériques par l'intermédiaire de pratiques de dénigrement. *Concurrences*, n. 3, p. 82-85, 2013. p. 85.

5.2 Contribuição da Autoridade da Concorrência francesa

O caso Buprenorfina se insere dentro de um *corpus* decisório mais largo da Autoridade da Concorrência francesa para sancionar a depreciação dos concorrentes e contribuiu para a consolidação dos limites à liberdade da empresa em sua posição dominante no mercado. Consta-se, assim, uma outra aplicação do Direito da Concorrência para proteger a inovação.

No que concerne à indústria farmacêutica, o fechamento artificial do mercado é uma estratégia normalmente utilizada para afastar a entrada dos genéricos, e isso restringe a escolha dos consumidores, que ficam aprisionados artificialmente em uma solução mais cara: os medicamentos principais. Dessa maneira, a aplicação do Direito da Concorrência nos casos de depreciação reforça a efetividade desse tipo de intervenção nos abusos praticados pelas empresas de alta tecnologia. Entretanto, é importante salientar que o objetivo do Direito da Concorrência não é de discutir os méritos terapêuticos ou a validade das patentes, mas unicamente de analisar as práticas que deturpam os valores da bioequivalência e da substituição³⁶.

A prática de depreciação dos concorrentes e os descontos, sem contrapartida econômica justificada, fazem parte de uma estratégia de Schering-Plough para impedir o acesso do mercado ao genérico e distorcer a concorrência pelos méritos. Por consequência, os efeitos dessa estratégia devem ser avaliados não apenas em termos de aumento dos preços para os consumidores finais, mas também no que diz respeito à difusão dos genéricos.

A punição pela depreciação dos concorrentes é normalmente compreendida como uma prática desleal. A originalidade e importância da Autoridade da Concorrência francesa decorrem do fato dela reforçar a complementaridade entre esses ramos do Direito, nos casos envolvendo práticas de empresa em posição dominante.

Um outro ponto de interesse dessa decisão é reforçar a preocupação já estabelecida com a decisão Sanofi-Aventis, notadamente no que diz respeito ao equilíbrio entre a severidade da sanção e a complexidade das estratégias predatórias. Isso significa que os efeitos des-

³⁶ PRIETO, Catherine. Abus de position dominante par dénigrement dans l'offre de contracter. *Revue des contrats*, n. 2, 1 jul. 2014. Disponível em: <https://www.lextenso.fr/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

sa natureza de estratégia não se restringem apenas ao mercado no qual ela se desenvolve. Ou seja, a estratégia da empresa em questão passa um sinal do grau de sua agressividade no mercado, caso entrantes potenciais desejem ingressar na competição³⁷. Esse caso ilustra, portanto, como práticas desleais podem tomar a forma de abuso de posição dominante.

6 Considerações finais

Um dos principais aspectos da originalidade do modelo europeu é a preocupação das autoridades responsáveis pela concorrência com o controle de condutas. O vasto corpo decisório desse eixo de aplicação do Direito da Concorrência reforça essa percepção. O presente trabalho, entretanto, permitiu ir além dessa constatação e evidenciou que esse eixo tem sido aplicado com intuito de promover a inovação em setores caracterizados pela presença de direitos de propriedade intelectual, como a indústria farmacêutica. Essa é uma importante originalidade da experiência normativa analisada.

Dessa maneira, o primeiro aporte da pesquisa refere-se à contribuição para a sistematização das decisões europeias sobre a proteção da inovação pela aplicação das normas concorrenciais. Entender a mencionada originalidade também possibilitou lançar um novo olhar nas experiências nacionais dos países membros da União Europeia. Por essa razão, a decisão francesa no caso Buprenorfina é fundamental para entender que o processo de harmonização de aplicação do Direito da União Europeia tem avançado de maneira consistente. Na realidade, a decisão francesa se insere no contexto promovido pelas autoridades europeias, mas vai além, pois consolida um quadro de análise para punição, pela aplicação de normas concorrenciais, da depreciação de concorrentes.

O segundo aporte da pesquisa foi auxiliar na compreensão da utilização dos quadros de análise empregados pelas autoridades europeias. Essa técnica garante maior segurança jurídica, tendo em vista os ganhos de previsibilidade e de transparência na aplicação das nor-

mas de Direito da Concorrência. Além disso, a adoção da metodologia dos quadros de análise também pode garantir objetividade na adequação dos requisitos para punição das infrações clássicas às necessidades contemporâneas da economia. A análise da metodologia europeia permite concluir que a Teoria das Infraestruturas Essenciais não é obrigatoriamente necessária para resolver as questões concorrenciais envolvendo direitos de propriedade intelectual.

O terceiro aporte da pesquisa foi indicar que as autoridades responsáveis por conceder os direitos de propriedade intelectual podem encontrar significativas dificuldades na avaliação da abusividade de estratégias de detentores de patentes. Entretanto, a incorporação da preocupação com a proteção da inovação na aplicação do Direito da Concorrência revela um papel renovado dos órgãos de defesa da concorrência. Estes podem contribuir, de maneira mais efetiva, para garantir uma estrutura concorrencial mais competitiva, viabilizando não apenas inovações de ruptura, mas também condições adequadas para pequenas e médias empresas se apresentarem como competidoras das empresas em posição dominante.

Referências

- AHNER, Francis. La Cour de Justice au diapason? L'interprétation du règlement (CE) n. 469/2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments par la Cour de Justice de l'Union Européenne. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé: mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*. Paris: Lexis Nexis, 2013. p. 1-16.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Communiqués*. L'Autorité de la concurrence sanctionne à hauteur de 15,3 millions d'euros le laboratoire pharmaceutique Schering-Plough pour avoir entravé l'arrivée du générique de son médicament princeps Subutex®. 19 dez. 2013. Disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-sanctionne-hauteur-de-153-millions-deuros-le-laboratoire>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Processo n. 13-D-21*. Relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage

³⁷ MARTY, Frédéric. L'Autorité de la concurrence prononce une amende de plus de quarante millions d'euros à l'encontre d'un laboratoire pharmaceutique pour avoir entravé l'entrée sur le marché de médicaments génériques par l'intermédiaire de pratiques de dénigrement. *Concurrences*, n. 3, p. 82-85, 2013. p. 82.

- commercialisée en ville. 18 dez. 2013. Disponível em: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//13d21.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Ententes et abus de position dominante*: la Commission inflige des amendes à Servier et à cinq fabricants de génériques pour avoir freiné l'entrée sur le marché de versions moins chères d'un médicament cardiovasculaire. Communiqué de presse, 9 jul. 2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_14_799. Acesso em: 02 jan. 2020.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia*: síntese do relatório sobre o inquérito ao setor farmacêutico. 8 jul. 2009. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_pt.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.
- CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Regulamento (CEE) n. 1768/92 do Conselho de 18 de junho de 1992 relativo à criação de um certificado complementar de proteção para medicamentos. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 18 jun. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992R1768&from=PT>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- CONSÉIL DE LA CONCURRENCE. *Processo n. 03-D-35*. Sandoz-Norvatis Pharma. 24 jul. 2003. Disponível em: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//03d35.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- DEZOBRY, Guillaume. Facilités essentielles. In: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*. Paris: Lexis Nexis, 2016.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3710/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- DOSI, Giovanni; MARENGO, Luigi; PASQUALI, Corrado. How much should society fuel the greed of innovators? On the relations between appropriability, opportunities and rates of innovation. *Research Policy*, v. 35, n. 8, p. 1110-1121, 2006. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/89527/1/51846122X.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- FERRAZ, Daniel Amin. A jurisprudência norteamericana e europeia sobre os acordos horizontais e verticais: substrato para análise da matéria no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 232-242, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2427/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- FOX, Eleanor. Economic development, poverty, and antitrust: the other path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, p. 101-125, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1002637. Acesso em: 16 abr. 2018.
- FOX, Eleanor. A antitrust fable: a tale of predation. *Concurrences*, n. 3, p. 1-2, 2008.
- HILTY, Reto M. La limitation de la propriété intellectuelle comme moyen d'encourager l'innovation. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*: mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski. Paris: Lexis Nexis, 2013. p. 201-220.
- IDOT, Laurence. Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence. *Concurrences*, n. 4, 2012.
- JAEGER JÚNIOR, Augusto; JORGE, Mariana Sebalhos. O caso interl: o impacto na evolução da teoria dos efeitos no direito da concorrência da União Europeia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 269-287, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5655/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- KOVAR, Robert. Les innovations abusives: à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence. *Droits de propriété intellectuelle: liber amicorum Georges Bonet*. Paris: Lexis Nexis Litec, 2010.
- LEURQUIN, Pablo. A importância do caso Microsoft na modernização do Direito da Concorrência da União Europeia. In: ARAÚJO, Francisco Marcos de; SILDANHA, Ana Clara Bezerra de Góis; AMARAL, Maria Teodora Rocha Maia (orgs.). *O direito e as novas tecnologias na sociedade da informação*. São Paulo: Dialética, 2021. No prelo.
- LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo direito brasileiro da concorrência e diálogo com o direito da União Europeia*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Fe-

deral de Minas Gerais, Belo Horizonte; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 2018.

LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo direito da concorrência*. Belo Horizonte: Expert, 2021.

MARTY, Frédéric. Éviction anticoncurrentielle: l'autorité de la concurrence demande un supplément d'instruction pour évaluer les risques de préemption du marché de la diffusion de contenus audiovisuels sur la fibre optique au moyen de clauses d'exclusivité (Secteur de la télévision payante). *Concurrences*, n. 1, p. 110-113, 2011.

MARTY, Frédéric. L'Autorité de la concurrence prononce une amende de plus de quarante millions d'euros à l'encontre d'un laboratoire pharmaceutique pour avoir entravé l'entrée sur le marché de médicaments génériques par l'intermédiaire de pratiques de dénigrement. *Concurrences*, n. 3, p. 82-85, 2013.

MASCRET, Caroline. Les enseignements de l'autorité de la concurrence en matière d'abus de position dominante pour des pratiques visant à retarder l'entrée sur le marché d'un médicament générique. *Petites affiches*, n. 221, Paris, 5 nov. 2014.

PRIETO, Catherine. Abus de position dominante par dénigrement dans l'offre de contracter. *Revue des contrats*, n. 2, 1 jul. 2014. Disponível em: <https://www.lextenso.fr/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

PRIETO, Catherine. Abus d'exclusion: la Cour de cassation rejette le pourvoi de France Telecom relatif à deux abus constitués par des conditions restrictives d'accès à des infrastructures essentielles ayant entravé des concurrents sur le marché d'accès au haut débit (France Telecom). *Concurrences*, n. 1, p. 122, 2008.

PRIETO, Catherine. Ventes liées: la Cour de cassation statue sur l'imbrication de techniques susceptible de rendre acceptables des prix élevés... ou d'évincer des concurrents (Novartis). *Concurrences*, n. 4, p. 79-82, 2005.

PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelles: Bruylant, 2013.

SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. p. 33-74.

SEGALA, Michele M.; GREGORI, Isabel Christine S. de. Os reflexos da proteção internacional da proprie-

dade intelectual para o desenvolvimento interno: uma análise sobre o sistema patentário brasileiro e a transferência de tecnologia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 524-535, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4678/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

SIBONY, Anne-Lise. Définition du marché pertinent – utilisation abusive – Procédures relatives aux certificats complémentaires de protection pour les médicaments – procédures d'autorisation de mise sur le marché: la Cour de Justice de l'UE sanctionne définitivement l'utilisation abusive de procédures réglementaires pour prévenir ou retarder l'arrivée des génériques sur le marché (CJUE, 6 décembre 2012, AstraZeneca AB et AstraZeneca c/ Commission, aff. C-457/10 P). *Concurrences*, n. 1, p. 78-81, 2013.

SIBONY, Anne-Lise. La Cour d'appel de Paris réforme la décision condamnant Glaxo pour une pratique de prix prédateurs évinçant les fabricants de médicaments génériques du marché des hopitaux (GlaxoSmithKline). *Concurrences*, n. 2, p. 118, 2008.

SIBONY, Anne-Lise. Pratiques de dénigrement: l'autorité de la concurrence indique que des pratiques de dénigrement peuvent constituer un abus à condition qu'un lien soit établi entre la position dominante et le dénigrement (fourniture d'électricité). *Concurrences*, n. 2, p. 126-127, 2009.

SILVA, Tatianna Mello Pereira da. Acordo TRIPS: one-size-fits-all? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 57-70, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1987/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editor, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Processo n. C-457/10P*, AstraZeneca/Comissão, 6 déc. 2012. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131490&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=342734>. Acesso em: 20 dez. 2019.

WACHMANN, Anne. Le Conseil de la Concurrence condamne lourdement un laboratoire pharmaceutique pour avoir freiné le développement des médicaments génériques à l'hôpital par une pratique de prix prédateur (GlaxoSmithKline). *Concurrences*, n. 2, p. 110-115, 2007.

WACHMANN, Anne. La Cour de cassation approuve l'analyse de la Cour d'appel de Paris concernant l'absence de prix prédateurs (GlaxoSmithKline). *Concurrences*, n. 2, p. 117-118, 2009.

WACHSMANN, Anne; ZACHARIE, Nicolas. L'Autorité de la concurrence sanctionne un laboratoire pharmaceutique pour des pratiques de dénigrement et de rabais de fidélité accordés à des pharmaciens ayant eu pour objectif d'entraver l'entrée sur le marché d'un concurrent générique (Aut. Conc., 18 décembre 2013, décision n. 13-D-21 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville). *Concurrences*, n. 1, 2014.

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, Washington, v. 78, n. 2, 2012. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1767/. Acesso em: 20 dez. 2019.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

