

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 19 • N. 2 • 2022

EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Ardyllis Alves Soares

Marcelo Dias Varella

Editora assistente

Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy

Editores convidados:

André de Carvalho Ramos

Manoela Carneiro Roland

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 19	n. 2	p. 1-370	ago	2022
--	----------	-------	------	----------	-----	------

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 19, 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.....	11
----------------------	-----------

CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: DESTAQUES DO TRABALHO DA HCCH NOS ÚLTIMOS DOIS ANOS.....	13
--	-----------

Nadia de Araujo, Marcelo De Nardi, Gustavo Ribeiro, Fabrício Polido, Inez Lopes e Matheus Oliveira

CRÔNICA A RESPEITO DAS NEGOCIAÇÕES DO FUTURO TRATADO SOBRE A CONSERVAÇÃO E O USO SUSTENTÁVEL DA BIODIVERSIDADE MARINHA ALÉM DA JURISDIÇÃO (BBNJ): DESTAQUES DA 5ª ICG E DESAFIOS PARA A SUA CONCLUSÃO	43
--	-----------

Carina Costa de Oliveira, Bárbara Mourão Sachett, Júlia SchützVeiga, Philippe Raposo e Paulo Henrique Reis de Oliveira

DOSSIÊ.....	50
--------------------	-----------

André de Carvalho Ramos e Manoela Carneiro Roland

A JURISDIÇÃO DE NECESSIDADE E O TRATADO VINCULANTE: A SAGA DO ACESSO TRANSNACIONAL À JUSTIÇA DAS VÍTIMAS DE ATIVIDADES DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS.....	57
---	-----------

André de Carvalho Ramos e Manoela Carneiro Roland

1 Introdução	58
---------------------------	-----------

2 A jurisdição extraterritorial protetora e os Casos Kiobel e Daimler-Benz	59
---	-----------

2.1 Aspectos gerais: a ausência do devido processo legal e a jurisdição de necessidade	59
--	----

2.2 Os Casos Kiobel e Daimler	59
-------------------------------------	----

3 O tratado internacional sobre empresas transnacionais e direitos humanos das Nações Unidas	60
---	-----------

3 Considerações finais	65
-------------------------------------	-----------

Referências.....	66
-------------------------	-----------

TRANSTERRITORIALITY AS A THEORY TO HOLD CORPORATIONS ACCOUNTABLE FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: THE APPLICATION OF ITS PRINCIPLES IN VEDANTA AND NEVSUN CASES	68
--	-----------

Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian

1 Introduction	69
-----------------------------	-----------

3 Definition and application of transterritoriality by the States	74
--	-----------

4 Potential Transterritoriality elements in Vedanta and Nevsun Cases.....	77
--	-----------

5 Conclusion	79
---------------------------	-----------

References.....	80
-----------------	----

ACCESS TO JUSTICE THROUGH BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: THE CHILEAN EXPERIENCE ON TRANSNATIONAL MINING.....84

Daniel Jacomelli Hudler e Marcelo Benacchio

1 Introduction	85
2 Access to justice via regulation of transnational corporations: the business and human rights proposition	86
2.1 Relationship between access to justice and the scientific branch of Business and Human Rights.....	86
2.2 Business and Human Rights: beyond Corporate Social Responsibility (CSR) or Corporate Responsibility (CR).....	88
3 Political-economic context and the development of business and human rights in Chile	91
4 Critics on transnational mining in chile: what we can learn?	94
5 Conclusion	97
References.....	98

MODEL INTERNATIONAL MOBILITY CONVENTION: AN INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS REFLECTION ON THE NON-CRIMINALIZATION PRINCIPLE..... 102

Lutiana Valadares Fernandes Barbosa e Ana Luisa Zago de Moraes

1 Introduction	103
2 The drafter's background and the citations that lich-pin the Convention's articles	104
3 The Brazilian and Inter-American contribution on the principle of non-criminalization of migration	106
3.1 Non-discrimination in criminal proceedings and criminal enforcement.....	107
3.2 Due process in administrative measures of compulsory withdrawal.....	107
3.3 Non-detention of migrants with a basis in their legal status.....	109
3.4 Non-criminalization of cross-border movements	111
4 Final considerations.....	112
5 Annex I and II.....	113
Annex 1- MIMC 1.0 Commission members	113
Annex II: MIMC 2.0 Additional contributors	114
References.....	114

EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: INCORPORAÇÃO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO 118

Ana Maria D'Ávila Lopes

1 Introdução	119
---------------------------	------------

2 Gênero, Direito e discriminação.....	120
3 A violência sexual contra a mulher e a incorporação da perspectiva de gênero no direito internacional.....	122
4 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre violência sexual	124
5 Considerações finais	133
Referências.....	134

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO PERSPECTIVA FUTURA PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIA+ EM NÍVEL GLOBAL..... 139

Dilermando Aparecido Borges Martins e Melina Girardi Fachin

1 Introdução.....	140
2 Violências do dia a dia e os marcos da realidade brasileira	141
3 O controle de convencionalidade: aspectos teóricos de um novo instrumento de garantia de direitos.....	142
4 Jurisprudência doméstica e regional acerca da aplicação do controle de convencionalidade	145
5 Controle de convencionalidade: pauta para o futuro da população LGBTQIA+.....	147
6 O controle de convencionalidade com base na jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos: casos paradigmáticos.....	151
7 Considerações Finais	152
Referências.....	153

TEMAS GERAIS 156

A CONSTRUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO MECANISMO VINCULATÓRIO DE PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE ABUSOS DE DIREITOS HUMANOS EM PROCESSOS DECISÓRIOS EMPRESARIAIS 158

Michelle Lucas Cardoso Balbino

1 Introdução.....	159
2 O processo de “esverdeamento” normativo dos Direitos Humanos possui uma função positiva atuação da participação social ativa nos mecanismos de controle.....	161
3 Participação Social Vinculatória como categoria de normas que garantem a capacidade de influenciar das partes interessadas nos processos decisórios	167
4 Considerações finais	178
Referências.....	178

EXTRATIVISMO E (NEO) COLONIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA: A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL NO ÂMBITO GLOBAL E REGIONAL..... 183

Larissa Ramina e Lucas Silva de Souza

1 Introdução.....	184
-------------------	-----

2 As estruturas (neo)coloniais das empresas transnacionais: extrativismo e (ir)responsabilização no contexto latino-americano	187
2.1 O discurso desenvolvimentista como legitimador da irresponsabilidade social das ETNs extrativistas por danos socioambientais	188
2.2 Os limites da capacidade estatal de responsabilizar as empresas transnacionais extrativistas face às estratégias de dominação (pós)coloniais.....	192
3 A construção da dialógica da responsabilidade social empresarial a nível global e regional	196
3.1 A responsabilidade social empresarial em sede global e seu caráter de soft law	197
3.2 A responsabilidade social corporativa no âmbito regional e o diálogo global e local	204
4 Considerações finais	207
Referências.....	208

JURISDIÇÃO UNIVERSAL: “CAIXA DE PANDORA” OU UM CAMINHO PARA A REALIZAÇÃO DOS INTERESSES DA HUMANIDADE? **214**

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro

1 Introdução	215
2 O sistema jurídico que dá suporte à jurisdição universal.....	216
3 Jurisdição universal.....	219
3.1 Aspectos introdutórios	219
3.2 Conceito, classificação e elementos caracterizadores da jurisdição universal.....	222
4 Jus Cogens: o elemento objetivo da relação jurídica que fundamenta a jurisdição universal	226
5 Interesses da humanidade: elemento subjetivo da relação jurídica que fundamenta a jurisdição universal	229
6 O regime jurídico da jurisdição universal na Bélgica e na Espanha	235
7 Considerações finais	240
Referências.....	241

A AMPLIAÇÃO DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: O SURGIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL..... **245**

Elizabeth Goraieb e Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo

1 Introdução	246
2 Caracterização da facultatividade da jurisdição como princípio na primeira metade do século XX..	246
3 As regras sobre jurisdição e competência da CPJI e da CIJ	248
4 Os limites materiais da jurisdição internacional.....	250
5 O surgimento da jurisdição penal internacional	251
6 Considerações finais	264
Referências.....	265

CLOSING THE GAP BETWEEN UNGPs AND CONTENT REGULATION/MODERATION PRACTICES .269

Sebastian Smart e Alberto Coddou McManus

1 Introduction	271
2 The origins and experimentalist governance of UNGPs.....	272
3 Content regulation/moderation practices and the right to freedom of expression	275
4 UNGPs and content regulation/moderation	277
5 Conclusions.....	287
References.....	288

TEACHING AND RESEARCH OF INTERNATIONAL LAW IN AN EXPANDED WORLD: UNDERSTANDING FROM THE INDIAN PERSPECTIVE295

Shuvro Prosun Sarker e Prakash Sharma

1 Introduction	296
2 The partisan narrative of international law.....	297
3 Treatment of international law and research in India	300
4 Understanding TWAIL in India	301
5 Teaching Critical International Law.....	303
6 Contemporary themes and imperatives: possibilities for future	305
7 Efforts from India	306
References.....	308

LEGAL RESPONSE TO PROTECTION OF RIGHT TO COMMUNICATE E APPROPRIATE ADULTS DURING PROCESS OF ARREST OR DETENTION..... 314

Bassim Jameel Almusawi

1 Introduction	315
2 England and Wales	316
2.1 Right to communicate with someone during arrest or detention.....	316
2.2 Appropriate adults.....	317
2.2.1 The appropriate adult for Juveniles	317
2.2.2 The appropriate adult for mentally disordered and handicapped.....	319
3 The European Convention on Human Rights	320
3.1 Interpretation of European Convention regarding right to communicate.....	320
3.2 Interpretation of European Convention regarding right to Appropriate Adult.....	322
4 Conclusion	323
References.....	324

IS INVESTMENT FACILITATION A SUBSTITUTE OR SUPPLEMENT? A COMPARATIVE ANALYSIS OF CHINA AND BRAZIL PRACTICES.....326

Dan Wei e Ning Hongling

1 Introduction	327
2 Investment facilitation: a new trend	328
3 Brazilian model: investment facilitation as a substitute.....	330
3.1 Resistance to BITs.....	330
3.2 Practices on investment facilitation.....	330
4 China's practices: investment facilitation as a supplement.....	333
4.1 Follower of Investment Treaty regime	333
4.2 Practices on investment facilitation	333
5 What can China and Brazil learn from each other?.....	336
5.1 Brazilian experiences: investment prevention mechanism.....	336
5.2 Chinese experiences: inclusive investment policies.....	338
6 Conclusion	339
References.....	340

AMPLIANDO A PROTEÇÃO SOCIAL AOS MIGRANTES À LUZ DA DIRETIVA DE PROTEÇÃO TEMPORÁRIA DA UNIÃO EUROPEIA: LIÇÕES DA INVASÃO DA UCRÂNIA.....344

Julia Motte-Baumvol, Tarin Cristino Frota Mont'alverne e Gabriel Braga Guimarães

1 Introdução	345
2 O escopo pessoal limitado da proteção temporária para as pessoas deslocadas da Ucrânia.....	348
2.1 A exclusão de nacionais de países terceiros residentes na Ucrânia	348
2.2 A oportunidade perdida de ampliação do escopo pessoal da TPD	349
3 A ampliação do escopo da proteção social prevista pela diretiva	351
3.1 O conteúdo da assistência social concedida pela diretiva de proteção temporária.....	351
3.2 O financiamento da ampliação da proteção social.....	355
4 Considerações Finais	356
Referências.....	356

RESENHA **362**

Lucas Carlos Lima

NORMAS EDITORIAIS.....368

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

CRÔNICAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Crônicas de Direito Internacional Privado: destaques do trabalho da HCCH nos últimos dois anos

Chronicles of Private International Law: highlights of HCCH's work over the past two years

Nadia de Araujo

Marcelo De Nardi

Gustavo Ribeiro

Fabrizio Polido

Inez Lopes

Matheus Oliveira

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Crônicas de Direito Internacional Privado: destaques do trabalho da HCCH nos últimos dois anos*

Chronicles of Private International Law: highlights of HCCH's work over the past two years

Nadia de Araujo**

Marcelo De Nardi***

Gustavo Ribeiro****

Fabrizio Polido*****

Inez Lopes*****

Matheus Oliveira*****

* Recebido em 08/07/2022
Aprovado em 08/07/2022

** Advogada e Professora de Direito Internacional Privado da PUC-Rio, Doutora em Direito Internacional pela USP. E-mail: nadia@nadiadearaujo.com

*** Juiz Federal e Professor de Direito Internacional do Comércio da UNISINOS, Doutor em Direito Privado pela UFRGS, Presidente do Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado. E-mail: marcelo@mdn.net.br

**** Professor de Comércio Internacional, Metodologia e DIPr do Centro Universitário de Brasília (CEUB). Doutor em Direito (University of Indiana Bloomington. Fulbright/Capes). É membro do quadro técnico da ApexBrasil. E-mail: Gustavo.Ribeiro@ceub.edu.br

***** Professor Associado de Direito Internacional Privado, Direito Comparado e Novas Tecnologias da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Foi Pesquisador-Visitante no Instituto Max-Planck para Direito Internacional Privado e Comparado, Hamburgo, University of Kent Law School – KLS e Universität-Humboldt zu Berlin. Advogado, Sócio de L.O.Baptista. E-mail: fbp@baptista.com.br

***** Professora Associada de Direito Internacional Privado e Público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado e justiça transnacional (GDIP-Transjus) Coordenadora do PPGD/UnB. E-mail: inezlopes@unb.com

***** Graduado em Relações Internacionais (UnB) e Graduando em Economia (UnB). É membro do quadro técnico da ApexBrasil. E-mail: matheus.santos@apexbrasil.com.br

1 Introdução

Estas Crônicas são dedicadas a um balanço dos últimos dois anos do intenso trabalho realizado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (“HCCH”). Organização centenária, que soube se adequar aos novos tempos. Cada vez mais, a HCCH tem se dedicado a ser uma organização voltada para servir os indivíduos nas situações jurídicas que os afetam em suas relações com mais de um país. Por outro lado, continua a investir em negociações que tenham por objetivo documentos de caráter obrigatório para uniformizar regras de Direito Internacional Privado, sobretudo ligadas ao Processo Civil Internacional.

Os cinco relatos dessas Crônicas foram divididos em dois grandes temas: os números 1, 3 e 5, elaborados pelos autores Nadia de Araujo, Gustavo Ribeiro e Matheus de Oliveira e Inez Lopes, são voltados às recentes ações da HCCH no campo dos seus trabalhos pós-convencionais.¹ Os trabalhos de números 2 e 4, elaborados pelos autores Nadia de Araujo, Fabrizio Bertini Pasquot Polido e Marcelo De Nardi, dedicam-se ao importante “Projeto sobre Jurisdição”, em andamento a partir da adoção pela 22ª Sessão Diplomática da Convenção de Sentenças Estrangeiras. A finalidade do Projeto é a de harmonizar as regras sobre jurisdição internacional em matéria civil e comercial, identificando para as partes os foros em que deverão propor suas ações sobre questões transnacionais, quais as bases suficientes e adequadas para um Tribunal assumir a jurisdição em um caso conectado a mais de um Estado e como se podem evitar os processos paralelos ou conectados, evitando a prolação de sentenças conflitantes ou contraditórias sobre o mesmo caso.

¹ ARAUJO, Nadia. Governança global no direito internacional privado: a atividade pós-convencional da Conferência da Haia de direito internacional privado. *Boletim da Sociedade de Direito Internacional*, v. 108, n. 151, p. 249-264, 2020.

Nadia de Araujo começa tratando do tema “A HCCH na pandemia: o Guia de Boas Práticas sobre a utilização de videoconferência para obtenção de provas no exterior.” Interessante notar que o Guia de Boas Práticas da Convenção da Haia sobre obtenção de provas no exterior, de 1970, foi finalizado e publicado justamente quando o mundo mais necessitava de um trabalho voltado às regras para trabalhos à distância. Isso porque a crise sanitária gerada pelo aparecimento do coronavírus, no início de 2020, mudou drasticamente a prática forense em escala nacional e global. Nesse contexto, a necessidade de manter a prestação jurisdicional efetiva propiciou a inserção de novas tecnologias no processo civil doméstico e internacional. A análise centrou-se nas ações de *soft law* proposta pelo Guia de Boas Práticas sobre o uso do Vídeolink, a respeito da obtenção de prova oral por videoconferência e as problemáticas envolvidas na cooperação jurídica internacional – tudo sob a égide da Convenção da Haia de 1970.

Na segunda Crônica, Marcelo De Nardi e Nadia de Araujo tratam dos avanços do Grupo de Trabalho com mandato do Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (CGAP), dedicado ao *Jurisdiction Project* (Projeto de Jurisdição), que tem por finalidade desenhar um documento obrigatório de alcance internacional com regras sobre jurisdição internacional em matéria civil ou comercial. Nesse momento das negociações, está em discussão o tema de *parallel proceedings*; o artigo descreve as dificuldades da negociação do texto do projeto e o analisa na perspectiva da legislação brasileira, discorrendo sobre possíveis soluções para a plena aplicação da futura convenção.

Na terceira Crônica, Gustavo Ribeiro e Matheus Oliveira tratam da Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, ou Convenção da Apostila. Incorporada ao regramento brasileiro em 2016, é um dos principais regramentos internacionais da HCCH, em termos de Partes Contratantes (122). A Convenção da Apostila visa reduzir burocracias inerentes à legalização de documentos estrangeiros. Nos termos do artigo 2, *in fine*, da Convenção, a legalização assume sentido técnico, e se refere à formalidade “pela qual os agentes diplomáticos ou consulares do país no qual o documento deve produzir efeitos atestam a autenticidade da assinatura [...]”. O denominado “apostilamento” representaria meio de prover autenticidade à assinatura, sem a necessidade da

intervenção diplomática ou consular. Nessa crônica, expõe-se a peculiar exclusão da aplicação da Convenção aos documentos administrativos diretamente relacionados a operações comerciais ou aduaneiras, conforme seu artigo 1(3)(b). Busca-se esclarecer o escopo da exclusão aos documentos típicos de comércio exterior, como licenças de importação e exportação, certificados de origem e sanitários, *invoices* e similares. Ao se pesquisar a origem da exclusão, bem como desdobramentos recentes, o que inclui recente questionário respondido por Partes e não Partes da Convenção ao Secretariado da HCCH, demonstra-se que a exclusão não produz interpretações harmonizadas. Apesar de haver uma orientação de que a exclusão seja interpretada de forma restritiva, as práticas divergem. Entre outros, em função dos diversos arranjos institucionais dos países quanto ao entendimento do que são documentos administrativos diretamente relacionados ao comércio e aduanas.

Na quarta Crônica, Fabrício Polido e Marcelo De Nardi examinam as principais repercussões envolvendo jurisdição exclusiva nas interfaces entre a Convenção da Haia de Sentenças Estrangeiras de 2019, o novo Projeto de Jurisdição da HCCH e o Código de Processo Civil brasileiro. A principal discussão de política normativa diz respeito à inclusão da matéria relativa à jurisdição exclusiva sobre bens imóveis em uma futura convenção da HCCH sobre processos paralelos (*parallel proceedings*), as possíveis conexões envolvendo bases de jurisdição direta e as soluções convencionais a serem observadas pelas Partes Contratantes, tendo como referencial os interesses do Estado brasileiro. A questão é igualmente relevante sob a perspectiva da interação normativa entre as convenções d’A Haia e o CPC, como em relação à definição da jurisdição civil pelos tribunais nacionais a partir da primazia das regras de tratados e convenções processuais (art.13 do CPC) e do alcance normativo da regra estabelecendo jurisdição exclusiva dos tribunais brasileiros para processar e julgar ações envolvendo bens imóveis situados no Brasil (art. 23, inciso I). Em destaque estão ainda os cenários e casos práticos envolvendo litispendência e processos paralelos diante de demandas relativas a bens imóveis, como discutidos no Projeto de Jurisdição da Conferência, e as hipóteses — mais amplas ou mais restritivas — de circulação de decisões estrangeiras nessa matéria, nos termos da Convenção de Sentenças de 2019. Um futuro instrumento a ser adotado como resultado do Projeto de Jurisdição terá de passar, desse modo, pela aprecia-

ção mais detida dos efeitos da “conexão exclusiva” para demandas eventualmente ajuizadas perante tribunais estrangeiros e que, embora versem sobre bens imóveis situados no Brasil, estejam enquadradas na aplicação do instrumento e na aplicação de obrigações relativas à suspensão ou extinção de processos paralelos. Os negociadores deverão refletir sobre a pertinência ou não da inclusão de uma obrigação multilateral de recusa de jurisdição para Estados contratantes que não sejam o do foro da situação do bem imóvel, como uma escolha de política normativa para proteger a jurisdição exclusiva dos Estados em litígios transfronteiriços envolvendo bens imóveis neles situados.

Por fim, na quinta Crônica, Inez Lopes comenta a recém-lançada Ferramenta para Operadores do Direito para o reconhecimento e execução de acordos privados para o direito de família envolvendo crianças,² que foi aprovado na reunião de 2022 do CGAP. O objetivo do trabalho é expor os principais pontos dessa Ferramenta destinada a facilitar a circulação de acordos em direito de família que tratem da situação de crianças, de tal modo que possa ser reconhecido e executado em um Estado estrangeiro. Utilizando o método qualitativo na análise dos relatórios do Grupo de Especialistas e nos ensinamentos da doutrina, avalia-se, neste trabalho, o instrumento de *soft law* e sua importância para auxiliar profissionais na conclusão de acordos em direito de família envolvendo crianças dotado de eficácia extraterritorial, harmonizando certos procedimentos, assim como sua conexão com o direito nacional. Entre os resultados esperados, este estudo investiga até que ponto um acordo familiar puramente privado envolvendo crianças terá efeitos extraterritoriais automáticos.

² HCCH-CGAP. *Practitioners' tool: cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children*: prel. doc. n. 3B. Haia, NL, jan. 2022. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/c7696f38-9469-4f18-a897-e9b0e-1f6505a.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2022.

2 Crônica: a HCCH na pandemia: o guia de boas práticas sobre a utilização de videoconferência para obtenção de provas no exterior. (Nadia de Araujo)

2.1 Introdução

A disseminação do vírus causador da doença COVID-19 e o recrudescimento das políticas de distanciamento físico colocaram à prova o funcionamento de instituições e órgãos públicos. A pandemia afetou, direta e especialmente, o poder Judiciário, magistrados e demais servidores. Todos se viram na difícil tarefa de estabelecer novas técnicas que possibilitassem uma efetiva — ainda que à distância — prestação jurisdicional. Nesse cenário, ganhou destaque a utilização de tecnologias de comunicação por áudio e vídeo, como as plataformas de videoconferência, na condução de audiências e no cumprimento de pedidos de cooperação judiciária.

No campo específico da obtenção de provas no exterior, espaço por excelência de aplicação das regras de cooperação jurídica internacional (“CJI”),³ foi publicado pelo Secretariado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (“HCCH”) um Guia de Boas Práticas sobre o emprego do *video-link* (ou videoconferência) na obtenção de provas em matéria civil e comercial, nos termos da Convenção de 1970 (doravante “Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial (1970)”)^{4,5} O instrumento de *soft law* certamente veio em boa hora, uma vez que auxilia os operadores do Direito a utilizarem tecnologias de comunicação à distância no processo adjudicatório.

Não há dúvidas de que o desenvolvimento tecnológico permitiu uma aproximação entre as autoridades judiciárias de diversas jurisdições, em especial no cum-

³ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 222-223.

⁴ BRASIL. Decreto nº 9.039/2017, 27 abr. 2017. Promulga a Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, firmada em Haia, em 18 de março de 1970. *Diário Oficial da União*, 28 abr. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9039.htm. Acesso em: 31 jan. 2022.

⁵ HCCH. *Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention*. Haia, NL, 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

primento dos pedidos de CJI. No entanto, a utilização da videoconferência para obtenção de provas nos termos da Convenção de 1970 também põe em xeque concepções clássicas relacionadas ao exercício da soberania estatal e, em especial, aos limites — e efeitos — da atuação extraterritorial dos magistrados nacionais.

Essa crônica, que não possui a pretensão de exaurir o tema, apresenta breves notas sobre as principais características da recente publicação da HCCH, bem como introduz algumas das polêmicas e questões que, atualmente, protagonizam os debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, especialmente associadas à admissibilidade das novas tecnologias e a sua forma de utilização pelas autoridades judiciais.

2.2 A Convenção da Haia de 1970 e a obtenção de prova oral por videoconferência

O desenvolvimento das tecnologias de comunicação e o amplo uso desses meios nos processos judiciais resultaram no questionamento quanto à possibilidade de também aplicá-los no cumprimento dos pedidos de CJI.

Os trabalhos posteriores à convenção da HCCH ocorreram entre 1978 e 2014. A possibilidade do uso de vídeo-link, para obtenção de prova oral, surgiu apenas em 2003 e passou a ser acompanhada por um grupo de especialistas, que concluiu não haver óbice, nos termos da Convenção de 1970, para o uso de novas tecnologias no processo de obtenção probatória.⁶ Posteriormente, a HCCH iniciou o trabalho para a elaboração de um Guia de Boas Práticas para o uso dessa modalidade de colheita de prova que, uma vez finalizado, foi publicado em 2020.⁷

O tema novamente adquiriu protagonismo nos debates doutrinários e jurisprudenciais ligados à CJI, principalmente em função da recente crise sanitária mundial, causada pela disseminação do coronavírus (causador da doença COVID-19). A necessidade de distanciamento social resultou em políticas de restrição de acesso da população aos ambientes públicos, inclusive aos órgãos de prestação jurisdicional. Por essa razão, diversas medidas

foram tomadas visando à continuação das atividades do Poder Judiciário. Grande parte delas está diretamente relacionada ao uso de plataformas tecnológicas de comunicação à distância.

A respeito da aplicação da Convenção, a discussão trata da utilização do que se convencionou denominar de *vídeo-link*, uma tecnologia que permite a interação por áudio e vídeo de duas ou mais pessoas localizadas em espaços diferentes. No contexto dos procedimentos judiciais, o vídeo-link possibilitaria a transposição de barreiras físicas, facultando às partes, seus advogados e testemunhas presenciar ou até depor perante um juiz de outro país.⁸

Precipuamente, o uso do vídeo-link traz como vantagem a redução no tempo expendido na instrução dos processos judiciais, além da supressão do alto custo, e, inclusive, gera um impacto ambiental positivo por evitar viagens às instalações físicas da autoridade judiciária de cada país.⁹

Evidentemente, em algumas situações, a utilização da tecnologia não poderá atender, integralmente, ao objetivo visado pelas partes com a obtenção da prova. Há casos em que será mais eficaz que as pessoas designadas compareçam fisicamente ao tribunal para depor ou testemunhar, pois há quem entenda que o uso de vídeo-link pode prejudicar o nível de interação entre as testemunhas, as partes, os patronos e o magistrado, o que, ao fim, pode se mostrar negativo à obtenção da prova. Por essa razão, o uso da tecnologia deve ser entendido como um complemento, e não como uma substituição, aos métodos tradicionais de cooperação.

No Brasil, o uso dessa tecnologia já é uma realidade, previsto, inclusive, nas disposições do Código de Processo Civil (“CPC”).¹⁰ Nesse contexto, permite-se a utilização de sistemas de áudio e vídeo para obter depoimento da parte que não resida na mesma comarca,

⁶ HCCH-CGAP. *Conclusions and recommendations adopted by the council: council on general affairs and policy of the conference*. 17-20 abr. 2012. par. 42.

⁷ HCCH. *Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention*. Haia, NL, 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

⁸ HCCH. *Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention*. Haia, NL, 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

⁹ Não são poucas as vantagens. Para um aprofundamento sobre o tema, HCCH. *Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention*. Haia, NL, 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 31 ago. 2022. art. 385.

seção ou subseção judiciária onde tramita o processo. Trata-se, evidentemente, da utilização dos sistemas de videoconferência com fins de cooperação judiciária interna, que, ao contrário do que ocorre em outros países, tem sido utilizada de forma corriqueira, sobretudo durante o período excepcional da crise do coronavírus.¹¹

Até mesmo após a reabertura das instalações físicas do Poder Judiciário, magistrados continuam a recorrer às plataformas de videoconferência para a realização de audiências de instrução e julgamento. Não é incomum para os advogados se depararem com links diretos para reuniões agendadas nos despachos judiciais. A prática tem sido adotada em todas as cortes e instâncias judiciárias no Brasil, incluindo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Por isso, é relevante notar que o uso do vídeo-link não mais se restringe às hipóteses de cooperação judiciária interna, expandindo-se também a demais atos processuais, cujo cumprimento se mostra compatível com a utilização desta tecnologia.

As diretrizes elaboradas pela HCCH se dirigem, apenas, à obtenção de provas testemunhais, além de estarem limitadas ao campo de aplicação da Convenção de 1970 (questões civis ou comerciais). Sob essa lógica, o Guia é dividido em três partes: inicia pelas questões preliminares, de como pode ser usado dentro do escopo da convenção; segue para as questões relativas à preparação e à condução da audiência; e finaliza com considerações sobre aspectos técnicos e de segurança.

A admissibilidade do uso da tecnologia no cumprimento dos pedidos de CJI dependerá, em última instância, da lei local do Estado Requerido. Não há unanimidade entre os Estados Contratantes sobre a possibilidade de se recorrer ao vídeo-link para cumprimento de pedidos fundamentados na Convenção de 1970. O Guia, entretanto, acentua que, embora a Convenção tenha sido concluída em uma época em que tais instrumentos não eram utilizados, “a linguagem neutra do ponto de vista tecnológico que os autores adotaram permite a utilização de tais tecnologias”.¹²

A respeito do texto convencional, o Guia ventila a hipótese do Estado Requerente solicitar o uso do vídeo-

link, recorrendo à ferramenta prevista no artigo 9(2) da Convenção, que prevê a possibilidade do Estado Requerido seguir uma forma especial no processo de obtenção de provas.¹³ Porém, nesse caso, o Estado Requerido ainda detém a opção de recusar o pedido, caso o uso do vídeo-link seja considerado incompatível com a sua legislação interna ou se a autoridade competente entender pela impossibilidade de sua utilização, em virtude de prática judiciária.

Além dessa hipótese, a permissão para uso da tecnologia pode estar prevista na legislação interna do Estado Requerido, ou mesmo em convenções bilaterais ou regionais sobre o tema. Trata-se, nesse caso, da aplicação dos artigos 27 e 32 da Convenção, que abrigam a possibilidade do emprego de métodos menos restritivos no processo de obtenção de provas.

Atualmente, também se discute a possibilidade de obtenção *direta* da prova pela autoridade judiciária do Estado Requerente, com a participação e assistência da autoridade competente do Estado Requerido.¹⁴ Certamente não são todos os Estados Contratantes que permitirão tal prática, já que é vista por muitos como uma indevida interferência na soberania judiciária do Estado. Esse é o caso, por evidência, dos pedidos passivos de CJI recepcionados pelo Brasil, em razão da clássica jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do indeferimento de carta rogatória que continha um pedido de oitiva de testemunhas por magistrado argentino na Missão Diplomática deste país.¹⁵ Alguns outros países já recepcionam pedidos desta natureza. Esse é o caso, por exemplo, da França, que introduziu, em 2017, novos artigos ao seu Código de Processo

¹¹ Resoluções n.º 313 e 314 do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), além da Emenda Regimental n.º 96/2020 do STJ e n.º 53/2020 do STF.

¹² HCCH. *Guide to good practice on the use of video-link under the evidence Convention*. Haia, NL, 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022. par 2.

¹³ Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial (1970), art. 9. “A autoridade judiciária que cumprirá a Carta Rogatória aplicará a legislação de seu país no que diz respeito às formalidades a serem seguidas. Entretanto, essa autoridade atenderá ao pedido da autoridade requerente de que se proceda de forma especial, a não ser que tal procedimento seja incompatível com a legislação do Estado requerido ou que sua execução não seja possível, quer em virtude da prática judiciária seguida, quer em virtude de dificuldades de ordem prática. As Cartas Rogatórias serão cumpridas prontamente”.

¹⁴ O tema, entretanto, é objeto de extenso debate. Para uma análise detalhada, HCCH. *Guide to good practice on the use of video-link under the evidence Convention*. Haia, NL, 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória nº 8.577*. Ementa. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 1 mar. 1999.

Civil, especialmente direcionados à execução direta de cartas rogatórias, nos termos da Convenção de 1970.¹⁶

2.3 Considerações finais

A discussão sobre a sua admissibilidade no Brasil ainda é incipiente e demandará uma atenção especial por parte dos advogados. Nem a Autoridade Central brasileira nem o STJ possuem meios para acompanhar o cumprimento do pedido de CJI na Justiça Federal. Esse é o caso, por evidência, dos pedidos de simples notificação para participação em audiência que, ao fim, transformam-se em verdadeira instrução processual, com a correspondente obtenção direta de prova oral por autoridade judiciária estrangeira.

Uma alternativa à obtenção direta da prova oral seria a sua obtenção *indireta*, no qual o cumprimento do pedido de CJI é realizado pela autoridade competente do Estado Requerido, nos moldes de sua legislação interna, mas com a participação do magistrado do Estado Requerente.¹⁷ Em tal hipótese, aprovada a sua participação, a autoridade judiciária desse Estado realizaria papel meramente passivo, apenas assistindo ao cumprimento do pedido de CJI.

Tanto a admissibilidade do uso da tecnologia quanto a forma de obtenção de prova — se direta ou indireta —, no cumprimento dos pedidos de CJI, dependerá, mais uma vez, da lei local do Estado Requerido. Por esse motivo, é de vital importância o trabalho realizado pela HCCH de mapeamento da prática judiciária de cada um

dos Estados Contratantes.¹⁸ Há diferenças sensíveis entre os países que precisam ser consideradas.

Por esses e outros motivos, a utilização do vídeo-link, para o cumprimento de medidas de CJI, deve se sujeitar à prática judiciária adotada em cada Estado. Sua admissibilidade dependerá de uma análise dos casos concretos. No entanto, o trabalho realizado pela HCCH, com a elaboração do Guia de Boas Práticas, procura facilitar a compreensão do instrumento, partindo da premissa de sua compatibilidade com as regras previstas pela Convenção de 1970.

3 Crônica: o projeto de jurisdição transnacional em matéria civil ou comercial da HCCH: primeiras impressões sobre Parallel Proceedings. (Nadia de Araujo e Marcelo De Nardi)

3.1 Introdução

Esta crônica pretende noticiar o progresso das negociações do mais recente desafio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (“HCCH”) na área de processo civil internacional: o relançamento do projeto sobre jurisdição internacional (“Projeto”), em matéria civil ou comercial, no tema de *jurisdiction in transnational civil or commercial litigation*.

O Projeto, iniciado nos anos noventa do século XX, e derivado de uma proposta dos EUA para uma convenção, pretendia tratar de *dois aspectos relevantes do Direito Internacional Privado sobre disputas transnacionais em matéria civil e comercial: a jurisdição internacional dos tribunais, e o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras*.¹⁹ Não obstante as dificuldades apresentadas e a cisão dos trabalhos em 2001,²⁰ foram posteriormente finalizadas duas

¹⁶ Em especial, o art. 747-1 do CPC francês. FRANÇA. *Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile*. 10 maio 2017. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034635897/>. Acesso em: 31 jan. 2022. “Si demande en est faite dans la commission rogatoire, et pour autant que la mesure d’instruction prescritte qu’il soit exclusivement procédé à une audition, le ministère de la justice peut en autoriser l’exécution directe par la juridiction étrangère, notamment par vidéoconférence, sans contrainte ni sanction possible”.

¹⁷ A participação do magistrado estrangeiro dependerá, no entanto, das declarações realizadas pelos Estados Contratantes, nos termos do art. 8 da Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial (1970). Nesse sentido, o artigo prevê que “[q]ualquer Estado Contratante poderá declarar que autoridades judiciárias da autoridade requerente de um outro Estado Contratante poderão assistir ao cumprimento de uma Carta Rogatória. Poderá ser exigida autorização prévia da autoridade competente designada pelo Estado declarante”.

¹⁸ Para acesso do *country profile* de cada Estado: HCCH. *Convention of 18 march 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters*. 2017. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=42&cid=82>. Acesso em: 17 maio 2022.

¹⁹ Tradução livre pelos autores do conteúdo: HCCH. *Jurisdiction project*. [20--]. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/jurisdiction-project>. Acesso em: 3 maio 2022.

²⁰ Antes da cisão dos trabalhos, foi proposto um texto (*Interim Text of 2001*) que tratava do tema da jurisdição direta, da eleição de foro e do reconhecimento de sentenças estrangeiras. O documento se

convenções “parciais”: a Convenção de 2005 — relativa aos Acordos de Eleição de Foro²¹ — e a Convenção de 2019 — sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras.²²

O tema da jurisdição voltou à pauta na reunião do Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH (“CGAP”) de 2019.²³ Decidiu-se por retomar o Projeto²⁴ para harmonizar as regras sobre jurisdição internacional.

O Grupo de Especialistas (“GE”) reuniu-se novamente para tratar do Projeto até a apresentação do relatório final ao CGAP em março de 2021,²⁵ que deliberou pela formação de um Grupo de Trabalho (“GT”). Duas reuniões do GT já ocorreram, bem como a aprovação de mais duas para o CGAP de 2023.

Entre outros, o foco do GT se manteve no desenvolvimento de regras para o tema de *concurrent proceedings*, ou, mais precisamente, de *parallel proceedings*, considerando-se as questões de jurisdição direta e de *forum non conveniens*, sob a forma de convenção com regras cogentes.

O Brasil participa, ativamente, das negociações (no GE e agora no GT). Ressalta-se que o tema da jurisdição é tratado pelo Código de Processo Civil, artigos 21 a 25. Apesar da adição de regra sobre eleição de foro no artigo 25, a norma que impede os efeitos da litispendên-

cia internacional foi mantida nos mesmos termos do CPC de 1973.²⁶ Especialmente por ter posição diversa de outros países envolvidos na negociação, o tema da litispendência internacional, que é um dos que está em maior evidência no atual projeto, deve ser acompanhado de perto pelo Brasil.

Este artigo tem por objetivo descrever os últimos passos dos trabalhos desenvolvidos no Projeto, tanto no GE quanto no GT, e restringe-se ao tópico de *parallel proceedings*, avaliando a sua compatibilidade com as atuais regras do CPC, em particular nas questões de litispendência internacional²⁷ e jurisdição exclusiva para *ações relativas a imóveis*.²⁸

3.2 Parallel Proceedings

Em cronologia do Projeto, destacam-se as seguintes etapas: no ano de 2019, o CGAP conferiu um mandato para o GE do Projeto, cujo trabalho reiniciaria em 2020, após a 22ª Sessão Diplomática. O GE tinha por escopo a discussão do tema da jurisdição, com vistas à preparação de um instrumento futuro.²⁹ Na reunião do CGAP de 2021, o trabalho do GE foi considerado concluído e um GT foi constituído.³⁰

Desde o início das negociações, a questão da tramitação paralela de processos judiciais semelhantes (*parallel proceedings*) foi um dos temas principais. Em auxílio ao GE, a HCCH desenvolveu um questionário sobre como diferentes jurisdições solucionam tal questão, considerando especialmente questões sobre ações conexas.³¹ O

encontra disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/e172ab52-e2de-4e40-9051-11aee7c7be67.pdf>. Acesso em: 17jan.2022. Para uma análise pormenorizada do projeto original e das razões que levaram à cisão. BRAND, Ronald A. Jurisdiction and judgments recognition at the Hague Conference: choices made, treaties completed, and the path ahead. *Netherlands International Law Review*, v. 67, n. 1, 2020.

²¹ HCCH. *Seção eleição do foro*. [20--]. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/specialised-sections/choice-of-court>. Acesso em: 12 jan. 2022..

²² HCCH. *Convention of 2 July 2019 on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters*. 2 jul. 2019. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=137>. Acesso em: 12 jan. 2022. Sobre o tema, SPITZ, Lidia. *Homologação de decisões estrangeiras no Brasil: a Convenção de Sentenças da Conferência da Haia de 2019 e o controle indireto da jurisdição estrangeira*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

²³ O CGAP é o principal órgão deliberativo da HCCH no que se refere às ações a serem executadas pela organização internacional. HCCH. *Council on general affairs and policy*. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs>. fev./mar. 2022. Acesso em: 3 maio 2022.

²⁴ A HCCH mantém uma página especializada sobre o tema. HCCH. *Jurisdiction project*. [20--]. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/jurisdiction-project>. Acesso em: 3 maio 2022.

²⁵ As demais reuniões do GE ocorreram em 2012 e 2013.

²⁶ BRASIL. BRASIL. Lei nº 13.105, De 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 ago. 2022. arts. 21 a 25.

²⁷ BRASIL. BRASIL. Lei nº 13.105, De 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 ago. 2022. art. 24.

²⁸ BRASIL. BRASIL. Lei nº 13.105, De 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 ago. 2022. art. 23, inc. I.

²⁹ HCCH. *2019 Conclusions and recommendations adopted by CGAP*. 2019. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/governance/council-on-general-affairs/archive/2019-council>. Acesso em: 17 jan. 2022. Para um panorama sobre o Judgments Project e as decisões do CGAP desde 2001, RIBEIRO, Gustavo Ferreira; LOPES, Inês; ARAUJO, Nadia de; De NARDI, Marcelo. Crônicas de direito internacional privado. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 2, 2016. p. 19.

³⁰ HCCH. *Conclusions & decisions (C&D): CGAP 2021*. mar. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/94e2d886-1cbf-4250-b436-5c1899cb942b.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022. par. 7-9.

³¹ HCCH. *Conclusions & decisions: adopted by CGAP*. 3-6 mar. 2020.

questionário foi distribuído em maio de 2020 e o Governo Brasileiro, com o auxílio dos Autores, apresentou suas respostas.³²

O novo GT foi constituído com um mandato para desenvolver um projeto de convenção do tipo tradicional, com regras obrigatórias sobre *concurrent proceedings*. Nesse documento dever-se-ia prosseguir na iniciativa com uma *visão holística*, reconhecendo a *função primária* das normas sobre jurisdição e da doutrina do *forum non conveniens*.³³

Na 1ª reunião do GT, discutiram-se os conceitos de *proceedings*, reafirmando a natureza judicial desses objetos, e os conceitos de *parallel proceedings*, *related proceedings* e *concurrent proceedings*, sendo esses dois últimos descartados naquele momento, já que o trabalho está concentrado em *parallel proceedings*. Quanto a esse último, examinou-se a definição específica, havendo razoável consenso quanto à identidade de partes, mas se desenvolvendo um debate maior quanto ao requisito de *same subject matter*, considerando o conceito extraído da Convenção de 2019, artigo 7(1)(f) e (2).

No Brasil, o tema se encontra sob a rubrica da litispendência internacional, destacando-se a proibição de seu reconhecimento pelo juiz brasileiro, conforme artigo 24 do CPC. Este foi o campo em que houve maior aproximação no pensamento dos especialistas, que decidiram prosseguir considerando-se um futuro instrumento cogente restrito ao tratamento dos *parallel proceedings* em diversos países.

Uma primeira delimitação estabelecida nos debates refere-se ao tratamento de questões envolvendo *parallel proceedings* considerando exclusivamente casos submetidos a cortes judiciais, no sentido empregado para a definição de *judgment* no artigo 3.1.b da Convenção de 2019. Descartou-se, assim, a correlação com procedimentos perante tribunais arbitrais ou de mediação, ou ainda cortes *ad hoc* estabelecidas para resolver questões de investimentos internacionais.

Os especialistas discutiram como regra primária para solução do problema de *parallel proceedings* a precedência cronológica (*first in time rule*), concedendo prioridade à jurisdição que primeiro fosse provocada. Esse conceito logo foi submetido a críticas e especificações, como a relação da regra com as bases de jurisdição exclusiva: quando estivesse presente alguma questão de jurisdição exclusiva, a prioridade deveria se estabelecer em favor da corte que detivesse esse poder. Não houve apoio dos especialistas a exclusões do dever de declinar a jurisdição nos casos de jurisdição exclusiva conforme a lei nacional, uma questão muito semelhante à enfrentada pelo Brasil nas negociações da Convenção de 2019. A restrição proposta foi mitigada, no entanto, admitindo-se a manutenção da jurisdição no país estrangeiro, observando a possibilidade de reconhecimento e execução da sentença que lá for proferida.

Projetando esse problema para a questão de imóveis situados no Brasil em função do inc. I do artigo 23 do CPC e do artigo 6 da Convenção de 2019, é possível considerar um caso hipotético de ação de despejo derivada de contrato de locação de imóvel situado no Brasil ajuizada no exterior, concedendo à Corte estrangeira o despejo por sentença. Em momento posterior ao ajuizamento, mas antes da sentença estrangeira, as partes iniciam nova disputa semelhante perante o Judiciário brasileiro. Segundo as regras projetadas, e tomando por base as da Convenção de 2019, a Corte Brasileira teria o dever de declinar de sua jurisdição, embora o imóvel situado no Brasil não pudesse ser entregue ao locador, uma vez que a realização de tal direito depende de comando judicial de juiz brasileiro. Esse é o paradoxo presente na discussão: os especialistas desejam evitar regras nacionais de jurisdição exclusiva que estejam à discrição dos Estados Contratantes, mas, ao mesmo tempo, compreendem a necessidade de preservar a efetividade das decisões judiciais e de constituir um instrumento que seja globalmente aceitável. Afetar a questão da soberania, expressa nas regras nacionais de jurisdição exclusiva, é ponto sensível de negociação.³⁴

Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/70458042-f771-4e94-9c56-df3257a1e5ff.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

³² Anexo II do HCCH. *Report on the jurisdiction project*: prel. doc. N. 3. Haia, NL, fev. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/5fbec58b-d14f-49c6-8719-b1fb68fd6d5b.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022. Adicionado ao Relatório final do GE, em 2021.

³³ HCCH. *Conclusions & decisions (C&D)*: CGAP 2021. mar. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/94e2d886-1cbf-4250-b436-5c1899cb942b.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

³⁴ Para um estudo sobre a questão da jurisdição exclusiva brasileira envolvendo imóveis situados no Brasil, MONTEIRO, André Luís. Arbitragem, “Competência Internacional Exclusiva” e homologação de sentença arbitral estrangeira que verse sobre bens imóveis situados no Brasil. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 15, n. 59, p. 7-44, 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *RE 90961*. Ementa. Relator: Décio Miranda. Julgamento: 29 maio 1979. Julgado na vigência do CPC de 1973, que trata do problema dos limites da jurisdição nacional e da qualificação de contrato de promessa de

Uma nova convenção com regras sobre litispendência internacional significaria uma mudança substancial no que diz respeito ao direito interno brasileiro, que não admite essa possibilidade no plano internacional.³⁵ Dessa forma, uma ação proposta no Brasil, mesmo na pendência de uma similar no exterior, não teria a petição inicial indeferida em razão de processo existente no outro país,³⁶ ainda que se trate das mesmas partes e da mesma causa de pedir.³⁷ Enquanto a sentença estrangeira não for reconhecida no Brasil por homologação no STJ, a ação aqui proposta tramitará normalmente, sem considerar aquela ajuizada no exterior.³⁸ No Brasil, na maior parte dos casos atualmente regulados pela legislação puramente interna, a prioridade cronológica da coisa julgada material se estabelece (artigos 58 e 59 do CPC).

Conseqüentemente, se uma ação for iniciada no Brasil com base nas regras dos artigos 21 e 22 do CPC de jurisdição direta do juiz brasileiro, que tratam das hipóteses de competência concorrente e não havendo eleição de foro estrangeiro exclusivo na forma do artigo 25 do CPC, o juiz brasileiro julgará a ação independentemente da existência de uma outra similar tramitando no exterior, por conta do disposto no artigo 24 do CPC. A regra, repetida do CPC de 1973 tem como exceção o previsto no artigo 6 do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, em relação ao Mercosul,³⁹ aplicável por força do artigo 13 do CPC.

compra e venda de bem imóvel, no qual a Corte entendeu se tratar de uma obrigação de fazer e não uma questão de cunho real.

³⁵ BRASIL. BRASIL. Lei nº 13.105, De 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 31 ago. 2022. art. 24.

³⁶ BRASIL. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 31 ago. 2022. art. 485.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RE nos EDCI na SEC nº 4,127*. Ementa. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 10 fev. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *AgRg na SE nº 4,091*. Ementa. Relator: Min. Ari Pargendler. Julgamento: 29 ago. 2012; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *AgRg na SEC nº 854*. Ementa. Relatora: Min. Nancy Andriighi. Julgamento: 12 fev. 2011.

³⁸ Não ofensa à coisa julgada brasileira (CPC, art. 963, inc. IV) é outro requisito para o reconhecimento de decisões estrangeiras e o ônus da prova é da parte requerida.

³⁹ Referente ao Mercosul: BRASIL. Decreto nº 2.095/1996, de 17 dez. 1996. Promulga o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994. *Diário Oficial da União*, 18 dez. 1996. Dis-

Outro tema discutido foi a possibilidade de priorizar a autonomia da vontade das partes como elemento que superaria o critério *first-in-time*, além de alternativas para estabelecer prioridade entre as cortes de diferentes Estados, evidenciando-se divergências em vários pontos. Uma conclusão que ganhou apoio nas discussões foi de não se propor uma regra rígida que dê prioridade a ações de cumprimento sobre as de declaração negativa.

Os especialistas discutiram as possibilidades de transferência internacional de jurisdição, ato que corresponderia, no contexto interno brasileiro, à *remessa dos autos ao juízo competente*, prevista no § 3º do art. 64 do CPC. Discutiram-se alternativas de cooperação entre cortes de diferentes Estados que viessem a ser Contratantes, com base na experiência prévia em outras convenções da HCCH, incluindo a possibilidade de se utilizar o sistema de Autoridades Centrais.

Não foi alcançada uma conclusão objetiva a respeito, mas a Delegação Brasileira destacou dois pontos relevantes: os custos de se constituir um sistema de Autoridades Centrais em um contexto de interesses puramente privados, caso mantido o âmbito de aplicação do futuro instrumento dentro de *civil or commercial matters*, e a necessidade de estabelecer um mecanismo de revisão da transferência de jurisdição em situações excepcionais, como a de recusa de jurisdição no país para o qual foi transferida a causa.

Depois da 4ª reunião, um pequeno grupo do GE resolveu continuar os estudos para desenvolver um texto alternativo a ser apresentado na 5ª reunião, realizada em fevereiro de 2021. Os delegados brasileiros integraram esse grupo e, no início de 2021, foi apresentado ao GE um texto alternativo ao projeto de 2001, em conjunto com uma lista de possíveis bases de jurisdição. O novo modelo foi desenvolvido,⁴⁰ limitado ao tema de *parallel proceedings*, sem tratar da questão das bases de jurisdição.

A proposta se baseou na ideia de que a jurisdição é igualmente constituída em cada corte provocada pelas partes, não sendo possível estabelecer qual delas é a melhor partindo exclusivamente de critérios objetivos usualmente descritos como bases diretas de jurisdição, como nos artigos 21 e 22 do CPC. A partir desse entendimento, o texto desenvolve a ideia de que, uma vez

ponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2095.htm. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁴⁰ O documento não é público. O autor Marcelo De Nardi participou ativamente dessa iniciativa.

identificada a situação de *parallel proceedings*, todas as cortes em que houver ação deverão analisar, com base na obrigação convencional, sua jurisdição internacional, em comparação com outras cortes também chamadas a decidir, procurando estabelecer qual delas é o fórum mais adequado para a disputa. Por esse sistema, não há dependência de uma lista de bases diretas de jurisdição objetivas previamente estabelecida, mas sim elementos a guiar a tomada de decisão dos tribunais que estão analisando sua própria jurisdição.

Na 5ª reunião, a questão das regras para *parallel proceedings* voltou à mesa como prioridade, sem se chegar a uma solução. O GE procurou estabelecer o uso da regra do tribunal que, primeiramente, conhecesse da ação para resolver a questão (*first-in-time rule*), mas não houve acordo a respeito. A discussão de uma hipotética estrutura da futura convenção mostrou que havia muitas dificuldades em se estabelecer um entendimento comum sobre qual seria o foro mais adequado. As ideias sobre utilizar a combinação de fatores de jurisdição válidos, elementos de prioridade cronológica (*first-in-time rule*) e os elementos da doutrina do *forum non conveniens*⁴¹ foram desenvolvidas, mas não alcançaram consenso.

Nas duas reuniões do GT, em outubro de 2021 e fevereiro de 2022, muito esforço foi empregado em aproximar as posições antagônicas: a da lista de bases de jurisdição como elemento determinante da prioridade e a da aplicação da doutrina do *forum non conveniens* ampliada por preceitos adicionados pelo GT, reservando-se às Cortes, em diferentes Estados que tenham sido provocadas pelas partes, a deliberação sobre a prioridade. As negociações incluíram intenso trabalho entre as reuniões, resultando em uma aproximação fundada em um sistema de etapas de abordagem do problema de *parallel proceedings*. Em uma primeira etapa, a prioridade seria examinada com base em uma lista de bases de jurisdição, extraída da lista utilizada na Convenção de Sentenças de 2019 com ajustes; a maior parte dos casos “fáceis”, ou seja, os casos em que somente uma Corte está legitimada por uma base de jurisdição, ficaria resolvida dessa forma, concedendo, também, maior previsibilidade às partes que se envolvam em situações jurídicas relevantes para a futura convenção.

A segunda etapa seria dedicada a resolver os casos em que mais de uma Corte está legitimada por base de

jurisdição arrolada. Diante de tal problema, uma primeira reação seria a de estabelecer uma ordem de prioridade entre as bases de jurisdição, resolvendo assim em abstrato a maior parte dos problemas. Nessa etapa, porém, propôs-se a adoção do sistema de decisão pelas Cortes, com base em ideais extraídos da doutrina do *forum non conveniens*. A doutrina não foi mencionada diretamente, mas seus preceitos foram transcritos para o texto e outros seriam acrescentados, incluindo a perspectiva de reconhecimento e execução de uma futura sentença nos outros Estados Contratantes da futura convenção e uma comparação da força relativa das bases de jurisdição que favoreçam Cortes em diferentes Estados.

A discussão se desenvolveu a partir dessa estrutura, com debate baseado em fluxogramas desenvolvidos por iniciativa da delegação de Israel, evoluindo conforme os trabalhos avançavam. A ideia cativou as posições divergentes, que começaram a se aproximar. Debateram-se problemas lógicos de fechamento do sistema, como os casos de negativa de jurisdição por todas as Cortes. Certamente, essa solução ainda será debatida nas próximas reuniões.

3.3 Considerações finais

Na reunião de 2022, o CGAP acolheu o relatório apresentado pelo Presidente do GT e saudou o progresso retratado, recomendando a realização de duas reuniões subsequentes até a reunião de 2023 do Conselho.⁴² As 3ª e 4ª reuniões estão marcadas para setembro de 2022 e fevereiro de 2023.

Os negociadores brasileiros estão diante de entraves importantes para encontrar um caminho que permita a compatibilização entre a futura convenção e os limites da lei brasileira. Destacam-se duas situações específicas como desafios para o Brasil. No que diz respeito à jurisdição exclusiva para bens imóveis situados no Brasil, há, de um lado, os benefícios de maior integração de serviços jurídicos fornecendo maior facilidade e vantagens para as transações comerciais transnacionais; mas, de outro, o desejo de conservar a garantia de direitos protegidos pela lei interna, a partir do poder soberano sobre a propriedade situada em seu território. Também há a questão de compatibilizar com o peremptório artigo 24 do CPC as novas regras de convivência internacional

⁴¹ Extrato do *aide mémoire* preparado pelo Chair do GE, parágrafo 35. O documento não é público.

⁴² HCCH. *Conclusions & decisions (C&D)*: CGAP 2022. mar. 2022. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/e4f07d85-7a2e-4105-970c-1bd93ea6186d.pdf>. Acesso em: 5 maio 2022.

entre os diversos atores nas situações de litispendência internacional, que a exclui totalmente.

As questões de política legislativa somente podem ser compreendidas pelos negociadores com o conhecimento da lei e da jurisprudência, mas a evolução permanente dos interesses políticos internos e internacionais podem conduzir a uma revisão da lei nacional com base na adoção de uma convenção internacional. A doutrina nacional tem o papel de destacar e aprofundar a análise desses problemas, informando uma tomada de decisão política com os elementos técnicos relevantes e uma avaliação das consequências dos cenários que se apresentarem.

É possível discernir uma luz para a integração da possível nova convenção ao ordenamento jurídico brasileiro a partir do artigo 13 do CPC, que permite a convivência harmônica entre as regras internas e as oriundas de tratados internacionais. Os tratados prevalecem sobre a lei interna na forma do citado artigo, que adota como norma o critério da especialidade dos tratados relativos a questões processuais. Essa norma permite que os negociadores brasileiros desenvolvam, com certa liberdade, as negociações quanto ao texto da futura convenção, sempre considerando o que melhor se adequa ao interesse nacional. Uma questão remanesce, porém: pode a norma do artigo 13 do CPC permitir a superação da jurisdição exclusiva estabelecida no artigo 23 do CPC?

A necessidade de se modificar a tradicional visão a respeito da jurisdição internacional do juiz brasileiro para questões cíveis e comerciais pode ganhar novas cores graças ao desenvolvimento de um futuro tratado internacional com uma visão atualizada do assunto e adequada às razoáveis expectativas dos operadores jurídicos em ambiente globalizado. Nesse novo cenário, há uma expectativa de maior cooperação jurídica internacional entre os tribunais, partindo-se da noção territorialista e exclusivista de soberania para uma atitude mais colaborativa entre os Estados, uma questão que está sempre presente nas relações internacionais vislumbradas pelos Estados ou pelas pessoas privadas.

4 Crônica: a Convenção da Apostila e sua relação com comércio internacional: a peculiar “exclusão” de documentos comerciais e alfandegários de seu escopo. (Gustavo Ferreira Ribeiro e Matheus Santos Oliveira)

4.1 Introdução

A Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, conhecida como Convenção da Apostila (*Apostille Convention* ou, simplesmente, “Apostilamento”), é um dos principais regramentos internacionais da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH), em termos de Partes Contratantes⁴³.

Aberta para assinatura em 1961, em vigor desde 1965 e com uma participação de, em maio de 2022, 122 Partes Contratantes⁴⁴, a Convenção da Apostila foi incorporada ao regramento brasileiro em 2016⁴⁵.

⁴³ Em maio de 2022, a HCCH possuía 91 Membros (90 países e a União Europeia) e 65 Partes Contratantes não membros — i.e., Partes Contratantes de ao menos uma Convenção da HCCH que não são Membros da Conferência —, os quais, ao todo, somam 156 “Conexões”. Descrição disponível em: HCCH. *Global coverage of the HCCH*. [20-]. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/b7bdfdf3-bba2-4920-9ed8-e2821a95eca8.pdf>. Acesso em: 1 set. 2022. As principais Convenções da HCCH em termos de Partes Contratantes são a Convenção da Apostila (122 partes), a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (107 partes) e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (102 partes). Para um comparativo das Convenções, HCCH. *Assinaturas e ratificações*. 2019. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/status-charts>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁴⁴ As Partes Contratantes da Convenção da Apostila incluem as regiões administrativas especiais de Hong Kong e Macau (mas não outras regiões da República Popular da China) e o Kosovo. A Convenção não vigora entre o Kosovo e diversos países que não reconhecem a independência deste, inclusive o Brasil. Detalhes em: OVERHEID. *Treaty Database*. Disponível em: https://treatydatabase.overheid.nl/en/Verdrag/Details/009051_b.html. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁴⁵ BRASIL. Decreto nº 8.660/2016, 29 jan. 2016. Promulga a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 5 de outubro de 1961. *Diário Oficial da União*, 1 fev. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8660.htm. Acesso em: 20 mar. 2022. Doravante, para fins de citação, “Convenção da Apostila”. Com a ratificação do instrumento, o Brasil se tornou a 110ª Parte Contra-

Ao estabelecer procedimentos para eliminar a exigência de legalização diplomática ou consular de documentos públicos, conforme explicado no próximo tópico, a Convenção da Apostila reduz burocracias, simplifica processos e busca diminuir os custos inerentes à legalização. Documentos como diplomas, certidões de nascimento, casamento e óbito, sentenças judiciais, entre outros passíveis de serem utilizados no exterior, são os mais comuns quando se pensa na aplicação prática da Convenção.

Mas não é somente quanto às pessoas naturais que o Apostilamento encontra utilidade prática. O Manual da Apostila destaca as incontáveis situações relativas a sua aplicação no campo empresarial. Isso incluiria “transações comerciais internacionais e procedimentos de investimento no estrangeiro, aplicação dos direitos de propriedade intelectual no estrangeiro [...]”⁴⁶. Um autor da indústria de energia destaca, inclusive, seu uso frequente na prática empresarial daquele setor, o que incluiria a utilização da Apostila em documentos como contratos de compra e venda, acordos de operação conjunta, contratos de perfuração, ordens de pagamento, acordos de confidencialidade, entre outros⁴⁷.

A Convenção, entretanto, faz uma exclusão explícita para o comércio exterior, uma vez que o artigo 1(3)(b) determina a não aplicação da Convenção quanto a documentos comerciais e alfandegários⁴⁸.

Mas em que medida essa exclusão é aplicada na prática? As facilidades do apostilamento estariam, então, fora das transações de comércio exterior que, por definição, envolvem troca de documentos entre atores em distintas jurisdições?

Nesta crônica, indicam-se as respostas envolvendo o escopo do Apostilamento quanto à legalização de documentos de comércio exterior, como licenças de importação, exportação, certificados de origem, certificados sanitários, *invoices* e similares. Em específico, procura-se

tante da Convenção, em 2016.

⁴⁶ HCCH. *Manual da apostila*: um manual sobre o funcionamento prático da Convenção sobre a Apostila da Haia. Haia, NL: HCCH, 2013. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/be6ec739-00c4-4fa1-b824-14637901a54a.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁴⁷ ADAMS JR, James W. The apostille in the 21th century: international document certification and verification. *Houston Journal of International Law*, v. 3, n. 3, 2012.

⁴⁸ Convenção da Apostila, art. 1:(3)b do texto original, em inglês.

esclarecer a real extensão da exceção da Convenção para o comércio exterior⁴⁹.

A metodologia da pesquisa consistiu, em termos de procedimentos, de revisão bibliográfica, incluindo a doutrina, trabalhos preparatórios da Convenção, bem como material técnico de apoio preparado pelo Secretariado Técnico da Seção da Apostila.

4.2 Breves apontamentos sobre a origem, função e escopo do apostilamento

Conforme aponta Graveson, a Convenção da Apostila tem sua origem nos anos 1950s, em uma proposta, feita por representantes do Reino Unido, perante o Conselho Europeu, para que se resolvessem problemas associados às “cadeias de legalização”⁵⁰. O termo expressa a ideia de uma sucessão de procedimentos infundáveis. Os documentos estrangeiros são submetidos a inúmeros elos procedimentais de legalização para serem utilizados em jurisdições distintas de sua original.

A Convenção, efetivamente, esclarece que a legalização significa “apenas a formalidade pela qual os agentes diplomáticos ou consulares do país no qual o documento deve produzir efeitos atestam a *autenticidade da assinatura*, a função ou o cargo exercido pelo signatário do documento e, quando cabível, a autenticidade do *selo* ou *carimbo* apostado no documento”⁵¹. O dito apostilamento, portanto, perfaz-se como meio de prover autenticidade à assinatura, sem a necessidade da intervenção diplomática ou consular, não adentrando o mérito do conteúdo documental.

Já bem documentado na doutrina, a Convenção da Apostila enumera quatro tipos de *documentos públicos* como parte de seu escopo:

- a) os documentos provenientes de uma autoridade ou de um agente público vinculados a qualquer jurisdição do Estado, inclusive os documentos provenientes do Ministério Público, de escrivão judiciário ou de oficial de justiça;
- b) Os documentos administrativos;
- c) Os atos notariais;
- d) As declarações oficiais apostas em documentos de natureza privada, tais como certidões que com-

⁴⁹ Convenção da Apostila, art. 1:(3)b do texto original, em inglês.

⁵⁰ GRAVESON, R. H. The ninth Hague Conference of Private International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 10, jan. 1961.

⁵¹ Convenção da Apostila, art. 2, *in fine*.

provem o registro de um documento ou a sua existência em determinada data, e reconhecimentos de assinatura.⁵²

O termo documento público, adotado na Convenção, tem origem na concepção da expressão *actes publiques*, que, entendeu-se, poderia ser satisfatoriamente representada pela expressão *public documents*, em inglês⁵³. A Convenção esclarece que a apostila depende de solicitação, os Estados Contratantes devem designar as autoridades que terão competência para apostilar, bem como a forma de manutenção dos registros das apostilas⁵⁴.

Mas, como citado, a Convenção da Apostila faz a exclusão explícita quanto a sua não aplicação “aos documentos administrativos diretamente relacionados a operações comerciais ou aduaneiras”.⁵⁵

À primeira vista, a letra da Convenção não traria dúvidas quanto à sua aplicação nas operações comerciais ou aduaneiras. Entretanto, como se indicará na seção subsequente, a exclusão possui um sentido peculiar e deve ser feita de forma restrita.

4.3 Significado da exclusão de documentos comerciais e alfandegários do escopo da convenção da apostila

De início, o próprio Manual da Apostila, produzido pelo Secretariado da HCCH, esclarece que a exclusão do artigo 1(3)(b) tem relação com a composição majoritária, à época, de países europeus entre as partes que negociaram a Convenção⁵⁶. Naquele período, esses países não exigiam a legalização de documentos relativo a operações comerciais e aduaneiras, em linha com o artigo VIII: I(c) do GATT 1947 que dispõe “que “[a]s Partes Contratantes reconhecem igualmente a necessidade de reduzir a um mínimo os efeitos e a complexidade das formalidades de importação e de exportação e de reduzir a simplificar as exigências em matéria de documentos requeridos para a importação e a exportação”⁵⁷.

Por outro lado, Zablud revela uma realidade distinta na prática não europeia. A maioria dos países exigiam o que se denominava *legalização consular* de documentos relativos a produtos importados, o que ensejava o procedimento no que se convencionou chamar *fatura consularizada* (*consular invoice* ou *consular visa*). Segundo o autor, essa espécie de legalização ocorria no consulado do país para o qual as mercadorias deveriam ser enviadas, localizado, naturalmente, no país de embarque da mercadoria a ser exportada. Complementa Zablud que a prática resistia ao longo do tempo, embora estivesse atualmente ultrapassada, à medida que os consulados obtinham receitas excessivas por esses serviços — sendo comum atrasos nos procedimentos⁵⁸.

Entravam em conflito, assim, duas visões. A primeira dos países (europeus, principalmente), que já possuíam a prática de não legalizar documentos relacionados ao comércio exterior e, por outro lado, a consularização de documentos dessa natureza, praticados por outro grupo de países⁵⁹.

Durante os trabalhos preparatórios da Convenção da Apostila, segundo o Relatório explicativo do professor Loussouarn, relator especial da Comissão formada, o resultado é que a *exclusão* contida no art. 1(3)(b) da Convenção da Apostila foi introduzida após longos debates. Cogitou-se, inclusive, introduzir uma *exceção à exclusão* (*une exception à cette exclusion*), trazendo alguns documentos, como os certificados de origem e as licenças de importação e exportação, como aptos a serem apostilados. Prevaleceu, entretanto, a exclusão genérica, por duas razões, de acordo com o professor Loussouarn. Na maioria das vezes, os documentos citados já esta-

países eram signatários do GATT 1947, inclusive o Brasil. 15 desses países (mais de 40%) eram europeus. Em 1995, quando o GATT foi substituído pela Organização Mundial do Comércio (OMC), 128 países haviam assinado o GATT 1947, sendo 29 (cerca de 23%), europeus. OMC. The 128 countries that had signed GATT by 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/gattmem_e.htm. Acesso em: 15 de março de 2022.

⁵² ZABLUD, P. *Aspects of the Apostille Convention: a position Paper*. 5 nov. 2012. Disponível em: https://assets.hcch.net/upload/wop/2012apostille_info05.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁵³ Com efeito, a composição da Comissão Especial formada para a discussão da Convenção do Apostilamento era predominantemente europeia. O Professor Loussouarn, da Faculdade de Rennes, na França, era o relator da Comissão. Os dez outros membros tinham origem na Alemanha, Japão, Iugoslávia, Bélgica (2), Holanda, Luxemburgo, Turquia, Itália e Espanha. HCCH. *Actes et document de la neuvième session*. tome II. Haia: Secretariado. 5 out. 1960. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/3ecf86a-5af4-481f-9a68-63d6b-8d6c6ef.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁵² Convenção da Apostila, art. 1.

⁵³ GRAVESON, R. H. The ninth Hague Conference of Private International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 10, jan. 1961.

⁵⁴ Convenção da Apostila, arts. 7, 8 e 9, respectivamente.

⁵⁵ Convenção da Apostila, art. 1(3)(b).

⁵⁶ HCCH. *Manual da apostila: um manual sobre o funcionamento prático da Convenção sobre a Apostila da Haia*. Haia, NL: HCCH, 2013. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/be6ec739-00c4-4fa1-b824-14637901a54a.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁵⁷ Em 1959, período da discussão da Convenção da Apostila, 36

riam, na prática, isentos de legalização. Em segundo lugar, nos casos em que era exigida alguma formalidade, não se tratava de um ato de legalização visando conferir autenticidade, mas um *visto* atestando o conteúdo do documento e envolvendo algum tipo de controle físico genuíno pela autoridade competente⁶⁰.

O Professor Loussouarn indica que a Comissão buscou, então, evitar que a exclusão fosse muito genérica. O termo *administrativos*, que adjetiva *documentos*, permitiria que os documentos comerciais como contratos e procurações, relacionados ao comércio, pudessem ser submetidos ao Apostilamento. Ademais, o advérbio *diretamente* (*directement*) restringiria a exclusão aos documentos cujo próprio conteúdo expresse uma finalidade comercial ou aduaneira, com exceção daqueles que, ocasionalmente, podem ser usados para operações comerciais. O professor ilustra esses tipos de documentos, nesse ponto, com os certificados emitidos por Escritórios de Patentes⁶¹.

Zablud, com base nas distinções feitas no relatório de Loussouarn, ressalta que se podem distinguir dois tipos de *documentos administrativos diretamente relacionados a operações comerciais ou aduaneiras*, para fins de exclusão da cobertura da Convenção. Aqueles emitidos pelos governos ou instituições governamentais e aqueles de emissão privada, com natureza *administrativa*, e relacionados a operações comerciais ou aduaneiras. No primeiro grupo, se encontrariam as licenças de importação e exportação, certificados sanitários e certificados de registro de produtos. No segundo grupo, estariam documentos tipicamente emitidos por fontes não governamentais, como certificados de origem, certificados de conformidade, certificados de usuário final (*end user certificates*) e faturas comerciais (*commercial invoices*). Esse segundo grupo, segundo Zablud, estaria cobertos pelo Apostilamento (fora da exclusão) da Convenção, podendo ser submetidos ao Apostilamento.⁶²

Porém, os diferentes conceitos legais, quanto aos termos *administrativo* e *diretamente relacionados* e os possíveis arranjos institucionais (governamentais e privados) para emissão de documentos de comércio exterior dos países, podem trazer complexidades.

Como consequência, a interpretação do alcance da exclusão do artigo 1(3)b da Convenção chama a atenção de uma Comissão Especial da HCCH desde 2003. Em 2016, a Comissão Especial teria sugerido, inclusive, que a exclusão deveria ser interpretada de forma *extremamente restrita* (*extremely narrowly*)⁶³.

Segundo a Comissão Especial, entre as partes da Convenção, existiriam três abordagens, para documentos comerciais de origem privada: (i) algumas partes mantêm a exclusão e não requerem procedimentos de legalização; (ii) outras exigem apostilamento, frequentemente em razão de exigir, antes da Convenção entrar em vigor, alguma forma de legalização ou autenticação; e (iii) por fim, um pequeno número aplica a Convenção de forma literal, não emitindo ou aceitando Apostilas, requerendo, assim, o procedimento tradicional de legalização⁶⁴.

Buscando prover uma maior orientação sobre a interpretação da exclusão, o Secretariado da HCCH aplicou, recentemente, um questionário a diversos países. Obtiveram-se 84 respostas, sendo 79 de Partes Contratantes, incluindo o Brasil, e 5 não Partes⁶⁵. Entre os resultados encontrados, destaca-se que:

[...] entre as Partes Contratantes, 50 (64%) responderam possuir uma definição do que sejam *documentos públicos* em seu ordenamento e 24 (30%) informaram não possuir. Porém, 79% responderam que a caracterização do termo não representaria uma dificuldade, na prática⁶⁶.

apostilamento com os seguintes elementos: contratos, procurações e certificados emitidos por escritórios patentes. HCCH. *Note on Article 1(3) Exclusions* : info. doc. N. 3. Haia, NL, out. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/e84b8f1c-3756-4784-9167-a377d-481a5b1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁶³ HCCH. *Note on Article 1(3) Exclusions* : info. doc. N. 3. Haia, NL, out. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/e84b8f1c-3756-4784-9167-a377d481a5b1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁶⁴ HCCH. *Note on Article 1(3) Exclusions* : info. doc. N. 3. Haia, NL, out. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/e84b8f1c-3756-4784-9167-a377d481a5b1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁶⁵ HCCH. *Summary of responses to the apostille questionnaire*: prel. doc. n. 2. REV. Haia, NL, out. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/562ae0df-8797-47e6-85e6-6055e7689639.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

⁶⁶ HCCH. *Summary of responses to the apostille questionnaire*: prel. doc. n. 2. REV. Haia, NL, out. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/562ae0df-8797-47e6-85e6-6055e7689639.pdf>.

⁶⁰ HCCH. *Actes et document de la neuvième session*: tome II. Haia: Secretariado. 5 out. 1960. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/3ecef86a-5af4-481f-9a68-63d6b8d6c6ef.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁶¹ HCCH. *Actes et document de la neuvième session*: tome II. Haia: Secretariado. 5 out. 1960. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/3ecef86a-5af4-481f-9a68-63d6b8d6c6ef.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁶² ZABLUD, P. *Aspects of the Apostille Convention*: a position Paper. 5 nov. 2012. Disponível em: https://assets.hcch.net/upload/wop/2012apostille_info05.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022. Em nota recente do Secretariado da HCCH, sobre o escopo da exclusão, ilustra-se este segundo grupo de documentos comerciais passíveis de

Ademais, 74% das respostas (não se especifica se de Partes Contratantes ou não) indicaram que a exclusão do art.1(3)(b) não traria dificuldades na prática da Convenção da Apostila. Ademais, 58% dos respondentes teriam considerado que a exclusão é justificada no contexto contemporâneo da Convenção. Por outro lado, 25% dos respondentes, para o qual se estima um conjunto de pelo menos 20 países, teriam considerado não justificável a exclusão⁶⁷.

Os resultados do questionário também refletem a variedade de interpretações das Partes Contratantes, com percentuais distintos de emissão e aceitação de certas categorias de documentos com Apostila, conforme tabela 1:

Tabela 1: Variedade de Documentos Emitidos e Aceitos para Apostilamento

	Emite	Aceita
Certificados de origem	50%	46%
Licenças de exportação	49%	41%
Licenças de importação	49%	40%
Certificados de saúde e segurança	69%	58%
Certificados de registro de produtos	58%	51%
Certificados de conformidade	49%	48%
Certificados de uso final	43%	39%
Faturas comerciais	40%	30%

Fonte: secretariado da HCCH⁶⁸. Tradução dos autores.

Na percepção desses autores, o quadro revela que não se encontram totalmente assentadas, entre os respondentes, o propósito da Convenção e a exclusão restrita pretendida pelo art. 1(3)(b).

Isso porque, para documentos mais prováveis de serem emitidos pelos governos ou instituições governamentais (licenças de exportação, licenças de importação, certificados de saúde e segurança), ainda há percentuais representativos de emissão (maior ou igual a 49% em todas as categorias) e aceites quanto ao Apostilamento (maior ou igual a 41% em todas as categorias).

Já para documentos *administrativos* “*privados*”, pode-se interpretar de pelo menos duas maneiras. Os percentuais relativos mais baixos para a emissão (40%) e aceite (30%) de apostilamento sobre faturas comerciais podem indicar que a exclusão restrita estaria funcionando (ou seja, essa espécie está sendo efetivamente apostilada). Por outro lado, não se deve descartar que, simplesmente, o número de países que exige apostilamento das faturas comerciais é baixo (por exemplo, porque já existem procedimentos eletrônicos de checagem ou, mesmo, se estão exigindo alguma outra forma de legalização).

4.4 Considerações finais

Os dados de comércio brasileiro demonstram que, majoritariamente, as exportações brasileiras são realizadas com países que já internalizaram a Convenção de Apostila. Como os autores dessa crônica já tiveram a oportunidade de indicar, a maior parcela (56%) da pauta de exportações brasileira, em 2021, teve como destino algum dos demais 121 destinos que são Partes da Convenção. Ao se excluir a China, que representa cerca de 1/3 das exportações brasileiras e não é parte da Convenção, observa-se que cerca de 82% das exportações brasileiras foram destinadas a algum desses 121 mercados⁶⁹.

Além dessa constatação, que constitui mera correlação e não causalidade, procurou-se, como objeto desta crônica, problematizar sobre o alcance da exclusão do apostilamento, disposto no artigo 1(3)(b) da Convenção, que determina a sua não aplicação quanto a documentos comerciais e alfandegários.

Apontou-se como *peculiar* essa exclusão. Por meio dos registros dos trabalhos preparatórios e da doutrina, indicou-se que a exclusão tinha uma finalidade puramente facilitadora de comércio, quanto à legalização. A ideia era não se exigir procedimentos de legalização em documentos diretamente relacionados a comércio e aduana em transações comerciais cuja prática já não se exigia. Mas essa era a realidade europeia à época da negociação da Convenção, dissonante de outros países. Por isso, introduziu-se a exclusão prevista no art. 1(3)(b)

net/docs/562ae0df-8797-47e6-85e6-6055e7689639.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

⁶⁷ HCCH. *Summary of responses to the apostille questionnaire*: prel. doc. n. 2. REV. Haia, NL, out. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/562ae0df-8797-47e6-85e6-6055e7689639.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

⁶⁸ HCCH. *Summary of responses to the apostille questionnaire*: prel. doc. n. 2. REV. Haia, NL, out. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/562ae0df-8797-47e6-85e6-6055e7689639.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

⁶⁹ COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. *Nota-se a crescente importância da Convenção da Apostila de Haia para o comércio exterior brasileiro*. 7 fev. 2022. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/nota-se-a-crescente-importancia-da-convencao-da-apostila-de-haia-para-o-comercio-exterior-brasileiro/>. Acesso em: 15 fev. 2022.

da Convenção, cuja interpretação deveria ser restrita, ou muito restrita.

A exclusão, entretanto, parece estar longe de induzir uma interpretação harmônica. Documentos administrativos diretamente relacionados ao comércio continuam sendo passíveis de Apostilamento. As estatísticas sobre os indiretos, por sua vez, são inconclusivas.

5 Crônica: jurisdição exclusiva sobre bens imóveis e interfaces entre a Convenção da Haia de Sentenças, o novo Projeto de Jurisdição da HCCH e o Código de Processo Civil brasileiro. (Fabrício Bertini Pasquot Polido e Marcelo De Nardi)

5.1 Introdução: jurisdição exclusiva e suas distintas abordagens nos instrumentos normativos

O relançamento do Projeto de Jurisdição na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, em 2019, trouxe novas aspirações para análise e enfrentamento de temas caros ao direito processual internacional e contencioso transnacional privado, dentre os quais os relativos à interface entre questões relativas aos processos paralelos (*parallel proceedings*), bases de jurisdição direta e contornos das regras de jurisdição exclusiva em matéria de ações envolvendo bens imóveis⁷⁰.

No Brasil o Código de Processo Civil (CPC) contém regras para dois blocos normativos relevantes: de um lado, uma regra imperativa sobre prevalência dos tratados e convenções processuais na definição da jurisdição

⁷⁰ Para uma análise sobre a discussão dos trabalhos da HCCH no Projeto de Jurisdição, ver contribuição de Nadia de ARAUJO e Marcelo DE NARDI neste artigo das Crônicas; sobre os temas resultantes do Projeto de Sentenças e agora transpostos para o Projeto de Jurisdição, cf. BRAND, Ronald A. Jurisdiction and judgments recognition at the Hague Conference: choices made, treaties completed, and the path ahead. *Netherlands International Law Review*, v. 67, n. 1, 2020. p. 3; JUEPTNER, E. The Hague jurisdiction project: what options for The Hague Conference? *Journal of Private International Law*, v. 16, n. 2, p. 247-274, 2020; e ZHAO, N. Completing a long-awaited puzzle in the landscape of cross-border recognition and enforcement of judgments: an overview of the HCCH 2019 Judgments Convention. *Swiss Review of International and European Law*, v. 30, p. 345-368, 2020.

civil pelo juiz nacional, em conjunção com a aplicação das regras processuais do Código (art. 13), e de outro, regra estabelecendo a jurisdição exclusiva dos tribunais brasileiros para processar e julgar ações envolvendo bens imóveis situados no Brasil (art. 23, inciso I).

Questões relacionadas à jurisdição exclusiva para bens imóveis e a oportunidade de inclusão ou não de regras sobre essa matéria em convenções processuais também foram apresentadas durante os trabalhos do Projeto de Sentenças da HCCH, que culminaram com a adoção da esperada Convenção de Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial, de 2 de julho de 2019 — ou Convenção da Haia de Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras (2019)⁷¹. A Convenção estabelece regras que lidam com certos aspectos jurisdicionais relevantes para litígios pluriconectados envolvendo bens imóveis no campo do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

Os artigos 5(1)(h) e 5(1)(i) da Convenção, por exemplo, especificamente tratam de bases para reconhecimento de decisões estrangeiras envolvendo obrigações reais, em especial quanto a litígios em torno do arrendamento da propriedade imobiliária e proferidas por tribunais nos quais o bem imóvel esteja situado e decisões proferidas contra a parte demandada em virtude de obrigação contratual assegurada por garantia real sobre bem imóvel localizado no Estado de origem da sentença (considerando que a demanda fundada no contrato tenha sido ajuizada conjuntamente com demanda contra a mesma parte relativamente ao direito sobre a garantia real⁷²). O art.5(3) da Convenção, por sua vez,

⁷¹ Texto integral: HCCH. Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters. Disponível em: HCCH. *Convention of 2 July 2019 on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters*. 2 jul. 2019. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>. Acesso em: 05 abr. 2022. A Convenção da Haia de Sentenças de 2019 já conta com 6 partes signatárias, dentre as quais Costa Rica, Israel, Rússia, Ucrânia, Estados Unidos e Uruguai. Até o presente, a Convenção ainda não entrou em vigor no plano internacional.

⁷² A versão autêntica do texto do tratado assim dispõe: “Art.5(1) (h) the judgment ruled on a lease of immovable property (tenancy) and it was given by a court of the State in which the property is situated; (i) the judgment ruled against the defendant on a contractual obligation secured by a right in rem in immovable property located in the State of origin, if the contractual claim was brought together with a claim against the same defendant relating to that right in rem” [...]. HCCH. *Convention of 2 July 2019 on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters*. 2 jul. 2019. Dis-

determina que a uma base convencional de reconhecimento de uma sentença estrangeira, conforme estabelecida no rol das bases do art.5(1) da Convenção, não será aplicável a uma sentença que verse sobre o arrendamento residencial de um bem imóvel ou sobre registro de um bem imóvel. Prossegue o art.5(3) estabelecendo: “essa sentença somente é elegível para reconhecimento e execução caso tenha sido proferida por um tribunal do Estado onde o imóvel está situado”.

Uma das regras centrais da Convenção da Haia de 2019 relaciona-se à matéria envolvendo jurisdição sobre bens imóveis: a contida no art.6, que se refere a uma base exclusiva de reconhecimento e execução. A regra estabelece que, apesar do disposto no art.5 da Convenção, uma sentença que verse sobre direitos reais sobre bens imóveis será “reconhecida e executada unicamente se tais bens se encontram no Estado de origem” de prolação da sentença⁷³.

Dessa regra decorrem três efeitos aplicativos: (i) um tribunal do Estado em que se pretende o reconhecimento da sentença somente a poderá reconhecer e executar se a base de jurisdição da situação do imóvel estiver satisfeita; (ii) no caso de sentenças proferidas em uma ação ou demanda envolvendo controvérsia sobre direitos reais envolvendo bem imóvel situado no Estado de origem, e sendo o tribunal do Estado de origem o prolator de referida sentença, então o tribunal do Estado requerido deverá reconhecer e executar a sentença; (iii) se se tratar de sentença proferida por outro Estado de origem, diferentemente do Estado em que os referidos bens estejam situados, o Estado requerido não deverá reconhecer e executar a sentença, pois nesse caso haveria uma violação de obrigação convencional (fundada no tratado) sobre reconhecimento e execução⁷⁴.

ponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>. Acesso em: 05 abr. 2022.

⁷³ “Art 6 Article 6 [Exclusive basis for recognition and enforcement]: Notwithstanding Article 5, a judgment that ruled on rights in rem in immovable property shall be recognised and enforced if and only if the property is situated in the State of origin”. HCCH. *Convention of 2 July 2019 on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters*. 2 jul. 2019. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>. Acesso em: 05 abr. 2022.

⁷⁴ Esse último efeito, aliás, é em parte complementado pela regra contida no art.8(2) da Convenção, que prevê um dos vários fundamentos para denegação do reconhecimento ou execução de sentença estrangeira circulando no âmbito da Convenção e que verse sobre matéria referida no art.6. O texto contido no art. 8(2), ao tratar das questões preliminares, imediatamente após os fundamentos gerais para denegação ou recusa de reconhecimento e execução de senten-

Em outra área do processo civil transnacional, o Projeto de Jurisdição, recentemente retomado pela HCCH caminha oscilante entre alcançar uma minuta de convenção (portanto instrumento internacional vinculante) que contemple uma lista de bases de jurisdição como determinantes da prioridade entre Tribunais de diferente Estados, coexistindo com princípios assentados com base na doutrina do *forum non conveniens* (FNC) e incluindo uma regra de precedência ou prioridade cronológica (*first-in-time rule*). O objetivo é constituir obrigações de direito internacional convencional aos Estados que aderirem, definindo qual dos seus tribunais deverá solucionar questões submetidas por processos paralelos⁷⁵.

Até a última reunião do Grupo de Trabalho do Projeto de Jurisdição, em fevereiro de 2022, ainda predominava muito dissenso entre as delegações. A posição sobre lista positiva de bases de jurisdição como elemento determinante da prioridade está centrada na concepção de que o primeiro tribunal acionado tem preferência e predominância para processar e julgar a demanda (salvo nos casos de violação de uma base de jurisdição exclusiva), e outro tribunal duplamente e posteriormente acionado terá a obrigação de suspender ou sobrestar o processo, modelo adotado no art.29(1) do Regulamento Bruxelas I bis da União Europeia⁷⁶. Ainda em uma visada regional, o Mercosul não conhece regra semelhante, pois, no Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional, em Matéria Contratual de 1994, há uma exclusão expressa quanto a *direitos reais*⁷⁷, e não há nele ou

ças estrangeiras, pressupõe que uma base de denegação se verifique caso se trate de “matéria mencionada no artigo 6º, para a qual um tribunal de um Estado que não o Estado designado nesse artigo tenha proferido uma decisão”.

⁷⁵ A obrigação consistirá em os tribunais dos Estados signatários da Convenção analisar sua jurisdição internacional em cotejo com a de tribunais de outros Estados também chamados a decidir sobre a ação ou demanda, buscando estabelecer qual deles seria o foro mais adequado para solução do litígio com conexão internacional.

⁷⁶ “Artigo 29.o 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 31.o, n.o 2, quando ações com a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais de diferentes Estados-Membros, qualquer tribunal que não seja o tribunal demandado em primeiro lugar deve suspender oficiosamente a instância até que seja estabelecida a competência do tribunal demandado em primeiro lugar”.

⁷⁷ Art. 2(9) do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual. BRASIL. Decreto n.º 2.095/1996, de 17 dez. 1996. Promulga o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994. *Diário Oficial da União*, 18 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2095.htm. Acesso em: 15 jan. 2022.

no Protocolo de Las Leñas de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 1992⁷⁸ regra para resolução da litispendência internacional.

No caso de uma convenção multilateral, no entanto, o modelo de precedência cronológica (“first in time rule”) para ‘parallel proceedings’, estaria limitado ou constrangido por outras condicionantes, como justamente sua interface com bases de jurisdição exclusiva. A presença de elementos de jurisdição exclusiva, no caso disputado, suplantaria a precedência cronológica em favor da predominância objetiva em razão da matéria. Isso significa que somente o tribunal com jurisdição exclusiva poderia processar e julgar uma demanda ou ação em que o ponto de contato relevante erige uma base direta de jurisdição exclusiva. Uma obrigação de recusar jurisdição imputada ao tribunal do Estado acionado, sem base de jurisdição exclusiva, ou de declinar da competência (internacional) para processar e julgar uma demanda envolvendo matéria sob jurisdição exclusiva de outro Estado, não recebeu muitas vozes favoráveis⁷⁹.

Apesar das resistências e potenciais incompreensões no estágio presente do Projeto de Jurisdição, a literatura, discutindo suas repercussões, observa as dificuldades práticas trazidas pelas escolhas dos modelos — se precedência cronológica ou a predominância de critério objetivo atribuindo a jurisdição exclusiva, particularmente no caso de bens imóveis e sua localização. Zhao, por exemplo, refere-se à “devida consideração” para esses casos⁸⁰, o que sugere necessário amadurecimento entre

⁷⁸ BRASIL. Decreto nº 2.067/1996, de 12 novembro de 1996. Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, em 5 de agosto de 1994. *Diário Oficial da União*, 13 nov. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D2067.htm. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁷⁹ Essa sintomática surge em evidência nas discussões que também estão registradas no HCCH. *Report of the Working Group on matters related to jurisdiction in transnational civil or commercial litigation*: prel. doc. n. 7. fev. 2022. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d05583b3-ec71-4a5b-829c-103a834173bf.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022 (aqui designado “Relatório do Grupo de Trabalho em Jurisdição de fevereiro de 2022”); e HCCH. *Working group on jurisdiction chair’s summary of the first meeting monday 11: friday 15 october 2021*. Haia, NL, 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/18414f66-7aa2-4d76-ba52-34855bcb5d74.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2022.

⁸⁰ ZHAO, N. Completing a long-awaited puzzle in the landscape of cross-border recognition and enforcement of judgments: an overview of the HCCH 2019 Judgments Convention. *Swiss Review of International and European Law*, v. 30, p. 345-368, 2020. p. 367 (“Whether or not certain jurisdictional grounds should be afforded

posições e a percepção de que, para muitos membros da HCCH, existem questões sensíveis associadas às matérias submetidas à jurisdição exclusiva. Dificilmente eles seriam neutralizados por um regra de precedência cronológica para o objetivo de solucionar casos implicados em processos paralelos.

Todos esses impasses de concepções e de técnica negociadora levam algumas questões práticas a serem discutidas no campo de interação entre o Projeto de Jurisdição, a Convenção de Sentenças Estrangeiras de 2019 e nas regras processuais brasileiras, como o art.13 e o art.22, inciso I do CPC. A seguir são apresentados alguns desses cenários, sem a intenção de que a discussão seja aqui exaurida.

5.2 Cenários de interação entre instrumentos convencionais e o Código de Processo Civil

a. Bens Imóveis situados no Brasil e Brasil sendo Estado contratante da Convenção de 2019

O art.21, inciso I, do CPC contém uma tradicional regra de jurisdição exclusiva que traduz a orientação de política normativa do Estado brasileiro quanto às *ações relativas a imóveis situados no Brasil*. A racionalidade da regra decorre da proteção a território pelo Estado soberano brasileiro.

Embora não se caracterize por uma visão absolutista de jurisdição ou exercício irrestrito de soberania (do que são evidências as aberturas à jurisdição estrangeira que decorrem da interpretação reversa dos arts.21 e 22 e da admissão da decisão estrangeira mediante ação de homologação do art.960 do CPC), a regra evidencia o controle judicial sobre atos, eventos, negócios e transações que envolvam a propriedade imobiliária, rural ou urbana. Esse controle, componente político da solução de litígios relativos a imóveis situados no Brasil, também levará à discussão quanto às políticas de transferência e troca de titularidade dos bens; uso, posse e ocupação de áreas construídas e não construídas de caráter temporário ou permanente; depreciação de valores; especulação imobiliária; regularização de contornos espaciais de terrenos e edifícios; emprego da terra como capital,

priority requires due consideration, for instance, exclusive jurisdiction grounds, in particular the place where the immovable property is situated, which is the exclusive basis in the Judgments Convention”).

além dos critérios de alocação dos bens no território brasileiro.

Por essas razões, em geral, também há um componente associado ao princípio da territorialidade na regência material de relações jurídicas envolvendo bens imóveis, de tal modo que a regra do art.21, inciso I, do CPC (jurisdição exclusiva sobre ações e demandas envolvendo bens imóveis situados no Brasil) articula-se com a regra de conflito determinadora de lei aplicável e qualificação de bens situados no Brasil e as “relações a eles concernentes”, conforme o disposto no art.8º da LINDB.

Ainda que não se deva, academicamente, misturar o estudo da lei aplicável em situações pluriconectadas com o da definição da jurisdição em tais condições, quando se concentra a análise no componente político da estrutura normativa a aproximação é inevitável, assim como o é na concretização tópica das normas.

Na situação em que há *ação relativa a imóvel situado no Brasil*, e sendo aplicável uma futura convenção que defina jurisdição exclusiva com aplicação da tradicional regra de contato da situação do imóvel, haverá plena coerência com a atual normativa brasileira. Seja por aplicação pura e simples da convenção, seja por aplicação subsidiária da previsão do art.21, inciso I, do CPC, o resultado indicará, necessariamente, a jurisdição do juiz brasileiro.

Nesse caso, ainda, a previsão do art.24 do CPC que proíbe o reconhecimento da “litispêndência internacional” será reafirmado como princípio em evidência no Brasil, pois a aplicação da convenção excluirá a possibilidade de alguma eventual jurisdição estrangeira iniciar o exercício de poder sem estar firmemente conectada ao caso. Remanesce, como na Convenção de 2019 sobre sentenças estrangeiras, o problema da interpretação do que ficar enunciado como “rights in rem in immoveable property”.

b. Bens imóveis situados no Brasil e Brasil sendo Estado signatário da Convenção de 2019 e de uma futura Convenção em ‘Parallel Proceedings’.

O segundo cenário diz respeito às intersecções entre duas convenções processuais da HCCH e o direito brasileiro, em particular as regras dos arts.13 e 23, inciso I, do CPC. O art.13 estabelece a primazia das regras de tratados e convenções para definição da jurisdição civil, também considerada uma cláusula de abertura sis-

temática do CPC para o direito harmonizado internacionalmente e, portanto, da delimitação de regras jurisdicionais aplicáveis pelo juiz brasileiro coordenada com outros Estados.

A Convenção de Sentenças de 2019, como observado, estabelece bases indiretas de jurisdição como filtros para reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras tanto em matéria de direitos reais quanto em relação a litígios decorrentes do arrendamento da propriedade imobiliária, e de obrigações contratuais asseguradas por garantia real sobre bem imóvel, estabelecendo a obrigação de reconhecer e executar quando provenham de tribunais em cujo Estado o bem imóvel esteja situado⁸¹. Em leitura complementar e sistemática ao art.6 da Convenção (que reforça uma base exclusiva de reconhecimento e execução de sentenças em matéria de direitos reais), esse peculiar dispositivo estabelece a obrigação do Estado requerido, para fins do reconhecimento e execução de uma sentença proferida no Estado de origem, controlar a jurisdição indiretamente considerada, segundo preceito clara e limitadamente estabelecido: o contato territorial com a autoridade jurisdicionante.

Isso significa que uma sentença sobre tais matérias circularia entre os Estados contratantes apenas e tão somente nos casos em que essa decisão tenha sido proferida no Estado em que os bens imóveis estejam situados. A obrigação derivada do art.6 da Convenção tem dupla conotação: reconhecer e executar sentença sobre bens imóveis oriundos do Estado em que, situados os ditos bens e não reconhecer nem executar sentença sobre bens imóveis quando proveniente de Estado que não seja o em que situados ditos bens. Haveria, portanto, coincidência necessária como requisito — Estado de origem é também estado de situação do bem imóvel sobre o qual versou a ação ou demanda.

No direito brasileiro o art.23, I, do CPC, parte da regra tradicional de jurisdição exclusiva somente admite a jurisdição do Estado brasileiro para processar e julgar ação ou demanda relativa a bens imóveis situados no Brasil. Uma interpretação e aplicação para “rights in rem” sobre bens imóveis, conforme o que estabelece o art. 6 da Convenção de 2019, poderia ser mais ampla com base na perspectiva do juiz brasileiro; mas a mesma interpretação poderia variar se o juiz de um Estado contratante chegasse a outro resultado interpretativo com

⁸¹ Arts 5(1)(h) e 5(1)(i) da Convenção da Haia de Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras (2019).

base na qualificação da relação jurídica subjacente à disputa dentro de alcance normativo mais restritivo para o art.6º. Isso ocorreria, por exemplo, quanto a um contrato de locação de bem imóvel situado em outro Estado contratante que não o da origem da sentença; o tribunal de um Estado requerido poderia considerar referida locação fora do alcance da base exclusiva do art.6º, ainda que uma relação de locação resulte em direitos de posse direta sobre um bem imóvel⁸².

Indo mais além, o Projeto de Jurisdição recupera o pano de fundo das complexas questões resultantes da temática envolvendo jurisdição exclusiva em matéria de bens imóveis na Convenção da Haia de 2019, projetando-as na relação com a regra de precedência cronológica (“first in time rule”) para ‘parallel proceedings’. Entre as distintas abordagens trazidas, ainda sob os trabalhos do Grupo de Especialistas e que permaneceram no Grupo de Trabalho do Projeto, encontram-se a indefinição de uma obrigação multilateral de recusa de jurisdição direcionada ao tribunal de um Estado que tenha sido acionado sem base de jurisdição exclusiva, ou a obrigação de declinar a competência (internacional) para processar e julgar uma demanda envolvendo matéria sob jurisdição exclusiva de outro Estado.

Na última reunião do GT de fevereiro de 2022, os participantes caminharam para o entendimento de que uma futura Convenção deva incluir uma categoria de conexões “exclusivas”, de tal modo que, se um dos tribunais tiver ou detectar uma conexão “exclusiva” nos termos da futura Convenção, o tribunal que tiver essa conexão prosseguirá com o processo, e os demais tribunais suspenderão ou extinguirão o processo sem julgamento de mérito⁸³. O GT concordou que, para direitos reais em demandas envolvendo bens imóveis, o local onde se encontra o bem imóvel seria uma dessas ligações “exclusivas”. Referida abordagem estaria de acordo com o filtro jurisdicional exclusivo do art.6 da Convenção de Sentenças de 2019, além de oferecer possibilida-

⁸² Um problema resultaria na qualificação. Por oposição à categoria “ius in re”, a categoria de “ius ad rem” compreende o direito exercido por uma pessoa sobre determinado bem de propriedade de terceiro, em virtude de um contrato ou obrigação contraída, e em relação a qual uma obrigação é oposta ou exequível. Ela distingue-se, portanto, de direitos “ius in re”, que se refere aos direitos proprietários e possessórios sobre um bem e oponíveis contra todos (“erga omnes”).

⁸³ HCCH. *Report of the Working Group on matters related to jurisdiction in transnational civil or commercial litigation*: prel. doc. n. 7. fev. 2022. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d05583b3-ec71-4a5b-829c-103a834173bf.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

de para expansão da categoria de modo a incluir casos como os relativos à locação residencial de bens imóveis e registro de bens imóveis, considerando o art.5(3) da Convenção de Sentenças⁸⁴.

5.3 Considerações finais

Ainda que tais questões estejam abertas para as próximas reuniões do Grupo de Trabalho do Projeto de Jurisdição⁸⁵, a indefinição de uma obrigação de recusa de jurisdição pelo tribunal, sem base de jurisdição exclusiva, em caso de ‘parallel proceedings’, ou a inexistência de uma regra, estabelecendo local de situação do bem imóvel como “conexão exclusiva”, resultaria em cenário de potencial conflito entre solução convencional — se adotada — e a abordagem processual hoje existente no art.23, inc.I, do CPC brasileiro para jurisdição exclusiva. Sendo uma convenção processual, nos termos do art.13 do CPC igualmente, o futuro instrumento em ‘parallel proceedings’ levaria a possíveis questionamentos. Um deles diz respeito aos efeitos relativos às regras de “conexão exclusiva” para demandas eventualmente ajuizadas perante foro estrangeiro e que, embora versem sobre bens imóveis situados no Brasil, estejam enquadradas na aplicação do instrumento e nas obrigações relacionadas à suspensão ou extinção de processos.

Diante da inexistência da obrigação de recusa de jurisdição para estados contratantes que não sejam o do foro da situação do bem imóvel, seria possível que uma demanda envolvendo imóveis situados no Brasil, processada em outro estado contratante de uma futura Convenção e, por força do artigo 6º da Convenção de Sentenças Estrangeiras de 2019, pudesse resultar em cenários de processos paralelos. E, ainda, alcançaria uma decisão passível de circular entre as Partes Contratantes, a depender da interpretação que se atribua às relações jurídicas sob controvérsias envolvendo *rights in rem in immovable property*.

⁸⁴ HCCH. *Report of the Working Group on matters related to jurisdiction in transnational civil or commercial litigation*: prel. doc. n. 7. fev. 2022. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d05583b3-ec71-4a5b-829c-103a834173bf.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁸⁵ A partir do Relatório do GT de fevereiro de 2022 e das Conclusões e Recomendações da Reunião do Conselho para Assuntos Gerais de março de 2022, observa-se a instrução para continuidade (“O GT concordou que o conteúdo das conexões “exclusivas”, bem como o local onde tais conexões seriam melhor refletidas no texto da futura Convenção, seriam discutidos em futuras reuniões”).

6 Crônica: reconhecimento transfronteiriço e execução de acordos em disputas familiares envolvendo crianças: a ferramenta da Conferência da Haia. (Inez Lopes)

6.1 Introdução

As famílias transnacionais são aquelas conectadas a dois ou mais países e irradiam diversas questões jurídicas relacionadas à lei aplicável, à competência judicial internacional, ao reconhecimento e execução de atos e decisões estrangeiras. A eficácia extraterritorial desses atos ou decisões transfronteiriças não é automática. Os acordos de cooperação jurídica facilitam o acesso à justiça transnacional e à circulação de decisões judiciais ou acordos estrangeiros. Nas crises familiares, surgem problemas transfronteiriços relacionados à separação, ao divórcio, à responsabilidade parental, ao pagamento de pensão alimentícia, à remoção internacional ilícita da criança de seu lugar de residência habitual, à partilha de bens móveis e imóveis, entre outros assuntos.

A maioria dos conflitos familiares são resolvidos perante o tribunal de um Estado. Não obstante, há uma tendência de se buscarem métodos adequados de solução de disputas familiares envolvendo crianças, como mediação, conciliação ou arbitragem. A crescente mobilidade de famílias transnacionais pode exigir a adoção de certas medidas que devem produzir efeitos nos países envolvidos.

Há diversos instrumentos jurídicos internacionais — global, regional e bilateral — que facilitam a cooperação entre os Estados em matéria de direito de família transnacional, assim como o fluxo de pedidos ou decisões transfronteiriços, a exemplo dos acordos no Mercosul e na União Europeia. Recentemente, na esfera global, o Conselho de Assuntos Gerais e Política (CGAP) da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) aprovou a *Ferramenta dos Profissionais: Reconhecimento Transfronteiriço e Execução de Acordos em Disputas Familiares Envolvendo Crianças*⁸⁶ durante a reunião

⁸⁶ HCCH-CGAP. Practitioners' tool: cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children: prel. doc. n. 3B. Haia, NL, jan. 2022. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/c7696f38-9469-4f18-a897-e9b0e-1f6505a.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2022.

que ocorreu entre os dias 28 de fevereiro e 4 de março de 2022.

A Ferramenta se limita às questões referentes a três Convenções da Haia: a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída em 25 de outubro de 1980⁸⁷, a Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção das Crianças, concluída em 19 de outubro de 1996⁸⁸ e a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, concluída em 23 de novembro de 2007⁸⁹.

A proposta inicial correspondia à adoção de um Guia Prático envolvendo as três convenções, dando maior ênfase àquelas relativas à Proteção à Criança de 1996 e à Cobrança de Alimentos de 2007, uma vez que ambos os instrumentos contêm disposições específicas para o reconhecimento e execução de atos e decisões estrangeiras. Já a Convenção de 1980 sobre o Sequestro Internacional de Crianças não prevê tal obrigação. Ademais, o Grupo de Expertos — que atuou nas discussões e elaboração da minuta, destacou que se trata de uma Ferramenta dirigida a consultores jurídicos e profissionais e não às partes, além de que as três convenções não são necessariamente aplicáveis em todas as situações que envolvam conflitos familiares⁹⁰.

O presente artigo objetiva expor os principais pontos dessa Ferramenta destinada a facilitar a circulação de acordos em direito de família envolvendo crianças, de tal modo que possa ser reconhecido e executado em um Estado estrangeiro. Utilizando o método qualitativo

⁸⁷ BRASIL. Decreto nº 3.413/2000, 14 abr. 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. *Diário Oficial da União*, 17 abr. 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁸⁸ O Brasil não é parte desta convenção.

⁸⁹ BRASIL. Decreto nº 9.176/2017, 19 out. 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. *Diário Oficial da União*, 20 out. 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁹⁰ HCCH. Report of the experts' group on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children: prel. doc. N. 3A. dez. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/a177c6f2-0746-4bb1-b137-3d4919db6f03.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

na análise dos relatórios do Grupo de Expertos e nos ensinamentos da doutrina, este trabalho avalia o instrumento de *soft law* e sua importância para auxiliar profissionais na conclusão de acordos em direito de família envolvendo crianças dotado de eficácia extraterritorial, harmonizando certos procedimentos, assim como sua conexão com o direito nacional.

6.2 Antecedentes à ferramenta para profissionais em acordos de família

O Conselho de Assuntos Gerais e Políticas (CGAP) criou o Grupo de Expertos (GE) em 2012 com o objetivo de realizar mais pesquisas exploratórias sobre o reconhecimento transfronteiriço e a aplicação de acordos celebrados no decurso de disputas internacionais envolvendo crianças, considerando-se a Convenção de 1996 Relativa à Proteção das Crianças⁹¹. De acordo com o CGAP, o trabalho do GE compreenderia a identificação da natureza e extensão dos problemas jurídicos e práticos, incluindo questões jurisdicionais e avaliação do benefício da adoção de um novo instrumento, de força vinculante ou não nesta área⁹².

As decisões e encaminhamentos, durante as reuniões do GE, são brevemente exibidas a seguir, apresentando algumas reflexões que deram origem à *Ferramenta para Profissionais: Reconhecimento Transfronteiriço e Execução de Acordos em Disputas Familiares Envolvendo Crianças* elaborada pelo Secretariado Permanente Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH). Realizaram-se várias reuniões até a elaboração da minuta. Citam-se os principais resultados disponíveis na página da HCCH⁹³:

Relatório da Reunião do GE sobre Reconhecimento Transfronteiriço e Execução de Acordos em Disputas Internacionais Envolvendo Crianças (Haia, 12-14 de dezembro de 2013)⁹⁴.

⁹¹ HCCH-CGAP. *Conclusions and recommendations adopted by the council: council on general affairs and policy of the conference*. 17-20 abr. 2012. p. 2.

⁹² HCCH. *Report on the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in international child disputes and recommendation for further work*: prel. doc. n. 5. mar. 2014. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/349d8ac3-5115-4ddd-98cb-1c13700c227f.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁹³ HCCH. *Family agreements involving children*. Disponível em <https://www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/recognition-and-enforcement-of-agreements>. [20--]. Acesso em: 20 de março de 2022.

⁹⁴ HCCH. *Report on the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in international child disputes and recommendation for further work*: prel. doc. n. 5. mar. 2014. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/349d8ac3-5115-4ddd-98cb-1c13700c227f.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

Relatório da Reunião do GE sobre Reconhecimento Transfronteiriço e Execução de Acordos em Disputas Internacionais Envolvendo Crianças (Haia, 2-4 de novembro de 2015)⁹⁵.

Conclusões e Recomendações para atenção do Conselho de Assuntos Gerais e Política de março de 2018 – Reunião do GE sobre o reconhecimento transfronteiriço e aplicação de acordos em questões familiares envolvendo crianças (14-16 de junho de junho de 2017).

Sétima Reunião da Comissão Especial sobre a Operação Prática da Convenção de 1980 sobre Sequestro Internacional de Crianças e da Convenção de 1996 sobre Proteção às Crianças – outubro de 2017.

Conclusões e Recomendações para o CGAP de março de 2019 – Reunião do GE sobre o Reconhecimento transfronteiriço e Execução de Acordos em Disputas Familiares envolvendo Crianças (Haia, 28-29 de junho de 2018).

Relatório do GE sobre Reconhecimento Transfronteiriço e Execução de Acordos em Disputas Familiares Envolvendo Crianças (Haia, 14-15 de setembro e 29-30 de novembro de 2021)⁹⁶.

Reunião do Conselho de Assuntos Gerais e Políticos (CGAP) — de 28 de fevereiro a 3 de março de 2022⁹⁷.

Na primeira reunião em 2013, o GE discutiu problemas jurídicos e práticos em relação ao reconhecimento transfronteiriço e execução de acordos concluídos em disputas de direito de família que envolvam crianças, considerando-se os instrumentos legais existentes em níveis nacional, regional e internacional.. O grupo considerou as Convenções de 1996 (Proteção da Criança) e de 2007 (Alimentos) como normas internacionais de grande relevância para facilitar o reconhecimento e execução de decisões administrativas e judiciais transfronteiriças. Reconheceu que a utilização combinada dos instrumentos existentes, em muitos casos, poderia ofe-

assets.hcch.net/docs/349d8ac3-5115-4ddd-98cb-1c13700c227f.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁹⁵ HCCH. *Report on the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in international child disputes and recommendation for further work*: prel. doc. n. 5. mar. 2014. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/349d8ac3-5115-4ddd-98cb-1c13700c227f.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁹⁶ HCCH. *Report of the experts' group on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children*: prel. doc. N. 3A. dez. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/a177c6f2-0746-4bb1-b137-3d4919db6f03.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁹⁷ HCCH-CGAP. *Practitioners' tool: cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children*: prel. doc. n. 3B. Haia, NL, jan. 2022. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/c7696f38-9469-4f18-a897-e9b0e1f6505a.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2022.

recer uma gama de soluções que, no entanto, continuam a ser difíceis de implementar na prática.

Além disso, o GE identificou que as questões de direito de família englobam vários assuntos num eventual acordo, como, por exemplo do divórcio com filhos que fixa a guarda, o direito de visita, o pagamento de pensão alimentícia e a partilha de bens⁹⁸. Notou-se, portanto, que muitos acordos celebrados em direito de família envolvendo crianças estariam em um “pacote de acordos”. Além disso, a crescente mobilidade das famílias não deveria impedir a circulação desses acordos. Assim, um acordo concluído entre os um casal com filhos, que passam a residir em países distintos após o divórcio, deveria ser aplicável nos dois países simultaneamente, facilitando a convivência da criança com ambos os genitores.

Como resultado, o GE fez duas sugestões: a primeira, o desenvolvimento de uma “ferramenta de navegação” na forma de um instrumento não vinculativo para ajudar os pais e outras partes interessadas a garantir o reconhecimento transfronteiriço e a execução de acordos, e – a segunda – o desenvolvimento de um “balcão único” (*one stop shop*), que acomodasse tanto o “pacote de acordos”, quanto facilitasse o reconhecimento e a aplicação em todas as jurisdições envolvidas.

Um dos temas discutidos pelo Grupo de Expertos, durante a segunda reunião em 2015, foi a autonomia da vontade das partes no direito internacional da família, e o poder do casal de escolher a autoridade competente (jurisdição exclusiva) ou a mais apropriada para a conclusão de acordos relativos à responsabilidade parental, ao pagamento de pensão alimentícia e de outros acordos financeiros dentro um “pacote de acordos”.

Em julho de 2015, o Secretariado Permanente da HCCH distribuiu um questionário aos órgãos nacionais, às autoridades centrais, membros da Rede Internacional de Juízes da Haia, aos profissionais privados, como advogados, mediadores, professores da academia, entre outros especialistas. O objetivo foi avaliar o papel das Convenções da Haia de 1980 sobre Sequestro Internacional e de 1996 sobre Proteção das Crianças, bem como outros instrumentos internacionais ou acordos bilaterais.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada nº 11.138*. Ementa. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento: 03 jun. 2015.

Entre os diversos questionamentos, perguntaram aos entrevistados se eles haviam lidado com acordos na área de direito internacional da família envolvendo crianças, que contivessem termos relacionados a assuntos que estariam fora do escopo das Convenções da Haia de 1996 e 2007. Segundo o GE, um quarto dos entrevistados respondeu afirmativamente, entre eles juízes e profissionais. A maioria dos entrevistados respondeu que não tinha experiência com tal prática ou não respondeu ao questionário. Notou-se, que os acordos de família poderiam englobar uma série de assuntos que estariam fora das convenções mencionadas.

Outra questão examinada foi em relação à autonomia das partes em acordos concluídos em disputas de família transnacionais envolvendo crianças. No caso apresentado, na hipótese de os pais se mudarem temporariamente para outro Estado diferente da residência habitual, seria possível que as partes escolhessem um foro diferente do Estado de residência habitual da criança. Houve divergências quanto ao reconhecimento e à execução do acordo em Estado diferente do país de residência habitual da criança. A maioria dos entrevistados reconheceu que o centro de gravidade da relação jurídica familiar era a do Estado de residência habitual, foro adequado para o reconhecimento e a execução de acordos familiares transnacionais. Apesar disso, o grupo observou que uma maior autonomia das partes pode ter efeitos positivos no tange ao princípio do superior interesse da criança.

O GE elaborou a proposta em 2021 e a encaminhou ao Secretariado Permanente da HCCH. Em 2022, o CGAP aprovou a *Ferramenta para Profissionais: Reconhecimento Transfronteiriço e Execução de Acordos Alcançados no Decurso de Assuntos Familiares Envolvendo Crianças*, sujeita a alterações e revisões editoriais para publicação.

6.3 Harmonização de conceitos em matéria de direito de família transnacional

A Ferramenta para Profissionais em Acordos de Família busca harmonizar certos conceitos, ressaltando que cada jurisdição pode usar terminologia diferente para descrever o mesmo conceito ou pode aplicar definições diferentes a certos termos familiares. No processo de elaboração de acordos familiares, os termos devem ser cuidadosamente examinados e formulados, de modo que não haja dúvidas quanto à interpretação desses termos na fixação de direitos e obrigações. Os

termos definidos na ferramenta⁹⁹ são: acordo familiar, responsabilidade parental, direito de contato e direito de guarda.

Acordo familiar se refere a “um acordo na área de direito de família envolvendo crianças, concernente às questões relevantes no âmbito de aplicação das três convenções”. Importa salientar que a Convenção da Haia de 2007 define especificamente como *acordo em matéria de alimentos* aquele concluído por escrito relativo ao pagamento de alimentos, nos termos do artigo 3º, e.

Ressalta-se que o Brasil fez reservas com reserva ao artigo 20, § 1º, alínea “e”, e ao Artigo 30, Artigo 30, § 8º da Convenção da Haia de 2007 sobre Alimentos, com os seguintes fundamentos:

Reserva ao Artigo 20, §1, alínea ‘e’: O Brasil não reconhece nem executa decisão em que as partes tiverem acordado por escrito a competência quando o litígio envolver, além de crianças, obrigações de prestar alimentos para pessoas consideradas maiores incapazes e idosos, categorias definidas pela legislação brasileira e que serão especificadas conforme disposto no artigo 57.

Reserva ao Artigo 30, §8: O Brasil não reconhece nem executa um acordo em matéria de alimentos que traga disposições a respeito de pessoas menores, maiores incapazes e idosos, categorias definidas pela legislação brasileira e que serão especificadas conforme disposto no artigo 57 da Convenção¹⁰⁰.

Desse modo, os acordos privados, em matéria de família, envolvendo crianças ou adultos vulneráveis não circularão nos termos das reservas feitas pelo governo brasileiro.

Já o termo *responsabilidade parental* está definido no artigo 1º, §2º da Convenção de 1996 sobre Proteção à Criança como a “autoridade parental, ou qualquer relação análoga de autoridade que determine os direitos, poderes e responsabilidades dos pais, tutores ou outros

representantes legais em relação à pessoa ou à propriedade da criança”. De acordo com a ferramenta, a interpretação, quanto ao termo “responsabilidade parental”, inclui todos os direitos e deveres legais que um pai, uma mãe, um tutor ou outros representantes legais têm em relação a uma criança com o objetivo de criá-la e de garantir seu pleno desenvolvimento. Os efeitos jurídicos, quanto ao termo “responsabilidade parental”, podem se referir a “direitos de contato” ou de visita, a pagamento de pensão alimentícia, entre outros atributos relacionados à responsabilidade.

Os *direitos de contato* se referem às várias maneiras pelas quais um pai ou uma mãe — que não tenha a guarda, mantenha relações pessoais com a criança, seja por encontros periódicos, como a visitação presencial ou outra forma de contato, por comunicação à distância ou por outros meios eletrônicos. O direito de visita implica em levar a criança, por um período limitado, para um lugar diferente daquele onde habitualmente reside.

Por fim, os de *direitos de guarda* se referem àqueles relativos ao cuidado da pessoa da criança, inclusive o direito de determinar o local de residência dela.

Desse modo, essas definições contribuem para que os “profissionais” possam celebrar acordos de família, considerando-se as definições no bojo deste instrumento.

6.4 Residência habitual: elemento de conexão previsto nas três convenções da HCCH

A residência habitual da criança é elemento de conexão relevante nas questões relativas à família transnacional. A guarda unilateral permite a um dos pais decidir sobre a vida da criança. No caso da guarda compartilhada, ambos os genitores têm responsabilidades conjuntas para fixar o lugar de residência da criança. Nesse contexto, a Convenção da Haia de 1980 dispõe, no artigo 3º, que a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando houver violação a direito de guarda atribuído à pessoa pela lei do onde a criança *residência habitualmente* antes de sua transferência ou retenção.

O artigo 20 da Convenção da Haia de 2007 sobre Alimentos estabelece que que uma decisão estrangeira proferida por um Estado será reconhecida e executada a em outro Estado contratante desde que observados os seguintes critérios: se o demandado tinha sua *residência habitual* no Estado de origem ao tempo em que se

⁹⁹ HCCH-CGAP. *Practitioners' tool: cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children*: prel. doc. n. 3B. Haia, NL, jan. 2022. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/c7696f38-9469-4f18-a897-e9b0e-1f6505a.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2022.

¹⁰⁰ BRASIL. Decreto Legislativo nº 146, de 24 fev. 2016. Aprova, nas condições que especifica, o texto da Convenção sobre a Co-brança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, bem como o do Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, concluídos na Haia, em 23 de novembro de 2007. *Diário do Senado Federal*, 24 nov. 2016. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2016/decretolegislativo-146-9-dezembro-2016-784011-exposicaoemotivos-151533-pl.html>. Acesso em: 20 mar. 2022.

iniciaram os procedimentos; ou se o credor tinha sua *residência habitual* no Estado de origem ao tempo em que se iniciaram os procedimentos; ou se a criança para a qual se concedeu alimentos tinha sua *residência habitual* no Estado de origem ao tempo em que se iniciaram os procedimentos.

Com relação à norma geral à lei aplicável, as obrigações alimentares regem-se pela lei do Estado de *residência habitual* do credor, salvo quando o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos dispuser de outra forma. Em caso de mudança de residência habitual do credor, a lei do Estado da nova residência habitual é aplicável a partir do momento em que a mudança ocorreu. Com relação aos cônjuges, aplica-se a última lei de *residência habitual comum*. Já a Convenção da Haia de 1996 sobre Proteção das Crianças diz que o exercício da responsabilidade parental é regido pela lei do Estado da *residência habitual da criança*. Igualmente, se houver mudança, a lei aplicável é a lei do Estado da nova residência habitual.

Com relação à competência internacional, a Convenção da Haia de 1996 estabelece que as autoridades judiciais ou administrativas do Estado da *residência habitual da criança* têm a jurisdição para tomar as medidas dirigidas à proteção da pessoa ou do patrimônio da criança. Em caso de mudança, as autoridades do Estado da nova residência habitual passam a ter jurisdição para decidir sobre as medidas de proteção. No caso de crianças refugiadas, compete às autoridades judiciárias do local onde elas se encontram, uma vez que são deslocadas internacionalmente em razão da gravidade da situação do Estado de origem.

À luz do direito nacional, o Código de Processo Civil (CPC) dispõe que a autoridade judiciária brasileira tem *competência concorrente* para processar e julgar as ações relativas a alimentos quando o credor tiver domicílio ou residência no Brasil; ou o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos.

6.5 Os meios adequados de solução de disputas familiares e seus efeitos jurídicos

A Ferramenta orienta buscar soluções amigáveis aos conflitos familiares. As três convenções da Haia in-

centivam a adoção de medidas alternativas ao invés de disputas judiciais, de modo a favorecer o melhor interesse da criança¹⁰¹. Na Convenção da Haia de 1980, as autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável (artigo 7º, c). A Convenção de 2007 sobre Alimentos atribui às autoridades centrais a prerrogativa de adotar as medidas apropriadas em relação aos pedidos para estimular soluções amigáveis a fim de obter pagamento voluntário de alimentos, recorrendo, quando apropriado, à mediação, à conciliação ou a outros procedimentos análogos (artigo 6º, §2, d). Na mesma direção, a Convenção de Proteção das Crianças as autoridades centrais devem adotar medidas apropriadas para facilitar a solução amigável pela mediação, a conciliação ou meios similares, conforme disposto no artigo, 31, b.

Nota-se, portanto, um papel crucial das autoridades centrais como órgão facilitador para as soluções amigáveis em disputas familiares transnacionais. Assim, as autoridades centrais deixam de ter um papel apenas uma função intermediária de recepção e de transmissão de pedidos, para um papel facilitador na cooperação internacional¹⁰². Ainda que as autoridades centrais não sejam aquelas competentes para executar as decisões, elas atuam como impulsionadoras para a cooperação internacional¹⁰³.

No Brasil, a Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Caso haja consenso entre as partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, exige-se como condição de validade a homologação em juízo, desde que ouvido o Ministério Público. É o caso de mediação em conflitos familiares envolvendo crianças. Ademais, o acordo de mediação constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

¹⁰¹ Ver HCCH. *Seção raptos de crianças*. 3 jul. 2020. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>. Acesso em: 20 mar. 2022.

¹⁰² CANO, Sandra. *La Cooperación Internacional entre Autoridades en el Marco de la Protección del Menor en Derecho Internacional Privado Español*. Universidad de Córdoba, maio de 2002.

¹⁰³ BORRAS, Alegría. La cooperación internacional de autoridades: en particular, el caso del cobro de alimentos en el extranjero. In: BORRAS, A. (org). *La cooperación internacional de autoridades: ámbito de familia y del proceso civil*. Madrid: Iprolex, 2009. p. 152.

A autonomia da vontade das partes em matéria de família é vista, muitas vezes, com extremo cuidado e cautela. Assim, “se de um lado, assegura-se às partes da liberdade de forma mais ampla possível, de outro os Estados não abandonaram completamente o conceito de paternalismo jurídico, ainda mais envolvendo os direitos da criança”¹⁰⁴.

De acordo com o CPC, a solução de conflitos em direito de família pode ser resolvida por mediação ou conciliação, de modo a viabilizar uma solução amigável. Os acordos decorrentes de mediação de matéria de família envolvendo crianças podem vir dentro de um “pacote de acordos” referentes a divórcio, guarda, propriedade, por exemplo. Embora o CPC disponha sobre solução amigável, isso não afasta o “paternalismo jurídico” para que o acordo de mediação seja homologado judicialmente nos termos do artigo 725, VIII. Além disso, o Ministério Público intervém quando há interesse de incapaz e deve ser ouvido previamente à homologação de acordo (artigo 698).

Nesse contexto, a mediação transfronteiriça promove uma aproximação com a diversidade cultural, construindo uma ponte de justiça social. Fortalece a cultura de paz na solução de controvérsias, especialmente na área familiar, protegendo pessoas vulneráveis, em especial as crianças¹⁰⁵. Entretanto, deve-se buscar um “diálogo intercultural” quanto aos procedimentos necessários ao reconhecimento de acordos de família.

A exigibilidade torna-se necessária quando uma das partes do acordo não cumpre seus termos, sendo necessária a cooperação internacional para gerar efeito jurídico no exterior. Assim, a Ferramenta apresenta algumas questões gerais a serem consideradas para que um acordo familiar transnacional seja reconhecido e exequível segundo os termos das convenções da Haia. Essas questões englobam o conteúdo do acordo familiar, o escopo e aplicação das convenções, identificação do foro competente e seu efeito transfronteiriço.

É importante considerar os requisitos necessários para o reconhecimento transfronteiriço e a execução do

acordo familiar envolvendo crianças circule. Um acordo — ou parte dele — pode ter validade jurídica imediata, mas, para a exigibilidade, pode ser imprescindível uma etapa adicional, segundo a Ferramenta. O exemplo brasileiro ilustra esse ponto com relação à dispensa de homologação pelo STJ para divórcio consensual simples, mas obrigatória para decisão estrangeira de divórcio consensual qualificado, que engloba guarda de filhos, alimentos e/ou partilha de bens¹⁰⁶ (“pacote”).

6.6 Considerações finais

A Ferramenta para Profissionais em Acordos de Família envolvendo Crianças é um instrumento de *soft law* que, estrategicamente, busca a harmonização de normas de direito internacional privado, para determinar a lei aplicável e o tribunal competente centrado no critério da residência habitual da criança. A Ferramenta será útil para que o “pacote de acordos” familiar circule entre os países envolvidos. A cooperação jurídica internacional é imprescindível, e as autoridades centrais deverão estimular as soluções amigáveis, observadas as normas internacionais e os requisitos necessários ao reconhecimento desses acordos, podendo haver uma etapa adicional para serem exequíveis, como a homologação judicial perante o tribunal onde o acordo foi celebrado, de modo a respeitar a diversidade jurídica cultural em um mundo globalizado.

Referências

- ADAMS JR, James W. The apostille in the 21th century: international document certification and verification. *Houston Journal of International Law*, v. 3, n. 3, 2012.
- ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela T. The cross-border recognition and enforcement of private agree-

¹⁰⁴ ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela T. The cross-border recognition and enforcement of private agreements in family disputes on debate at the Hague Conference on Private International Law. In: RODRIGUES, J.; MARQUES, C. (org.). *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado: Jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre: Gráfica RJR, 2014. p. inicial-final

¹⁰⁵ LOPES, Inez. Mediation in Cross-border family maintenance and child support. *Revista Direito UnB*, v. 4, n. 1, p. 98, 2020.

¹⁰⁶ CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provisão n° 53, de 16 maio 2016*. Dispõe sobre a averbação direta por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais da sentença estrangeira de divórcio consensual simples ou puro, no assento de casamento, independentemente de homologação judicial. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Provisao_53_2016_CNJ.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

ments in family disputes on debate at the Hague Conference on Private International Law. In: RODRIGUES, J.; MARQUES, C. (org.). *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado: Jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre: Gráfica RJR, 2014. p. inicial-final.

ARAUJO, Nadia. Governança global no direito internacional privado: a atividade pós-convencional da Conferência da Haia de direito internacional privado. *Boletim da Sociedade de Direito Internacional*, v. 108, n. 151, p. 249-264, 2020.

BORRAS, Alegría. La cooperación internacional de autoridades: en particular, el caso del cobro de alimentos en el extranjero. In: BORRAS, A. (org.). *La cooperación internacional de autoridades: ámbito de familia y del processo civil*. Madrid: Iprolex, 2009. p. inicial-final

BRAND, Ronald A. Jurisdiction and judgments recognition at the Hague Conference: choices made, treaties completed, and the path ahead. *Netherlands International Law Review*, v. 67, n. 1, 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 146, de 24 fev. 2016. Aprova, nas condições que especifica, o texto da Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, bem como o do Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, concluídos na Haia, em 23 de novembro de 2007. *Diário do Senado Federal*, 24 nov. 2016. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2016/decretolegislativo-146-9-dezembro-2016-784011-exposicaodemotivos-151533-pl.html>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 2.067/1996, de 12 novembro de 1996. Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, em 5 de agosto de 1994. *Diário Oficial da União*, 13 nov. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D2067.htm. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Decreto nº 2.095/1996, de 17 dez. 1996. Promulga o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994. *Diário Oficial da União*, 18 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2095.htm. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Decreto nº 3.413/2000, 14 abr. 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqü-

stro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. *Diário Oficial da União*, 17 abr. 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 8.660/2016, 29 jan. 2016. Promulga a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 5 de outubro de 1961. *Diário Oficial da União*, 1 fev. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8660.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.039/2017, 27 abr. 2017. Promulga a Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, firmada em Haia, em 18 de março de 1970. *Diário Oficial da União*, 28 abr. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9039.htm. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.176/2017, 19 out. 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. *Diário Oficial da União*, 20 out. 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, De 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *AgRg na SE nº 4,091*. Ementa. Relator: Min. Ari Pargendler. Julgamento: 29 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *AgRg na SEC nº 854*. Ementa. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 12 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RE nos EDCI na SEC nº 4,127*. Ementa. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 10 fev. 2014.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada nº 11.138*. Ementa. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento: 03 jun. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RE 90961. Ementa. Relator: Décio Miranda. Julgamento: 29 maio 1979.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória nº 8.577*. Ementa. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 1 mar. 1999.
- CANO, Sandra. *La Cooperación Internacional entre Autoridades en el Marco de la Protección del Menor en Derecho Internacional Privado Español*. Universidad de Córdoba, maio de 2002.
- COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. *Nota-se a crescente importância da Convenção da Apostila de Haia para o comércio exterior brasileiro*. 7 fev. 2022. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/nota-se-a-crescente-importancia-da-convencao-da-apostila-de-haia-para-o-comercio-exterior-brasileiro/>. Acesso em: 15 fev. 2022.
- CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 53, de 16 maio 2016*. Dispõe sobre a averbação direta por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais da sentença estrangeira de divórcio consensual simples ou puro, no assento de casamento, independentemente de homologação judicial. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Provimento_53_2016_CNJ.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.
- FRANÇA. *Décret nº 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile*. 10 maio 2017. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034635897/>. Acesso em: 31 jan. 2022.
- GRAVESON, R. H. The ninth Hague Conference of Private International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 10, jan. 1961.
- HCCH. *2019 Conclusions and recommendations adopted by CGAP*. 2019. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/governance/council-on-general-affairs/archive/2019-council>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- HCCH. *Actes et document de la neuvième session: tome II*. Haia: Secretariado. 5 out. 1960. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/3ecef86a-5af4-481f-9a68-63d6b8d6c6ef.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- HCCH. *Assinaturas e ratificações*. 2019. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/status-charts>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- HCCH. *Conclusions & decisions (C&D): CGAP 2021*. mar. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/94e2d886-1cbf-4250-b436-5c1899cb942b.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- HCCH. *Conclusions & decisions: adopted by CGAP*. 3-6 mar. 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/70458042-f771-4e94-9c56-df3257a1e5ff.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- HCCH. *Conclusions and recommendations adopted by the special commission on the practical operation of the Hague apostille, evidence and service convention*. Haia, NL, out./nov. 2013.
- HCCH. *Convention of 2 July 2019 on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters*. 2 jul. 2019. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>. Acesso em: 05 abr. 2022.
- HCCH. *Convention of 2 July 2019 on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters*. 2 jul. 2019. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=137>. Acesso em: 12 jan. 2022.
- HCCH. *Council on general affairs and policy*. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs>. fev./mar. 2022. Acesso em: 3 maio 2022.
- HCCH. *Family agreements involving children*. Disponível em <https://www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/recognition-and-enforcement-of-agreements>. [20--]. Acesso em: 20 de março de 2022.
- HCCH. *Global coverage of the HCCH*. [20--]. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/b7bdfdf3-bba2-4920-9ed8-e2821a95eca8.pdf>. Acesso em: 1 set. 2022.
- HCCH. *Guide to good practice on the use of video-link under the evidence Convention*. Haia, NL, 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.
- HCCH. *Jurisdiction project*. [20--]. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/jurisdiction-project>. Acesso em: 3 maio 2022.
- HCCH. *Manual da apostila: um manual sobre o funcionamento prático da Convenção sobre a Apostila da Haia*. Haia, NL: HCCH, 2013. Disponível em: <https://>

- assets.hcch.net/docs/be6ec739-00c4-4fa1-b824-14637901a54a.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.
- HCCH. *Note on Article 1(3) Exclusions*: info. doc. N. 3. Haia, NL, out. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/e84b8f1c-3756-4784-9167-a377d481a5b1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- HCCH. *Report of the experts' group on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children*: prel. doc. N. 3A. dez. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/a177c6f2-0746-4bb1-b137-3d4919db6f03.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- HCCH. *Report of the Working Group on matters related to jurisdiction in transnational civil or commercial litigation*: prel. doc. n. 7. fev. 2022. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d05583b3-ec71-4a5b-829c-103a834173bf.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- HCCH. *Report on the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in international child disputes and recommendation for further work*: prel. doc. n. 5. mar. 2014. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/349d8ac3-5115-4ddd-98cb-1c13700c227f.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- HCCH. *Report on the jurisdiction project*: prel. doc. N. 3. Haia, NL, fev. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/5fbec58b-d14f-49c6-8719-b1fb68fd6d5b.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- HCCH. *Seção eleição do foro*. [20--]. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/specialised-sections/choice-of-court>. Acesso em: 12 jan. 2022.
- HCCH. *Seção rapto de crianças*. 3 jul. 2020. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- HCCH. *Summary of responses to the apostille questionnaire*: prel. doc. n. 2. REV. Haia, NL, out. 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/562ae0df-8797-47e6-85e6-6055e7689639.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.
- HCCH. *Working group on jurisdiction chair's summary of the first meeting monday 11: friday 15 october 2021*. Haia, NL, 2021. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/18414f66-7aa2-4d76-ba52-34855bcb5d74.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2022.
- HCCH-CGAP. *Conclusions and recommendations adopted by the council: council on general affairs and policy of the conference*. 17-20 abr. 2012.
- HCCH-CGAP. *Practitioners' tool: cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children*: prel. doc. n. 3B. Haia, NL, jan. 2022. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/c7696f38-9469-4f18-a897-e9b0e1f6505a.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2022.
- JUEPTNER, E. The Hague jurisdiction project: what options for The Hague Conference? *Journal of Private International Law*, v. 16, n. 2, p. 247-274, 2020.
- LOPES, Inez. Mediation in Cross-border family maintenance and child support. *Revista Direito UnB*, v. 4, n. 1, 2020.
- MONTEIRO, André Luís. Arbitragem, “Competência Internacional Exclusiva” e homologação de sentença arbitral estrangeira que verse sobre bens imóveis situados no Brasil. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 15, n. 59, p. 7-44, 2018.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *The 128 countries that had signed GATT by 1994*. 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/gattmem_e.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.
- OVERHEID. *Treaty Database*. Disponível em: https://treatydatabase.overheid.nl/en/Verdrag/Details/009051_b.html. Acesso em: 15 mar. 2022.
- RIBEIRO, Gustavo Ferreira; LOPES, Inês; ARAUJO, Nadia de; De NARDI, Marcelo. Crônicas de direito internacional privado. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 2, 2016.
- SPITZ, Lidia. *Homologação de decisões estrangeiras no Brasil: a Convenção de Sentenças da Conferência da Haia de 2019 e o controle indireto da jurisdição estrangeira*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.
- ZABLUD, P. *Aspects of the Apostille Convention: a position Paper*. 5 nov. 2012. Disponível em: https://assets.hcch.net/upload/wop/2012apostille_info05.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.
- ZHAO, N. Completing a long-awaited puzzle in the landscape of cross-border recognition and enforcement of judgments: an overview of the HCCH 2019 Judgments Convention. *Swiss Review of International and European Law*, v. 30, p. 345-368, 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Crônica a respeito das negociações do futuro Tratado sobre a conservação e o uso sustentável da biodiversidade marinha além da jurisdição (BBNJ): destaques da 5ª ICG e desafios para a sua conclusão

Chronicle on the negotiations of the future Treaty on the conservation and sustainable use of marine biodiversity beyond the jurisdiction (BBNJ): highlights of the 5th ICG and challenges for its conclusion

Carina Costa de Oliveira

Bárbara Mourão Sachett

Júlia SchützVeiga

Philippe Raposo

Paulo Henrique Reis de Oliveira

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Crônica a respeito das negociações do futuro Tratado sobre a conservação e o uso sustentável da biodiversidade marinha além da jurisdição (BBNJ): destaques da 5ª ICG e desafios para a sua conclusão*

Chronicle on the negotiations of the future Treaty on the conservation and sustainable use of marine biodiversity beyond the jurisdiction (BBNJ): highlights of the 5th ICG and challenges for its conclusion

Carina Costa de Oliveira**

Bárbara Mourão Sachett***

Júlia SchützVeiga****

Philippe Raposo*****

Paulo Henrique Reis de Oliveira*****

* Recebido em 26/09/2022
Aprovado em 26/09/2022

** Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Colíder do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (Gern-UnB). Advisor da delegação brasileira na 5ª ICG BBNJ.

*** Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional. Pesquisadora do CEDMAR-USP. Advisor da delegação brasileira na 5ª ICG BBNJ.

**** Doutoranda em Direito na NOVA School of Law, UNL e pesquisadora do CEDMAR-USP. Advisor da delegação brasileira na 5ª ICG BBNJ.

***** Diplomata. Mestre em História, Política e Bens Culturais (FGV). Especialista em Relações Internacionais (UnB). Bacharel em Direito (UFF). Professor voluntário no Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília (UnB). Professor de Direito (IDEG). Chefe da delegação brasileira na 5ª ICG-BBNJ.

***** Mestrando em Direito Internacional e Comparado pela USP. Pesquisador do CEDMAR-USP. Advisor da delegação brasileira na 5ª ICG BBNJ.

1 Introdução

A quinta conferência de negociação do futuro Tratado sobre a conservação e o uso sustentável da biodiversidade marinha, em áreas além da jurisdição (BBNJ), ocorreu entre os dias 15 e 26 de agosto de 2022, na sede das Nações Unidas, em Nova York. A sessão não se finalizou com a conclusão do instrumento, visto que, ainda, persistem divergências entre as delegações. Mesmo sem chegar ao final da redação do Tratado, houve consideráveis progressos a respeito dos grandes temas em negociação: recursos genéticos marinhos (MGRs) e repartição de benefícios (ABS); medidas de manejo baseadas em áreas (ABMT) e áreas marinhas protegidas (MPAs); avaliação de impactos ambientais (EIA); capacitação e transferência de tecnologias marinhas (CBTMT); e assuntos transversais (CCIs).

As divergências referem-se a assuntos como atribuições do Órgão Técnico-Científico e da Conferência das Partes (COP), particularmente ao estabelecimento de MPAs em áreas além das jurisdições nacionais (ABNJ) e à realização de EIA antes da condução de atividades que acarretem risco à biodiversidade marinha; estrutura institucional; natureza jurídica voluntária ou mandatória das modalidades de CBTMT; relação entre o instrumento BBNJ e outros regimes jurídicos internacionais (sobretudo organizações de gestão de pesca); e repartição de benefícios monetários nos casos de comercialização de produtos com MGR. Decidiu-se, em 26 de agosto, pela suspensão da sessão negociadora, que deverá ser retomada em data a ser definida por meio de resolução da Assembleia-Geral da ONU.

Ao longo do processo negociador, o Brasil tem atuado em conjunto com o grupo regional conhecido como “Core Latin American Countries” (CLAM), que também compreende Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana e Uruguai. Além de compartilhar interesses comuns, a coordenação regional amplia o alcance das posições brasileiras e favorece as negociações juntamente a outros Estados e grupos — procedimento também adotado por outras regiões, que negociam em bloco como forma de fortalecer seus respectivos pleitos individuais.

Seguem abaixo os principais destaques procedimentais e substanciais das negociações da 5ª. Sessão (1), com posterior indicação dos principais desafios para a próxima rodada de negociações (2).

2 Destaques das negociações da 5ª Sessão

2.1 Temas transversais (Cross-Cutting issues – CCI)

Os temas transversais estão previstos em diversas partes do tratado. A seguir apresentam-se os principais aspectos procedimentais e substanciais aperfeiçoados ao longo da 5ª sessão.

A Parte I contém artigos com o seguinte conteúdo: uso dos termos, objetivo geral, aplicação, relação do tratado com outros quadros normativos e institucionais relevantes, princípios e *approaches* e cooperação internacional.

Com relação às questões procedimentais, cita-se o tema da relação do tratado com outros quadros normativos e institucionais relevantes. Houve bastante debate sobre o tema, mas o texto atual não está entre colchetes e prevê a obrigação de “not undermine” outros instrumentos e quadros institucionais, além da previsão da competência do tratado de promover a coerência com outros instrumentos.

Quanto às questões substanciais, os termos, os princípios e a relação desse tratado com os instrumentos existentes foram as questões mais controversas. As definições principais como “area-based management

tool”, “marine protected area”, “cumulative impacts”, “environmental impact assessment”, “strategic environmental assessment” foram expressões debatidas. De modo geral, o CLAM se manifestou como grupo e se baseou nas definições já existentes no direito internacional.

No que tange aos princípios, houve consenso quanto aos princípios e *approaches* já reconhecidos no direito internacional, como o Princípio do Poluidor-pagador. Observa-se uma tendência à adoção da expressão “precautionary approach”, apesar de o apoio à expressão “precautionary principle” por G77 e União Europeia. O princípio mais questionado foi o princípio do patrimônio comum da humanidade, defendido, expressivamente, por CLAM, PSIDs, G77 e China, entre vários outros (maioria). Outros Estados/grupos não o aceitam, como UE, UK e Austrália. Alguns Estados preferem separar a perspectiva do “the use of the best available science and scientific information” dos “relevant traditional knowledge of indigenous peoples and local communities”. Os países em desenvolvimento, e outros países desenvolvidos (Canadá) não aceitaram a divisão feita principalmente por UE e US.

A Parte VI prevê os arranjos institucionais do tratado. Os arranjos institucionais são centrais no tratado e estão dispostos na Parte VI por meio da criação/estabelecimento de alguns órgãos: Conferência das Partes (COP), Órgão Técnico e Científico e Secretariado. Além disso, a Parte VI cria o “Clearing-house” *mechanism* no intuito de garantir o amplo acesso às informações conectadas ao tratado. Além dos mencionados órgãos, a Parte VII prevê um mecanismo financeiro e um “*working group on financial resources*”. Na parte II, há a previsão de um “ABS *mechanism*”, enquanto no Capítulo V, o CBTMT Committee. A Parte VIII prevê o Comitê de Implementação e de Compliance. Uma tabela composta pelos principais arranjos foi feita pelo Secretariado da Conferência e segue em anexo.

Os Estados se manifestaram no sentido da delimitação da competência dos arranjos mencionados. Os países em desenvolvimento, de modo geral, sustentaram a previsão de mais competências a esses órgãos. Houve diferença nas manifestações sobre o tema no que concerne à EIA, às ABMTs e aos outros tópicos.

No que tange à parte VII, o tema dos mecanismos de financiamento é central. O fornecimento de recursos será realizado conforme as capacidades das Partes,

de acordo com suas políticas e prioridades. Trata-se de uma parte na qual não constam divergências na última versão circulada. Ainda, para o alcance dos objetivos, será estabelecido um mecanismo de provisão de recursos que deve incluir: um fundo fiduciário voluntário, para auxiliar a participação de Estados menos desenvolvidos, sem litoral e insulares nas reuniões; um fundo especial, financiado com contribuições fixas das partes e aberto à contribuições voluntárias, com o objetivo de financiar projetos, auxiliar Estados na implementação do acordo, financiar projetos de reabilitação e restauração do meio ambiente, apoiar programas e consultas públicas e financiar atividades em conformidade com a Convenção; além de um fundo fiduciário do Fundo Global para o Meio Ambiente.

O mecanismo de provisão de recursos será operado sob a autoridade da Conferência das Partes, a qual proverá as estratégias e prioridades, bem como critérios de elegibilidade, além da revisão periódica. Desde já, resta estabelecido que os procedimentos serão simplificados para atender com prontidão Estados em desenvolvimento. Será estabelecido um grupo de trabalho sobre os recursos financeiros para elaborar relatórios periódicos e recomendações.

A Parte VIII trata da implementação e do “compliance”. **Em relação às questões procedimentais**, o texto apresenta duas opções. A primeira menciona a adoção de medidas de monitoramento da implementação pelas próprias Partes, além de indicar a possibilidade de adoção pela COP de procedimentos cooperativos. Prevê, ainda, o dever das Partes de tomar as medidas legislativas, administrativas ou políticas necessárias a fim de implementar o acordo. Já a segunda não menciona nenhum mecanismo de implementação, apenas aponta o dever dos Estados-Parte de tomar todas as medidas necessárias para a implementação do acordo.

Sobre o monitoramento da implementação, os Estados-Parte devem, em intervalos e em formatos estabelecidos pela COP, reportá-la a respeito das medidas de implementação adotadas. A Parte VIII prevê o estabelecimento de um Comitê de Implementação e Cumprimento, com caráter facilitador e não punitivo.

A Parte IX prevê o tema de solução de controvérsias e de opiniões consultivas. **Quanto às questões procedimentais**, o texto dispõe sobre o litígio de natureza técnica. Nesse sentido, as Partes interessadas podem submetê-lo a um painel de peritos *ad hoc* por elas

estabelecido. O painel consultará as Partes interessadas e esforçar-se-á por resolver o litígio rapidamente, sem recorrer a procedimentos vinculativos para a resolução de litígios.

Em relação aos procedimentos aplicáveis à solução de disputas, o texto se refere à aplicação da Parte XV da UNCLOS em relação à interpretação e aplicação do acordo, às Partes signatárias e não signatárias do acordo. Assim, aplica-se o artigo 287 da UNCLOS, a não ser que a Parte, ao assinar, ratifique ou adira ao acordo, ou, em qualquer momento posterior, aceite outro procedimento de acordo com o artigo 287 para a solução de controvérsias do acordo (artigo 55, 2, opção I).

O texto sugere uma outra opção em relação à solução de controvérsias, na medida em que estabelece um sistema exclusivo, ainda que alguns dispositivos da Parte XV da UNCLOS sejam mencionados, bem como os mecanismos de solução pacífica previstos da Carta de São Francisco. A primeira opção é majoritária, tendo o apoio da maioria dos Estados e grupos (com exceção da Colômbia e outros Estados que não são Partes da Convenção de Montego Bay). O CLAM sugere que a opção I seria a mais adequada, na medida em que a adoção do sistema de solução de controvérsias da Parte XV da UNCLOS está alinhada aos métodos de solução de conflitos utilizados pelos demais instrumentos convencionais da matéria.

As opiniões consultivas sobre qualquer questão jurídica no âmbito do acordo poderão ser solicitadas ao Tribunal Internacional do Direito do Mar. Ainda não há consenso sobre a inclusão de artigo que facultaria à COP a autoridade para requerer ao Tribunal Internacional do Direito do Mar opiniões consultivas. A redação proposta exige que mais de dois terços dos representantes presentes e votantes estejam de acordo com o pedido de opinião consultiva. O texto da decisão deverá indicar o escopo das questões legais acerca de qual opinião é solicitada, bem como da urgência do pedido.

2.2 Part II – Recursos Genéticos Marinhos (MGR)

A Parte II é dedicada ao acesso e à utilização de recursos genéticos marinhos (MGR) alocados em áreas além da jurisdição nacional (ABNJ). Portanto, contém artigos (i) de aplicação restrita à Parte II e (ii) com alcance ao acordo como um todo, bem como (iii) que se relacionam com outros instrumentos legais (e.g. WIPO).

As primeiras diretrizes em relação a essa parte encontram-se na seção I do BBNJ ('General Provisions'). Nesta, apresentam-se as **definições** de termos-chave para entendimento e aplicação do acordo, quais sejam: i) 'access ex situ'; ii) 'associated data and information'; iii) 'biotechnology'; iv) 'collection in situ'; v) 'derivative'; vi) 'marine genetic resources' e vii) 'utilisation of marine genetic resource'. Houve um grande progresso durante a quinta sessão, embora persista a polarização entre o Norte e o Sul-global quanto a alguns pontos. Por exemplo, não há consenso pela inclusão (ou não) do termo 'digital sequence information' (DSI). O CLAM, juntamente ao G77 e China, Grupo Africano, CARICOM e PSDIS apoiam a inclusão desse termo, argumentando que os dados e as informações relacionados (ou provenientes) do acesso e da utilização de MGRs de ABNJ promovem e potencializam medidas e iniciativas de 'capacity-building' e 'transfer of marine technology' (CB&TMT). CB&TMT são apontados como elementos críticos para a implementação efetiva do BBNJ.

Em relação às **questões procedimentais**, a polarização entre o Norte e o Sul-global mantém-se, especialmente no que diz respeito: i) à notificação para acesso e/ou utilização de MGR de ABNJ e ii) ao 'ABS mechanism' gerar repartição de benefícios monetários advindos da comercialização de produtos desenvolvidos com MGR de ABNJ. Ainda, há questionamentos quanto ao 'unique identifier', i.e. como identificar os acessos e as utilizações das várias formas de armazenamento de MGRs de ABNJ. Por outro lado, há consenso sobre i) informações sobre a coleta 'in situ', bem como ii) os resultados gerados a partir da R&D de MGR sejam partilhados e identificados como benefícios não monetários.

Quanto às **questões substanciais**, Japão, Estados Unidos, Canadá, acompanhados da União Europeia referem que não há necessidade de 'track-and-trace'. Ainda, afirmam que os argumentos sobre a geração de lucros, oriundos da comercialização de produtos que utilizam MGRs de ABNJ, são insuficientes, porquanto não são baseados em dados fiáveis. Sustentam que essa posição (de repartição de benefícios monetários) é delicada e difícil de ser implementada nacionalmente. Destacam que o compromisso assumido pelos Estados-Parte comprometeria terceiros (suas companhias e instituições). Todavia, inúmeros estudos (inclusive da OCDE) apontam que o mercado de biotecnologia marinha movimentaria milhões de euros.

Assim, na perspectiva dos países em desenvolvimento, regras sobre bioprospecção e comercialização de produtos com MGRs da ABNJ devem ser incluídas no acordo. A um porque faz com que o tratado BBNJ seja compatível com o crescimento exponencial da ciência e da tecnologia, particularmente no que se refere ao potencial substantivo de lucro de empresas transnacionais do ramo farmacêutico, químico e cosmético. Esses potenciais lucros, caso sejam repartidos de forma justa e equitativa em relação ao futuro sistema BBNJ, poderão gerar externalidades positivas para as ciências marinhas em países africanos, asiáticos e latino-americanos, bem como para a cooperação científica internacional. Além disso, tais benefícios monetários viabilizariam a execução de projetos de recuperação, conservação e uso sustentável da biodiversidade marinha por países em desenvolvimento, contribuindo para o cumprimento dos objetivos do acordo. São patrocinadores da proposta de "royalties" os seguintes grupos regionais: CARICOM, CLAM, Grupo Africano e PSIDS. Contudo, países desenvolvidos continuam rejeitando qualquer proposta de repartição de benefícios monetários que onere suas empresas.

Ademais, não há consenso sobre a aplicação (ou não) dessa parte à 'fishing and fishing activities' (Singapura e Japão são maiores opositores à aplicação desta regra às atividades pesqueiras). Por fim, há discussão aberta sobre a criação (ou não) de um fundo e as fontes para a sua alimentação.

2.3 Parte III – Medidas de manejo baseadas em áreas (ABMT) e áreas marinhas protegidas (MPAs)

A Parte III contém artigos com o seguinte conteúdo: objetivos, identificação das áreas, propostas, processo de análise e de decisão, implementação, monitoramento e revisão. De modo geral, o conteúdo reflete questões procedimentais e substanciais.

Com relação às questões procedimentais, o *draft* possui diversos artigos dedicados à competência dos futuros órgãos que serão criados pelo tratado. Nesse sentido, a Parte III está conectada às decisões sobre as competências, principalmente, da futura Conferência das Partes (COP), do Órgão Científico e Técnico e do Secretariado. Há Estados e grupos que defenderam mais competências para esses órgãos (G77 e outros países em desenvolvimento, UE), enquanto outros se manifestaram pela manutenção das decisões principais

relacionadas ao instrumento aos Estados-Parte. Há resistência de alguns Estados com relação ao conteúdo das competências da COP quanto: i) à criação das ABMPs; ii) à sua relação com organizações existentes; iii) ao monitoramento e à revisão das ABMPs propostas pelos Estados.

Há uma preocupação central quanto à conexão do instrumento com o quadro institucional e normativo já existente (com outras organizações, instrumentos, tratados, assim como áreas sob a jurisdição nacional), no sentido do que já foi apresentado no artigo incluído na Parte Geral do tratado. Houve propostas de Estados, como a Noruega, no sentido de garantir possibilidade de ‘opt-outs’ para possibilitar objeções à criação de ABMTs por motivos específicos. De todo modo, a perspectiva de não ‘undermine’ o arcabouço jurídico existente está presente nesta parte também.

Quanto às questões substanciais, houve concordância com a maioria dos objetivos. Contudo, ainda há debates quanto ao conteúdo das propostas de criação das ABMTs. Há dúvidas, ainda, quanto ao conteúdo das medidas emergenciais que poderiam ser adotadas pelos órgãos competentes pela gestão das ABMTs (proposta da Nova Zelândia).

2.4 Parte IV – Estudos de Impacto Ambiental (EIAs)

A parte IV contém artigos com o seguinte conteúdo: objetivos; situações na qual a realização do EIA é obrigatória; relação entre o Tratado com outros instrumentos e instituições relevantes; processo para a realização do EIA; publicação, notificação e consulta do instrumento; relatórios; tomada de decisão; monitoramento dos impactos das atividades autorizadas; funções dos órgãos competentes e ‘strategic environmental assessments’. De modo geral, o conteúdo reflete questões procedimentais e substanciais.

Quanto às questões substanciais, as previsões refletem processos e requisitos para realização de EIAs, bem como as situações nas quais essa obrigação existe ou não. Inclusive, é nesse contexto que está a principal divergência da parte: ainda não há consenso se deveriam ser objeto de EIA apenas as atividades realizadas em áreas além da jurisdição nacional ou aquelas que ocorreram em espaço sob jurisdição nacional, mas que impactam em áreas além da jurisdição nacional. Ainda não

está definido se o EIA se aplica às atividades ‘planned’ ou ‘proposed’.

Em situações nas quais atividades realizadas em áreas jurisdicionais possam impactar as áreas fora da jurisdição, caberá ao Estado-Parte compartilhar os estudos de impacto ambiental, todavia, ainda há divergência acerca dos termos a serem adotados. Não há consenso sobre o uso de EIA conduzidos em nível nacional ou conforme a legislação doméstica. Esse ponto reflete a compatibilização entre mecanismos domésticos e a Convenção. Inclusive, há previsão de que as partes possam ampliar a aplicação dos mecanismos da Convenção para suas atividades jurisdicionadas.

A adoção de ‘global minimum standards’ ou de ‘guidelines’ para condição de EIAs também ainda não está definida, todavia, já está definido que estes serão periodicamente atualizados.

As hipóteses de dispensa do EIA também são motivo de controvérsia, mas já parece estar definido que aquelas atividades que estejam reguladas por outros instrumentos legais globais, regionais ou setoriais estão dispensadas, bem como aquelas que adotaram métodos equivalentes ao disposto na Convenção.

Acerca dos limites e fatores a serem considerados para realização de EIA, persistem três propostas de artigo sendo as principais características: i) o EIA será necessário quando uma atividade possa ter impactos no ambiente marinho, sendo dispensado em caso de efeitos transitórios; ii) O EIA será necessário quando uma parte tiver motivos razoáveis para crer que a atividade pode ter efeitos, inclusive transitórios, no meio ambiente marinho ou causar poluição e prejuízos substanciais ao meio ambiente marinho; iii) o EIA será necessário quando houver motivos razoáveis para crer que as atividades possam causar impactos ao meio ambiente marinho.

Os Estados ainda divergem acerca do impacto dos conhecimentos tradicionais, das comunidades locais e indígenas no escopo do EIA, se esses devem ser diretamente mencionados ou se já estão compreendidos em impactos sociais, culturais e relevantes.

Com relação às questões procedimentais, em diversos artigos, aparece menção à interação com outros instrumentos legais no sentido de coordenação e não hierarquia. Também persistem divergências acerca do meio de divulgação das informações, se mediadas pelo

Órgão Científico e Técnico ou pelo Comitê de Compliance e Implementação.

Também há divergência acerca dos mecanismos de mitigação, prevenção e manejo dos efeitos adversos, controvérsia que reside entre a utilização dos termos ‘identify and implemente’ ou ‘analyse’. Ainda, não está definido se esses mecanismos devem ser estabelecidos na fase de planejamento ou após a aprovação.

A maior divergência dessa parte é sobre o processo de decisão da realização ou não da atividade, existindo duas propostas: i) caberá ao Estado-Parte definir a realização; ii) caberá à Conferência das Partes definir a realização de atividades, seguindo um estruturado procedimento de análise.

Com relação à avaliação do EIA, há proposição de artigo que autoriza a designação de terceiros para realização da avaliação, e esse terceiro deve estar dentro do painel de especialistas, cuja criação também é uma proposta.

No que tange aos mecanismos de publicidade, não há consenso acerca da amplitude de atores que podem participar das consultas públicas, se apenas aqueles com interesse na área em questão ou quaisquer atores, inclusive a sociedade civil. Não se definiu, ainda, se o Órgão Científico e Técnico poderá realizar uma consulta pública caso provocado a revisar a consulta prévia.

Em relação aos relatórios, ainda não está definido se esses serão realizados apenas pelos Estados-Parte ou também pelo Órgão Técnico e Científico, ou ainda, se caberia ao Órgão Técnico e Científico revisá-los. Também inexistiu uniformidade acerca da capacidade do Órgão Científico e Técnico e de outros Estados e entidades para requerer a realização de revisões dos relatórios apresentados pelos Estados-Parte.

Em síntese, todo o procedimento de revisão das atividades autorizadas ainda concentra divergências, especialmente acerca da notificação à Conferência das Partes, paralisação das atividades, medidas de mitigação e como serão resolvidas as controvérsias disso decorrentes.

2.5 Parte V – Capacitação e Transferência de Tecnologias Marinhas (CB&TMT)

A Parte V contém artigos com o seguinte conteúdo: i) objetivos; ii) modalidades e tipos de CB&TMT;

iii) regras sobre cooperação internacional e sua implementação através do comitê de CB&TMT e iv) monitoramento e revisão. De modo geral, o conteúdo reflete questões procedimentais e substanciais. Entretanto, as posições expressadas ao longo da sessão indicam perspectivas antagônicas entre Norte e Sul global. Por exemplo: i) quais são os destinatários prioritários deste capítulo e ii) quais regras devem ser ‘de resultado’ ou expressão de ‘meros esforços’?

Quanto às **questões substanciais**, a proposta conjunta do CLAM e do CARICOM propõe uma linguagem vinculante aos resultados quanto às regras de CB e uma linguagem de ‘best-efforts’ para TMT. Considerando a posição do Norte-global, existem termos (ou expressões) com intenções ainda não consensuais, especialmente a respeito da análise da evolução interpretativa da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Por exemplo, ‘legitimate interests’ é apontada como uma expressão que implica direitos de propriedade intelectual, o que, na ótica acadêmica, impede a efetiva transferência de tecnologia marinha. Em suma, os Estados em desenvolvimento manifestam, em seus ‘rationale’, que é preciso debater mais a fundamentação para a construção deste capítulo. Falta também consenso sobre a criação de lista não exaustiva pela COP (ou Órgão Técnico e Científico guiado pela COP) que será revisada periodicamente. Quanto ao **Anexo II**, a lista retornou ao ‘refreshed draft text’ (requerimento feito pela proposta conjunta do CLAM e CARICOM, com eco dos demais Estados do Sul global). Todavia, há pressão da União Europeia e do Reino Unido para que seja retirado. Eles indicam que não há necessidade da lista, uma vez que os tipos e as modalidades já estão incluídos no texto.

Em relação à **definição** de ‘marine technology’, os Estados estão em consonância, salvo algumas reservas quanto à expressão ‘to the conservation [...] biodiversity’ estar no final da frase e, portanto, parecer não contemplar todo o escopo.

Em relação às **questões procedimentais**, o capítulo está estruturado fazendo claras e objetivas remissões para vincular os Estados-Parte no ‘como’ e ‘quando’ devem ser realizadas as obrigações. Há consenso sobre as medidas de CB&TMT serem construídas levando em consideração: i) ‘country-driven, transparent, effective, and interactive process that is participatory, cross-cutting and gender-responsive’; ii) as necessidades e prioridades

indicadas pelos Estados em desenvolvimento. Há proposta de criação de um comitê para CB&TMT, respeitadas a distribuição geográfica e eleição dos membros pela Conferência das Partes (COP) no primeiro meeting. Esse comitê endereçará ‘reports’ e recomendações.

Apesar dos avanços obtidos na 5ª sessão, observa-se que, ainda, há desafios consideráveis para a conclusão do tratado.

3 Desafios para a continuidade da 5ª sessão e conclusão do tratado

Conforme anteriormente mencionado, a 5ª sessão não se finalizou com a conclusão do instrumento, em razão de divergências entre as delegações, não obstante, nas declarações finais, foi possível observar, por um lado, uma frustração generalizada em virtude do insucesso das negociações e da paralisação das tratativas, e de outro, a confiança em relação à futura conclusão do acordo e à adoção do texto final.

Ainda que não se tenha ajustado nova data, cogita-se que a continuação da negociação ocorrerá em março de 2023, quando se espera que as questões controversas sejam discutidas e o consenso seja alcançado. Nesse sentido, será crucial enfrentar os já corriqueiros pontos de discórdias entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, notadamente, os relacionados ao EIA, no contexto do qual são discutidas, de um modo geral, visões soberanistas e internacionalistas, e a partilha de benefícios monetários no âmbito dos MGRs, assunto que divide os blocos Norte/Sul desde as discussões nas primeiras conferências.

Nesse contexto, torna-se imprescindível, ademais, não se perder de vista a importância da fase posterior à conclusão do acordo, isto é, ainda que a continuação da negociação seja exitosa, deverão ser enfrentados novos desafios em relação à assinatura e à ratificação, que poderão levar anos para se concretizarem.

Ainda que o acordo não tenha sido finalizado, a 5ª sessão não deve ser considerada um fracasso, visto que consideráveis progressos foram atingidos, como em relação à linguagem e coesão do “Further refreshed draft text”, apresentado no último dia da Conferência.

Assim, almeja-se a celebração de tratado incisivo que reúna as principais preocupações acerca da conservação

e uso sustentável da biodiversidade marinha além das áreas sob jurisdição nacional, o que, por sua vez, beneficiará a todos, incluindo as gerações futuras.

4 Considerações finais

Como resultado parcial da 5ª IGC-BBNJ, anunciou-se a suspensão da corrente sessão, que deverá ser retomada em data a ser definida pela Assembleia Geral da ONU. A versão mais atualizada da minuta de texto em negociação (“further refreshed draft text”) foi divulgada em 26 de agosto, apresentando menor número de colchetes e alternativas de texto. A nova versão contempla progressos obtidos nas sessões informais e nos grupos de trabalho, e deverá servir como base para a retomada das negociações.

Não se devem descartar possíveis repercussões das negociações em relação a 15ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), prevista para ser realizada em Montreal, de 3 a 19 de dezembro, sobre as negociações do instrumento BBNJ, considerando-se a complementaridade dos temas tratados em ambos os foros.

DOSSIÊ

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editorial

André de Carvalho Ramos

Manoela Carneiro Roland

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

André de Carvalho Ramos**

Manoela Carneiro Roland***

*“Quem viveu pregado a um só chão não sabe sonhar com outros lugares”.***Mia Couto**

A universalidade dos direitos humanos parte, inicialmente, da visão jus-naturalista de direitos inerentes a todo ser humano e, no século XX, logra obter sua positivação em diplomas internacionais. Essa internacionalização dos direitos humanos foi cristalizada pela criação de órgãos internacionais de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos estados, que contam, hoje, com tribunais regionais extremamente ativos como a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos¹.

Ocorre o processo de humanização do direito internacional, no qual há o reconhecimento da centralidade dos direitos humanos na seara internacional, que correspondem ao *ethos* de nossos tempos².

Tais direitos reconhecidos universalmente fornecem uma garantia contra as falhas de proteção dos estados (mesmo os democráticos), sendo resultados de lutas históricas que têm, como fonte propulsora, a indignação gerada pela afronta à dignidade humana e aos direitos das vítimas. Deve-se a Cançado Trindade a insistência na formulação de um novo Direito Internacional, pautado no universalismo dos direitos humanos. Seria um novo *jus gentium* do século XXI³ ou um novo e transformador Direito Internacional para a Humanidade (*International Law for Mankind*).

Entretanto, em que pese o crescimento exponencial dos diplomas normativos internacionais, a exclusão social continua a ser uma questão em aberta no capitalismo do século XXI e a desigualdade continua a ser problema central das sociedades contemporâneas⁴. Os beneficiados pela globalização são os pertencentes ao 1% mais rico, chamados “plutocratas globais”, que se aproveitam da economia interligada e utilizam, em seu proveito, as oportunidades de atuação em diversos países.⁵

* Recebido em 11/11/2022
Aprovado em 11/11/2022

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Professor Titular de Pós-Graduação Stricto Sensu e Coordenador de Mestrado da Unialfa. Doutor e Livre-Docente em direito internacional (USP). Procurador Regional da República. Primeiro Secretário de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral da República (2017-2019). Email: andredecarvalhoramos@gmail.com

*** Professora Associada nível III da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-Doutoranda em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenadora Geral do Homa-Centro de Direito Humanos e Empresas. Email: manoelaroland@gmail.com

¹ Sobre o funcionamento desses tribunais, ver, entre outros: RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. v. 1; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. v. 2; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003. v. 3.

² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 406.

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 6-8.

⁴ PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

⁵ MILANOVIC, Branko. *Global inequality: a new approach for the age of globalization*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 41. (“The real global plutocrats: the billionaires”). p. 239 (no original: “The gains from globalization will not be evenly distributed”).

Assim, ao longo do século XX, foi possível observar o fenômeno da globalização, com um aumento do capital e dos fluxos de pessoas. Foi também nesse século que surgiu o processo de internacionalização dos direitos humanos, que estabeleceu parâmetros de proteção internacional. Mas, ao mesmo tempo, há um espectro crescente de violações e perpetradores. Não é mais possível entender um mundo em que os Estados interpretam os tratados, que foram ratificados pela vontade daquele Estado, de forma livre, de acordo com suas regras internas. Também não se pode ignorar a ascensão de outros atores internacionais além dos temas tradicionalmente considerados.

A existência de vários casos de violações perpetradas por diferentes atores e a diluição das fronteiras dos Estados ao longo das décadas significa que a ordem internacional agora tem que abordar estas lacunas que o direito internacional clássico não pode preencher.

A proteção internacional dos direitos humanos precisa melhorar constantemente os mecanismos para garantir sua eficácia, especialmente no que diz respeito à extraterritorialidade. Novas formas de proteção dos direitos humanos também devem ser estudadas, utilizando uma visão renovada do direito internacional público e do direito internacional privado.

Assim, esta edição especial denominada “Mecanismos Extraterritoriais, Cooperação Internacional e proteção de vítimas de violações de direitos humanos” (“Extraterritorial Mechanisms, International Cooperation, and protection of victims of human rights violations”) buscou contribuições que retratassem a pluralidade dos modos de proteção das vítimas de violações de direitos humanos na atualidade.

Por isso, houve uma bem-vinda pluralidade de temáticas abordadas na presente edição, mostrando, tal qual era o desejo inicial, um *arco de proteção* forjado tanto no uso da jurisdição extraterritorial quanto da jurisdição de tribunais internacionais. As contribuições que compõem este volume demonstram as diferentes e inesgotáveis maneiras como o olhar de proteção às vítimas de violações de direitos pode ser plural.

No artigo intitulado “Evolução da proteção das mulheres vítimas de violência sexual na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: incorporação da perspectiva de gênero”, **Ana Maria D’Ávila Lopes** expõe a relevância da incorporação da perspectiva de gênero nos julgamentos sobre violência sexual

da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), como forma de reverter esse tratamento discriminatório contra as mulheres, destacando que a violência de gênero contra a mulher deriva da estrutura social hierárquica em que os homens, protegidos por uma sociedade imbuída de valores machistas, tratam as mulheres como seres de segunda classe ou, às vezes, até mesmo como um simples objeto.

Já **Dilermando Aparecido Borges Martins e Melina Girardi Fachin**, em artigo intitulado “O controle de convencionalidade como perspectiva futura para a proteção de direitos da população LGBTQIA+ em nível global”, estabelecem relações entre o controle de convencionalidade e o avanço de direitos para a população LGBTQIA+, demonstrando, assim, a necessidade de adequação das condutas oficiais do Estado brasileiro às interpretações dadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Por sua vez, **Daniel Jacomelli Hudler e Marcelo Benacchio**, no artigo intitulado “Access to justice through business and human rights: the chilean experience on transnational mining”, propõem uma leitura das relações reais em uma economia de mercado global para entender a viabilidade do vínculo entre “empresas e direitos Humanos” como uma possível forma de acesso à justiça, abordando a experiência chilena como laboratório experimental para a América Latina.

Lutiana Valadares Fernandes Barbosa e Ana Luisa Zago de Moraes, em artigo intitulado “Model International Mobility: An Inter-American System of human rights reflection on the non-criminalization principle”, visam responder às perguntas se uma perspectiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi considerada até agora no processo de elaboração do “Modelo de Convenção Internacional sobre Mobilidade” (MIMC), e, se não, quais poderiam ser as possíveis contribuições de um ponto de vista do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para o MIMC.

Por fim, **Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian**, em artigo intitulado “Transterritoriality as a theory to hold corporations accountable for human rights violations: the application of its principles in vedanta and nevsun cases”, investiga, com base em estudos de casos, a transterritorialidade, que vem a ser a possibilidade de uma corporação transnacional ser responsabilizada em um Estado diferente daquele em que cujo território

rio sua atuação gerou impactos negativos aos direitos humanos.

Os artigos publicados nessa edição reafirmam ainda mais sua relevância e contribuição quando inseridos no debate acerca das diretrizes de direitos humanos para as empresas, especialmente transnacionais. Como será desenvolvido no trabalho apresentado pelos editores, há mais de 40 anos que se impulsiona, no âmbito das Nações Unidas, especificamente no atual Conselho de Direitos Humanos, a chamada “agenda internacional sobre empresas e direitos humanos”. A incorporação dessa temática pela Organização responde a uma demanda histórica que reuniu mais ativamente, no seu início, Estados do chamado Sul Global, assim como diversas organizações da sociedade civil que já apresentavam uma incidência internacional relevante e necessária, em espaços de decisão e de formulação de normas internacionais.

Como diversos autores precursores das análises referentes a esse momento histórico ressaltam, alguns dos aspectos mais relevantes que emergiram do debate que se instalou nas Nações Unidas sobre a possibilidade de se atribuir diretrizes de direitos humanos às empresas são: a possibilidade ou não de se atribuir normas vinculantes às empresas sobre a matéria; o reconhecimento de obrigações diretas às empresas sobre direitos humanos; a constituição de novos mecanismos de extraterritorialidade que possam garantir, tanto a prevenção, quanto a devida reparação aos atingidos e atingidas por violações de direitos humanos cometidas, especialmente por empresas transnacionais, e por último, mas não menos importante, o papel a ser atribuído a esse atingidos, ou vítimas em todo o processo referente à atuação das corporações, desde a decisão sobre a implementação do empreendimento, passando pelo monitoramento da sua atividade, até o acesso à justiça nacional e internacionalmente.

O reconhecimento da necessidade de melhores recursos para a identificação dessa população mais vulnerável a possíveis violações, e a importância da sua participação e representatividade pairam como desafios impostos aos paradigmas teóricos do Direito Internacional tradicional, assim como ao desenho institucional oferecido pelos espaços de produção normativa, como a própria Nações Unidas. Assim, mais recentemente, desde a elaboração das chamadas ‘Normas’, ou Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais

e Outros Negócios com Relação a Direitos Humanos, em 2003, e não recepcionados pelo então Comitê de Direitos Humanos, passando pela adoção por consenso dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, em 2011, seguida pelo movimento de promoção dos chamados Planos Nacionais de Ação ou *NAPS*, a fim de fomentar a adoção desses princípios pelos Estados, globalmente, a aprovação da Resolução 26/9 pelo Conselho de Direitos Humanos, em 2014 passa ser um marco dessa agenda, uma vez que efetivamente se coloca em pauta um instrumento internacional vinculante sobre empresas e direitos humanos, no espaço da ONU.

O processo de negociação desse tratado tem sido marcado por forte resistência internacional, especialmente advinda dos Estados detentores das matrizes de empresas transnacionais, somadas a outros atores representantes dos interesses corporativos, como a Associação Internacional de Empregadores e a Câmara Internacional de Comércio. Entretanto, o espaço de negociação, que concluiu a sua oitava rodada entre 24 e 28 de outubro do presente ano, também tem sido ocupado, expressivamente, por organizações da sociedade civil, atingidos e atingidas por violações de direitos humanos, movimentos sociais e centros acadêmicos. Tais atores, mediante diversas estratégias de incidência e *advocacy*, desde os Estados de origem até o Conselho de Direitos Humanos, somaram-se a alguns Estados do Sul Global e levaram pautas importantes que se somaram aos *Rascunhos* iniciais do futuro tratado, e que já se encontra na sua terceira versão, conjuntamente a um texto recém apresentado pela presidência do Equador, de sua própria autoria, e divulgado antes da última sessão.

Aspectos centrais como a incorporação de uma perspectiva de gênero à definição de vítima, assim como de população LGBTQIA+, temas que dialogam com os artigos de Ana Maria D’Ávila Lopes; Dilermando Aparecido Borges Martins e Melina Girardi Fachin, respectivamente, fortaleceram-se nas últimas duas sessões de negociação. Da mesma forma, o reconhecimento de setores da atividade empresarial sistematicamente marcados pela ocorrência de violações de direitos humanos, e que apresentariam maiores desafios com relação à prevenção, assim como à reparação, em razão da presença dominante de empresas transnacionais, tal como o extrativista, evidenciada pelo trabalho de Daniel Jacomelli Hudler e Marcelo Benacchio, é observado constantemente no processo de negociação do instrumento inter-

nacional. Inclusive, um debate importante diz respeito à devida diligência nesse setor, pois a pressuposição do enorme risco envolvido poderia alterar até a natureza da diligência que deveria, segundo algumas propostas, passar de uma obrigação de meio para uma obrigação de resultado.

Outra discussão compreende a proteção de população atingida e a necessidade de se garantir a não criminalização e o acesso à justiça à mesma, desde mecanismos de proteção física, mas também o suporte financeiro, a fim de se minorar o desequilíbrio entre as partes e a insegurança que afeta a vida de habitantes em alguns territórios, especialmente do Sul Global. Ou seja, o princípio da não criminalização, desenvolvido no artigo de Lutiana Valadares Fernandes Barbosa e Ana Luisa Zago de Moraes, com foco na Convenção Internacional sobre Mobilidade, também encontrou eco nas propostas de texto do tratado sobre empresas e direitos humanos. Por último, um aspecto fundamental e marcante do processo histórico de consolidação de toda a agenda internacional sobre empresas e direitos humanos é apresentado por Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian, quando aborda a “transterritorialidade” como uma teoria para responsabilizar corporações por violações de direitos humanos, trazendo à luz os importantes casos *vedanta* e *nevsum*.

No conjunto, as contribuições confirmam que a agenda dos direitos humanos voltados às atividades das empresas é tema incontornável no século XXI.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A jurisdição de necessidade e o tratado vinculante: a saga do acesso transnacional à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais

Jurisdiction of necessity and the binding treaty: the saga of transnational access to justice for victims of transnational corporations' activities

André de Carvalho Ramos

Manoela Carneiro Roland

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

A jurisdição de necessidade e o tratado vinculante: a saga do acesso transnacional à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais*

Jurisdiction of necessity and the binding treaty: the saga of transnational access to justice for victims of transnational corporations' activities

André de Carvalho Ramos**

Manoela Carneiro Roland***

Resumo

Este artigo tem como objetivo estabelecer as opções do acesso transnacional à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais, expondo o mecanismo de extensão extraterritorial da jurisdição nacional e seus limites, bem com a possível adoção de tratado sobre direitos humanos e empresas transnacionais. Por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e documental, concluiu-se que os mecanismos nacionais de jurisdição extraterritorial apresentam o risco de rechaço de ações consideradas com pouco ou nenhum vínculo com o foro e a negociação de um tratado que estabeleça tais mecanismos tem caminhado com obstáculos, não se vislumbrando o consenso necessário para que se adote um texto voltado à efetiva criação de mecanismos de proteção das vítimas.

Palavras-chave: direitos humanos; empresas transnacionais; jurisdição internacional; acesso à justiça; extraterritorialidade.

Abstract

This article aims to establish the options of transnational access to justice for victims of transnational corporations' activities, exposing the mechanism of extraterritorial extension of national jurisdiction and its limits, as well as the possible adoption of a treaty on human rights and transnational corporations. Through the deductive method and bibliographic and documentary research, it was concluded that the national extraterritorial jurisdiction mechanisms present the risk of rejection of actions considered to have little or no connection with the forum, and the negotiation of a treaty establishing such mechanisms has been hindered, without the necessary consensus to adopt a text aimed at the effective creation of protection mechanisms for victims.

* Recebido em 11/11/2022
Aprovado em 11/11/2022

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Professor Titular de Pós-Graduação Stricto Sensu e Coordenador de Mestrado da Unialfa. Doutor e Livre-Docente em direito internacional (USP). Procurador Regional da República. Primeiro Secretário de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral da República (2017-2019). Email: andredecarvalhoramos@gmail.com

*** Professora Associada nível III da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-Doutoranda em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenadora Geral do Homa-Centro de Direito Humanos e Empresas. Email: manoelaroland@gmail.com

Keywords: human rights; transnational corporations; international jurisdiction; access to justice; extraterritoriality.

1 Introdução

Na atualidade, a proteção de direitos humanos é realizada em ordens jurídicas plurais, referentes a normas nacionais, regionais e internacionais que interagem. Além desse crescimento multinível das normas protetivas de direitos humanos, há também um aumento qualitativo, com normas abrangendo novos temas (direitos digitais, novos direitos ambientais, entre outros) e incluindo novos atores, além do tradicional dever imposto ao Estado.

Quanto a este tópico, a eficácia horizontal dos direitos humanos é, atualmente, uma característica incontornável pela qual os direitos humanos vinculam os particulares em suas relações intersubjetivas. Por isso, as empresas transnacionais, em suas atividades em diversos Estados, devem respeitar integralmente os direitos humanos em todas as suas espécies (direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais).

Para fazer valer tais direitos, as vítimas contam com o acesso à justiça, que é o direito chave, o qual viabiliza a proteção dos demais direitos. Porém, em face da fragilidade do poder regulatório local e das deficiências do devido processo legal nacional, as vítimas procuram outra espécie de acesso à justiça, denominado neste artigo de “acesso transnacional à justiça”, o qual consiste no exercício do direito de ação em outras jurisdições nacionais distintas da jurisdição em cujo território deu-se a conduta lesiva ou ocorreu o dano.

Há duas formas pelas quais é possível concretizar o direito de acesso à justiça das vítimas de atividades de empresas transnacionais. O primeiro deles é o acesso transnacional à justiça de matriz nacional, que depende de leis nacionais referentes à extensão da jurisdição nacional, criando mecanismos extraterritoriais. O segundo é o acesso transnacional à justiça de matriz internacional, amparado em normas internacionais, como um tratado internacional.

No tocante a mecanismos extraterritoriais nacionais, o Direito Internacional, renovado pela ascensão da proteção de direitos humanos, autoriza a jurisdição nacio-

nal extraterritorial para reparar os danos causados às vítimas de violações de direitos ocorridas em território do outro Estado.

Tal proteção extraterritorial de direitos humanos de vítimas de ofensas a direitos humanos ocorridos no estrangeiro não é ofensa à soberania do outro Estado, mas sim uma consequência da centralidade dos direitos das vítimas no novo Direito Internacional.

Deve-se a Caçado Trindade o pioneirismo da insistência na formulação de um novo Direito Internacional, pautado no universalismo dos direitos humanos. Seria um novo *jus gentium* do século XXI ou Direito Internacional para a Humanidade. No novo *jus gentium* do século XXI, o ser humano emerge como sujeito de direitos e verdadeira centralidade de todo o ordenamento jurídico. Cria-se “um novo e verdadeiro direito universal da humanidade”.¹

Essa extensão extraterritorial, contudo, ainda depende da vontade política de cada Estado, o que a faz ser relativa e contextual, a depender de cada legislação nacional.

Por isso, discute-se, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a viabilização do acesso transnacional à justiça de matriz internacional, por intermédio especialmente da celebração de tratado internacional voltado ao tema das empresas transnacionais e direitos humanos.

O presente artigo visa responder à dúvida sobre a confiabilidade da jurisdição extraterritorial nacional protetora, especialmente após a determinação das decisões nacionais restritivas (*Caso Kiobel* e *Caso Daimler-Bens*), bem como o caminho para que se concretize um tratado internacional de empresas e direitos humanos em discussão no Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Como hipótese a ser testada, entende-se que o uso da jurisdição nacional extraterritorial protetora é inseguro, tendo sofrido desgaste em países desenvolvidos, exigindo reforço na aceleração da discussão do tratado sobre empresas e direitos humanos para incrementar a proteção das vítimas. Empregou-se o método hipotético-dedutivo com auxílio de pesquisa bibliográfica.

¹ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 19.

2 A jurisdição extraterritorial protetora e os Casos Kiobel e Daimler-Benz

2.1 Aspectos gerais: a ausência do devido processo legal e a jurisdição de necessidade

A jurisdição internacional extraterritorial de um Estado pode ser fixada por um Estado a fim de se proteger o direito de acesso à justiça e, subseqüentemente, os direitos das vítimas de violações de direitos ocorridos em outro Estado.

Mesmo no Brasil, que adotou a fórmula da fixação de hipóteses de jurisdição internacional (em especial no Código de Processo Civil e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), cabe a ampliação da jurisdição internacional brasileira para que se evite a denegação de justiça que ocorreria caso se prove que (i) nenhum outro Estado conheceria da ação ou (ii) caso se demonstre que o Estado estrangeiro que teria, inicialmente, jurisdição *não* oferece o indispensável devido processo legal.

Na primeira hipótese, trata-se de situação de “conflito negativo de jurisdição”, que ofende o direito de acesso à justiça previsto em tratados internacionais de direitos humanos e na CF/88 (art. 5º, XXXV). Na segunda hipótese, o Estado estrangeiro não oferece, para o caso concreto, o devido processo legal nos seus aspectos processuais e materiais.

Essas hipóteses compõem a chamada “*jurisdição de necessidade*” (*forum necessitatis*), que se destaca das demais hipóteses de fixação de jurisdição por estar focada na necessidade das vítimas (autores das ações) e não propriamente do Estado do foro. Para Fernández Arroyo, o juiz pode assumir, excepcionalmente, a jurisdição sobre determinado litígio transnacional na medida em que for necessário para não deixar os envolvidos sem a possibilidade de satisfazer suas justas pretensões².

No plano interamericano, a Convenção Interamericana sobre competência na esfera internacional para a eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras (La

Paz, 1984³) estabelece, em seu art. 2º, que se considera adequado o exercício de jurisdição quando o órgão jurisdicional que proferiu a sentença tenha assumido jurisdição para evitar *denegação de justiça* por não existir *órgão jurisdicional competente*.

A ausência do devido processo legal no foro estrangeiro pode ocorrer por razões subjetivas (em relação especificamente aos envolvidos naquele litígio transnacional) ou mesmo objetivas (pela inexistência do devido processo legal para qualquer caso, tal qual previsto nos tratados internacionais e na jurisprudência internacional de direitos humanos).

O devido processo legal é decomposto, usualmente, em dois aspectos: (i) o aspecto procedimental (*procedural due process*), que abarca as garantias de acesso à justiça, juiz natural, ampla defesa e contraditório, entre outros e (ii) o aspecto substancial, que analisa o direito aplicado ao litígio transnacional, considerando-se os princípios de justiça, com razoabilidade (*reasonableness*), e de racionalidade (*rationality*). Assim, a jurisdição de necessidade pode ser invocada tanto pela violação de aspectos procedimentais ou mesmo em virtude da violação de princípios de justiça na interpretação dada às normas pela jurisdição estrangeira⁴.

2.2 Os Casos Kiobel e Daimler

A jurisdição de um Estado pode conhecer causas de violação de direitos humanos sem outro vínculo com o foro. O maior exemplo dessa extensão de jurisdição em casos de vítimas de violações de direitos foi o *Alien Tort Statute* dos Estados Unidos, que permitiu a autores estrangeiros propor ações de reparação civil por violações ao Direito Internacional (costume ou tratado celebrado pelos Estados Unidos), ocorridas *fora* do território norte-americano. Após casos bem-sucedidos de processos nos Estados Unidos, promovidos por vítimas de tortura⁵, a Suprema Corte americana restringiu o alcance da jurisdição norte-americana em outros casos envolvendo empresas *multinacionais*, nos quais o Poder Judiciário do

² FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (org.). *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía Ed, 2003. p. 164

³ Adotada na 3ª Conferência Interamericana de Direito internacional privado (CIDIP-III), em 24 de maio de 1984, na cidade de La Paz. Ainda não ratificada pelo Brasil.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

⁵ O caso *Filártiga vs. Peña-Irala* é o mais conhecido. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in context*, Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 779-788.

local dos fatos era incapaz de fornecer adequada reparação, levando os autores a processar as empresas nos Estados Unidos.

O caso *Kiobel é prova dessa tendência restritiva. Tratou-se de ação* na qual a empresa Shell foi processada nos Estados Unidos por vítimas nigerianas de graves violações de direitos humanos (estupros, assassinatos, destruição de propriedade etc.) cometidas por tropas e policiais do governo da Nigéria, tendo sido alegado que a empresa havia fornecido substancial apoio aos ataques realizados após protestos pelos danos ambientais causados pela extração de petróleo na região de Ogoni. Para a Suprema Corte dos Estados Unidos, não havia presunção de extraterritorialidade na fixação da jurisdição cível por violação do Direito Internacional, não cabendo à Justiça norte-americana apreciar fatos ocorridos em outro Estado soberano. De acordo com a decisão “[...] Finally, there is no indication that the ATS [Alien Tort Statute] was passed to make the United States a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms”.⁶

O caso *Daimler AG vs. Bauman et al. trata de ação interposta nos* Estados Unidos pelo envolvimento de uma subsidiária argentina do grupo econômico *Daimler AG* com fatos graves ocorridos durante o regime ditatorial na Argentina (repasse de informações e identificação de supostos “empregados subversivos”, resultando em desaparecimentos forçados e mortes). A Suprema Corte norte-americana entendeu que não era possível estender a jurisdição norte-americana para abranger fatos ocorridos fora do território e realizados por pessoa jurídica (a subsidiária argentina) com vínculos distantes com os Estados Unidos. Contudo, durante o processo, os autores esforçaram-se em demonstrar que nem a jurisdição argentina nem a jurisdição alemã (sede principal da *Daimler AG*)⁷ teriam condições de prestar justiça no caso concreto, bem como buscaram provar a existência de vínculos do grupo com os Estados Unidos (importan-

te mercado desses automóveis), além da inexistência de prejuízo à defesa.

A recusa em se reconhecer a jurisdição em determinados casos de atividades realizadas fora do território não gera impactos simétricos em todos os Estados: na Era da Globalização, há dúvidas sobre a efetividade do acesso à justiça em Estados dependentes, por exemplo, de atividades econômicas realizadas por empresas multinacionais poluidoras. A flexibilidade na determinação da jurisdição, por outro lado, pode levar também ao cenário de insegurança, com busca de uma jurisdição de conveniência complacente para que se obtenha uma sentença para, posteriormente, gerar a sua execução em outro Estado.

Atualmente, o fluxo transfronteiriço aumenta, assim como a assimetria entre Estados, agentes econômicos e ainda os diversos grupos sociais vulneráveis. Logo, a fixação da jurisdição internacional deve considerar os diversos valores envolvidos: (i) acesso à justiça, (ii) devido processo legal, com respeito à ampla defesa e (iii) justiça material no caso concreto.

Esses valores são oriundos da proteção internacional de direitos humanos e exigiriam, em nome da universalidade de tais direitos, a adoção de medidas de fixação de jurisdição do Estado. Para evitar esses avanços e recuos da jurisdição extraterritorial de um Estado, cabe investigação sobre o caminho e as perspectivas da edição de um tratado que abarcaria a relação entre as empresas transnacionais e os direitos das vítimas de suas condutas.

3 O tratado internacional sobre empresas transnacionais e direitos humanos das Nações Unidas

O grande marco de incorporação da chamada agenda internacional sobre empresas e direitos humanos das Nações Unidas foi, inegavelmente, o discurso do então presidente do Chile, Salvador Allende, na Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1972. Nesse momento Allende⁸ denuncia os ataques que empresas transnacionais perpetraram contra seu governo e a democracia chilena:

⁶ Suprema Corte dos Estados Unidos, *Kiobel et al., vs. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case 10-1491 (julgamento de 17 de abril de 2013). Ver os votos e a posição da Suprema Corte em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1491>. Acesso em: 10 Aug. 2022.

⁷ MULLENIX, Linda S. Due process, general personal jurisdiction, and F-Cubed litigation: the extraterritorial reach of American State Courts over foreign nation corporations for alleged human rights violations., *Public Law Research Paper*, n. 525, *University of Texas School of Law*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2335510>. Acesso em: 10 Aug. 2022.

⁸ SALVADOR Allende: Naciones Unidas. Disponível em: <http://www.abacq.net/imagineria/cronolo4.htm>. Acesso em: 01 nov. 2022.

no sólo sufrimos el bloqueo financiero, también somos víctimas de una clara agresión. Dos empresas que integran el núcleo central de las grandes compañías transnacionales, que clavaron sus garras en mi país, la International Telegraph and Telephone Company y la Kennecott Copper Corporation, se propusieron manejar nuestra vida política. La IIT, gigantesca corporación cuyo capital es superior al presupuesto nacional de varios países latinoamericanos juntos, y superior inclusive al de algunos países industrializados, inició, desde el momento mismo en que se conoció el triunfo popular en la elección de septiembre de 1970, una siniestra acción para impedir que yo ocupara la primera magistratura. Entre septiembre y noviembre del año mencionado, se desarrollaron en Chile acciones terroristas planeadas fuera de nuestras fronteras, en colusión con grupos fascistas internos, las que culminaron con el asesinato del comandante en jefe del Ejército, general René Schneider, hombre justo, gran soldado, símbolo del constitucionalismo de las Fuerzas Armadas de Chile

Além de colocar em evidência este novo “ente político” presente no sistema internacional, e sua capacidade de defender seus interesses de forma pouco transparente e, até hoje, estabelecido dentro de um marco de grande impunidade⁹, Allende nos ajuda a entender o poder deste novo ator, e até defini-lo, reforçando o fato de que as empresas transnacionais, já na década de 70, possuíam um capital superior ao da maioria dos Estados aonde desempenham suas atividades¹⁰, apresentando-se, portanto, como agentes influenciadores, não só das chamadas regras de “mercado”, mas, especialmente das decisões políticas que garantiriam a segurança de tais regras. Política e economia não podem ser analisados como fenômenos em separado.

⁹ O contexto de consolidação do poder das empresas transnacionais estaria associado a conceitos como da primazia da *lex Mercatoria* sobre os direitos humanos, relacionada à “captura corporativa”, o que explicita a ingerência das empresas em diversas esferas do Estado, e outras espaços de deliberação internacionais, viabilizando, inclusive, uma maior impunidade quando das violações a esses direitos. Juan Hernández Zubizarreta e Pedro Ramiro, membros do Observatório de Multinacionales en America Latina (OMAL), desenvolveram vários estudos sobre esse fenômeno. ZUBIZARRETA, J. H. *El tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales*. Una análisis desde la sociología jurídica. Madrid: Paz con Dignidad y OMAL, 2017. ZUBIZARRETA, J. H.; RAMIRO, P. *Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations*. Madrid: OMAL, 2016.

¹⁰ Atualmente, estima-se que 69 das 100 principais economias do mundo são empresas e só 31 são países GALINDO, Cristina. *Quando as empresas são mais poderosas que os países*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html. Acesso em: 01 nov. 2022.

A morte de Salvador Allende, em 1973, e o golpe de Estado no Chile pressionaram as Nações Unidas a darem uma resposta à altura dos desafios apresentados pelo ex-presidente. Não é possível afirmar que tal cenário não se formasse sem esse final trágico, mas, considerando-se o perfil da organização e a dinâmica de “avanços” e “recuos” dessa agenda, não seria conspiratório suspeitar que a ONU não fosse um espaço propício a regulamentar o espectro de atuação das transnacionais, contribuindo para coibir as possíveis violações de Direitos Humanos perpetradas por estas. Como afirma Daniel Maurício Aragão, sobre as Nações Unidas (2010:176), a Organização tende a chancelar processos não participativos, em razão de sua dependência e consequente referendo às demandas do capital transnacional¹¹.

Portanto, em uma breve síntese, correndo o risco da simplificação, desde 1972, após o discurso de Salvador Allende, a ONU incorpora essa agenda, dando início aos debates para a criação da Comissão sobre Empresas Transnacionais, submetida ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e, a partir desse momento, contrapõem-se duas perspectivas: uma que vê a necessidade de se regularem internacionalmente, de maneira “vinculante”, as empresas transnacionais e de se criarem mecanismos de responsabilização desses atores por violações a Direitos Humanos; e outra que se alinha com a vertente da Responsabilidade Social Corporativa, baseada em pactos de adesão voluntária, geradoras de marketing positivo para as empresas e comparável à finalidades filantrópicas. Em última instância, a ONU resistiria a uma normatização, via responsabilização das empresas que fosse mais eficaz, respondendo mediante normas mais brandas e voluntárias, ao passo que, principalmente em razão da pressão da sociedade civil global, brechas são forçadas e instrumentos vinculantes são considerados.

É sempre oportuno recorrer à célebre esquematização realizada por Surya Deva¹², o qual resume o avanço

¹¹ ARAGÃO, D. M. *Responsabilidade como legitimação*: capital transnacional e governança global na organização das Nações Unidas. 2010. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=17468@1. p. 176.

¹² DEVA, S. *Corporate human rights violations: A case for extraterritorial regulation*. Handbook of the Philosophical Foundation of Business Ethics. New York, 2012 e DEVA, S. *Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles*. In: BILCHITZ, D., DEVA, S. *Human rights obligations of business*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

dessa agenda internacional em três etapas principais. A primeira fase, como já mencionado, inicia-se em 1972 (discurso de Salvador Allende) com os primeiros passos para a criação da Comissão sobre Empresas Transnacionais, (Comissão sobre Investimento Internacional e Empresas Transnacionais) submetida ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e até 1990, com a apresentação do draft do Código de Conduta para Empresas Transnacionais.

A segunda fase instaura-se em 1997-1998 com o estabelecimento de um grupo de trabalho na Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, subordinada ao Conselho de Direitos Humanos da ONU (anteriormente chamada de Comissão de Direitos Humanos), para analisar os métodos de trabalho e atividades das empresas transnacionais e apresentar um documento normativo ao final do trabalho. Em meados de 2003, o grupo de trabalho, ligado à Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, apresentou o *draft* das Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outros Negócios com Relação a Direitos Humanos, conhecidas como “Normas”¹³, que não obteve aceitação por parte do Conselho de Direitos Humanos. Em concorrência ao trabalho deste grupo, o então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, no ano 1999, lançou o Pacto Global (*Global Compact*).

A terceira fase se iniciou em 2005, com a nomeação do professor de Harvard, John Ruggie, que já havia participado do processo de formulação do Pacto Global, como Representante Especial do Secretário Geral para a temática Direitos Humanos e Empresas Transnacionais. Seu mandato foi prorrogado até 2011, quando este apresentou ao Conselho de Direitos Humanos da ONU os Princípios Orientadores em Direitos Humanos e Empresas, os *guiding principles*¹⁴.

¹³ As Normas já se preocuparam com a definição de Empresas Transnacionais, e trouxeram para o debate a concepção de “natureza transnacional da atividade” para a definição de Empresas transnacionais, e que é defendida por *experts* como Olivier De Schutter e pela própria Campanha Global. SCHUTTER, Olivier de. *The Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights: a comment*. 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/OralInterventions/OlivierDeSchutterSubject3.pdf>. WEISSBRODT, D.; KRUGER, M. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other business Enterprises with Regard to Human Rights. *American Journal of International Law*, v. 97, p. 9, 2003.

¹⁴ Pode-se ter acesso aos Princípios em: <https://www.ohchr.org/>

Entretanto, já em setembro de 2013, o consenso relativo aos Princípios Orientadores se mostrava frágil. Durante a 24ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, vários países reuniram-se para a elaboração de uma declaração. Esta foi feita em nome de um grupo de países africanos, e de um grupo de países árabes, do Paquistão, Sri Lanka, Quirguistão, Cuba, Nicarágua, Bolívia, Venezuela, Peru e Equador.

Tais Estados deixaram claro que, sem buscar um marco juridicamente vinculante, o endosso dado aos Princípios Orientadores pelos Estados em 2011, no Conselho de Direitos Humanos, seria, apenas, um primeiro passo, sem maiores consequências, e que mecanismos de *soft law*, como os Princípios de Ruggie, não eram suficientes para garantir a reparação e a devida proteção às vítimas de violações de direitos humanos por empresas, principalmente transnacionais, não sendo suficiente também para preencher o *gap* jurídico existente para responsabilização de empresas extraterritorialmente. Essa declaração foi reforçada por mais de 140 organizações da sociedade civil, que também emitiram uma declaração conjunta reclamando um instrumento vinculante que tratasse das violações de Direitos Humanos cometidas por empresas. Sem dúvida alguma, esse movimento ajudou a impulsionar a decisão do Equador e África do Sul de apresentarem a Resolução 26/9¹⁵.

Apesar de não abordado pelo professor Deva nesse texto, pode-se afirmar que vivemos uma “quarta fase”, após a aprovação dessa Resolução no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 2014, que deu início à negociação do tratado internacional sobre empresas transnacionais e direitos humanos, criando o Grupo Intergovernamental de Composição Aberta sobre Empresas Transnacionais e outros Negócios e Direitos Humanos.

É fundamental retomar o mandato atribuído ao Grupo de Trabalho Intergovernamental pela Resolução 26/9, principalmente no que diz respeito às suas disposições sobre a legitimidade do próprio Grupo e seu tempo de duração, assim como ao objeto a ser discuti-

Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

¹⁵ Resolução A/HRC/RES/26/9: Elaboração de um Instrumento Internacional Juridicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionais e Outros Negócios com relação aos Direitos Humanos, adotada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 26 de junho de 2014. Disponível em: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>. Acesso em: 2 nov. 2022. 20:40.

do, reconhecido como o “alcance” do futuro tratado internacional. Esses dois aspectos foram utilizados como argumentos em tentativas de se bloquear o andamento da negociação do instrumento internacional por alguns países, especialmente aqueles que sediam as matrizes das empresas transnacionais, como Estados Unidos e União Europeia, além de outros representantes diretos dos interesses corporativos, tal qual a Associação Internacional de Empregadores.

A Resolução 26/9 foi aprovada com 20 votos a favor, 14 contra e 13 abstenções. E, em relação ao item 3, que dispõe sobre sequência de sessões tem-se a seguinte redação:

3. Decide además que el Presidente-Relator del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta prepare los elementos para un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante a fin de emprender las negociaciones sustantivas sobre el tema al comienzo del tercer período de sesiones del grupo de trabajo, teniendo en cuenta las deliberaciones de sus dos primeros períodos de sesiones;

O texto aponta para a necessidade do Equador, enquanto presidente do Grupo de Trabalho, ao final da terceira sessão, apresentar um texto com caráter mais genérico, que dispusesse sobre os elementos fundamentais que pudessem servir como guia às futuras etapas de negociação. Isso deveria ocorrer após três anos de discussões e Consultas Regionais. Ocorre que os Estados Unidos, ao final da terceira sessão, sem ter atuado, efetivamente, nos debates conduzidos até ali, defendeu, com base no texto acima, o fim do mandato do Grupo de Trabalho, devendo-se, então, segundo ele, aprovar uma nova Resolução para que as negociações pudessem prosseguir.

Observa-se, claramente, que tal interpretação não se depreende da redação expressa na Resolução, configurando uma das principais tentativas de boicote ao processo do Tratado. O Equador, mesmo tendo cumprido com o previsto e apresentado o texto do “Elementos”¹⁶, recorreu à Secretaria do Conselho de Direitos Humanos, o que tomou toda uma tarde durante a semana de negociação, em 2017, para obter um posicionamento

¹⁶ Para os fins deste trabalho o documento dos Elementos, *Elements*, ou OEIGWG Draft “Elements for a Legally Binding Instrument on Transnational corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights” será chamado de “Elementos” e pode ser encontrado em: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

sobre a validade do seu mandato a partir daquele momento. A Secretaria do Conselho, por sua vez, deliberou, e deixou claro que o termo, presente na denominação do Grupo de Trabalho Intergovernamental, de “Composição Aberta”, significava justamente que o mandato do Grupo somente chegaria ao fim, após concluídas as negociações, e aprovado o texto definitivo do Tratado.

Outra questão relevante e que consta, também, no texto da Resolução diz respeito ao objeto a ser negociado, ou seja, o chamado “alcance” do futuro tratado internacional. Ele atesta, claramente, que visa à “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”. E, em nota de rodapé, esclarece que “el término “otras empresas” se refiere a todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”.

É evidente, portanto, que está em jogo a elaboração de um instrumento internacional juridicamente vinculante que regule as chamadas “empresas de caráter transnacional” com relação aos Direitos Humanos, e não todas as empresas. Entretanto, a União Europeia tentou bloquear, por várias ocasiões, nas primeiras sessões, a continuidade das deliberações, alegando que, ou se mudava o alcance do tratado para “todas as empresas”, ou não se poderia começar a negociar o texto efetivamente.

Tamanha foi a pressão estabelecida que, no ano de 2019, o Rascunho 1, ou *Draft 1*, apresentado pela presidência do Equador, alterou o alcance do tratado, incluindo, não apenas empresas transnacionais, mas todas as empresas, o que configura um flagrante descumprimento ao mandato da Resolução. E por que a ampliação do objeto do instrumento internacional pode configurar um enfraquecimento do mesmo? Carlos M. Correa, à época Consultor Especial sobre Comércio e Propriedade Intelectual do South Centre, em seu artigo publicado em setembro de 2016, intitulado “Scope of the Proposed International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights”¹⁷, já havia aler-

¹⁷ CORREA, Carlos M. Scope of the Proposed International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights. Disponível em: <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/09/>

tado para efeitos negativos da ampliação do alcance do tratado que poderia custar um maior tempo de negociação, comprometendo até a aprovação deste. Por outro lado, haveria o risco da produção de um texto mais genérico, o que, também, poderia levar a um menor aprofundamento na definição de aspectos centrais com relação à lógica de atuação transnacional das corporações, a qual carece de maior estudo e regulamentação.

Após a apresentação do Rascunho 1, em 2019, e da ampliação do alcance do tratado para “todas as empresas”, verificou-se uma crescente tendência do estabelecimento de uma lógica chamada de “estatocêntrica”, ou seja, um detalhamento mais débil dos recursos, ou mecanismos extraterritoriais, somado a não atribuição de obrigações às empresas transnacionais, e maior dependência na capacidade dos Estados de regular estas. Uma certa “nacionalização” do Tratado Internacional, inclusive mediante a retirada, também, no Rascunho 1, da expressão “cadeia de valor” da definição das atividades corporativas que se estabelecem além das fronteiras nacionais. Essas mudanças são consideradas, até hoje, uma perda expressiva no processo de negociação que segue em desacordo com as demandas históricas dos movimentos sociais e demais organizações da sociedade civil, somadas a de diversos Estados, inspirados no discurso do então presidente Salvador Allende.

A aprovação da Resolução 26/9 foi considerada uma grande vitória para grande parte da sociedade civil global e certos Estados que, desde a década de 70, pleitearam normas vinculantes, e que, principalmente, a partir de 2011, após a publicação dos Princípios Orientadores, pudessem romper com a lógica “pró-empresas” representada por estes, assim como suprir as lacunas deixadas por eles, e que seriam essenciais para uma efetiva responsabilização de empresas no caso de violações de Direitos Humanos, como a previsão de obrigações diretas para as empresas e o aperfeiçoamento dos mecanismos de extraterritorialidade. Mas, acima de tudo, pleiteia-se, atualmente, uma grande mudança paradigmática representada pelo desafio de se colocarem os Direitos Humanos acima de tratados de investimento e outros acordos comerciais; o combate à captura corporativa, e a atribuição do devido protagonismo, ou centralidade aos atingidos e atingidas, como princípio orientador

da prevenção às violações, assim como informador do processo de busca por reparação.

Outro fato a ser considerado, e que influenciou a constituição de agenda internacional sobre empresas e direitos humanos, foi a constituição do Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos, em 2012, estimulando os Estados a elaborarem Planos de Ação Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos (NAPS), que tivessem como principal inspiração os Princípios Orientadores, ou *guiding principles*. Vê-se como algo importantíssimo o aprimoramento de legislações nacionais que possam tornar mais eficazes os mecanismos de responsabilização de empresas por violações de Direitos Humanos. Entretanto, os Planos de Ação Nacionais, tanto os europeus quanto os latino-americanos, analisados até agora pelo HOMA¹⁸, não respondem à altura desse desafio.

Ao reproduzirem a sistemática dos *guiding principles*, os NAPS mantêm suas lacunas, o que não contribui para o aprimoramento daqueles mecanismos. As principais falhas encontradas, além do seu voluntarismo, foram encontradas tanto nos europeus quanto latino-americanos, e seriam: (i) dificuldades de manejar a dinâmica metodológica de encontros entre os diferentes atores, como Estado, empresas e sociedade civil; (ii) déficit democrático, ou seja, pouca participação de vítimas de violações, além de pouca transparência sobre os processos de consultas; (iii) fraca previsão normativa em matéria de Direitos Humanos; (iv) linguagem vaga e imprecisa; expressiva valorização apenas dos princípios da OCDE; (v) não são mencionadas medidas concretas de responsabilização, na maioria dos casos, e (vi) inexistência de um prazo claro para efetivação das existentes,

PB28_Scope-of-the-Proposed-International-Legally-Binding-Instrument-on-Transnational-Corporations-and-Human-Rights_EN.pdf. Acesso em: 2 nov. 2022.

¹⁸ Pode-se ter acesso a dois estudos sobre Planos de Ação Nacionais no *website* do Homa, um europeu, e outro latino-americano: <http://homacde.com/index.php/pt/documentos/>. O diagnóstico de descumprimento de normas voluntárias pelos Estados já é bastante conhecido. O governo alemão, por exemplo, em *surveys* realizados em 2019 e 2020, identificou que apenas entre 13% e 17% das empresas alemãs, com mais de 500 empregados, cumpriam o disposto no Plano Nacional de Ação alemão no que concerne às práticas de devida diligência. NATIONAL Action Plans on Business and Human Rights in Latin America. Analysis of Colombia, Mexico and Chile. *Cadernos de Pesquisa Homa*, v. 1, n. 4, 2018. Disponível em: <http://homacde.com/wp-content/uploads/2018/10/Caderno-de-Pesquisa-Homa-Planos-Nacionais-de-A%C3%A7%C3%A3o-EN.pdf>. GRABOSCH, R. *La loi allemande sur le devoir de vigilance*. L'Allemagne pose de nouveaux jalons pour la protection des droits humains. 2022. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/iez/18892.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

além de ausência de previsão de mecanismos de extraterritorialidade, na maior parte dos Planos.

Assim, em resposta à falta de mecanismos de extraterritorialidade efetivos, presentes na maior parte das normas vigentes, atualmente, com relação ao tema de empresas e direitos humanos, destacam-se três previsões específicas, ainda em disputa, no processo de negociação do tratado internacional sobre empresas e direitos humanos. O tratado internacional concluiu sua oitava rodada de negociação, no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Genebra, em 28 de outubro deste ano. Os debates versaram sobre o texto do Rascunho 3, apresentado em 2021 pelo Equador, já com a sua sistematização constando os posicionamentos dos Estados durante a sétima sessão¹⁹, além de um texto divulgado em início de outubro pelo Equador, de própria autoria da presidência²⁰.

A apresentação desse último documento foi alvo de muitas críticas, tendo inclusive tomado quase todo o primeiro dia da semana de negociação, em outubro. A justificativa da presidência foi o esforço para tentar sanar os pontos de maior dissenso, além de contribuir para uma “linguagem mais clara e consensual”. Entretanto, verificou-se, na prática, uma grande confusão metodológica, apontada por diversos Estados, pois com o novo texto apresentado pelo Equador, há dois textos para as etapas futuras. Além disso, houve recuo em diversos dispositivos no novo texto apresentado, no tocante a pontos considerados mais ambiciosos, alcançados durante a sétima sessão.

Três previsões do novo documento apresentado pelo Equador foram objeto de muitos debates com relação ao Rascunho 3, dentre as quais a disposição sobre a proibição da alegação do *forum non conveniens*, que, em um cenário de acesso à justiça, extraterritorialmente, se mostra um avanço importante, vide o Caso Chevron/Texaco. O novo texto da Presidência retira a proibição dessa cláusula, assim como a demanda para que as legislações nacionais se adaptem à previsão de responsabilidade criminal das pessoas naturais e jurídicas.

¹⁹ Disponível em: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F49%2F65%2Fadd.1&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Acesso em: 01 nov. 2022

²⁰ Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session8/2022-10-06/igwg-8th-suggested-chair-proposals.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2022.

Um ponto negativo, presente no Rascunho 3, é a possibilidade de não homologação de sentenças estrangeiras sob o argumento de que estariam em contraposição à *ordre public*, como se verifica da redação do art. 12.11. Essa orientação foi substituída por uma determinação genérica, mas que permeia todo o texto da proposta da presidência, tanto a respeito do reconhecimento da responsabilidade, seu alcance, quanto ao acesso à jurisdição, determinando que todas as disposições do futuro instrumento internacional devam ser submetidas às disposições legais e administrativas domésticas. Ou seja, o ordenamento jurídico nacional prevalece, a despeito do papel das normas internacionais, especialmente de direitos humanos, exercerem a função de estimularem avanços positivos para o direito doméstico.

Como se observa, o terreno da extraterritorialidade que seria o coração da eficácia de um tratado internacional com a finalidade de responsabilizar empresas transnacionais por violações de direitos humanos continua sendo um dos pontos mais controversos e de maior disputa no processo de negociação.

3 Considerações finais

A existência de barreiras ao acesso à justiça das vítimas de violações de direitos humanos, cometidas pela conduta de empresas transnacionais, e o uso de mecanismos extraterritoriais é tema em disputa. A prevalência das opções nacionais de adoção (ou não) de mecanismos de jurisdição extraterritorial gera o risco de eventual rechaço de ações consideradas com pouco ou nenhum vínculo com o foro, deixando de se considerar o dever dos Estados em promover o universalismo dos direitos humanos.

Por outro lado, a negociação de um tratado que estabeleça tais mecanismos tem caminhado com obstáculos, não se vislumbrando o consenso necessário para que se adote um texto voltado à efetiva criação de mecanismos de proteção das vítimas.

A situação analisada neste artigo revela um bloqueio de opções às vítimas, em casos de danos graves cometidos por empresas transnacionais em jurisdições com poder regulatório frágil ou com ofensas ao devido processo legal (procedimental ou substancial).

Referências

- ALLENDE, S. *Salvador Allende*: Naciones Unidas, 1972. <http://www.abacq.net/imagineria/cronolo4.htm>.
- ARAGÃO, D. M. *Responsabilidade como legitimação*: capital transnacional e governança global na organização das Nações Unidas. 2010. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=17468@1.
- DEVA, S. *Corporate human rights violations*: A case for extraterritorial regulation. Handbook of the Philosophical Foundation of Business Ethics. New York, 2012.
- DEVA, S. Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles. In BILCHITZ, D, DEVA, S. *Human rights obligations of business*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (org.). *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía Ed, 2003.
- GALINDO, Cristina. *Quando as empresas são mais poderosas que os países*. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html. Último acesso em 01/11/2022.
- GRABOSCH, R. *La loi allemande sur le devoir de vigilance*. L'Allemagne pose de nouveaux jalons pour la protection des droits humains. 2022. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/iez/18892.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022. 10:45.
- MULLENIX, Linda S. Due process, general personal jurisdiction, and F-Cubed litigation: the extraterritorial reach of American State Courts over foreign nation corporations for alleged human rights violations., *Public Law Research Paper*, n. 525, *University of Texas School of Law*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2335510>. Acesso em: 10 Aug. 2022.
- NATIONAL Action Plans on Business and Human Rights in Latin America. Analysis of Colombia, Mexico and Chile. *Cadernos de Pesquisa Homa*, v. 1, n. 4, 2018. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/10/Caderno-de-Pesquisa-Homa-Planos-Nacionais-de-A%C3%A7%C3%A3o-EN.pdf>
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- SCHUTTER, Olivier de. *The Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*: a comment. 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/OralInterventions/OlivierDeSchutterSubject3.pdf>.
- STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in context*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- WEISSBRODT, D.; KRUGER, M. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other business Enterprises with Regard to Human Rights. *American Journal of International Law*, v. 97, 2003.
- ZUBIZARRETA, J. H; RAMIRO, P. *Against the Lex Mercatoria*: proposals and alternatives for controlling transnational corporations. Madrid: OMAL, 2016.
- ZUBIZARRETA, J. H. *El tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales*. Una análisis desde la sociología jurídica. Madrid: Paz con Dignidad y OMAL, 2017.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Transterritoriality as a theory to hold corporations accountable for human rights violations: the application of its principles in vedanta and nevsun cases

A transterritorialidade como teoria para responsabilizar corporações por violações de direitos humanos: a aplicação de seus princípios nos casos Vedanta e Nevsun

Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Transterritoriality as a theory to hold corporations accountable for human rights violations: the application of its principles in vedanta and nevsun cases*

A transterritorialidade como teoria para responsabilizar corporações por violações de direitos humanos: a aplicação de seus princípios nos casos Vedanta e Nevsun

Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian**

Abstract

This paper examines the basis for transterritoriality as a theory to hold corporations accountable for human rights violations and attempts to its application in two Business and Human Rights leading decisions: *Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc v. Lungowe and Ors.* [2019] UKSC 20 and *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5. By the analysis of both judgements, issued by two Supreme Courts under the common law regime, the present work aims to prove that, in order to hold corporations accountable for human rights violations, national judges can apply private international law, public international law and international human rights law in an heterarchical and transversal manner to ensure a genuine dialogue between national jurisdictions and international courts under the application of the main principles and rules of international law. Qualitative and deductive methods used were based on interdisciplinary research and primary and secondary business and human rights sources were consulted to develop the proposed theory and case analysis.

Keywords: business and human rights; international law; remedies; transterritoriality; access to justice.

Resumo

Este artigo examina os fundamentos da transterritorialidade como uma teoria para responsabilizar as empresas por violações de direitos humanos e tenta aplicá-la em duas decisões importantes sobre empresas e direitos humanos: *Vedanta Resources Plc e Konkola Copper Mines Plc v. Lungowe e Ors.* [2019] UKSC 20 e *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5. Pela análise de ambos os julgamentos, proferidos por duas Supremas Cortes sob o regime da common law, o presente trabalho visa provar que, para responsabilizar as empresas para violações de direitos humanos, os juízes nacionais podem aplicar o direito internacional privado, o direito internacional público e o direito internacional dos direitos humanos de forma heterárquica e

* Recebido em 29/03/2022
Aprovado em 01/08/2022

** PhD and Master in International Law from the Pontifical Catholic University of São Paulo. Professor of Private International Law and Assistant Coordinator of the Faculty of Law at Mackenzie Presbyterian University. Member of the International Law Association - Brazilian Branch (ILA-Brazil) and Advisor to the Latin American Academy on Human Rights and Business, branch of the Global Business and Human Rights Scholars Association. Coordinator of “Mack DH&E: Business and Human Rights” Study Group at Mackenzie Presbyterian University. Lawyer, owner of RCA Ensino, Consultoria e Treinamento LTDA.
E-mail: anaclaudiaruy@gmail.com.

transversal para garantir um diálogo genuíno entre as jurisdições nacionais e os tribunais internacionais sob a aplicação dos principais princípios e regras do direito internacional. Os métodos qualitativos e dedutivos utilizados foram baseados em pesquisa interdisciplinar e fontes primárias e secundárias de empresas e direitos humanos foram consultadas para desenvolver a teoria proposta e análise de caso.

Palavras-chave: Comércio e Direitos Humanos, Direito Internacional, remédios, transterritorialidade, acesso à justiça

1 Introduction

This research is situated in a scenario of grave offenses to human rights and to the environment practiced by corporations, especially in less developed States of the globe, or that belongs to the “Global South” – which until the present date count with the exploitation of “northern” States and with the silencing of their legal and political narratives. In front of the complicity of States to the corporate activity and of the structure of International Law -which still considers them as the main subjects of its discipline, this paper aims to study the best means to hold companies accountable for human rights violations.

Even with the efforts of the post-modern international society (considered from the second half of the twentieth century on) in creating domestic and international rules regarding Business and Human Rights (BHR) and the consequent accountability of companies for human rights violations, such as the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) in its third pillar (2011), the works of the Open-ended Intergovernmental Working Group for the creation of a treaty on Business and Human Rights and the National Action Plans of several States to address the human rights protection by corporations, human rights abuses committed by those actors are still a reality, and its victims are mostly vulnerable groups from underdeveloped States.

In this sense, to better address the reparation pillar of BHR and considering the centrality of the victim’s suffering, this paper intends to present a theory that might be an alternative mechanism of accountability of corporations for human rights violations under the ju-

dicial perspective: *transterritoriality*. Such theory shall be the result of the joint application, by States and domestic judges, of existing rules of Public International Law, Private International Law, and International Human Rights Law, by means of the consideration of the heterarchy of such norms, as well as of the transversal dialogue and interpretation of their predicates. Its methodology is constructed under the theories of fragmentation of international law, societal constitutionalism, transconstitutionalism, and the transversal governance of fundamental rights, designed, respectively, by Martti Koskeniemi, Gunther Teubner, Marcelo Neves and Marcelo Torelly.

Finally, once the bases of such theory are presented, the feasibility of its practical applicability shall be evaluated in two concrete cases, namely: *Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc v. Lungowe and Ors.* [2019] UKSC 20 and *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5. Qualitative and deductive methods used were based on interdisciplinary research and primary and secondary BHR sources were consulted in order to better develop the analysis proposed herein.

2 Methodological basis of transterritoriality as an alternative mechanism for holding corporations accountable for human rights violations

Before defining the concept of transterritoriality, certain premises are required for its in-depth scrutiny, all of which relate to the theoretical framework underpinning the present study’s premises. *Fragmentation of international law* is the starting point for the theory outlined in this paper. This concept has been propagated internationally since the UN’s International Law Commission published its 2006 report on Fragmentation of International Law: difficulties from the diversification and expansion of International Law¹ coordinated by Martti Koskeniemi.

For Koskeniemi, postmodern international law is fragmented by the existence of specialized legal regimes² shaped by autonomous international institutions,

¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law* (A/CN.4/L.682). Geneva, 2006.

² YOUNG, Margaret A. Fragmentation, regime interaction and sovereignty. In: CHINKIN, Christine; BAETENS, Freya. *Sovereignty, statehood and state responsibility: essays in honour of James Crawford*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. p. 71-89.

although their jurisdictions may be over-layered³. Due to the emergence and proliferation of these new regimes - reflecting increasing specialization across various sectors of society, international politics, and the immediate consequences of globalization, as well as the absence of a specific international legislature - statehood is declining and the distinction between international and domestic spheres is being blurred, thus challenging the very coherence of Law as discipline⁴.

Given this premise and the progressive judicialization of international conflicts, fragmentation of international law leads to a proliferation of international courts that eventually decide claims independently without really coordinating different interests or cooperating to ensure uniform decision making.

Hence, Koskenniemi's arguing that the fragmentation of international law is "both normative and institutional"⁵. But there are cases in which a certain issue cannot be narrowed down to a single regime, e.g., those involving human rights violations and corporations. In these cases, although there are numerous international initiatives attempting to regulate naturally private situations, most rules still come from the national or domestic levels.

Notwithstanding the legal-doctrinal views opposed to this theory⁶ and its developments, the process of fragmentation, which has impacts pertaining to public international law, is now seen as a constant that is being

extended to include private regimes. These regimes are also being individualized to reflect their functional differences, so their consideration is crucial to a putative basis for transterritoriality. Although the theory of fragmentation of international law is important for the present study, other authors' interpretations will be studied in support of the applicability of the proposed mechanism.

The second aspect of its theory is the *societal constitutionalism*. As a representative of the social theory of law, Gunther Teubner states that the process of proliferation of new private subjects and actors in international society - whose dynamics and issues differ from those found at state level - has led to the establishment of so-called autonomous global subsystems or constitutional global fragments (such as economics, science, culture, and mass media⁷) - whose centrifugal dynamics are extending beyond borders. Although these subsystems coexist with States, they are less and less dependent on them.

These subsystems have their own constitutionalizing aspects but are not fundamentally sovereign since they have not reached the level of complexity of national constitutions. The main difference between Teubner's theory and Koskenniemi's is that the former sees fragmentation as affecting not only public international law but society as a whole⁸.

Teubner therefore argues that transnational constitutionalism will have to conform to this dual fragmentation and poses a societal constitutionalism which, unlike constitutional models that are purely economic or entirely domestic welfare states, conceives the State's role as coordinating cooperation between public and private actors within and beyond its classical jurisdictional boundaries while aligning their relations and reflexive processes despite differing interests and higher levels of transnationalization⁹. Hence his definition of societal constitutions as "structural couplings between the reflexive mechanisms of the law [...] and the reflexive

³ BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. *Between fragmentation and democracy: the role of national and international courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 18.

⁴ KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, 2002. p. 557; INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law (A/CN.4/L.682)*. Geneva, 2006. itens 05 e 491, p. 10; 248.

⁵ NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015. p. 105.

⁶ "International law at large, in all its diversity and proliferation, seems to be doing the same". (CRAWFORD, James. *International law as an open system*. London: Cameron May, 2002. p. 18; SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.; DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international: cours general de droit international public* (2000). *RCADI*, t. 297, p. 9-490, 2002.; RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 374; MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷ TEUBNER, Gunther. Global bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a state*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 6.

⁸ NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015. p. 104-108.

⁹ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 40.

mechanisms of the social sector concerned”¹⁰ rather than just the political system alone.

This model must also have institutional rules capable of coercing autonomous subsystems into a certain level of cooperation with State entities, based on the premise that there is yet no global model that could fully solve this issue, nor is there a universal solution. Therefore, an alternative to the modern model and meaning of the Constitution is required that also considers the impacts of highly transnationalized autonomous constitutional fragments, including rules applicable to transnational corporations in relation to fundamental rights¹¹ and human rights.

On this last aspect in relation to corporations, Teubner argues those actors should show more concern for environmental sensitivity in relation to nature, society, and human beings, thus redirecting them towards corporate social responsibility with sustainability finally being the core of his theory. Nor does Teubner believe that legal sanctions play a decisive role as pressures to induce learning and his views differ from those posed here to some extent¹².

Particularly in relation to transnational corporations, the present paper argues that such a claim cannot be made with absolute certainty, since these sanctions have not been fully applied by domestic courts with full recognition of the suffering of victims; some have even used codes of conduct to determine a company’s obligations¹³, as it will be argued below in positing the theory of transterritoriality.

The third premise lies in *transconstitutionalism*, concept formulated by Marcelo Neves. Based on a society whose complexity is increasing in the same proportion as its evolution - especially in a globalizing context, resulting from the intensification of society that is seen

and identified as global - the above concept determines that transconstitutional problems are those that intrinsically arise in more than one legal order, particularly in their courts.

Their solution on the judicial level will require an intertwined relationship between “state, international, supranational and transnational (arbitral) courts, as well as native local legal institutions”¹⁴. Multiple legal orders are involved and acting together and concomitantly they can develop better solutions to the problems posed. Cooperation across different systems enables mutual learning mechanisms to develop in the normative domain, which will be salutary in terms of proper solutions for concrete cases.

Also denoted is the heterarchical position between legal orders advocated by Neves, which reinforces the nature of an effective dialogue between different kinds of legal subsystems¹⁵. Therefore, it is not a matter of dialogue held solely for the purpose of influencing judgments emanating from one court or another, but dialogue that may eventually operate as the constructive element of a certain court’s *ratio decidendi*, agreeing or disagreeing as to the persuasive authority of principles and values upheld by other States, preferably democracies. Nor is it a theory devised to ensure negation of identity “according to an inoffensive model of pure convergence, but rather readiness for both cognitive and normative openness to other legal system(s) intertwined in concrete cases”¹⁶.

Although this theoretical model applies to a wide range of different contexts, protection for human rights emerges as its core aspect, since despite the rise of human rights on the level of States, their interpenetration on all sorts of levels is recognized fact hence their pertaining to state, international, supranational, transnational, and local legal orders¹⁷. Transconstitutionalism

¹⁰ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 104.

¹¹ TEUBNER, Gunther. The anonymous matrix: human rights violations by ‘private’ transnational actors. *Modern law review*, v. 69, 2006. p. 327-346.

¹² TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 54, 92-93, 95, 129.

¹³ BECKERS, Anna. *Enforcing corporate social responsibility codes: on global self-regulation and national private law*. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 32-35; MARRELLA, Fabrizio. Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales. *RCADI*, t. 385, 2017. p. 280-287.

¹⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XXII, 2-3, 27, 270, 295.

¹⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 117-118, 126. Para uma análise mais completa sobre a “internacionalização dos juízes nacionais”, ver: DELMAS-MARTY, Mireille. *De la grande accélération à la grande métamorphose: vers un ordre juridique planétaire?* Lormont: Le bord de l’eau, 2017. p. 41-69.

¹⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 272, 279.

¹⁷ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, v. 2, n. 1, 2015. p. 401.

is therefore also a means of analyzing and solving conflicts arising between different legal orders that involve some aspect of human rights protection in an attempt to promote inclusion for individuals and to mitigate any attempted exclusion.

In the case of transnational companies, Marcelo Neves points to the influence of these organizations in different legal systems and therefore situates them in the context analyzed here. In this respect, he emphasizes the argument that forms of law devised to uphold contractual and property rules are expansively asserted in relation to environmental protection and inclusion for individuals¹⁸.

Neves also foresees the existence of a transconstitutionalism between State and transnational legal systems, in which corporate entities would be included. In his view, it is no longer possible to deny corporations and other transnational entities have the nature of legal systems pursuing autonomy. Also in this regard, he refers to the new *lex mercatoria*, *lex sportiva*, *lex digitalis* and other transnational (sub)systems to note the possibility of reciprocal learning, beneficial effects, and constructive conversations between public/state and private/transnational legal (sub)systems¹⁹. Associating this issue with corporate violation of human rights, a possible conclusion would be that overlap between legal orders should be resolved through transconstitutionalism, so that critical use obviates both economic losses and more importantly any harming of human lives²⁰.

However, Neves does not believe in the possibility of revolutionary changes in the institutional architecture of international society and public international law, since the latter were erected on the cornerstone of the nation State, and they will continue to reflect their past for a long time. Since this reality cannot be avoided in the initial stages, transconstitutionalism would continue to leverage these subjects' roles to solve existing conflicts arising from multiple legal orders, it but would pose a new angle more suited to the current scenario of a globalized international society, which would be based

on a methodology that also considered the notion of alterity in its centrality²¹.

Nor could the concept of transconstitutionalism be used for the sole purpose of harmoniously unifying existing rules emanating from a wide range of legal orders. As he explains, not all legal orders - particularly States' systems- show interest in transconstitutionalism. In this latter case, their postponing effective implementation of a transconstitutional ideal would be obvious. However, transconstitutionalism would undeniably be an effective means of addressing the problems of a fragmented international society.

Therefore, the concept of transconstitutionalism poses the challenge of integrating postmodern society by finding joint solutions for its legal problems, while it is also aligned with the subject matter of this paper.

The last concept that supports the foundation of transterritoriality is presented by Marcelo Torelly: the *transversal governance of fundamental rights*, a theory formulated essentially based on a hierarchical unity of global law²², strengthening the role of the courts and establishing reflective or normative transverse governance through stages of developing global norms. The domain used by Torelly to develop his doctrine is the same used by the present study, which Torelly calls the third stage of global governance for the historical period of the post-Cold War era, when self-regulation for certain sectors of society became a constant practice that extended beyond the boundaries of States.

Assuming an evolution of the role of international law in the context of global governance²³ in which Law is one of its parts²⁴, Torelly argues the need for a "judicialization of legal governance, strengthening the role of the courts and other spaces for inter-individual conflict resolution" and the consequent relevance of judges and experts. For Torelly, the fact that the courts and similar bodies function as "spaces capable of con-

¹⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 284-286.

¹⁹ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 77, 128.

²⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 268, 282-283.

²¹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 357.

²² TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 229.

²³ RUGGIE, John Gerard. American exceptionalism, exceptionalism, and global governance. In: IGNATIEFF, Michael (ed.). *American exceptionalism and human rights*. New Jersey: Princeton University Press, 2005. p. 307.

²⁴ NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015. p. 109.

taining rationalities and producing binding decisions in any of the legal regimes or systems involved in the legal problem in question” entails a possibility of communication between these regimes, thus creating new processes and converting law to a more technocratic, more specialized, and less participatory aspect.

Torelly therefore follows the logic of visualizing the importance of national and international judicial systems to apprehend the role of law in the postmodern scenario of interaction between public and private actors with no distinction in practice between domestic and international levels in many different regimes - so they are subject to fragmentation too. The focus of governance, in his words, should shift from investigating applicable law to specifically focusing on the “shared legal problem”²⁵.

Moreover, assuming this non-distinction between internal and international in the context of an ideal of relevance of the role of judicial systems, one may note Torelly’s comprehension for a heterarchy of global norms, in either international or transnational litigation (the latter, in Torelly’s opinion, under the influence of Anne-Marie Slaughter, materialized in domestic courts), will not be governed solely by implementing express rules. Although Torelly draws inspiration from the idea of a global community of courts²⁶ he goes these ideals when the issue is internalizing global norms.

At this historical, political, and legal conjuncture, international society is focusing on solving conflicts through its courts. While previously there was intense social mobilization calling for codified rights, the third stage of global governance will be marked by this sphere of action transferring to the courts, whose domestic and international role will be solving any problems shared between public and private actors.

In this period, national judiciaries and international courts of public and private international law strongly influence the construction of new forms of interpretation of then existing rules, as well as political activism - with a strong focus on strategic litigation²⁷ - in cases where there are clearly overlapping norms, a situation

constantly arising in cases involving corporate violations of human rights.

Problems in the third phase of global governance then become characterized as transconstitutional problems, since they occur simultaneously in different legal regimes. Therefore, legal solutions should not only reflect the aspirations and rules of one single order or subsystem but should rather pursue new resources to open a space in which all sorts of institutional actors and subjects proffer their decisions without one normative system being superimposed by another.

Given this dynamic, the so-called global norms are formed, thus defined as having “effectiveness in a number of multiple social spaces around the globe”²⁸, regardless of whether the latter are nation states or specific regimes. Simultaneity in their application also assures their aspiration to universality.

In Torelly’s view, therefore, the theory of transverse governance of fundamental rights would be crystallized in the manner established by Martha Finnemore and Kathryn Sikkink, with so-called “stages in the development of global norms”: (i) the first stage, referred to as the “stage of the norm’s emergence”, in which “multiple actors on different action platforms seek to persuade other actors located on decision platforms of the existence of a given norm”, this being a norm “derived from the legal scope of the platform occupied by general law or some specific regime”; (ii) the “normative cascade” stage, named for the point in time at which international society’s subjects and actors are persuaded of the existence of the norm and uphold it to then “demonstrate its existence from examples of concretization seen in the previous stage, socializing and institutionalizing its content”, so that it gains volume and starts to radiate “to other actors of institutional processes”; and (iii) the last stage, known as the “stage of internalizing the norm”, in which the norm finally comes to be applied “on an everyday basis by legal operators”²⁹ within States, without any challenges, thus altering general perception as to its adequacy.

²⁵ TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 14, 21-44.

²⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, 2003.

²⁷ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁸ TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 112-116, 142.

²⁹ FINNEMORE, Martha; SIKKINK, Kathryn. International norm dynamics and political change. *International Organization*, v. 4, n. 52, autumn 1988. p. 897-898; TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 116-215.

Based on this reasoning, Torelly alludes to global norms of individual responsibility for grave human rights violations and traces back its application historically in relation to Finnemore and Sikkink's theory highlighting their distinction between rules and principles and showing its application in the context of domestic law in Brazil, Argentina, Chile, and Uruguay with the methodological focus on analyzing transitional justice processes in these States. The situation is very similar to human rights and corporate issues in terms of their form of internalization at the domestic level of States and establishing victims' rights to reparations.

For Torelly, reflective transverse governance relates to a dialogue in which a "legal order or regime leverages the rationality of another to construct the solution to a problem" while the latter is established when the constitution of a domestic regime affords "differentiated normative status" to a norm under international law or international human rights law³⁰.

Therefore, transversal governance of fundamental rights may refer to a process of re-formulating norms through the heterarchical observance of domestic and international judicial processes feeding back into each other and involving subjects and actors from the whole range of legal orders comprising international society, which, in addition to the stages of development of global norms in terms of fundamental rights, enables national and domestic courts to pursue judicial interpretations that are more appropriate for effective protection of human rights, thus ensuring the elaboration and consolidation of new rights. Its practical applicability has been demonstrated by Torelly's focus on transitional justice in South American States. However, as shown above, some of the key features of those contexts may be transposed to the reality of human rights and business.

The abovementioned theory would consequently be yet another alternative to the use of strategic litigation in domestic and international courts - or for periods prior to international litigation (such as cases submitted to the Inter-American Commission on Human Rights), following Torelly's dictum that "transnational mobilization, even if not accompanied by litigation, enables effects on fundamental rights"³¹ - serving transversal

governance of fundamental rights as a means of providing adequate legal answers to a whole number of social problems affecting protection for individuals.

3 Definition and application of transterritoriality by the States

While human rights justice is preferably formulated in its negative aspect - meaning that situations considered unfair are removed and materialized as a "counter-principle of communicative violations of body and soul"³² - building a theory that covers this aspect is satisfactory but also remote from the same responses historically presented, given the sophisticated nature of the problem posed today³³.

Transterritoriality, therefore, will leverage the positive aspect of extraterritoriality - which is disconnecting protection of human rights as mere rhetoric for social and economically developed States and developing States³⁴ - with the expansion of its scope through rules of jurisdiction, thus obliging states to apply their internal rules for protection and obey sources of international law, transversally and through international legal cooperation - as well as transnational or global law - without these rules being interpreted transcivilizationally³⁵ by the competent judges.

In addition, interpreters of the norm should be able to consider codes of conduct drafted by corporations involved in human rights violations³⁶ as well as other non-state norms arising from specific regimes³⁷, thus

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 162.

³² TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 148-149.

³³ TEUBNER, Gunther. The anonymous matrix: human rights violations by 'private' transnational actors. *Modern law review*, v. 69, 2006. p. 341-343.

³⁴ BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. *Between fragmentation and democracy: the role of national and international courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 176.

³⁵ YASUAKI, Onuma. *Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 51-53, 95, 105, 250.

³⁶ BECKERS, Anna. *Enforcing corporate social responsibility codes: on global self-regulation and national private law*. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 176-185, 393. Ver também: TEUBNER, Gunther. Transnational economic constitutionalism in the varieties of capitalism. *The Italian Law Journal*, 2015. p. 219-248.

³⁷ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, G. Regime-collisions

³⁰ TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 100.

³¹ TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*.

confirming Koskenniemi's dictum: "conflict-resolution and interpretation cannot be distinguished from each other"³⁸.

The normative power of human rights gains clout to the detriment of those of a merely manipulative character often practiced by States³⁹ which, as shown in the above items, let go of much of their decision-making power and influence in a society consisting of multiple entities.

Added to this aspect is the primacy of transconstitutionalism and transversal governance of fundamental rights, which advocate hierarchical dialogue between legal orders as a means of collaborative leverage to find solutions to concretely posed judicial problems and effective human rights protection⁴⁰. This conversation, although marked by a subconscious ideal of establishing universal justice⁴¹ will not be put into practice in this way, being rationally used and correctly contextualized⁴².

In the case of transterritoriality, if the concept of the centrality of victims' suffering is added to the presumed concern of multiple legal orders, this conversation would be fruitful while eschewing arguments based on potential legal uncertainty and ensuring jurisprudential and normative constructive use of situations positively resolved in analogous cases by both domestic and international courts eschewing the main negative aspects of international law's fragmentation.

The above behavior would be crystallized in international society through Finnemore and Sikkink's theory of stages of development of global norms. Despite

some initial reluctance - mainly due to the lack of awareness on the part of interpreters and other enforcers of postmodern international law and to fragmentation of international law, with the current existence of different regimes, but including shared legal problems - it is possible to detect a horizon of application and internalization of protective rules that dialogue with each other purely for the purpose, in the abovementioned scenario, of holding corporations accountable for human rights violations, thus reducing to some extent the distances that separate and characterize different regimes comprising international society. Therefore, normative hierarchy may be self-deconstructed by legal practices themselves⁴³.

Since human rights treaties are living instruments - whose interpretation must not only consider its content and intent but also their scope in international society's evolution⁴⁴ - these norms may be interpreted to guarantee the need for the State's role of controlling national and transnational corporates, their subsidiaries, and subcontractors, while also requiring positive obligations for these entities⁴⁵.

Transterritoriality is therefore conceptualized as the possibility of a transnational corporation being held accountable in a territory other than the one in which its negative performance occurred under the permission of express jurisdictional rules in this respect (extraterritoriality), added to the perspectives of applicability of the norm arising from societal constitutionalism, transconstitutionalism and transversal governance of fundamental rights, also considering that its judicial interpretation should be transcivilizational.

The abovementioned theory confirms an ideal of transcivilizational co-responsibility⁴⁶ to hold companies accountable for human rights violations and to reach the UN's Sustainable Development Goals set for the

sions? The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004. p. 1013.

³⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law* (A/CN.4/L.682). Geneva, 2006. item 412, p. 207.

³⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 95-96.

⁴⁰ HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4.

⁴¹ FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 28.

⁴² DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 349-350.

⁴³ TEUBNER, Gunther. The king's many bodies: the self-deconstruction of law's hierarchy. *Law and Society Review*, v. 31, 1997. p. 772.

⁴⁴ OC MRIA, William A. Schabas. *The Universal Declaration of Human Rights: the travaux préparatoires: October 1946 to November 1947*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. v. 1.

⁴⁵ GASPAR, Renata Alvares; BUSTILLO, Luísa Nascimento. Imposição de obrigações positivas a empresas e violações de direitos humanos: efeitos horizontais. *Revista Jurídica Direito & Paz*, n. 33, p. 63-99, 2015.

⁴⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *De la grande accélération à la grande métamorphose: vers un ordre juridique planétaire?* Lormont: Le bord de l'eau, 2017.

year 2030 (2030 Agenda) in terms of States effectively guaranteeing access to justice.

The theory could be applied in practice by altering internationally recognized and classically established mechanisms in private and public international law contexts⁴⁷ respectively through changes in norms defining international jurisdictions of States and international legal cooperation, as well as the heterarchical application of sources elaborated in the different legal orders. The latter would then be subject to an effective stance of dialogue and constructive cooperation in a truly “transnational governance space”⁴⁸; the ideal of permeable frontiers for business conducted by transnational corporations would be transposed to the normative and judicial sphere when human rights violations were committed by these entities⁴⁹.

On the international scenario, the abovementioned model cannot but recognize the subjectivity of major social actors, such as civil society organizations, thus enabling them to go to court to ensure protection for individuals. Once applied at the domestic level, the mechanism of transterritoriality would also favor NGOs claiming reparations for rights of individuals, or even appearing as *amicus curiae* in related cases⁵⁰. No less important is the fact that public entities for the protection of human rights - such as state public defenders and federal entities - would also be favored⁵¹.

As one of its positive aspects, transterritoriality would in general allow transnational corporations to be punished for human rights and environmental violations; it would also facilitate accountability for corporations that usually outsource work in precarious conditions, particularly in jurisdictions that are most indifferent in relation to protective rules for workers.

Another point favoring the theory hereby argued is the need for enhanced corporate responsibility culture, which would not only remedy any damage caused but also involve preventive measures⁵². A legal entity’s domicile would matter little in cases of human rights violations since the issue to be considered in a case of transterritorial accountability would be the most appropriate jurisdiction to effectively end victims’ afflictions and afford them a greater sense of safety and trust in the legitimacy of international law⁵³.

Although not expressly written in any binding domestic or international, transnational, or supranational legal order, these restrictions would be sufficient to reinforce corporations’ concern to conduct their business properly. Once they have been held accountable by courts in democratic states and in different legal systems - common law and civil law - they would have to reexamine their own internal processes and establish - or help conceptualize and crystallize - a protective culture that would get past marketing and business dictated barriers⁵⁴ to ensure well-being for people working or operating in their surroundings or purchasing their products. This would confirm Teubner’s idea that the mere “existence of a body of law is not decisive” since what matters “is a self-organized process of mutual constitution of legal acts and legal structures”⁵⁵.

Specifically in relation to the argument posed herein, the second component of transterritoriality does not necessarily have to be expressly mentioned in do-

⁴⁷ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 42.

⁴⁸ TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 142.

⁴⁹ GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; NOGUEIRA, Clara Soares; BISCAIA, Bruno Simões. Limites na responsabilização internacional de empresas nos sistemas regionais de direitos humanos: o aprendizado institucional como alternativa. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado; TORELLY, Marcelo (coord.). *Empresas e direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 76; ZERK, Jennifer A. *Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 239.

⁵⁰ TEUBNER, Gunther. Global bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a state*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 5.

⁵¹ MARRELLA, Fabrizio. Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales. *RCADI*, t. 385, 2017; CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Direitos Humanos e empresas no Brasil: como as empresas mineradoras têm afetado a proteção dos direitos humanos no território brasileiro. *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, v. 2, n. 1, p. 109-137, 2018.

⁵² MCBARNET, Doreen. Human rights, corporate responsibility and the new accountability. In: CAMPBELL, Tom; MILLER, Seumas (ed.). *Human rights and the responsibilities of corporate and public sector organisations*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004. p. 73.

⁵³ YASUAKI, Onuma. *Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 116-117.

⁵⁴ HACKETT, Ciara. The grass is always greener: reflecting on global disparity in CSR. *Commercial law practitioner*, v. 18, 2011. p. 151-157.

⁵⁵ TEUBNER, Gunther. Global bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a state*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 10.

mestic constitutional or infralegal mandates. Following Torelly's reasoning, "although the constitutional architecture in some States may favor the use of international law, this single point could not be described as decisive in itself". It is a changed legal and political culture that must prevail if social transformation is to prevail⁵⁶.

There would also be no argument over the need to adapt transterritoriality across different productive sectors - an issue to be discussed when drafting a treaty on the matter⁵⁷ - since the States' judicial powers would use pre-existing specific domestic and international norms in each branch to solve all sorts of issues posed in consonance with protection of human rights.

From a competitive perspective, the practical application of this theory could initially lead to higher expenses for legal entities involved and eventually have economic and financial impacts for States, but it would eventually boost profits (from the consumer-market and economic development perspective of States that would attract incoming investments) and would avoid any loss of capital or prestige (from the angle of judicial and reputational risks) in the medium and long term.

In relation to States, new international jurisdiction rules, strengthened international legal cooperation and more flexible material requisites for approval of foreign judgments in cases of corporations violating human rights, in addition to training for interpreters of the law to ensure correct interconnection between domestic, international, transnational and supranational law - combined with the vision of the abovementioned authors - would result (despite any short-term negative financial consequences) in effective protection of constitutionally recognized fundamental rights and conventional or principled international human rights law, and consequently more safety and security for individuals.

If a substantial contingent of States adopted measures of this nature, corporations would not be reluctant to invest in one territory or another. Investments would no longer be defined based on which jurisdiction had the most incipient application of rules, favoring the State that effectively offered better conditions for their

development. A corporation's profitability would therefore depend on a new metric, namely the protection of individuals, and no longer on the absolute exploitation of others' adversity and vulnerability.

4 Potential Transterritoriality elements in Vedanta and Nevsun Cases

From the bases of the transterritoriality theory, it is necessary to study its applicability in two practical cases recently decided by the British and Canadian courts, respectively: the cases *Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc v. Lungowe and Ors.* [2019] UKSC 20 and *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5⁵⁸.

Both cases were decided in the last years and involve the participation of companies headquartered at the States of the abovementioned jurisdictions in extraterritorial activities. In the first case, the judicial procedure refers to the activity of the company Vedanta Resources Plc ("Vedanta") in the performance of its mining activities in partnership with another company name Konkola Copper Mines Plc ("KCM") in Zambia, whilst the second case references the participation of the company named Nevsun Resources Ltd. ("Nevsun") in human rights violations practiced at Eritrea.

Considering that the national courts involved belong to States that adopt the legal regime of common law, the analysis of the decisions is fundamental to the comprehension of the possible elements of transterritoriality present in their texts.

In a first moment, it is important to highlight that both decisions only recognized the British and Canadian jurisdictions as relevant for the judgment of the requests presented, and as of now there is no decision related to their merits. Although the transterritoriality theory involves in greater measure the aspect related to the analysis of the content of the judicial disputes with connection to the jurisdiction rules, the analysis of both decisions is fundamental regarding the observance of

⁵⁶ TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 213.

⁵⁷ NOLAN, Justine. Mapping the movement: the business and human rights regulatory framework. In: BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN, Justine (ed.). *Business and human rights: from principles to practice*. Abingdon: Routledge, 2016. p. 70-73. p. 71.

⁵⁸ THE SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. *Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc v. Lungowe and Ors.* [2019] UKSC 20; SUPREME COURT OF CANADA. *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5.

the arguments of the judges involved for future exercises connected to the law applicable to these cases.

Accordingly, in the Vedanta case it was possible to extract the comprehension that the rules defining the jurisdiction in the internal context as well as in the context of the European Community Law prevent judicial authorities from receiving lawsuits only when it is proven that there is no abuse by the foreign litigators. Its opening, therefore, may be considered positive under the prerequisites of the transterritoriality theory, which does not perceive the jurisdictional search only with the purpose of allowing the occurrence of any lawsuits, but that the judicial analysis of jurisdiction rules are extensive enough in order to avoid misapplications and allow the assurance of access to justice to the victims of abuses committed by companies in their extraterritorial operations whenever their participation and their negligence in acting in conformity with the protection of human rights and the environment is proven⁵⁹. One can realize, when analyzing the decision, that this was the perspective of the judges from the British Supreme Court in the Vedanta case⁶⁰.

Despite no express mention to the centrality of the suffering of victims in the decision parting from the terminology described by judge Cançado Trindade in his decisions at the Inter-American Court of Human Rights⁶¹, it is possible to see the concern of the magistrate with regard to the success of the lawsuit proposed by the Zambia victims, along with the difficulty of access to justice concerning the reparation procedures by

them envisaged, which allows us to observe such judgment even under a transcivilizational perspective⁶².

In *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5 case, conversely, the copper and zinc mine where Eritrean workers were submitted to forced labor was the property of the Canadian company Nevsun (which detained 60% shareholding participation). Hence, differently from the case presented before, the need to prove the existing correlation in the extraterritorial participation was not as pressing.

In this case, too, the complaint by the victims occurred beyond the violation of internal rules of the Canadian State and of its State of origin, but mostly with connection to the violation of the customary law of prohibition of torture and of inhumane and degrading treatment. In this respect, the decision also brings forth the importance of the imperative of human rights' protection, reaffirming the need for analyzing the case also considering the international customs:

Modern international human rights law is the Phoenix that rose from the ashes of World War II and declared global war on human rights abuses. Its mandate was to prevent breaches of internationally accepted norms. Those norms were not meant to be theoretical aspirations or legal luxuries, but moral imperatives and legal necessities. Conduct that undermined the norms was to be identified and addressed⁶³.

Furthermore, it is significant to call attention to the recognition, by the Canadian judicial authorities, of the role of corporations in the international society and especially concerning the protection of human rights and the *jus cogens* status of crimes such as forced labor, slavery, cruel, inhumane and degrading treatment, on top of crimes against humanity – notwithstanding the same Court affirming that the recognition of connection of such crimes to the *jus cogens* category should not happen at first with regard to facts which occurred extraterritorially.

Even if this is a decision aimed only at the analysis of the possibility of the merits of the lawsuit being as-

⁵⁹ THE SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. *Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc v. Lungowe and Ors.* [2019] UKSC 20. Paragraphs 49 to 55.

⁶⁰ THE SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. *Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc v. Lungowe and Ors.* [2019] UKSC 20. Paragraph 29.

⁶¹ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Blake v. Guatemala*. Série C, n. 36. Decision of 24 January 1998. Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_ing.pdf. Access on: 17 Oct. 2018; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Villagran-Morales et al. v. Guatemala*. Série C, n. 63. Decision of 19 November 1999. Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf. Access on: 17 Oct. 2018; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Série C, n. 70. Decision of 25 November 2000. Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_ing.pdf. Access on: 17 Oct. 2018; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Ximenes Lopes v. Brazil*. Série C, n. 149. Decision of 4 July 2006. Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_ing.pdf. Access on: 17 Oct. 2018.

⁶² THE SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. *Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc v. Lungowe and Ors.* [2019] UKSC 20. Paragraphs 87 to 95. In this sense, see YASUAKI, Onuma. *Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI*. Belo Horizonte: Arcaes, 2016.

⁶³ SUPREME COURT OF CANADA. *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5.

sessed by Canadian courts, such excerpts by themselves demonstrate a milestone in the discussion about business and human rights regarding violations committed outside the national territory.

In the same way as in the previous decision, the risk of a trial in Eritrea not being carried out -and hence violating the victims' access to justice - was also considered in the Nevsun case, proving that, at least regarding the discussion about the possibility of States that follow the common law legal regime recognize the broad aspect of their jurisdictional rules, the theory of transterritoriality has been applied. However, it remains to monitor the developments of such cases regarding the analysis of their respective merits so that it is possible to verify whether the other assumptions presented in the transterritoriality theory (i) are present; and (ii) whether they will be a differential in holding companies accountable for human rights violations.

5 Conclusion

There are a great number of well-known empirical obstacles to the development of transterritoriality, chief among them the notion that international society is hardly likely to reach a consensus on the issues posed herein, nor will the concrete impulses required to drive change of this nature exist in the short term⁶⁴ - as well as the fact that a theory of this nature would still have the State as its starting point⁶⁵.

One of the most obvious obstacles is that legal operators would push back on the political and legal fronts. As Torelly states, the so-called dual positivity of fundamental rights also depends on the "judiciary's inclination to enforce international human rights law and emerging global norms"⁶⁶. Laurence R. Helfer also notes that even if these matters are eventually tried by international courts, much of their jurisprudence con-

sists of cases concerning shortcomings in the judiciary powers of these states, such as long delayed judgments lacking cogent grounds⁶⁷.

Finally, regardless of the origin of rules, whether domestic or international, they will have their strength and reach measured precisely by the extent of their enforcement⁶⁸. Therefore, awareness of the norm by those interpreting and enforcing it and the organization of spheres of activity with sufficient recruitment and training of agents is key to success for the theory of transterritoriality.

This mechanism will certainly require enhancements in the future, particularly in relation to: (i) individuals acting on behalf of States accepting the fact that the participation of these subjects in international society is no longer restricted to exclusive observance of rules formulated in their own territory; (ii) recognizing that globalization is also a reality for cases submitted to analysis by domestic and international judiciary powers (for truly shared problems) and that personal, political and judicial interconnections will no longer be like those of modern times - thus foregoing the territorialism present on those occasions; (iii) the comprehension of the centrality of a victim's suffering is necessary presupposition for both fundamental rights and international human rights law; there is no longer any sense in developing a jurisprudential framework (international and domestic) that disregards this reality in cases of human rights violations committed by companies, thus confirming the urgent need for theories that further analyze this interrelationship; (iv) the comprehension of the hierarchical unity of global norms while rejecting projections that attempt to homogenize beliefs and interpretations typical of hierarchical processes of shaping international law; (v) the analysis of the bases of transterritoriality and their applicability to the particularities of each of the domestic judicial systems that comprise international society; and last but not least, (vi) basic education for lawyers, judges, academics and legal operators to enforce the above theory properly wi-

⁶⁴ KRASNER, Stephen D. The persistence of state sovereignty. In: FIORETOS, Orfeo (ed.). *International politics and institutions in time*. United Kingdom: Oxford University Press, 2017. p. 54; DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 140.

⁶⁵ TEUBNER, Gunther. Global bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a state*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 9.

⁶⁶ TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 12.

⁶⁷ HELFER, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: embeddedness as a deep structural principle of the european human rights regime. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, 2008. p. 158.

⁶⁸ NOLAN, Justine. Mapping the movement: the business and human rights regulatory framework. In: BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN, Justine (ed.). *Business and human rights: from principles to practice*. Abingdon: Routledge, 2016. p. 38.

thout distorting its premises to the detriment of victims in particular.

However, as the studied cases demonstrate, it is possible to investigate such assumptions from the presented theory, regardless of the existence of a treaty on the subject. Even if the abovementioned decisions came from States under the common law legal regime and did not effectively deal with the merits of the respective demands, the premises of the transterritoriality theory can be evaluated in cases decided in jurisdictions under the civil law legal regime - which will be the object of future works. What matters at this first moment is the understanding of the strength of the theory of trans-territoriality for the discussions on the accountability of companies for human rights and environmental violations, guaranteeing the imperative of planetary sustainability beyond the rules of international law related to the binding (or non-binding) character of its rules.

References

- BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN, Justine (ed.). *Business and human rights: from principles to practice*. Abingdon: Routledge, 2016.
- BECKERS, Anna. *Enforcing corporate social responsibility codes: on global self-regulation and national private law*. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. *Between fragmentation and democracy: the role of national and international courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Direitos Humanos e empresas no Brasil: como as empresas mineradoras têm afetado a proteção dos direitos humanos no território brasileiro. *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, v. 2, n. 1, p. 109-137, 2018.
- CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CRAWFORD, James. *International law as an open system*. London: Cameron May, 2002.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *De la grande accélération à la grande métamorphose: vers un ordre juridique planétaire?* Lormont: Le bord de l'eau, 2017.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (III): la refondation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.
- DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international: cours general de droit international public (2000). *RCADI*, t. 297, p. 9-490, 2002.
- FINNEMORE, Martha; SIKKINK, Kathryn. International norm dynamics and political change. *International Organization*, v. 4, n. 52, autumn 1988.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, G. Regime-collisions? The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, v. 2, n. 1, 2015.
- FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GASPAR, Renata Alvares; BUSTILLO, Luísa Nascimento. Imposição de obrigações positivas a empresas e violações de direitos humanos: efeitos horizontais. *Revista Jurídica Direito & Paz*, n. 33, p. 63-99, 2015.
- GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; NOGUEIRA, Clara Soares; BISCAIA, Bruno Simões. Limites na responsabilização internacional de empresas nos sistemas regionais de direitos humanos: o aprendizado institucional como alternativa. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado; TORELLY, Marcelo (coord.). *Empresas e direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- HACKETT, Ciara. The grass is always greener: reflecting on global disparity in CSR. *Commercial law practitioner*, v. 18, 2011.
- HELPER, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: embeddedness as a deep structural principle of the European human rights regime. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, 2008.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Série C, n. 70. Decision of 25 November 2000. Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_ing.pdf. Access on: 17 Oct. 2018.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Blake v. Guatemala*. Série C, n. 36. Decision of 24 January 1998. Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_ing.pdf. Access on: 17 Oct. 2018.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Villagrán-Morales et al. v. Guatemala*. Série C, n. 63. Decision of 19 November 1999. Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf. Access on: 17 Oct. 2018.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Ximenes Lopes v. Brazil*. Série C, n. 149. Decision of 4 July 2006. Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_ing.pdf. Access on: 17 Oct. 2018.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law* (A/CN.4/L.682). Geneva, 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, 2002.
- KRASNER, Stephen D. The persistence of state sovereignty. In: FIORETOS, Orfeo (ed.). *International politics and institutions in time*. United Kingdom: Oxford University Press, 2017.
- MARRELLA, Fabrizio. Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales. *RCADI*, t. 385, 2017.
- MCBARNET, Doreen. Human rights, corporate responsibility and the new accountability. In: CAMPBELL, Tom; MILLER, Seumas (ed.). *Human rights and the responsibilities of corporate and public sector organisations*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004.
- MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOLAN, Justine. A business and human rights treaty. In: BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN, Justine (ed.). *Business and human rights: from principles to practice*. Abingdon: Routledge, 2016. p. 70-73.
- NOLAN, Justine. Mapping the movement: the business and human rights regulatory framework. In: BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN, Justine (ed.). *Business and human rights: from principles to practice*. Abingdon: Routledge, 2016.
- OC MRIA, William A. Schabas. *The Universal Declaration of Human Rights: the travaux préparatoires: October 1946 to November 1947*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. v. 1.
- PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado; TORELLY, Marcelo (coord.). *Empresas e direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RUGGIE, John Gerard. American exceptionalism, exceptionalism, and global governance. In: IGNATIEFF, Michael (ed.). *American exceptionalism and human rights*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, 2003.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.
- SUPREME COURT OF CANADA. *Newsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5.
- TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther. Global bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a state*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

TEUBNER, Gunther. The anonymous matrix: human rights violations by 'private' transnational actors. *Modern law review*, v. 69, 2006.

TEUBNER, Gunther. The king's many bodies: the self-deconstruction of law's hierarchy. *Law and Society Review*, v. 31, 1997.

TEUBNER, Gunther. Transnational economic constitutionalism in the varieties of capitalism. *The Italian Law Journal*, 2015.

THE SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. *Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc v. Lungowe and Ors*. [2019] UKSC 20.

TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

YASUAKI, Onuma. *Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multivilizacional do século XXI*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

YOUNG, Margaret A. Fragmentation, regime interaction and sovereignty. In: CHINKIN, Christine; BAE-TENS, Freya. *Sovereignty, statehood and state responsibility: essays in honour of James Crawford*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. p. 71-89.

ZERK, Jennifer A. *Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Access to justice through
business and human rights: the
chilean experience on transnational
mining**

**Acesso à justiça via direitos
humanos e empresas: a
experiência chilena na mineração
transnacional**

Daniel Jacomelli Hudler

Marcelo Benacchio

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Access to justice through business and human rights: the chilean experience on transnational mining*

Acesso à justiça via direitos humanos e empresas: a experiência chilena na mineração transnacional

Daniel Jacomelli Hudler**

Marcelo Benacchio***

Abstract

The multilevel economic relationship between community-State-company gives rise to contexts of conflict and ruptures in the local social fabric. The access of local communities to justice requires new ways of dealing with the transnational phenomenon to resolve disputes beyond traditional judicial procedures within nation-States. Our main hypothesis highlights Business and Human Rights as a possible transnational legal instrument of access to justice. The objective is to understand access to justice in the perspective of Business and Human Rights, identifying their autonomy in relation to the voluntarism of Corporate Social Responsibility (CSR) and the practical application of this in the context of transnational mining activity in post-1970 Chile. The hypothetical-deductive method is used with bibliographic research. Conclusion: i) despite the existence of sustainable business ethics, it only becomes relevant to the Law when a certain normative framework is conjectured, establishing legal and semi-legal procedures and integrating a complex of specific obligations and rights; ii) the process of progressive conversion of CSR to legal responsibility is envisaged through a new gateway represented by the intersection of Business and Human Rights; iii) The pioneering Chilean experience is a result of internal and external political pressures and serves as an example for Latin America in its successes and mistakes, especially the attempt to consolidate the UN theoretical framework through National Action Plan on Business and Human rights with the active participation of representatives from academia, local communities, NGOs, and companies, which serves as a starting point for further research.

Keywords: access to justice; business and human rights; Corporate Social Responsibility (CSR); regulation of transnational companies (TNC); mining.

Resumo

A relação econômica multinível entre comunidade-Estado-empresa dá origem a contextos de conflito e rupturas no tecido social local. O acesso das comunidades locais à justiça requer novas formas de lidar com o fenômeno

* Recebido em 06/02/2022
Aprovado em 25/07/2022

** Doutorando em Direito Empresarial e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE-SP), ex-bolsista de pesquisa PROSUP/CAPES na área de concentração “Justiça, Empresa e Sustentabilidade”. Especialista em Direito Processual Civil e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE-SP). Ex-Editor assistente das revistas científicas Prisma Jurídico e Thesis Juris. Advogado em São Paulo. Experiência internacional pela Universidade da Coruña (UDC - Espanha) em Globalización & Empresa: una visión Europea e pela Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Membro Efetivo das Comissões de Infraestrutura/Desenvolvimento e Doutrina da OAB/SP. Pesquisador em Direito e Desenvolvimento; Empresas e Direitos Humanos; Economia e Direito; ASG (ESG).
Email: djhudler@gmail.com

*** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991). É professor permanente do Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Professor Convidado da Pós Graduação lato sensu da PUC / COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
Email: benamarcelo@gmail.com

transnacional para resolver disputas além dos procedimentos judiciais tradicionais dentro dos Estados-nação. Nossa hipótese principal destaca *Empresas e Direitos Humanos* como um possível instrumento jurídico transnacional de acesso à justiça. O objetivo é compreender o acesso à justiça na perspectiva do estudo das Empresas e Direitos Humanos, identificando sua autonomia em relação ao voluntarismo da Responsabilidade Social Empresarial (RSE) e a aplicação prática desta no contexto da atividade mineradora transnacional no Chile pós-1970. Emprega-se o método hipotético-dedutivo com auxílio de pesquisa bibliográfica. Conclusão: i) apesar da existência de uma ética empresarial sustentável, ela só se torna relevante para o Direito quando se conjectura um determinado marco normativo, estabelecendo procedimentos legais e semilegais e integrando um complexo de obrigações e direitos específicos; ii) o processo de conversão progressiva da RSE em responsabilidade jurídica é vislumbrado através de uma nova porta de entrada representada pela intersecção entre *Empresas e Direitos Humanos*; iii) a pioneira experiência chilena é resultado de pressões políticas internas e externas, servindo como exemplo para a América Latina em seus acertos e erros, especialmente a tentativa de consolidar o arcabouço teórico da ONU por meio do Plano de Ação Nacional sobre Empresas e Direitos Humanos com a participação ativa de representantes da academia, comunidades locais, ONGs e empresas, que pode servir como ponto de partida para novas pesquisas.

Palavras-chave: acesso à justiça; empresas e direitos humanos; Responsabilidade Social da Empresa (RSE); regulação de empresas transnacionais (ETN); mineração.

1 Introduction

The dilemma of the 21st century is to establish a balance in favor of sustainable development, that is, between the legitimate profit interest earned by transnational corporate activity and the multidimensional impacts on local communities. Sometimes this community-business-State relationship, far from being harmonious, gives rise to conflictive contexts and disruptions in the social fabric, whose resolution via traditional judicial

procedures¹ is quite difficult and time consuming for several reasons².

From this perspective, overcoming obstacles to access to justice for local communities remains relevant. After all, *how can we guarantee the complex of rights³ of a given community in its intricate and economically dependent relationship with transnational companies without considering the judicialization of conflicts?* This is a fundamental question, especially in the current conjuncture in which the solution of controversies is increasingly sought through alternative means that mitigate or even repudiate court judgments, without this necessarily denoting a weakening of democratic institutions or of the State itself.

In fact, access to justice, as a multifaceted phenomenon that aims at transforming social reality, can be analyzed from different points of view and angles. In the study of the legal field, it is no longer enough just to interpret the norms in light of their validity, but rather the need to understand the social reality in which the norm is applied. In this paper, an analysis of Business and Human Rights (as a normative field of study) is aided by the interpretation of studies from sociology, history, and reports on the community-business-State relationship, especially related to the Chilean context of transnational mining.

This methodological approach is justified because the analysis of local conflicts can no longer be conceived separately from a reading that conjugates the global economic context in which they are inserted. Social reality is sculpted by corporate economic activity within the global market economy, whose legal treatment encounters the difficult task of apprehending the multi-

¹ It is worth mentioning some of the latest disasters, of public knowledge, that directly and indirectly affected communities due to the conduct of companies in Brazil, highlighting the difficulty in judicial resolution due to the complexity of the cases: 1 - In 2000, oil leak in Guanabara Bay (RJ), from Barigui and Iguacu (PR), responsibility of the company Petrobras; 2 - in 2003, rupture of the Cataguases dam (MG), by the company Indústria Cataguases de Papel; 3 - in 2007, rupture of the dam Bom Jardim, in Mirá (MG), by the company Rio Pomba Mineração; 4 - 2011, oil spill in the Campos Basin (RJ), by Chevron; in 2015, fire in the Port of Santos (SP), by Terminal Químico de Aratu, a subsidiary of Ultracargo and, in the same year, rupture of the Fundão dam, in Mariana (MG), by Samarco; in 2019, rupture of the Mina do Feijão dam, in Brumadinho (MG).

² E.g.: diversity of subjects affected, complexity in the production of evidence, length of the process, lack of technical, financial and human resources, differences in culture and values, etc.

³ For example: labor, civil, consumer, environmental, and even cultural rights.

dimensionality of the transnational phenomenon itself through the one-dimensional legal model of the nation-State – although this, paradoxically, remains the main lane to understand it, from a political and legal point of view.

The hypothesis put forward is that *Business and Human Rights*, through their legal mechanisms – which are not necessarily judicial, nor are they limited to the figure of the State as the only interlocutor – can be understood as a possible instrument of access to justice. In this sense, it is stated that *Business and Human Rights* assume this characteristic, in order to serve as a locus for the prevention and solution of conflicts between companies and communities – despite the still-current severe criticism of the voluntarism of UN Guiding Principles on Business and Human Rights and its leading role as a legal transnational framework⁴.

Intentionally, in order not to lose sight of social reality and concrete situations, we chose as the object of our study the economic niche of mining carried out by transnational corporations (TNCs) operating in Chilean territory since the 1970s. This choice is based on four reasons: 1) the pioneering aspect of the Chilean experiences in the last two decades on the subject that can serve as a real example for all Latin American legal thinking, being close to Brazil in terms of its political formation and economic model for mining exploration; 2) Chile has been considered one of the most attractive countries for foreign investment since the opening of Latin American markets and a model for attracting TNCs; 3) the economic activity of mining is considered one of the most violating of human rights, a context in which sustainability between productive, social, cultural factors and ethical-normative imperatives remains challenging; 4) symbolically, the milestone for the study of *Business and Human Rights*, is the emblematic accusation before the UN of the influence of US-based TNCs on Chilean domestic politics in the 1970s.

According to the justifications given, the general purpose of this study is to advance the understanding of access to justice from the lens of Business and Human Rights. In this sense, we also have as specific purpose: i) to verify the promotion of access to justice through Human Rights and Business; ii) to identify the autonomy of Human Rights and Business in relation to Corporate Social Responsibility (CSR) or Corporate

Responsibility (CR); iii) to briefly describe the cultural, political, and economic elements that have made Chile inviting for transnational business activity; iv) to indicate the state of the art regarding the Chilean experience for the promotion of Business and Human Rights; v) to detail the main criticisms of transnational mining activity in the Chilean territory.

The argument will be developed in three sections: a) on the possibility of access to justice through the regulation of transnational corporations, defending the autonomy of the matter in relation to *Corporate Social Responsibility (CSR)* or *Corporate Responsibility (CR)*; b) political-economic context and the possibility of development of *Business and Human Rights* in Chile; c) the main criticisms of transnational mining in Chile.

The hypothetical-deductive method is employed with bibliographic research. This is not intended to be an empirical study, only the reading and interpretation of economic and sociological studies and reports related to the topic, including reports by governmental and non-governmental organizations on *Human Rights and Business*, prioritizing those produced in the last two decades, in order to identify the main criticisms of transnational mining activity, combined with the critical analysis of judicial decisions and current norms in Chilean jurisdiction. The criteria for selecting the reports were those produced by Latin American experts or in partnership with them. The criteria for inclusion of judicial decisions started from the choice of specific words – such as “Derechos Humanos y Empresas”, “Responsabilidad Social Corporativa”, “Comunidad Local/Indígena”, “Minería” – selecting the results of the year 2022 on the subject under the Chilean Supreme Court.

2 Access to justice via regulation of transnational corporations: the business and human rights proposition

2.1 Relationship between access to justice and the scientific branch of Business and Human Rights

Transnational business activity as a phenomenon inherent to the global economy transforms human

⁴ See section 4 of this study.

relations and becomes the engine of development by promoting, to a certain extent, the creation of jobs, tax collection, circulation of goods and services, as well as cultural exchange between people beyond the territorial limits of the nation-state. At the same time, it leaves a trail of human rights violations, so that the study of the legal regulation of transnational economic activities – especially from the perspective of the relationship between Economy and *Business and Human Rights* – has become indispensable in the new context of access to justice.

In academic studies on Civil Procedure, it has long been argued that access to justice is not limited to traditional techniques of dispute resolution through lawsuits – embedded in an individualistic, litigious model, cultural heir of 18th century bourgeois liberalism - while these have undergone changes with the emergence of social struggles and Human Rights during the 19th and 20th centuries, bringing in their wake new rights and mechanisms to guarantee these rights - of a more collective, plural and negotiating nature - especially for the consolidation of economic and legal institutions essential to democracy, in the so-called “third wave” or “access to justice approach”⁵.

In this way, not only the list of rights has increased, but also a genuine concern with how to make them effective. Therefore, the jurist is required, in addition to his technical knowledge of Law, a much deeper and multidisciplinary knowledge that allows him to grasp the social reality and the use of more effective procedures for the prevention and resolution of disputes. As stated by Garth and Cappelletti⁶:

[...] Scholars must now recognize that procedural techniques serve social functions, that courts are not the only means of dispute resolution that must be considered, and that every procedural regulation, including the creation or encouragement of alternatives to the formal court system, has a pronounced effect on how the substantive law operates – how often it is enforced,

in whose benefit, and with what social impact. A basic task of modern civil procedure scholars is to expose the substantive impact of various dispute processing mechanisms. They must consequently broaden their focus beyond the courts; they must utilize the insights of sociological, political, psychological, economic and other analyses; and they must learn from other cultures “Access,” therefore, is not only an increasingly recognized, fundamental social right; it is also necessarily a central focus of modern procedural scholarship. Its study presupposes both a broadening and deepening of the aims and methods of modern legal science.

Because it is a multifaceted phenomenon that is closely linked to a deep transformation of social reality itself, access to justice can be analyzed through different lenses. In this paper, an analysis of Business and Human Rights (as a normative field of study) is aided by the interpretation of studies from sociology, history, and reports on the community-business-State relationship, which aims at understanding it as a possible legal instrument for access to justice.

It is asserted that Business and Human Rights, beyond the discursive or persuasive task, takes on this feasible feature, by theoretically devising its own mechanisms and procedures – albeit through an embryonic and highly flexible legal framework by international declarations and treaties – at the very least, it stimulates the reproduction of a complex of rights and obligations to be incorporated by nation-states, and in this sense can serve as a starting point for the prevention and resolution of disputes between businesses and communities.

This methodological approach is justified because it is no longer possible to conceive the analysis of the dissent between the local community and the transnational company in isolation from the global economic context. Much less that these conflicts, whose nature becomes more and more complex, difficult to follow by the old dichotomy of public versus private, could only be solved exclusively through judicial courts in individual actions.

And this global context, in turn, is greatly influenced by corporate economic activity that operates at a transnational level, *e.g.*, that acts in a diffuse manner, from resources scattered around the globe, not limited to a particular territory, in a flexible manner and adapting to each local context in which it is inserted, with the aim

⁵ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. *Buffalo Law Review*, v. 27, p. 181-292, 1978. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>. Access: Feb. 2022.

⁶ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. *Buffalo Law Review*, v. 27, p. 181-292, 1978. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>. Access: Feb. 2022. p. 185-186.

of ensuring financial flow. In this sense, the possibility of a confluence of interests – which goes far beyond the financial, no doubt – still comes up against the difficulty of understanding the transnational phenomenon through the exclusive lens of the nation-State – even though this, paradoxically, is the main line of understanding it, insofar as it is the legal-institutional parameter or starting point.

Hence, access to justice for these communities cannot be envisaged without considering alternative means of conflict resolution that guarantees for an integration between people, cultures and different interests in order to ultimately seek the coexistence advocated by today’s democracies. This is where the study of *Business and Human Rights* fits in, as a specialized branch of Human Rights, aimed precisely as a new democratic channel to enable agreements between community-business-State.

2.2 Business and Human Rights: beyond Corporate Social Responsibility (CSR) or Corporate Responsibility (CR)

After these introductory explanations, the question is: *what, after all, would this intersection of Human Rights and Businesses be?* Human Rights, in general, are known for the history of struggles and advances of humanity, becoming a fertile field for new forms of legal protection from the so-called *dynamogenic process*⁷ – that is, the dynamics in which transforms the social recognition of certain values into legal protection to new contents, which, in turn, expand the concept of human dignity that irradiates a complex of rights and obligations inherent to the Law.

It is in the current context of the transfer of economic activities from the State to the Corporation, accelerated mainly by the incorporation of neoliberal policies during the 20th century, that the (re)interpretations of the third dimension of human rights arise as an attempt to legally regulate transnational economic activity, oriented towards the fulfillment of globally established development goals. This movement, no doubt, is intrinsically related to the very object of access to justice.

This process is also influenced by other mechanisms of corporate culture – as, for instance, is the case of *Corporate Social Responsibility (CSR)* – which, although not originating from Law itself, share with Law the conception of the existence of actors that are distinct from the State and that should be liable to some extent based on the degree of positive and negative impacts they cause. Although this type of culture is closely linked to and serves as a rhetorical stimulus to the elaboration of policies embedded in sustainable development – which must be viewed with great attention in order not to fall into fallacies, according to the criticism of the openness and conceptual imprecision of sustainable development⁸ – it gains greater reflection and depth when associated with the legal safety net built on human rights.

Historically, as Piovesan and Gonzaga⁹ point out, the United Nations (UN) has taken a central role in the formulation of measures to consolidate the responsibility of economic agents, mentioning some allied initiatives: 1 - the creation, in 1974, of the United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC); 2 - the establishment of the 1976 Guidelines for Multinational Enterprises by Organization for Economic Cooperation and Development (OECD); 3 - the adoption of the Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, by the International Labor Organization (ILO), in 1977; altogether accompanied by the legal strengthening of CSR ideas through the United Nations Global Compact of 2000 and the Guiding Principles on Business and Human Rights of 2011 (also known as the “Ruggie Principles”), as well as practices motivated by international financial agents,

⁷ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Naspolini. Direitos humanos, empresa e desenvolvimento sustentável. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, n. 38, p. 1-13, 2015. Available at: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1422/965>. Access: May 2021.

⁸ BENACCHIO, Marcelo; HUDLER, Daniel Jacomelli. Globalização, empresa transnacional e direitos humanos: introdução crítica ao desenvolvimento sustentável na economia digital. In: SAYEG, R. H.; SELLOS-KNOERR, V. C.; BENACCHIO, M.; HUDLER, D. J.; GARCEL, A. (org.). *Globalização, empresa transnacional e direitos humanos*. São Paulo: UNINOVE, 2021. p. 12-31. Available at: https://docs.uninove.br/artefile/email/img/2021/dez/livro_Globalizacao_Empresa_Transnacional_e_Direitos_Humanos.pdf?_ga=2.9518069.1571993133.1643633153-392476667.1637065252. Access: Feb. 2022.

⁹ PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 31, n. 1, p. 11-28, 27 mar. 2019. Available at: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/9/7>. Access: Feb. 2022.

such as the Equator Principles¹⁰ and the Principles for Responsible Investment (PRI)¹¹.

From this brief history, it is already possible to indicate that there has been a direction of efforts to approximate the theoretical construction of the so-called Corporate Social Responsibility (CSR) to the context of legal responsibility inherent to Human Rights, embraced mainly in recent decades by the UN¹².

By this reasoning, in order to understand the possibility of autonomy of the discipline Companies and Human Rights in relation to these theoretical constructions, the second question would be: *what does CSR mean and to what extent does it converge with the theoretical and legal construction of Human Rights and Companies?*

Despite its relevance at the turn of the century, CSR or CR is not recent, nor was it born in the legal field. Pedro Ramiro¹³ reports that the term was first coined by the American economist Howard Bowen, in his work “Social Responsibilities of the Businessman” (1953), influenced by the mentality of welfarism and philanthropy and, since then, there has been no consensus on its meaning and scope, only that it is a new paradigm of behavior of large corporations, the result of a business adaptation to social changes that have emerged in the framework of economic globalization¹⁴.

For Aldo Olcese Santonja¹⁵, an enthusiast of the humanist strand of CSR, it would act in the vanguard of

the reformulation of the liberal capitalist model, from the adoption of a new cultural paradigm that values companies in the twenty-first century, namely, the responsible and sustainable company that, above all, aims at its perpetuity. This viewpoint, without a doubt, is based on an assumed ethical vision of the role played by TNCs’ in globalization. As stated by Olcese¹⁶:

Desde un punto de vista ético, el mayor poder de las empresas fruto del fenómeno de la globalización conlleva una mayor responsabilidad sobre el estado del sistema físico-social en el que operan. Asimismo, la sociedad en su conjunto, apoyándose en las posibilidades que les aporta el desarrollo de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, está exigiendo que las empresas se comporten de acuerdo a dicha responsabilidad. La empresa es, sin duda, una de las instituciones sociales más importantes y con un mayor poder de influir, positiva o no tan positivamente, en el sistema económico, natural y social. En este sentido, no cabe duda de que sobre la empresa recae parte de la responsabilidad de la situación actual de dicho sistema. Pero no podemos pensar que los impactos negativos de la empresa hayan sido conscientes ni culpabilizar a la empresa como institución. Lo que hemos de pensar es que la concepción tradicional de la empresa es hija de su tiempo, es decir, del paradigma cultural predominante. El nuevo paradigma de la empresa responsable y sostenible tiene unos claros antecedentes que es conveniente tener en cuenta.

From this point of view, the traditional values of the company would not be exclusive of a certain historical period, nor would they be excluded from the current business scenario, but they just cease to be preponderant in a new cultural context. The purely rationalist conception of business gains a new sense of awareness about feelings and interpersonal relationships.

Santonja influenced mainly by the concepts of “living company”¹⁷ and “smart company”¹⁸, presents what

sariales, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009.

¹⁶ OLCESE SANTONJA, Aldo. *La responsabilidad social y el buen gobierno en la empresa, desde la perspectiva del consejo de administración*. 2009. Tesis (Doctorado) – Facultades de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009. p. 22.

¹⁷ As Santonja clarifies, the concept elaborated by Dutch executive Arie de Geus, known for his executive and planning role at ETN Royal Dutch Shell, who established in his study four characteristics for the Living Company: 1 - sensitivity to its surroundings; 2 - cohesion and a strong sense of identity and belonging; 3 - tolerance to new ideas; 4 - conservatism in financial matters, as Santonja clarifies.

¹⁸ As Santonja clarifies, the concept elaborated by Peter Michael Senge, American systems scientist, professor at MIT, according to which there are five disciplines or personal domains necessary for an organization to be considered intelligent: 1 - mental models; 2 - building a shared vision; 3 - team learning; 5 - systemic thinking.

¹⁰ An initiative carried out by the International Finance Corporation (IFC), the financial arm of the World Bank, which presents criteria for granting credit in a sustainable way.

¹¹ Created by institutional investors in partnership with the UN that has more than 1400 signatories in more than 50 countries.

¹² HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan; GONZÁLEZ, Erika; RAMIRO, Pedro. Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad: responsabilidad social corporativa, lex mercatoria y derechos humanos. *Revista de Economía Crítica*, v. 28, p. 41-54, 2019. Available at: http://revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/JuanHernandez-ErikaGonzalez-PedroRamiro_Arquitectura-legal-de-la-impunidad.pdf. Access: Feb. 2022.

¹³ RAMIRO, Pedro. Las multinacionales y la responsabilidad social corporativa: de la ética a la rentabilidad. In: HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan; RAMIRO, Pedro (ed.). *El negocio de la responsabilidad: crítica de la responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales*. Barcelona: Icaria Editorial, 2009. p. 47-78.

¹⁴ RAMIRO, Pedro. Las multinacionales y la responsabilidad social corporativa: de la ética a la rentabilidad. In: HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan; RAMIRO, Pedro (ed.). *El negocio de la responsabilidad: crítica de la responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales*. Barcelona: Icaria Editorial, 2009. p. 49.

¹⁵ OLCESE SANTONJA, Aldo. *La responsabilidad social y el buen gobierno en la empresa, desde la perspectiva del consejo de administración*. 2009. Tesis (Doctorado) – Facultades de Ciencias Económicas y Empre-

would be a juxtaposition of the traditional values of the 20th century company with the new values brought by ethical questioning, which are expressed through a new paradigm of action of the companies, which balances the internal dichotomies¹⁹ in hope to survive and achieve its perpetuity.

This new awareness or conformation of values that guide the Company's way of acting - which is also called business ethics - would be, for the legal universe, equivalent to a form of "self-regulation" or voluntary regulation, to the extent that the company or economic group itself would promote the direction and supervision of its own practices driven, at least, by the need to preserve its image.

¹⁹ This juxtaposition of values is detailed by Santoja in relation to the following aspects: **a) Common good and private good:** there is a need for a synergy to, from an analysis of the benefits and harm brought to humans and the planet as a whole, verify how companies are contributing and how they can correct the course of their actions; **b) Collaboration and competitiveness:** there is a need for a greater emphasis on collaboration, exchange of ideas to bring new knowledge and solutions, so that the company must manage the tension between the need to compete and to collaborate; **c) Emotional and rational:** without forgetting the importance of rationality, there is a need for companies not to neglect the emotional aspect of human relations, which are essential for the development of important capacities for its members, such as creativity, commitment, enthusiasm, among others; **d) Trust and control:** although control is essential for the management of a company, its implicit idea is that there is no trust, so that it becomes necessary to avoid excesses in order to create an environment conducive to building trust among the members of the company and other people affected by the company's projects (stakeholders); **e) Learning and efficiency:** efficiency, despite being a foundation of economic theory, focuses on the present and obscures opportunities, since it delays the ability to live with the research, risk and uncertainty related to learning that, ultimately, is essential for companies that intend a greater longevity; **f) Coherence and image:** coherence and image are linked to reputation. The image value, which is an important strategic asset of the company, cannot eclipse the coherence (of its actions, values and principles) in its relationships. That is: the company, as well as people, should be concerned about their reputation, but should not seek formulas to "make up" the image they represent, as if it were a mere packaging; **g) Dialogue and communication:** communication should be done internally and externally with transparency, based on an open dialogue, among the different publics involved, about what it intends and what results it aspires to achieve; **h) Holarchy and hierarchy:** structure and hierarchy are essential to the company. However, in an environment of rapid change, there is a need for openness to temporary structures that can respond to demands, so that a responsible and sustainable company must combine a strong hierarchy with the possibility of the emergence and disappearance of temporary structures based on non-hierarchical leadership; **i) Diversity and uniformity:** companies need their members to share values and criteria. However, this does not mean the suppression of different cultures, values and understandings. Diversity itself ends up being beneficial to creativity.

At this point a new question arises: *would this change in the company's cultural paradigm be a solution to the residual problems of the TNCs' activity?* The answer is not as simple as it seems, so it is possible to point out some positions and reflect on them critically.

From a more optimistic point of view, even though the 1983 draft of the Code of Conduct on Transnational Corporations was not approved by the UN Human Rights Council, there is a whole range of international commitments (including those already listed) that strengthen the responsibility of companies with regard to human rights and move towards a new paradigm that, as understood by Piovesan and Gonzaga²⁰ is capable of transitioning from a business agenda focused on economic productivity to one influenced by the *human rights approach*.

About the possibility of this transition, it is explained by Ruggie, Rees and Davis²¹ that:

Soft law instruments such as the UNGPs differ from treaties in ways other than legal status. Once a treaty text is adopted it is meant to be ratified in its totality, enforced by its States parties, and typically some oversight entity is established to monitor compliance – in the case of UN human rights treaties, each has its own Treaty Body to perform those functions. No oversight or enforcement mechanism exists for soft law instruments. Nor is there any expectation that one as comprehensive as the UNGPs would be adopted as hard law as a single instrument. Guiding principles authoritatively define a universe of discourse and establish its basic parameters and perimeters. Their constitutive elements achieve uptake to the extent that they have intrinsic persuasive power, inspire or justify prescribed conduct, engender shared expectations of ends and means, as well as other such normative and epistemic factors.

In this line of thought, CSR, initially voluntary, becomes progressively mandatory as it is incorporated by Human Rights from the progressive growth of shared responsibilities.

²⁰ PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 31, n. 1, p. 11-28, 27 mar. 2019. Available at: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/9/7>. Access: Feb. 2022.

²¹ RUGGIE, John; REES, Caroline; DAVIS, Rachel. Ten years after: from UN guiding principles to multi-fiduciary obligations. *Business and Human Rights*, v. 6, n. 2, p. 179-197, 2021. Available at: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CCC2D26AFED66E29865B1AB8D2D7219A/S2057019821000080a.pdf/ten-years-after-from-un-guiding-principles-to-multi-fiduciary-obligations.pdf>. Access: Jul. 2022.

It is beyond the scope of this paper to present in detail the structure of the Guiding Principles on Business and Human Rights. Nevertheless, it cannot be ignored that the assumption for its effectiveness is the functioning of three different spheres of governance, which reinforce each other, that is, the traditional system of public law and governance, at international and national levels; the civil governance system, which oversees the adverse effects of business conduct; and corporate governance, which internalizes elements of the previous two in order to apply strategies and policies related to risk management. The challenge is to find an alignment of these spheres and mutual reinforcement, so that corporate compliance becomes a focal point for assessing companies and involving them in order to reduce damages and seek solutions, as well as pressuring governments to make the process mandatory²².

Thus, the reflections made by Newton De Lucca²³ are also justified in relation to the amplitude of the social function of the company and CSR, e.g., the defense of the possibility of the legal incorporation of a business ethic, as well as the expansion of the already known social function of the company. According to Newton De Lucca²⁴ formal legal compliance is not enough (e.g. compliance with the provisions of the labor, tax or social security laws), since there is a need to assume a more complex *corporate ethical duty*, with full adoption of a business policy internally that provides the worker with a professional and human development, means to improve his living and family conditions, guaranteed participation in the company's profits and decision-making process, in addition to maintaining externally an ethical relationship with customers, suppliers, the community where it operates and the environment in which it interacts.

In fact, it seeks an expansion of CSR, even beyond the traditional and limited civil and administrative liability, to achieve greater social engagement that meets

the needs not only of shareholders, but of stakeholders (e.g: consumers, local community, suppliers, employees and their families). In this sense, there is a departure from the traditional sense of corporate governance centered on the shareholders, and of approximation to the stakeholders, at least in the speech of company representatives.²⁵ An attempt to legalize this line of thought, in the Brazilian sphere, was the draft law 7.160/2002, which provided for a modification to art. 966 (concept of entrepreneur) of the Brazilian Civil Code, drafted by Congressman Ricardo Fiuza.

This ethical vision of business created by CSR is appealing and there is no doubt that it can inspire many enterprises today. However, academically, there is some divergence and resistance to a reconciliation between the traditional branch of Human Rights and the “new logic” of CSR. It is worth noting the criticism, for instance, in Spain, directed at Aldo Olcese Santonja's position – both then²⁶ and now²⁷ – that CSR is merely a marketing technique for companies, that is, a new way of rebutting the social criticism directed at them without necessarily changing the essence of their practices – what has become commonplace today to call the greenwashing of sustainability or bluewashing when applied to human rights.

3 Political-economic context and the development of business and human rights in Chile

An important question is why a country like Chile – which does not represent the largest economy nor

²² RUGGIE, John; REES, Caroline; DAVIS, Rachel. Ten years after: from UN guiding principles to multi-fiduciary obligations. *Business and Human Rights*, v. 6, n. 2, p. 179-197, 2021. Available at: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CCC2D26AFED66E29865B1AB8D2D7219A/S2057019821000080a.pdf/ten-years-after-from-un-guiding-principles-to-multi-fiduciary-obligations.pdf>. Access: Jul. 2022.

²³ DE LUCCA, Newton. *Da ética geral a ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 327.

²⁴ DE LUCCA, Newton. *Da ética geral a ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

²⁵ RUGGIE, John; REES, Caroline; DAVIS, Rachel. Ten years after: from UN guiding principles to multi-fiduciary obligations. *Business and Human Rights*, v. 6, n. 2, p. 179-197, 2021. Available at: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CCC2D26AFED66E29865B1AB8D2D7219A/S2057019821000080a.pdf/ten-years-after-from-un-guiding-principles-to-multi-fiduciary-obligations.pdf>. Access: Jul. 2022.

²⁶ RAMIRO, Pedro. Las multinacionales y la responsabilidad social corporativa: de la ética a la rentabilidad. In: HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan; RAMIRO, Pedro (ed.). *El negocio de la responsabilidad: crítica de la responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales*. Barcelona: Icaria Editorial, 2009. p. 47-78.

²⁷ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan; GONZÁLEZ, Erika; RAMIRO, Pedro. Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad: responsabilidad social corporativa, lex mercatoria y derechos humanos. *Revista de Economía Crítica*, v. 28, p. 41-54, 2019. Available at: http://revistaeconomiccritica.org/sites/default/files/JuanHernandez-ErikaGonzalez-PedroRamiro_Arquitectura-legal-de-la-impunidad.pdf. Access: Feb. 2022.

population in Latin America – was considered by international investor to be one of the countries with the best conditions for transnational mining enterprises at the end of the 20th century.

In fact, it is imperative to recognize that Chile already had an infrastructure for transnational mining since the colonial period, in a relationship of dependence on the support of the Spanish Crown to private entrepreneurs. But it is from the 1970s onwards that the economic power of TNCs and their reverse influence on political relations became more evident. In this regard, it is worth mentioning President Salvador Allende's emblematic accusation to the UN General Assembly of the influence of US TNCs on Chilean domestic politics, followed by his deposition by the Chilean military coup, as well as the very conception and implementation of neoliberalism as a political-economic proposal for development. This was the beginning of the debates on Business and Human Rights within the UN in a more specialized way.

As Yves Dezalay and Bryant Garth²⁸ report:

The 1973 Chilean coup that brought Augustus Pinochet to power has a particular importance in the development and legitimation of new state expertises. Chile was a laboratory in which contenders for legitimate state expertise in the north invested heavily, whether through democratic socialism or liberal economics. What happened in Chile, therefore, played directly into northern debates fought in the media and in the universities and think tanks. *The Wall Street Journal*, for example, could trumpet the purported successes of Chicago-trained economists in Chile as a reason to give Chicago economics more authority in the United States (and elsewhere). *The New York Times* could fight back on the terrain of human rights, again emphasizing Chile. The battles in Chile were thus not only internationalized but also central to defining what the internationally legitimate state would be. What happened in the Chilean laboratory-written simultaneously in the north and the south became the model for export to other parts of the world. This was true both of human rights and neoliberal economics.

It is worth noting that even before the aforementioned coup – which, let us stress, is incompatible with all the basic elements of access to justice – there was already a cultural relationship of exporting technical knowledge (related both to the study of economics and

human rights) that was not necessarily limited to neoliberal thinking. The option for this model came about through selective importation and incorporation of this model by the local financial and intellectual elite itself. As explained by Garth²⁹:

Until the end of World War II, Latin American importers looked mainly to Europe for such social capital. In the 1950s and 1960s, however, the import and export market shifted dramatically in favor of the United States. The shift has had important implications for the model of the state promoted within Latin America, since ideas associated with European social democracy lost value in relation to ideas associated with the relatively laissez-faire and market-oriented U.S. state. The major point, however, is that the influence of the United States on Latin American institutions and ideas is not just about what the dominant power imposes on Latin America but is also about what Latin American elites seek to import. The history of the human rights movement in Latin America is thus instructive about the workings of these kinds of import-export processes in general. 'Cutting-edge ideas' relating to democracy, as well as markets, have been promoted with pressure from the North, but also bought – imported – by both idealists and mercenaries in the South. This process is the 'soft' mechanism for promoting 'rules of the game' in the South that are consistent with orthodoxies in the North. With the human rights movement coming of age, the transformation of the U.S. government's foreign-aid programs and changes at the World Bank and other institutions in favor of formal democracy and the rule of law – as well as neoliberal economics – the 1990s became a kind of golden age for idealists of democracy reform. The stars were aligned for the import and export of democracy and the rule of law, and the efforts of that period undoubtedly had some impact, even if limited, in strengthening legal institutions.

This political and cultural relationship, in the economic field, triggered a progressive opening for direct international investments, mainly by Decree-Law 600/1974, which facilitated the exploration of products and services with foreign investments, as in the case of the megaprojects³⁰ in the mining field, especially copper, but not exclusively.

Noteworthy, in whole Latin America has been a trend toward the removal of trade barriers – e.g. elimina-

²⁸ DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002. p. 141.

²⁹ GARTH, Bryant. Exporting and importing democracy, law and human rights. *NACLA Report on the Americas*, v. 40, n. 1, p. 30, 2007.

³⁰ Albavera reports in his study that between 1990 and 1997, a total of \$4.7 billion was invested, with the following projects: Candelaria (Phelps Dodge-Sumitomo), Quebrada Blanca (Cominco-Teck), Zaldivar (Outokumpu - Placer Dome), Cerro Colorado (Rio Algom) and El Abra (Cyprus-CODELCO), just to mention a few.

tion of state monopolies, restrictions on financial flows, along with lower levels of tariff protection – elements that are, generally, positive for investments, especially for mining as an activity of international consumption that requires inputs and capital goods at the most competitive market prices but what is really relevant to understand is that Chile was a pioneer, beginning its liberalization process in 1974, when it eliminated non-tariff barriers and reduced nominal tariffs from an average of 94% to a flat rate of 10%. The 1982 crisis saw the latter rise again to 35%, but the rate had returned to 10% by January 1, 1999³¹.

In this sense, Decree-Law 600/1974 on foreign investments was one of the most relevant predecessor projects for economic liberalization (elimination of customs tariffs and non-discrimination of foreign investments) in Latin America, followed by the abolition of state monopolies and a prolonged low taxation in relation to the countries of the region, which resulted in a favorable competitive scenario for foreign investments³². In addition, a solid constitutional and legal system was established to protect private mining by establishing a concession regime that, even though it does not formally assign ownership to private investors, guarantees them property rights, legally reinforced by the 1983 Mining Code and subsequent modifications.³³

Chile has traditionally been one of the lowest taxed mining jurisdictions at least until 2006, as mining companies were not subject to a special mineral or royalty tax. Although there is a 35% withholding tax on remitted profits, the general income tax regime is the lowest in Latin America, with a corporate rate of only 17%, and tax incentives have been introduced to accommodate the specific needs of the mining industry, including accelerated depreciation and deferred payment of customs duties on imported capital goods. In addition, as noted, qualified investors can enter into a stability agreement with the Chilean government to fix the tax

regime. The above factors combine to establish Chile as one of the jurisdictions with the lowest tax burden for mining activities³⁴.

Thus, Chile, which has approximately 1/3 of the world's copper reserves, great quality and potential for exploitation of other ores, and the fact that there are already identified reserves – in the Escondida, Collahuasi, Sierra Gorda, and Andina regions, for instance – added to other factors already mentioned³⁵ only reinforced this potential.

On the other hand, despite the essentiality of this sector to economic development, it suffered from political and economic instabilities during the 1980s and into the 1990s, advancing also upon the return to the democratic scenario³⁶ in the last two decades³⁷. Also, according to John Ruggie³⁸, this sector is one of the leading in the number of complaints of human rights violations. The criticism of transnational mining companies is still valid today³⁹.

At this pace, in the field of Business and Human Rights, there is an endorsement especially by the UN Working Group and with support from the historical organizations such as Danish Institute for Human Rights for the possibility of adopting public policies (e. g: National Plans) with content directed to the obligation of States to function as a bridge for companies to res-

³¹ SANCHEZ ALBAVERA, Fernando *et al. Mining in Latin America in the late 1990s*. Santiago: United Nations, Aug. 2001. Available at: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6385/S0150381_en.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access: Feb. 2022.

³² SANCHEZ ALBAVERA, Fernando *et al. Mining in Latin America in the late 1990s*. Santiago: United Nations, Aug. 2001. Available at: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6385/S0150381_en.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access: Feb. 2022.

³³ UNCTAD. *How to attract and benefit from FDI in mining: lessons from Canada and Chile*. New York; Geneva: United Nations, 2011. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2010d11_en.pdf. Access: Feb. 2022.

³⁴ UNCTAD. *How to attract and benefit from FDI in mining: lessons from Canada and Chile*. New York; Geneva: United Nations, 2011. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2010d11_en.pdf. Access: Feb. 2022.

³⁵ i) legislation favorable to foreign investment; ii) lower taxation; iii) reduced risk-taking in the business.

³⁶ 1 - KLINE, John M. The role of transnational corporations in Chile's transition: beyond dependency and bargaining. *Transnational Corporations Journal*, Geneva, v. 1, n. 2, 1 Aug. 1992. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/iteitv1n2a5_en.pdf. Access: Feb. 2022.; 2 - SANCHEZ ALBAVERA, Fernando *et al. Mining in Latin America in the late 1990s*. Santiago: United Nations, Aug. 2001. Available at: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6385/S0150381_en.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access: Feb. 2022.

³⁷ 1 - UNCTAD. *How to attract and benefit from FDI in mining: lessons from Canada and Chile*. New York; Geneva: United Nations, 2011. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2010d11_en.pdf. Access: Feb. 2022.; 2 - OLCA. *Derechos humanos, extractivismo canadiense y agua*. Santiago: OLCA, ene. 2020. Available at: http://olca.cl/oca/informes/Olca-2020_Informe-DDHH-Extractivismo-Canadiense-y-Agua.pdf. Access: Feb. 2022.

³⁸ RUGGIE, John. *Corporations and human rights: a survey of the scope and patterns of alleged corporate-related human rights abuse*. New York: United Nations, 23 may 2008. Available at: <https://undocs.org/en/A/HRC/8/5/Add.2>. Access: Feb. 2022.

³⁹ See section 4 of this study.

pect human rights – which, it is worth saying, integrate, *per se*, a complex and feasible proposal for achieving and realizing access to justice.

How those plans function? Firstly, they should promote means for awareness raising, clarification on best practices, and creation of an environment of continuous dialogue for the conformation of often divergent interests. In this sense, They seek, above all, to create democratic places for debate, intermediated by governmental bodies, in which goals are set, oversight through monitoring via reports, and the participation of representatives from the most diverse areas, with technical support from public and private sectors.

Specifically, Chile has both a National Human Rights Plan (of domestic policy orientation) and a National Action Plan on Business and Human Rights (of foreign policy initiative), the latter approved in 2017 – which, it should be noted, was the second in Latin America to incorporate the logic of the Ruggie Principles and OECD guidelines. It represents an opportunity to fill gaps in the regulation of economic activities so that they do not affect human rights as a centralizing unit, serving as a means to fulfill Guiding Principle 8, which seeks to ensure policy coherence, although this is not the only measure, nor is it sufficient⁴⁰.

This plan is overseen by an Interministerial Committee on Human Rights and Business and supported by a Committee (Comité 360 de Derechos Humanos y Empresas) composed of a diverse range of civil society representatives, with representatives from the business sector, academic workers, human rights NGOs, community and gender equality NGOs⁴¹.

The committee itself represents a proposal for integration, which could serve as a locus or forum for debate – or, at least in theory, as a democratic channel that brings together and facilitates the flow of information with potential to reach new confluences and consensus, or at the very least, the legitimacy necessary for the es-

tablishment and use of legal and semi-legal procedures for settling disputes between companies and the local community.

Despite representing one of the most advanced public policy documents on the subject, the fact is that it also has weaknesses, both in its content and in its implementation, including during the year 2020. Some of these criticisms focus on the absence of public consultation directed at indigenous peoples in the form of ILO Convention 169 on Indigenous and Tribal Peoples ratified by Chile⁴², as well as the disregard of specific environmental impact studies (EIA) by Chilean administrative bodies⁴³.

4 Critics on transnational mining in Chile: what we can learn?

If, on the one hand, there is no disagreement about the conditions that have led Chile to become one of the most inviting countries in Latin America for foreign investments, especially for mining activities by TNCs, on the other hand, there is pertinent criticism about the supposed good practices of these transnational corporations. Although they have contributed to the increase in the national GDP in recent decades through the boom in the commodities production cycle, they have been questioned by Chilean academia, NGOs specialized in the protection of human rights, and even in studies published by international organizations, which must be considered in order to achieve access to justice, especially through the instruments and mechanisms available through Business and Human Rights.

⁴² OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla: estándares internacionales de derechos humanos y empresas*. Santiago: OC, ene. 2021. Available at: <https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2021/01/cartilla-empresa-y-ddhh-2020.pdf>. Access: Feb. 2022.

⁴³ 1 - SCHLEEF, Felipe Andrés Guerra. Los tribunales ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile. *Revista Justicia Ambiental*, Santiago, año 8, n. 9, p. 19-38, dic. 2017. Available at: <http://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2018/05/1-JUSTICIA-AMBIENTAL-N-9-19-38.pdf>. Access: Feb. 2022.; 2 - FRANCESCONE, Kirsten *et al.* *Analysis of the quebrada blanca expansion project phase II*. Ottawa: MiningWatch Canada; Santiago: OLCA, dec. 2020. Available at: https://miningwatch.ca/sites/default/files/eng_-_quebrada_blanca_report.pdf. Access: Feb. 2022.

⁴⁰ SCHÖNSTEINER, Judith. O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 93-110, 2019. Available at: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6231/pdf>. Access: Feb. 2022.

⁴¹ CHILE. Ministerio de Justicia. Subsecretaría de Derechos Humanos. *Reporte de finalización: primer plan de acción nacional de derechos humanos y empresas: periodo 2017 – 2020*. Santiago: Gobierno de Chile, abr. 2021. Available at: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2019/07/REPORTE-PAN.pdf>. Access: Feb. 2022.

Since the beginning of the 21st century, the complaints and reports published globally have been increasingly detailed about company's activities, in terms of their successes and mistakes in the human rights field, and have become a relevant source to foster greater visibility and participation by civil society. These reports serve as a starting point in legal proceedings to collect and register plural and dissenting voices. An example of this was the accusation on Canadian activity by the *Working Group on Mining and Human Rights in Latin America*⁴⁴ to the Inter-American Commission on Human Rights in 2012.

The *first criticism* refers to the precariousness of social and labor relations. In common sense, mining activities generate an indirect stimulus to the economy, which grows around these activities and also in auxiliary activities to serve them. In this sense, transnational corporate activity generates jobs and helps the circulation of goods and services in the region in which it carries out its activities, especially when it encompasses projects that require large investments impossible (at first glance) to be attained by small or medium-sized companies.

However, according to Román and Ojeda's study⁴⁵, the mining clusters developed by TNCs' in Chile have generated comparatively fewer jobs and created "castes" of workers. A large part of the workforce is outsourced, with low wages, little formal education, and high flexibilization of labor rights, while a significantly smaller portion, with a higher level of education, has formal jobs with better conditions and wages. According to the authors, the reflexes of this also occur in interpersonal and family relationships, which helps in the distancing between groups of people and in the creation of a culture of discrimination and privileges.

Another relevant issue is the tax aspect, since there is no denying that mining is a relevant source of revenue.

In this regard, the second criticism refers especially to the delicate relationship and balance between the activity performed by the public and private sectors.

According to the studies promoted by Zerene within ECLAC⁴⁶ and the UNCTAD⁴⁷ report, the private sector collects comparatively less taxes for the activity, even though it represents 60% of the national production with the exploitation of the best and newest deposits and the participation of at least 10 TNCs', while the public sector is represented only by CODELCO and has the final stage or lower quality exploitations.

At this point, it is relevant to clarify the mining activity process, which is divided into two parts: 1 - in the first phase (exploration), a junior company with less financial capacity conducts a study with the objective of mapping/identifying deposits and the prospecting potential of certain locations; 2 - from that first project, a senior company with greater financial capacity and better relations with a given region acquires the project and makes investments in order to carry out the second phase (prospecting), which generally lasts years or decades⁴⁸.

These phases are directly influenced by concession rules (e.g.: the cost for the company to carry out the activity) and tax regimes (whether the tax is on the exploitation/production or on the result/profit), which change the perception about the financial return risk of the activity. In practice, what has been concluded in these studies is that Chile for many decades endorsed inviting policies, with risk-return reversals and lower tax rates, allowing considerable returns to private enterprise as a policy choice.

This criticism is quite valid, especially if we consider that factors such as the taxation model, the reduction or transfer of business risks (to put it another way: the

⁴⁴ In 2010, seven NGOs formed this group to analyze mining activities in Latin America. The following NGOs were initially part of this project: Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales – OLCA (Chile), Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo – CAJAR (Colombia), Fundación para el Debido Proceso –DPLF– (regional), Centro Hondureño de Promoción para el Desarrollo Comunitario – CEHPRODEC (Honduras), Asamblea Nacional de Afectados Ambientales – ANAA (México), Asociación Marianista de Acción Social (Perú) y Red Muqui (Perú).

⁴⁵ HERNÁNDEZ ROMÁN, Gerardo; PAVEZ OJEDA, Jorge. Neoliberalización y flexibilidad en el mundo del trabajo: notas sobre los trabajadores de la minería en Chile. *Sociedad Hoy*, Concepción, n. 23, p. 49-66, 2012. Available at: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90229346005>. Access: Feb. 2022.

⁴⁶ ZERENE, Gino Sturla *et al.* The wealth gifted to the large-scale copper mining industry in Chile: new estimates, 2005-2014. *CEPAL Review*, Santiago, n. 124, p. 99-119, apr. 2018. Disponible em: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/43953/RVI124_Sturla.pdf. Access: Feb. 2022.

⁴⁷ UNCTAD. *How to attract and benefit from FDI in mining: lessons from Canada and Chile*. New York; Geneva: United Nations, 2011. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2010d11_en.pdf. Access: Feb. 2022.

⁴⁸ ZERENE, Gino Sturla *et al.* The wealth gifted to the large-scale copper mining industry in Chile: new estimates, 2005-2014. *CEPAL Review*, Santiago, n. 124, p. 99-119, apr. 2018. Disponible em: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/43953/RVI124_Sturla.pdf. Access: Feb. 2022.

sharing of these business “risks” with the State), and the amount of royalties charged, favored the private sector without good reason, that is, without proof that there was the corresponding social development of the region – which, in the final analysis, would be the main objective of the State in expressly adopting such policies.

The *third criticism* centers on the absence of economic diversification. Strictly speaking, the mining activity exploration model may have generated greater economic dependence on the sector without there being a transition in favor of an expansion of independent services and not directly or indirectly related to exploration, which is essential for medium and long term, given the gradual closure or reduction of the production cycle of the extractive sector⁴⁹.

There is the *fourth criticism* related to disrespect for the environment and the rights of indigenous or indigenous peoples. Rights related, for instance, to the properties on which they are located, the maintenance of native livelihoods and cultures, etc. In recent years, despite attempts at convergence and greater dialogue, disrespect for the environment remains, especially in relation to direct and indirect aquifer exploitation, and repeated disrespect of the rights of local communities, who unfortunately, are excluded from the process of participation in the destination of the territories object of business activities⁵⁰.

The terms inherent to Human Rights and Business were not identified in decisions available at the Chilean judiciary’s website⁵¹. However, this does not imply the necessary denial of rights related to them, such as the important instrument of consultation with local communities in cases of bidding for mining exploration, which is also an integral part of the non-judicial mechanisms suggested by human rights and business. This instrument is extremely relevant and is already being recognized as a judicially enforceable right.

Within the Chilean Judiciary, despite decisions in lower courts that have denied in practice the effectiveness of this right (for purely formal issues, such as accurate presentation of the delimitation of the area), paradigmatic are the recent decisions of the Chilean supreme court – Rol. 99.2022⁵² and Rol. 8.507.2022⁵³. These decisions authorized the participation and hearing of the communities of Camar and Coyo as part of the bidding processes due to the exploration of lithium in the Atacama region.

The *fifth criticism* specifically refers to the existence of investments from governments of developed countries, which often, despite the strong presence of a sustainability discourse and the implementation of public policies in their own territories, fail to consider them as criteria. for investments in developing countries⁵⁴.

⁴⁹ CEPAL. *Minería para un futuro bajo en carbono: oportunidades y desafíos para el desarrollo sostenible*. Santiago: Naciones Unidas, 2019. Available at: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/44584/S1900199_es.pdf. Access: Feb. 2022.

⁵⁰ 1 - OLCA. *Derechos humanos, extractivismo canadiense y agua*. Santiago: OLCA, ene. 2020. Available at: http://olca.cl/oca/informes/Olca-2020_Informe-DDHH-Extractivismo-Canadiense-y-Agua.pdf. Access: Feb. 2022.; 2 - OBSERVATORIO CIUDADANO. *Proyectos mineros canadienses en el territorio de la comunidad agrícola de los diaguitas huasco altinos en Chile*: evaluación de impacto en derechos humanos. Santiago, dic. 2016. Available at: <https://observatorio.cl/2199-2/>. Access: Feb. 2022.; 3 - OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla: estándares internacionales de derechos humanos y empresas*. Santiago: OC, ene. 2021. Available at: <https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2021/01/cartilla-empresa-y-ddhh-2020.pdf>. Access: Feb. 2022.; 4 - SCHLEEF, Felipe Andrés Guerra. Los tribunales ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile. *Revista Justicia Ambiental*, Santiago, año 8, n. 9, p. 19-38, dic. 2017. Available at: <http://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2018/05/1-JUSTICIA-AMBIENTAL-N-9-19-38.pdf>. Access: Feb. 2022.; 5 - GRUPO DE TRABAJO SOBRE MINERÍA Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA. *El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de*

Canadá: resumen ejecutivo del informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Santiago, 2014. Available at: http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_canada_resumen_ejecutivo.pdf. Access: Feb. 2022.; 6 - FRANCESCONE, Kirsten *et al.* *Analysis of the quebrada blanca expansion project phase II*. Ottawa: MiningWatch Canada; Santiago: OLCA, dec. 2020. Available at: https://miningwatch.ca/sites/default/files/eng_-_quebrada_blanca_report.pdf. Access: Feb. 2022.

⁵¹ The criteria for inclusion of judicial decisions started from the choice of specific words – such as “Derechos Humanos y Empresas”, “Responsabilidad Social Corporativa”, “Comunidad Local/Indígena”, “Minería” – selecting the results of the year 2022 on the subject under the Chilean Supreme Court.

⁵² CHILE. Corte Suprema. *Rol N° 99-2022*. Rel. Ministro Sergio Manuel Muñoz Gajardo, Santiago, jun. 2022. Available at: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/40872>. Access: Jul. 2022.

⁵³ CHILE. Corte Suprema. *Rol N° 8.507-2022*. Rel. Ministro Sergio Manuel Muñoz Gajardo, Santiago, jul. 2022. Disponible at: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/40873>. Access: Jul. 2022.

⁵⁴ 1 - OLCA. *Derechos humanos, extractivismo canadiense y agua*. Santiago: OLCA, ene. 2020. Available at: http://olca.cl/oca/informes/Olca-2020_Informe-DDHH-Extractivismo-Canadiense-y-Agua.pdf. Access: Feb. 2022.; 2 - OBSERVATORIO CIUDADANO. *Proyectos mineros canadienses en el territorio de la comunidad agrícola de los diaguitas huasco altinos en Chile*: evaluación de impacto en derechos humanos.

An example of this is the investments made by the Canadian government in Chile. According to the *Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambiental - OLCA*⁵⁵, there is a strong presence of Canadian capital through indirect subsidies to mining activities, such as Export Development Canada (EDC)⁵⁶, including those aimed at CODELCO – with the objective of benefiting services from Canadian companies that serve said company, despite being on the list of human and environmental rights violators. In this regard, also the report carried out by *Observatorio Ciudadano*⁵⁷, on the impacts on the community of the huasco altino diaguítas.

5 Conclusion

Business and Human Rights, worked globally (e.g.: in the debates established within the scope of the UN) and regionally (such as consultations and measures promoted within the scope of the Inter-American Commission on Human Rights), together with international declarations and treaties, although not fully binding on companies – and without prejudice to their becoming, in the near future – they offer, at the very least, relevant guidelines for conduct for transnational business activity. They are an interesting source for normative production, including the incorporation of legal and semi-legal mechanisms by the States themselves.

However, it is important to highlight that the approximation of the ethical content, through which there is

a cultural construction of sustainability, will only make sense to the exact extent that such values are truly incorporated by one of its main protagonists in the 21st century: the entrepreneur. The incorporation of this thought and its reproduction in the social reality could never be dissociated from the legal counterpart – which, by the way, integrates it in the context of the very consolidation of capitalism, as a way of preserving it, aided by the legal action of the State. Hence the importance of considering Human and Business Rights as a possible way to access justice today.

The potential of this continuous process of converting business ethics (with non-binding rules) into a complex legal framework (with both binding and non-binding rules) cannot be ignored, especially at a time when the use of different procedures for more inclusive and participatory dispute resolution is advocated for access to justice. Likewise, a less discursive and more active stance is increasingly required by all social actors as a criterion for legitimation.

And this process, although fragile from the point of view of enforceability and slow because it still relies heavily on voluntarism towards its main subject (the entrepreneur with decision-making power) also depends on the counterpart of the State – whether nationally for guidance, support, legislative implementation and monitoring of respect for Human Rights – whether at the international level – for auditing, rendering accounts of its activities to the international community and coordinating the efforts of multiple actors. And this active stance depends on the political interest of a given community and its relationships at the global level.

To put it another way, the relationship between Human Rights and CSR only becomes relevant if there are real economic, social and environmental consequences, especially guaranteed by Law (e.g. from the consolidation of the normative structure with the definition of obligations and rights), which is glimpsed through a new gateway represented precisely by the intersection Business and Human Rights that seeks to strengthen internal and external political ties.

This strengthening of political ties certainly involves a plurality of multilevel interests essential to the already frayed and difficult relationship between State-society-Company. As seen, in Chile, there is a diversity of ethnic and cultural groups within the national society that are not necessarily represented by the State, but are

Santiago, dic. 2016. Available at: <https://observatorio.cl/2199-2/>. Access: Feb. 2022; 3 - GRUPO DE TRABAJO SOBRE MINERÍA Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA. *El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá*: resumen ejecutivo del informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Santiago, 2014. Available at: http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_canada_resumen_ejecutivo.pdf. Access: Feb. 2022

⁵⁵ OLCA. *Derechos humanos, extractivismo canadiense y agua*. Santiago: OLCA, ene. 2020. Available at: http://olca.cl/oca/informes/Olca-2020_Informe-DDHH-Extractivismo-Canadiense-y-Agua.pdf. Access: Feb. 2022.

⁵⁶ It is a credit and export agency for promoting trade between Canada and other countries through loans and insurance directly to Canadian companies or their buyers abroad. This agency acts as the financial arm of the government with the participation of the Canadian Crown, which is accountable to the respective parliament.

⁵⁷ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Proyectos mineros canadienses en el territorio de la comunidad agrícola de los diaguítas huasco altinos en Chile*: evaluación de impacto en derechos humanos. Santiago, dic. 2016. Available at: <https://observatorio.cl/2199-2/>. Access: Feb. 2022.

vocalized, albeit partially, through specialized transnational networks promoted by NGOs and educational institutions.

Undoubtedly, in this movement of access to justice via Business and Human Rights, the approach of the academic community should be welcome, so that it stops being a mere spectator and starts to use useful skills for negotiation, treatment and publicity of information, strengthening of a democratic environment favorable to dialogue and technical clarification, in favor of the true process of sustainable development.

Clearly, this work is a reading of real relationships in a global market economy from a very specific perspective – after all, we are seeking to theoretically justify the effectiveness of a given legal model based on studies that focus on concrete economic, social and environmental relations in a given space and time – in an attempt to understand the feasibility of an intricate legal system and why one can (or should) advocate for the existence of Business and Human Rights as a possible way to access justice, recognizing their failures and successes so far, but above all, it proposes to understand how this new way of looking at legal relations affects business relations with the local community. At least, in the Chilean experience, Business and Human Rights has proved to be valuable as an experimental laboratory for Latin America.

References

BENACCHIO, Marcelo; HUDLER, Daniel Jacomelli. Globalização, empresa transnacional e direitos humanos: introdução crítica ao desenvolvimento sustentável na economia digital. In: SAYEG, R. H.; SELLOS-KNOERR, V. C.; BENACCHIO, M.; HUDLER, D. J.; GARCEL, A. (org.). *Globalização, empresa transnacional e direitos humanos*. São Paulo: UNINOVE, 2021. p. 12-31. Available at: https://docs.uninove.br/artes/email/img/2021/dez/livro_Globalizacao_Empresa_Transnacional_e_Direitos_Humanos.pdf?_ga=2.9518069.1571993133.1643633153-392476667.1637065252. Access: Feb. 2022.

CEPAL. *Minería para un futuro bajo en carbono: oportunidades y desafíos para el desarrollo sostenible*. Santiago: Naciones Unidas, 2019. Disponible em: <https://www.>

[cep.org/sites/default/files/publication/files/44584/S1900199_es.pdf](https://www.cep.org/sites/default/files/publication/files/44584/S1900199_es.pdf). Access: Feb. 2022.

CHILE. Corte Suprema. *Rol N° 8.507-2022*. Rel. Ministro Sergio Manuel Muñoz Gajardo, Santiago, jul. 2022. Disponible at: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/40873>. Access: Jul. 2022.

CHILE. Corte Suprema. *Rol N° 99-2022*. Rel. Ministro Sergio Manuel Muñoz Gajardo, Santiago, jun. 2022. Available at: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/40872>. Access: Jul. 2022.

CHILE. Ministerio de Justicia. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Reporte de finalización: primer plan de acción nacional de derechos humanos y empresas: periodo 2017 – 2020*. Santiago: Gobierno de Chile, abr. 2021. Available at: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2019/07/REPORTE-PAN.pdf>. Access: Feb. 2022.

DE LUCCA, Newton. *Da ética geral a ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

FRANCESCONI, Kirsten et al. *Analysis of the quebrada blanca expansion project phase II*. Ottawa: MiningWatch Canada; Santiago: OLCA, dec. 2020. Available at: https://miningwatch.ca/sites/default/files/eng_-_quebrada_blanca_report.pdf. Access: Feb. 2022.

GARTH, Bryant. Exporting and importing democracy, law and human rights. *NACLA Report on the Americas*, v. 40, n. 1, p. 29-30, 2007.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. *Buffalo Law Review*, v. 27, p. 181-292, 1978. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>. Access: Feb. 2022.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE MINERÍA Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA. *El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá: resumen ejecutivo del informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago, 2014. Available at: http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_canada_resumen_ejecutivo.pdf. Access: Feb. 2022.

HERNÁNDEZ ROMÁN, Gerardo; PAVEZ OJEDA, Jorge. Neoliberalización y flexibilidad en el mundo

del trabajo: notas sobre los trabajadores de la minería en Chile. *Sociedad Hoy*, Concepción, n. 23, p. 49-66, 2012. Available at: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90229346005>. Access: Feb. 2022.

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan; GONZÁLEZ, Erika; RAMIRO, Pedro. Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad: responsabilidad social corporativa, lex mercatoria y derechos humanos. *Revista de Economía Crítica*, v. 28, p. 41-54, 2019. Available at: http://revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/JuanHernandez-ErikaGonzalez-PedroRamiro_Arquitectura-legal-de-la-impunidad.pdf. Access: Feb. 2022.

KLINE, John M. The role of transnational corporations in Chile's transition: beyond dependency and bargaining. *Transnational Corporations Journal*, Geneva, v. 1, n. 2, 1 Aug. 1992. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/iteitv1n2a5_en.pdf. Access: Feb. 2022.

OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla: estándares internacionales de derechos humanos y empresas*. Santiago: OC, ene. 2021. Available at: <https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2021/01/cartilla-empresa-y-ddhh-2020.pdf>. Access: Feb. 2022.

OBSERVATORIO CIUDADANO. *Proyectos mineros canadienses en el territorio de la comunidad agrícola de los diaguítas huasco altinos en Chile: evaluación de impacto en derechos humanos*. Santiago, dic. 2016. Available at: <https://observatorio.cl/2199-2/>. Access: Feb. 2022.

OLCA. *Derechos humanos, extractivismo canadiense y agua*. Santiago: OLCA, ene. 2020. Available at: http://olca.cl/oca/informes/Olca-2020_Informe-DDHH-Extractivismo-Canadiense-y-Agua.pdf. Access: Feb. 2022.

OLCESE SANTONJA, Aldo. *La responsabilidad social y el buen gobierno en la empresa, desde la perspectiva del consejo de administración*. 2009. Tesis (Doctorado) – Facultades de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 31, n. 1, p. 11-28, 27 mar. 2019. Available at: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/9/7>. Access: Feb. 2022.

RAMIRO, Pedro. Las multinacionales y la responsabilidad social corporativa: de la ética a la rentabilidad. In: HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan; RAMIRO, Pedro (ed.). *El negocio de la responsabilidad: crítica de la responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales*. Barcelona: Icaria Editorial, 2009. p. 47-78.

RUGGIE, John. *Corporations and human rights: a survey of the scope and patterns of alleged corporate-related human rights abuse*. New York: United Nations, 23 may 2008. Available at: <https://undocs.org/en/A/HRC/8/5/Add.2>. Access: Feb. 2022.

RUGGIE, John; REES, Caroline; DAVIS, Rachel. Ten years after: from UN guiding principles to multi-fiduciary obligations. *Business and Human Rights*, v. 6, n. 2, p. 179-197, 2021. Available at: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CCC2D26AFED66E29865B1AB8D2D7219A/S2057019821000080a.pdf/ten-years-after-from-un-guiding-principles-to-multi-fiduciary-obligations.pdf>. Access: Jul. 2022.

SANCHEZ ALBAVERA, Fernando *et al.* *Mining in Latin America in the late 1990s*. Santiago: United Nations, aug. 2001. Available at: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6385/S0150381_en.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access: Feb. 2022.

SCHLEEF, Felipe Andrés Guerra. Los tribunales ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile. *Revista Justicia Ambiental*, Santiago, año 8, n. 9, p. 19-38, dic. 2017. Available at: <http://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2018/05/1-JUSTICIA-AMBIENTAL-N-9-19-38.pdf>. Access: Feb. 2022.

SCHÖNSTEINER, Judith. O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 93-110, 2019. Available at: <https://www.publicacoesacademicas.unicub.br/rdi/article/view/6231/pdf>. Access: Feb. 2022.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. Direitos Humanos, empresa e desenvolvimento sustentável. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, n. 38, p. 1-13, 2015. Available at: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1422/965>. Access: May 2021.

UNCTAD. *How to attract and benefit from FDI in mining: lessons from Canada and Chile*. New York; Geneva: United Nations, 2011. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2010d11_en.pdf. Access: Feb. 2022.

VELA-ALMEIDA, Diana *et al.* *Indicadores de sostenibilidad en la minería metálica*. Santiago: CEPAL, May 2021. Available at: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46876-indicadores-sostenibilidad-la-mineria-metalica>. Access: Feb. 2022.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Model International Mobility Convention: An Inter-American System of human rights reflection on the non-criminalization principle
Modelo de Convenção da Mobilidade Internacional: um sistema interamericano de reflexão sobre os direitos humanos sobre o princípio da não criminalização

Lutiana Valadares Fernandes Barbosa

Ana Luisa Zago de Moraes

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Model International Mobility Convention: An Inter-American System of human rights reflection on the non-criminalization principle*

Modelo de Convenção da Mobilidade Internacional: um sistema interamericano de reflexão sobre os direitos humanos sobre o princípio da não criminalização

Lutiana Valadares Fernandes Barbosa**

Ana Luisa Zago de Moraes**

Abstract

This paper aims to provide an Inter-American reflection on the Model International Mobility Convention (MIMC), which is a proposal of an international convention on international mobility. First, it offers an introductory overview of the MIMC. Next, it analyzes the drafter's background, and the MIMC references to assess a perspective of States members of the Inter-American System of human rights was considered. The paper claims the need for a participatory assessment of scholars that provide an Inter-American view. Finally, it suggests some additions to the MIMC regarding the principle of non-criminalization of migration, based mainly on Brazilian law and the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence. Other Inter-American contributions are also relevant and need to be the object of further studies.

Keywords: Model International Mobility Convention; migration; refugee; Inter-American System of Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; criminalization; non-criminalization principle.

Resumo

Este artigo tem como objetivo proporcionar uma reflexão interamericana sobre o Modelo de Convenção Internacional de Mobilidade (MIMC). Primeiro, oferece uma visão geral introdutória do MIMC. Em seguida, analisa os antecedentes do redator e considera as referências da Convenção para avaliar a perspectiva dos Estados membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O documento afirma a necessidade de uma avaliação participativa dos estudiosos que fornecem uma visão interamericana. Por fim, sugere alguns acréscimos ao MIMC quanto ao princípio da não criminalização da migração, com base principalmente na legislação brasileira e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Outras contribuições interamericanas também são relevantes e precisam ser objeto de estudos posteriores.

* Recebido em 16/02/2022

Aprovado em 06/07/2022

** Defensora Pública Federal desde 2010, com atuação na área cível e de direitos humanos. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, cum laude. Master of Laws Columbia University cum laude. Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Grupo de Estudos da Escola Nacional da Defensoria Pública da União Migração e Inteligência Artificial. Pesquisa os seguintes temas: educação em direitos humanos, teoria geral da mobilidade humana, inteligência artificial e armas letais autônomas.

Email: lutianafernandes@yahoo.com.br

*** Federal Public Defender in Brazil (2010-2022). Master (2009) and Doctor (2016) in Criminal Sciences (PUCRS). Migration Law Professor in Mercosul School of Defenders (BLODEPM) in 2017. Human Rights Professor in Master of Human Rights (Uniriter, 2019-2020). Participated in the International Visitor Leadership Program (IVLP) Combating Trafficking in Persons (2021) and in the International Migration Law Course in IOM (2019). Author of the book "Crimigration: the relation between migration and criminal policy in Brazil" (2016). Member of the Public Defender's National School Group "Migration and artificial intelligence". Research the following topics: migration, criminalization and transitional justice

Email: analuisamoraes@hotmail.com

Palavras-chave: Modelo Convenção Internacional de Mobilidade, migração, refugiado, Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, crimigração, princípio da não criminalização

1 Introduction

In a world with over 280 million migrants,¹ those who cross borders are left with uncertainties and a lack of protection as the international mobility regime is “fragmented and incoherent.”² Except for a few specific conventions, such as the 1951 Refugee Convention³ and the Migrant Workers Convention,⁴ there is no international law framework on the theme. The Model International Mobility Convention (MIMC) is a cutting-edge proposal of an international convention that aims to redesign the global governance of international mobility, which was embraced by the Carnegie Council for Ethics in International Affairs. It “urges the international community to be proactive with regard to mobility,”⁵ and offers a holistic approach that fills essential gaps in international law. It addresses visitors, tourists, students, migration workers, investors and residents, refugees, forced migrants,⁶ asylum seekers, migrants victims of trafficking, and migrants caught in States in crisis.⁷ It “[...]creates for the first time, a holistic and cumulati-

ve framework to cover these different categories of mobile people.”⁸ It aims to build a better international law framework for those crossing borders. It is complementary to other legal instruments and both reaffirms existing rights and expands rights and duties.⁹ The MIMC foresees, for instance, essential protection to forced migrants, who are those who flee due to “serious threats to life, physical integrity or freedom resulting from generalized violence or events seriously disturbing public order in either part or the whole of her or his State of nationality or in the case of a stateless person her or his state of habitual residence.”¹⁰ Therefore it provides opportunities to enhance the universal human rights law system regarding forced human mobility. It presents substantial innovative mechanisms to address migration challenges, such as a Responsibility Sharing framework¹¹, the Mobility Visa Clearing House, the Remittance Subcommittee Global Planning Platform, and a Global Refugee Fund.¹² The MIMC was drafted by a commission of eminent scholars and policy experts.¹³ It is also being further developed after the initial draft within the framework of the Carnegie Council.¹⁴

Despite the importance of an international mobility convention, such as the MIMC, we claim that its draft must embrace perspectives from various regions of the world, both to ensure a more effective instrument and also to avoid that international law serves as an instrument of enhancing prevailing colonial power dynamics that reinforce the global-north perspectives while silencing the global-south.¹⁵ Therefore, this paper aims to answer the questions if an Inter-American System of human rights perspective was considered so far

¹ MIGRATION DATA PORTAL. *Total number of international migrants at mid-year 2020*. (Jan. 20, 2021). Disponível em: https://migrationdataportal.org/international-data?i=stock_abs_&t=2020.

² ACHIUME, E. Tandayi. The Fatal Flaw in International Law for Migration. *Colum. J. Transnat'l L.*, 257 (2017-2018), p. 258.

³ Convention relating to the Status of Refugees, 189 UNTS 137 (Jul. 28, 1951).

⁴ International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families A/RES/45/158 (Dec. 18, 1990)

⁵ NAIR, Parvati. Beyond Mapped Horizons: Reflections on the Model International Mobility Convention. *Colum. J. Transnat'l L.* v. 56, p. 256, 2017-2018.

⁶ Se Aleinikoff T. Alexander. Taking Mobility Seriously in the Model International Mobility Convention. *Colum. J. Transnat'l L.*, v. 56, p. 296, 2017-2018 on the MIMC's contribution on the mobility of refugees and forced migrants.

⁷ Model International Mobility Convention. International Convention on the Rights and Duties of All Persons Moving from One State to Another and of the States They Leave, Transit or Enter. 2017. Disponível em: https://www.internationalmobilityconvention.org/wp-content/uploads/sites/2/2020/11/mimc_document_web.pdf [https://perma.cc/F3Q3-6G88] [Hereinafter MIMC]. https://mobilityconvention.columbia.edu/sites/default/files/content/pdf/mimc_document_web.pdf p. 4

⁸ MIMC, supra note 1, p. 5.

⁹ DOYLE, Michael W. The Model International Mobility Convention. *Colum. J. Transnat'l L.* v. 56, p. 221, 2018.

¹⁰ MIMC, supra note 1, art. 125.

¹¹ BANERJEE, Kiran. Rethinking the Global Governance of International Protection. *Colum. J. Transnat'l L.*, v. 56, p. 322-323, 2017-2018.

¹² MIMC, supra note 1, p. 99. For further information see the Treaty Body arts. 201 and following.

¹³ MIMC, supra note 1, p. 5.

¹⁴ According to professor Michael Doyle's speech at the Conference Model International Mobility Convention at the Brazilian Branch of the International Law Association (Sep. 2021) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sLXL8Uxjp3E>

¹⁵ OKAFOR, Obiora Chinedu, 'Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective.' 43 *Osgoode Hall Law Journal*, p. 174, 2005. See also, KERNER, Ina. Differences of Inequality Tracing the Socioeconomic, the Cultural and the Political in Latin American Postcolonial Theory, Working Paper No. 60, p. 22, 2013.

in MIMC's drafting process and, if not, what could be some of the possible contributions of an Inter-American System of human rights standpoint to the MIMC. By an Inter-American System of human rights perspective, this paper means a viewpoint from the States members of the American Convention on Human Rights and from scholars educated or affiliated with institutions located in member States of the American Convention on Human Rights. Hence, for the purposes of this paper, Inter-American System of human rights perspective is a synonym of the perspectives of scholars educated or affiliated with institutions located in member States of the American Convention on Human Rights, as well as perspectives from its organs and member States.

The hypothesis is that an Inter-American System of human rights viewpoint was not considered so far and that Inter-American System of human rights viewpoint might contribute to MIMC's way forward. Thinking through how the Inter-American System of human rights viewpoint might contribute to MIMC's development, we analyze the non-criminalization of migration based on Brazilian law. There are for sure other Inter-American contributions to the MIMC, such as the condition of indigenous refugees¹⁶, that need to be the object of further works.

The methodology used was a quantitative analysis of: 1) the MIMC's drafter's background in two tracks - 1.1) their current State(s) of affiliation and 1.2) the State(s) where they were educated (the first degree [or first law degree if both were in the same State], Masters and Ph.D.); 2); and 2) the citations contained in the MIMC's text. Affiliation with the United Nations and United Nations Documents were considered separately. We also reviewed the bibliography, legal instruments, and case law.

2 The drafter's background and the citations that litch-pin the Convention's articles

Aiming to assess if an Inter-American System of Human Rights perspective was considered so far, this

¹⁶ See for instance, FIGUEIRA, Rickson Rios, Indigenous refugees and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expressions related to traditional land and native language. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p.439-477, 2020.

paper analyzed the commission members' background and the footnotes presented in the MIMC, as published by the Columbia Journal of Transnational Law.¹⁷

Regarding the commission members, the paper analyzed their current affiliation and education.

Out of the forty Commission members, twenty-five were affiliated with organizations located in the United States, three in Canada, three in Sweden, two in the United Kingdom, two in Switzerland, one in Colombia (also affiliated with an institute located in Switzerland), one in India, one in Australia, one in the Netherlands, and one in Portugal and two related to the United Nations. In sum, only one of the commission members was affiliated with a State member of the Inter-American System of Human Rights, Bimal Ghosh, an Emeritus Professor at the Graduate Institute of Public Administration in Bogota and a Senior Fellow at the Graduate Institute for International and Development Studies in Geneva.¹⁸

On the educational background, we looked at the first degree (or first law degree if both were in the same State), Master and Ph.D.¹⁹ According to the information available on the internet, none of the commission members did their bachelor's, master's, or Ph.D. degree in a State member of the Inter-American System of Human Rights, except Saskia Sassen, who spent a year at the University of Buenos Aires in the 1960ths.²⁰

In conclusion, the only bonds found of the drafters with the Inter-American System of Human Rights were: Bimal Gosh, who is an Emeritus Professor at Graduate Institute of Public Administration in Bogota, and Saskia Sassen, who spent a year at the University of Buenos Aires in the 1960ths. While researching within the framework defined, current affiliation and education, we occasionally came across two bonds with States members of the Inter-American System of Human Ri-

¹⁷ Model International Mobility Commission. Model International Mobility Convention. International Convention on the Rights and Duties of All Persons Moving from One State to Another and of the States They Leave, Transit or Enter. *Colum. J. Transnat'l Law*, v. 56, p. 342-465, 2018. The same version is available at MIMC, supra note 1.

¹⁸ See Annex I.

¹⁹ See Annex I. We were not able to identify the State of the first degree of four of the commission members and none of the educational background of three commission members.

²⁰ See Annex I. We were not able to identify the State of the first degree of four of the commission members and none of the educational background of three commission members.

ghts that fall outside the predefined elements: Professor José Antonio Ocampo, born in Colombia, and Bianca Z. Santos, who did an internship in the NGO Conectas, in Brazil. It is also relevant to emphasize that Diego Acosta, though from Europe, has dedicated substantial efforts of his distinguished career to Latin American migration law.²¹

The affiliation and educational background of the drafters presented indicate a low likelihood of consideration of the Inter-American System of Human Rights perspective on human mobility. To further assess if an Inter-American System of Human Rights perspective was considered, all the footnotes of the MIMC were analyzed.

The citations throughout the MIMC also demonstrate that the Inter-American System of Human Rights perspective regarding jurisprudence, treaties, and scholarship was almost not considered. Two hundred and twenty-six out of the footnotes related to the United Nations²² and two to OECD²³. Fifty-two footnotes related to European Documents,²⁴ twenty-one to US documents,²⁵ five to African documents²⁶, three to Asian documents, one to Australian documents.²⁷ There were only three citations of Latin-American documents,²⁸

two of them regarding family reunification. Forty-three footnotes related to the scholarship.²⁹ The scholarship references were all in English, and none of the authors were affiliated with Inter-American Human Rights System member States institutions. One related to Japan, one to India, four to the UN, six to Canada, twelve to Australia, fifteen to Europe, and forty-four with the US.³⁰

Once we analyzed the original MIMC, which is also called MIMC 1.0, we analyzed the profile of the additional contributors to the MIMC 2.0,³¹ which is a development of MIMC 1.0, and found no links with States members of the Inter-American System of Human Rights.³²

In conclusion, the drafters were eminent scholars and practitioners, but only one of them was affiliated with an institution located in a State member of the Inter-American System of Human Rights. According to the information publicly available, none of them received a bachelor's, master or Ph.D. degree in a State member of the Inter-American System of Human Rights, except one who spent a year in Argentina. Furthermore, the instruments cited along the MIMC and that inspired the draft MIMC's articles were mainly from the UN Europe and the US. As a result, this paper argues that the MIMC as it currently stands reflects a global-north perspective. Significantly enough, the Inter-American System of Human Rights and its member-states have relevant jurisprudence and human mobility laws. The Interamerican Court of Human Rights has critical jurisprudence on migration issues, such as the non-criminalization of migration which are way more progressive than the MIMC. This paper claims that this Inter-American human rights system perspective can contribute

²¹ See for instance ARCARAZO, Diego Acosta & GEDDES, Andrew, *Transnational Diffusion or Different Models? Regional Approaches to Migration Governance in the European Union and MERCOSUR*, *European Journal of Migration and Law*, vol. 16, no. 1, pp. 19-44 (2014).

²² MIMC, supra note 1, footnotes 2,3,4,5,6,7,8,10,11,12,13,14,15,17,18,19,20,21,22,23,26,27,28,29,30,31,32,33,35,36,37,38,39,40,41,42,43,45,46,47,48,49,52,53,54,55,59,60,61,62,63,64,65,77,86,88,89,90,91,92,93,95,96,97,98,99,100, 101,102, 13,104, 105, 106, 107, 108, 109, 110,111,112,113,114,115,116,117,118,119,120,121,122,123,124,125,126,127,128,129,130,132, 133,133,134,135,136,137,138,139,141,142,143,144,145,147,148, 150,151, 155, 158, 161, 162,163,164,165,166,167,168,169,170,171,172, 176, 180, 182, 185, 186, 188, 189, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213,215, 216,217, 218,219,220,221,222,223,224, 225,226, 230, 231, 232, 234, 242,243,244, 245, 246,247, 249,250,251,252, 254,255,256,257,258,259,260,261,262,263,264,265,266,267, 271, 276, 279, 281, 282, 284, 285, 290, 297, 300, 307, 309, 3010, 311, 312, 313,314, 315,315,317, 318,319,320,321,322,323,324,325,326, 328, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 351.

²³ MIMC, supra note 1, footnotes 146 and 193.

²⁴ MIMC, supra note 1, footnotes 25,34,44,50, 69,87, 100,131,132, 152, 153, 154, 156, 173, 174, 178, 184, 195, 229, 235,236,237, 239, 241, 251, 269,270,272, 273,274, 275, 277, 278, 280, 286, 289,291,292, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 306, 328, 330, 332, 348.

²⁵ MIMC, supra note 1, footnotes 51,56,57,58,66,67, 68, 70,71,72,73,74,75,76,78,79,80,81,82,83,84

²⁶ MIMC, supra note 1, footnotes 235, 251, 303, 304, 305.

²⁷ MIMC, supra note 1, footnote 232.

²⁸ MIMC, supra note 1, footnotes 47, 328, 331.

²⁹ MIMC, supra note 1, footnotes 1,9,16, 85,94, 132,140, 149, 157, 159, 160, 175, 177, 179, 181, 183, 187, 190, 191, 192, 194, 196, 197, 212, 228, 233, 235, 240, 248, 253, 268, 279, 283, 287, 308, 327, 329, 334, 336, 343, 346, 349, 350.

³⁰ If more than one scholar was cited, we considered each of the authors. If one scholar was cited more than once, each of the citations was counted.

³¹ Draft Model International Mobility Declaration, An Agenda of Principles and Policies for the Next Decade. Disponível em: <https://www.internationalmobilityconvention.org/wp-content/uploads/sites/2/2020/11/Model-International-Mobility-Declaration.pdf> As stated in its footnote 2. See annex II. Unfortunately, the authors were not able to find the professional and academic background of Park Eun, John Kydd and Susan Oh. [hereinafter MIMC 2.0].

³² MIMC 2.0, supra note 18.The MIMC 2.0 is a declaration and contains only 2 footnotes.

to the debate and development of the MIMC. To reach the “realistic utopia”, it is necessary, in the words of Vincent Chetail, to dominate the “architecture of international migration law,”³³ a movement that distorts the conventional opposition between center and margin, outside and inside and more specifically: the opposition between refugee and migrant worker, documented and undocumented, legal and illegal. We also claim that the MIMC shall assure the participation of perspectives from the Inter-American System of Human Rights, itself, its States members, and scholars. Different perspectives enhance international law capability to address migration challenges that arise from all over the world. We recall, for instance, that it is estimated that two-thirds of the world’s refugees are hosted in global-south States. Furthermore, if a convention of international mobility disregards the Inter-American perspective, it risks being one more instrument of international law that plays a colonizing role, reproducing power domination of global-north States.

We acknowledge that MIMC is a minimum standard and its complementary character with other legal regimes³⁴ and congratulate drafters’ efforts to find a balance between the needs of those who cross borders and States sovereign interests.³⁵ Nonetheless, this paper claims that an Inter-American Human Rights System perspective can add food for thought to the MIMC’s way forward.

Once demonstrated MIMC’s lack of a Inter-American Human Rights System perspective, the following section will present a substantial contribution on the non-criminalization of migration, based on the Inter-American Human Rights system and the Brazilian Migration Law. Other aspects of the Inter-American perspective need to be the object of further works³⁶.

3 The Brazilian and Inter-American contribution on the principle of non-criminalization of migration

Based on the Inter-American perspective and the Brazilian law, we claim that the MIMC shall take the opportunity to convey the principle of non-criminalization of migration expressly. This principle is provided in article 3 of Brazilian Migration Law (13.445/2017).³⁷ It is also grounded on the Inter-American Court of Human Rights case “Vélez Lóor versus Panama”,³⁸ in its Advisory Opinions 18/2003³⁹ and 21/2014⁴⁰, and in the Inter-American Commission of Human Rights “Report on immigration in the United States: Detention and due process.”⁴¹ Inspired by the Brazilian law, the non-criminalization principle can be further divided into four subprinciples: (a) non-discrimination in criminal proceedings and criminal enforcement; (b) due process in administrative measures of compulsory withdrawal; (c) non-criminalization of crossborder movements; (d) non-imprisonment of migrants with a basis in their legal status.⁴²

³⁷ BRASIL. *Lei 13.445/2017 de 24 de Maio de 2017*. Diário Oficial da União [D.O.U] de 24.5.2017 (Braz.). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm.

³⁸ C. Vélez Lóor vs. Panamá, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 218 (Nov. 23, 2010). See also LEÓN, Gisela De, Contributions and Challenges for the Inter American Court of Human Rights for the protection of migrant’s rights: the case of Vélez Lóor vs. Panamá 7 Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J. 39 (2014).

Contributions and Challenges for the Inter American Court of Human Rights for the Protection of Migrants’ Rights: The Case of Velez Lóor v. Panama

³⁹ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, (Sept. 17, 2003).

⁴⁰ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, (Aug. 19, 2014). See also Jorge Contesse. Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in need of International Protection (Inter-Am. Ct. H.R.). *International Legal Materials*, v. 56, n. 5, p. 839-930, 2017. doi:10.1017/ilm.2017.32. Tatiana A. F. R. Cardoso Squeff and Marcia Leonora S. R. Orlandini. Is there a latin american child migration law? An analysis of the ‘Advisory Opinion n. 21 on the rights of child migrants’ rendered by the Inter-American Court of Human Rights. *Revista Videre*, v. 11, n. 21, 2019.

⁴¹ Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process, Inter-Am. Comm’n H.R., OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10 (2010).

⁴² MORAES, Ana Luisa Zago de. The non-criminalization principle in accordance to the new Brazilian Migration Law. *Panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 7-8, p. 113-136, 2017. Available at: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/pbl/issue/view/1816>.

³³ CHETAİL, Vincent. *International Migration Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

³⁴ MIMC, supra note 1, Summary p. 1.

³⁵ MIMC, supra note 1, p. 5.

³⁶ See for instance BARBOSA, Lúcia Valadares Fernandes, Citizenship: A Durable solution for those born as refugees Vol. 1 No. 2 Latin American Journal of European Studies 239 (2021). The paper suggests MIMC expressly embraces a right to citizenship for those born as refugees in its path to becoming a treaty “The Latin-American States are prone to lead the call for a right to citizenship for those born as refugees since birthright citizenship is adopted by nearly every State in Latin-America.”

Analyzing the MIMC we note that it already provides some relevant standards regarding subprinciples (a) non-discrimination in criminal proceedings and criminal enforcement and (b) due process in administrative measures of compulsory withdrawal.⁴³ However, additional specific topics inspired by the Brazilian Migration Law and the Inter-American Court of Human Rights case law, and Inter-American Commission of Human Rights recommendations and reports can enhance the minimal protection of those who cross borders. This additional protection especially regards the sub principles of (c) non-criminalization of cross-border movements and (d) non-imprisonment of migrants with a basis on their legal status. The four subprinciples will be discussed both based on an Intern-American system of human rights perspective and the MIMC in the subheadings ahead to point out the issues in which the Intern-American system of human rights perspective can add to the MIMC.

3.1 Non-discrimination in criminal proceedings and criminal enforcement

The principle of non-discrimination in criminal proceedings accrues from the principle of non-discrimination⁴⁴. As stated by the Inter-American Court of Human Rights in the Advisory Opinion OC-18/03, discrimination means “any exclusion, restriction or privilege that is not objective and reasonable, and which adversely affects human rights.”⁴⁵ The Inter-American Court of Human Rights has recognized that the principle of non-discrimination is part of *jus cogens*⁴⁶ and entails States’s obligation to assure adequate access to

⁴³ Non-discrimination in criminal proceedings and due process in administrative measures of compulsory withdrawal are provided in the following MIMC articles: non-discrimination (articles 5, 55, 98, 133), protection against arbitrary expulsion (article 13), protection against collective expulsion (article 70), protection against torture, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (article 16), the right to respectful treatment during arrest, detention and imprisonment (article 26), right not to be imprisoned merely on the ground of failure a visa obligation (article 28). See MIMC supra note 1.

⁴⁴ See Himanen, Markus. An Ambiguous Ban on Ethnic Profiling Reforming Immigration Law Enforcement at the Juncture of Non-Discrimination Norms and Migration Control. *Nordic Journal of Studies in Policing*, p. 1 – 18, 2022.

⁴⁵ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, p. 95 (Sept. 17, 2003).

⁴⁶ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, ¶101 p. 99 (Sept. 17, 2003).

measures of protection of their rights, irrespective of their migratory status, which encompasses the right to access to justice and to adequate jurisdictional protection.⁴⁷ States must not only refrain from acting in a venue that gives rise to discrimination but must also take measures against discrimination.⁴⁸

103. In compliance with this obligation, States must abstain from carrying out any action that, in any way, directly or indirectly, is aimed at creating situations of de jure or de facto discrimination. This translates, for example, into the prohibition to enact laws, in the broadest sense, formulate civil, administrative or any other measures, or encourage acts or practices of their officials, in implementation or interpretation of the law that discriminate against a specific group of persons because of their race, gender, color or other reasons.”¹⁰⁴. In addition, States are obliged to take affirmative action to reverse or change discriminatory situations that exist in their societies to the detriment of a specific group of persons. This implies the special obligation to protect that the State must exercise with regard to acts and practices of third parties who, with its tolerance or acquiescence, create, maintain or promote discriminatory situations.

As the Inter-American Court of Human Rights has emphasized, “[...] States may not subordinate or condition observance of the principle of equality before the law and non-discrimination to achieving their public policy goals, whatever these may be, including those of a migratory character.”⁴⁹

The MIMC already has provisions on non-discrimination, especially article 5, from which the sub-principle of non-discrimination in criminal proceedings and criminal enforcement follows. Thus, we claim that there is no need for additional provisions in this regard, but it is important to emphasize it as a component of the principle of non-criminalization of migration.

3.2 Due process in administrative measures of compulsory withdrawal

Due process is a *jus cogens* principle and is also stated in various international treaties, including the American

⁴⁷ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18,). ¶107, p. 100 (Sept. 17, 2003)

⁴⁸ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, ¶ 103 (Sept. 17, 2003). P. 99/100

⁴⁹ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, (Sept. 17, 2003).

Convention. Aside from the general guarantees applicable to all proceedings, Article 8(2) of the American Convention affords a series of minimum fair trial guarantees. Although the provision recognizes these minimum guarantees as applying to criminal proceedings, in an evolutive interpretation, the Inter-American Court, has widened its scope of application to proceedings outside the criminal sphere that concern the determination of rights and obligations of a civil, labor, fiscal or any other nature.⁵⁰

The MIMC touches upon the principle of due process in migratory administrative procedures in its articles that deal with non-discrimination (articles 5, 55, 98, 133), protection against arbitrary expulsion (article 13), protection against collective expulsion (article 70), protection against torture, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (article 16), the right to respectful treatment during arrest, detention and imprisonment (article 26), right not to be imprisoned merely on the ground of failure to fulfill a visa obligation (article 28). Despite the relevant provisions in the MIMC, we claim that the MIMC shall expressly recognize the principle of due process for measures of compulsory withdrawal. Measures of compulsory withdrawal are understood as compulsory withdrawal due to the commission of crimes (expulsion), compulsory withdrawal of an individual in an irregular immigration situation (deportation), and the repatriation of a person who is in a situation of impediment.⁵¹

The Inter-American system of human rights provides a vital linchpin for this claim. Article XXVI of the American Declaration sets forth that “[e]very person accused of an offense has the right to be given an impartial and public hearing [...]”⁵² According to the Interamerican Commission on Human Rights, the right to due process and access to justice stated in article XXVI embraces administrative and judicial migratory procedures.

⁵⁰ See Human rights of migrants, refugees, stateless persons, victims of human trafficking and internally displaced persons: Norms and standards of the InterAmerican Human Rights System. Inter-Am. Comm’n H.R., OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15 ¶ 300 (2015).

⁵¹ See articles 46 to 60 of the Brazilian Migration Law. BRASIL. *Lei 13.445/2017 de 24 de Maio de 2017*. Diário Oficial da União [D.O.U] de 24.5.2017 (Braz.). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm.

⁵² American Declaration of the Rights and Duties of Man, O.A.S. Res. XXX, Int’l Conf. of Am. States, 9th Conf., OEA/ser.L/V/II.23 doc.21 rev.6 (May 2, 1948).

“83. Regarding the issue of deportation as a civil procedure and the protections of due process afforded by the Declaration, the Commission has held that Article XXVI is applicable to civil as well as to criminal cases.[53] Indeed, to deny an alleged victim the protection afforded by Article XXVI simply by virtue of the nature of immigration proceedings would contradict the very object of this provision and its purpose to scrutinize the proceedings under which the rights, freedoms and well-being of the individuals under the State’s jurisdiction are established.”⁵³

The aim is to ensure careful examination of procedures in which States decide the person’s rights and life destiny. The Inter-American Commission on Human Rights has also expressed concern on “the impact of detention on due process, mainly with respect to the right to legal counsel which directly affects the right to seek release.”⁵⁴

In the same sense, the Inter-American Court in the Advisory Opinion OC-18/03 indicated that “[...] the right to due process of law must be recognized as one of the minimum guarantees that should be offered to any migrant, irrespective of his migratory status. The broad scope of the preservation of due process encompasses all matters and all persons, without any discrimination.”⁵⁵ This advisory opinion expressly affirmed that due process embraces all State’s proceedings that can affect migrants, including administrative and judicial.⁵⁶

The Inter-American Court of Human Rights, in the Vélez Lóor case, stated that “due legal process refers to the: all the requirement that must be observed in the procedural stages in order for an individual to be able to defend his rights adequately vis-à-vis any [...] act of the State that could affect them.”⁵⁷ It further specifies

⁵³ Case Andrea Mortlock, Admissibility and Merits, Publication, Inter-Am. Comm’n H.R., Report 63/08, Case 12534 ¶ 83 (2008). See also Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process, Inter-Am. Comm’n H.R., OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, ¶ 56 (2010); and Report on Terrorism and Human Rights, Inter-Am. C.H.R., ¶ 401, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. (2002)

⁵⁴ Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process, Inter-Am. Comm’n H.R., OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, p. 144 (2010).

⁵⁵ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, (Sept. 17, 2003).

⁵⁶ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, (Sept. 17, 2003).

⁵⁷ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, ¶

that “due process of law must be respected in any act or omission on the part of the State bodies in a proceeding, whether of an administrative, punitive or jurisdictional nature.”⁵⁸

In the same sense, the Inter-American Court in the Advisory Opinion OC-21/14 as regards to rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection has recalled that the right to due process refers to all procedures, administrative, legislative and judicial, to assure that people are capable to appropriately uphold their rights when a State decision is at stake.

Due process is also closely related to the notion of justice, which is reflected in: (i) access to justice that is not merely formal, but that recognizes and resolves the factors of real inequality; (ii) a fair trial; and (iii) the settlement of disputes so that the decision adopted attains the highest level of correctness in the law, that is to say, that a just solution is ensured insofar as possible.⁵⁹

In that regard, an analysis of inter-American jurisprudence and the thematic reports prepared by the Inter-American Commission in this area leads to the conclusion that immigration proceedings should offer the following minimum procedural guarantees:⁶⁰

(a) the right to prior notification in detail of the procedure for determining their legal status and, in the case of anyone who is detained, to be informed of the reasons for their detention and to be promptly notified of the charge or charges against them;

(b) the right of any person detained to be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and to a trial within a reasonable time or to be released without prejudice to the continuation of the proceedings. Their release may be subject to guarantees to assure his appearance for trial;

(c) the right to a hearing without delay, to adequate time and means for the preparation of their defense, and to meet freely and privately with their counsel;

(d) the right that immigration proceedings are conducted by a competent, independent, and impartial adjudicator;

(e) the right to be assisted without charge by a translator or interpreter;

(f) the right to be assisted by legal counsel;

(g) the right that the decision adopted is duly reasoned;

(h) the right to be notified of the decision adopted in the proceeding;

(i) the right to appeal the decision before a higher court, with suspensive effect;

(j) the right to information and effective access to consular assistance.

In sum, the principle of due process, including administrative procedures, is essential to assure that migrants are capable of defending their rights when the State’s decisions affect them. The MIMC being a minimum standard to assure a better future for those who cross borders shall expressly foresee the principle of due process for all administrative measures of compulsory withdrawal.

3.3 Non-detention of migrants with a basis in their legal status

This paper claims that the term “detention” must be understood in a broad sense, equivalent to deprivation of liberty, which means a more inclusive concept. Regardless of the specific term used at the local level, what matters is that the person cannot or is unable to leave or abandon at will the place or establishment where she or he has been placed. Hence, any situation or measure that fits in this definition will turn operational the associated guarantees.⁶¹ In this sense, the United Nations High Commissioner for Refugees has understood that, in the sphere of persons seeking international protection, detention means the “deprivation of liberty or

123, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, (Sept. 17, 2003).

⁵⁸ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, ¶ 123, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, (Sept. 17, 2003).

⁵⁹ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, p. 44 ¶109, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, (Aug. 19, 2014).

⁶⁰ Human rights of migrants, refugees, stateless persons, victims of human trafficking and internally displaced persons: Norms and standards of the InterAmerican Human Rights System. Inter-Am. Comm’n H.R., OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15 ¶ 303-304 (2015).

⁶¹ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, p. 44 ¶145, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, (Aug. 19, 2014).

confinement in a closed place which an asylum-seeker is not permitted to leave at will, including, though not limited to, prisons or purpose-built detention, closed reception or holding centres or facilities.” Additionally, it stated that “[d]istinctions between deprivation of liberty (detention) and lesser restrictions on movement is one of ‘degree or intensity and not one of nature or substance.’” Thus, “[r]egardless of the name given to a particular place of detention, the important questions are whether an asylum-seeker is being deprived of her or his liberty de facto and whether this deprivation is lawful according to international law.”⁶²

In the Advisory Opinion 21/2014 concerning rights and guarantees of children in the context of migration, the Inter-American Court of Human Rights affirmed that the principle of non-criminalization requires that States consider reviewing policies that criminalize cross-border movements and pursue alternatives to detention.⁶³ Thus, the offenses concerning the entry or stay in one State may not, under any circumstances, have the same or similar consequences to those derived from the commission of a crime. Migration and criminal proceedings must have different procedural purposes.⁶⁴

In the case *Vélez Lóor v. Panama*, the Inter-American Court of Human Rights established that measures of deprivation of liberty that aim at punishing the migratory flow or at immigration control are arbitrary and incompatible with the American Convention and American Declaration. Specifically, it determined that the detention of an individual owing to failure to comply with the immigration laws should never have a punitive scope. Measures of deprivation of liberty should only be used when necessary and proportionate on a case-by-case basis to ensure the appearance of the person at the immigration proceedings or to guarantee the implementation of a deportation order and only for the

shortest time possible. Consequently, the Court considered arbitrary immigration policies that establish the mandatory detention of irregular migrants, without an individualized assessment by the competent authorities of the possibility of using less restrictive measures that would be effective to achieve the required objectives.⁶⁵

The Special Rapporteur of the United Nations on the Human Rights of Migrants has already recommended that “[d]etention of migrants on the ground of their irregular status should under no circumstance be of punitive nature”.⁶⁶

When it comes to children, deprivation of liberty is always forbidden, including if the State admits detention based on the requirement of necessity to guarantee the implementation of a deportation order (what Brazilian legislation forbids too), because this can never be understood as a measure that responds to the child’s best interest. Thus, the Inter-American Court considers that measures of the deprivation of liberty of a child migrant in an irregular situation, ordered on this basis alone, is arbitrary and, consequently, contrary to both the Convention and the American Declaration.⁶⁷

Keeping family together owing to the child’s best interest is not a sufficient reason to legitimate or justify the exceptional admissibility of children’s deprivation of liberty with their parents. The reason is that deprivation of liberty has prejudicial effects on child’s emotional development and physical well-being. On the contrary, when the child’s best interest requires keeping

⁶² United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention ¶ 5 (2012). <https://www.unhcr.org/publications/legal/505b10ee9/unhcr-detention-guidelines.html>

⁶³ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, (Aug. 19, 2014). See also SMYTH, Ciara M. Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children, *Human Rights Law Review*, Volume 19, Issue 1, February 2019, Pages 1–36.

⁶⁴ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, ¶ 150, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, (Aug. 19, 2014).

⁶⁵ C. Vélez Lóor vs. Panamá, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, ¶ 171, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 218 (Nov. 23, 2010). It cites Human Rights Committee, C. v. Australia, (Communication No. 900/1999), ¶ 8 UN Doc. (CCPR/C/76/D/900/1999), decision adopted on November 13, 2002.

⁶⁶ PIZARRO, Gabriela Rodríguez (Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants) Specific Groups and Individuals: Migrant Workers, ¶ 73, U.N. Doc. E/CN.4/2003/85, 30 December 2002. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/162/55/PDF/G0216255.pdf?OpenElement>. Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social, and Cultural Rights, Including the Right to Development, ¶ 53 and 65, U.N. Doc. A/HRC/7/4, (10 Jan. 2008). See also, BUSTAMANTE, Jorge (Special Rapporteur on the human rights of migrants), Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social, and Cultural Rights, Including the Right to Development, ¶ 65, U.N. Doc. A/HRC/11/7, (May 14, 2009).

⁶⁷ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, ¶ 151 and 154, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, (Aug. 19, 2014).

the family together, the imperative requirement not to deprive the child of liberty extends to her or his parents. It obliges the authorities to choose alternative measures to detention as a precautionary measure in immigration proceedings, which are appropriate to the needs of the children.⁶⁸

Based on the above, we suggest that the MIMC expressly states the impossibility to use deprivation of liberty or, at least, the impossibility to use the detention of a punitive nature to control migratory flows, particularly those of an irregular nature. We also suggest the impossibility to use deprivation of liberty against children in any case, including as a precautionary measure in immigration proceedings.

3.4 Non-criminalization of cross-border movements

In recent years criminal law has become a prominent tool used by States in the Global North for the purpose of immigration control. While there are significant jurisdictional differences, the criminalization of immigration offenses has had a considerable impact on the lives of migrants, particularly the most vulnerable ones.⁶⁹

It is crucial to recognize the vulnerability of the irregular migrant, especially those who are victims of human trafficking or human smuggling, and those who suffered other violations of rights worsened by their migratory condition.

Criminal convictions have become, in several States, the fastest path leading to deportation. In the US, deportation became, after several legislative changes, “the consequence of almost any criminal conviction of a non-citizen,”⁷⁰ According to the data provided by

the US Immigration and Customs Enforcement, the numbers of so-called criminal aliens removed from the country have risen dramatically in the past decade.

Deportation and immigration detention are becoming forms of criminal power that represent an expression of the State’s will to control, inflict pain upon, and often, punish its non-members. By doing so, criminal power is no longer a domain of internal domestic relations, but also enters inter-State relations and becomes one of the mechanisms of global social control and governance.⁷¹

In this line, the UN’s Working Group on Arbitrary Detention has affirmed that “criminalizing illegal entry into a country exceeds the legitimate interest of States to control and regulate illegal immigration and leads to unnecessary detention.”⁷² Besides that, the Special Rapporteur on the human rights of migrants irregular entry or stay should never be considered criminal offenses: they are not *per se* crimes against persons, property or national security. So it is essential to emphasize that irregular migrants are not criminals *per se* and should not be treated as such.⁷³

The Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, requires States parties to establish as a criminal offense the smuggling of migrants. However, the criminalization requirement does not apply to the migrants who are being smuggled. The Protocol states that migrants shall not become liable to criminal prosecution under the Protocol for the fact of having been the object of smuggling.⁷⁴

⁶⁸ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, ¶ 158, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, (Aug. 19, 2014).

⁶⁹ MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal*. IBCCRIM, 2016; SASSEN, Saskia. *Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2014. p. 34. The precariousness includes not only the physical dangers of the journey, but also social marginality upon arrival, economic hardship and exploitation, as well as intrusive policing, surveillance and the threats of deportation and detention. Pickering, Sharon; BOSWORTH, Mary; FRANCO, Katja. *Criminologia da mobilidade*. In: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat. (org.). *Criminologias Alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 185-191.

⁷⁰ STUMPF, Juliet. *Crimmigration Crisis: Imigrants, Crime and Sovereign Power*. *Am. U. L. Rev.*, v. 56, p. 371, 2006.

⁷¹ Pickering, Sharon; BOSWORTH, Mary; FRANCO, Katja. *Criminologia da mobilidade*. In: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat. (org.). *Criminologias Alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 185-191.

⁷² Rep. of the U.N. Working Group on Arbitrary Detention, Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development, ¶ 53, U.N. Doc. A/HRC/7/4, (Jan. 10, 2008).

⁷³ Crépeau, François. *Special Rapporteur on the human rights of migrants*. Rep. of Special Rapporteur on the human rights of migrants, ¶ 13, U.N. Doc. A/HRC/20/24 Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf

⁷⁴ Crépeau, François. *Special Rapporteur on the human rights of migrants*. Rep. of Special Rapporteur on the human rights of migrants, ¶ 14, U.N. Doc. A/HRC/20/24. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf

We claim that MIMC embraces the prohibition of using criminal law to control irregular migration unless another legal asset was taken, such as in the case of human trafficking. In this sense, migrants' vulnerability reaffirm the right to personal liberty (Articles 7 of the American Convention and XXV of the American Declaration): liberty must be the rule while the immigration situation is decided or safe voluntary repatriation is implemented.⁷⁵

4 Final considerations

This paper provided Inter-American reflections on the Model International Mobility Convention, which is a cutting-edge proposal of an international convention that aims to redesign the global governance of international mobility, which was embraced by the Carnegie Council for Ethics in International Affairs. First, it analyzed MIMC's form and next contributed a share of its substance.

Regarding the form, it provided a quantitative analysis of the MIMC's drafter's profile and MIMC's references to assess if an Inter-American system of human rights perspective was considered. It confirmed the hypothesis and concluded that the perspective of States members of the American Convention on Human Rights was not voiced so far. Only one of the drafters was affiliated with an institution located in a State member of the Inter-American System of Human Rights, and none of them received a bachelor's, master or Ph.D. degree in a State member of the Inter-American System of Human Rights, except one who spent a year in Argentina. Furthermore, the instruments cited along the MIMC, were mainly from the UN Europe and the US, and none of the doctrinal works cited were from the authors from State members of the American Convention on Human Rights.

Considering this outcome, the paper claims for a participatory assessment of scholars from States members of the American Convention on Human Rights. International law tends to reproduce and reinforce power dynamics that give prominence to global-north States, while silencing those from the global-south, such as

the Inter-American System of Human Rights member-states. However, it is essential to assure participation from all geographic regions if international law aims at addressing the international mobility global challenge democratically. We recall that most forced migrants, for instance, are hosted in the global-south, highlighting the need for member States of the American Convention on Human Rights effective participation.

On the substance, aiming at contributing to the MIMC's realistic utopia, the paper offered some Inter-American suggestions, based mainly on the Brazilian Migration Law, the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence, and the Inter-American Commission of Human Rights recommendations and reports regarding the principle of non-criminalization of migration. Our claim is that the MIMC shall take the opportunity to convey the principle of non-criminalization of migration expressly and embraces provisions that: (a) assure due process in administrative measures of compulsory withdrawal; (b) expressly states the impossibility to use deprivation of liberty or, at least, the impossibility to use the detention of a punitive nature in order to control migratory flows, in particular, those of an irregular nature; (c) guarantees the impossibility to use deprivation of liberty against children in any case, including as a precautionary measure in immigration proceedings, and (d) prohibits using criminal law to control irregular migration, unless another legal asset was taken, such as in the case of human trafficking.

⁷⁵ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, ¶ 163, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, (Aug. 19, 2014).

5 Annex I and II

Annex 1- MIMC 1.0 Commission members⁷⁶

Commission Member	Affiliation	State affiliation	First Degree / First Law degree ⁷⁷	Master	Ph.D.
Diego Acosta	University of Bristol	UK	University of Madrid	Stockholm University	Kings College London
T. Alexander Aleinikoff	The New School- NY	US	Yale University		
Kiran Meisan Banerjee	University of Saskatchewan	Canada	University of Chicago	University of Chicago	The University of Toronto
Elazar Barkan	Columbia University	US	Tel Aviv University		Brandeis University (US)
Pierre Bertrand	Former UNHCR/ now public advocacy Consulting activities	UN	University of Montréal University of Geneva		
Jagdish Bhagwati	Columbia University	US	University of Cambridge Sydenham College of Commerce & Economics, Mumbai.		MIT
Joseph Blocher	Duke University	US	Yale University	Cambridge University MPhil	
Emma Borgnäs	<i>Swedish Ministry for Foreign Affairs</i>	Sweden	<i>University of Oslo</i>	<i>Columbia University</i>	
Frans Bouwen	The Hague Process on Refugees and Migration	Nederland	Bossey Ecumenical Graduate School Geneva	State University of Leiden	
Sarah Cliffe	NYU	US	Cambridge University	<i>Columbia University</i>	
François Crépeau	McGill University	Canada	McGill University	Bordeaux University	
Michael W. Doyle	Columbia University	US	<i>Harvard University</i>	<i>Harvard University</i>	<i>Harvard University</i>
David FitzGerald	University of California-San Diego	US	University of Texas at Austin	UCLA UC San Diego	UCLA
François Fouinat	Migration and Development, United Nations	UN	Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine, Paris		
Justin Gest	George Mason University	US	<i>Harvard University</i>	London School Of Economics	
Bimal Ghosh, FALTA	Graduate Institute for International and Development Studies- Geneva; Graduate Institute of Public Administration- Bogota	Switzerland and Colombia			
Guy S. Goodwin-Gill	University of New South Wales	Australia			

⁷⁶ The source was information publicly available on the internet. We apologize in advance if some information is missing or outdated. Despite the limitations, we believe that the aim to assess the general profile of the commission and if there are bonds with Inter-American System of Human Rights was accomplished.

⁷⁷ If the drafter has a law degree, only the law degree was provided. However, if the first degree was in a different State, it was also informed.

Commission Member	Affiliation	State affiliation	First Degree / First Law degree ⁷⁷	Master	Ph.D.
Randall Hansen	University of Toronto	Canada	University of British Columbia	St. John's College Oxford	St. John's College Oxford
Mats Karlsson	Swedish Institute of International Affairs	Sweden			
Donald M. Kerwin, Jr.,	Center for Migration Studies of New York	US	Michigan University		
Khalid Koser	Global Community Engagement and Resilience Fund Switzerland	Switzerland	University of Cambridge		University College in London
Rey Koslowski	University at Albany (SUNY)	US	Wesleyan University		University of Pennsylvania
Ian Matthew Kysel	Cornel University	US	Georgetown University	Georgetown University	
Justin MacDermott	<i>Swedish Ministry of Justice</i>	Sweden		<i>London School of Economics</i>	
Susan F. Martin	Georgetown University	US	Rutgers University	University of Pennsylvania	University of Pennsylvania
Sarah A.D. Miller	Columbia University	US	Valparaiso University	Oxford University	Oxford University
Elora Mukherjee	Columbia University	US	Yale Law School		
Parvati Nair	Queen Mary University of London	UK	University of London	University of London	University of London
Steven S. Nam	Stanford University	US	Columbia University	Columbia	
Daniel M. Naujoks	Columbia University	US	Humboldt University in Berlin		University of Münster
José Antonio Ocampo	Columbia University	US	University of Notre Dame		Yale
Maggie Powers	Columbia University	US	University Chicago	Columbia University	
Benedita Menezes Queiroz	Instituto de Ciências Jurídico-Políticas	Portugal	Portuguese Catholic University	European University Institute, Portuguese Catholic University	European University Institute
Dr S. Irudaya Rajan	Centre for Development Studies, Thiruvananthapuram, Kerala	India			
Sarah Rosengartner	Zolberg Institute on Migration and Mobility	US		Freie Universität Berlin and Sciences Po Paris	
Bianca Z. Santos	Pangea Legal Services	US	Georgetown University		
Saskia Sassen	Columbia University	US	(one year each) Université de Poitiers/ the Università degli Studi di Roma/ the University of Buenos Aires	University of Notre Dame University of Poitiers	University of Notre Dame
Peter J. Spiro	Temple University	US	University of Virginia		
Colleen Thouez	Open Society Foundations	US		McGill University	Tufts University
Joel P. Trachtman	Tufts University	US	Harvard University		

Annex II: MIMC 2.0 Additional contributors ⁷⁸

Contributor	Affiliation	State affiliation	First Degree / First Law degree ⁷⁹	Master	Ph.D.
Mireille Delmas-Marty	Collège de France	France	Faculté de droit de Paris		Université Paris II
Beth Simmons	Univ. of Pennsylvania	US	University of Redlands	University of Chicago Harvard University	Harvard University
Steven S. Nam	Stanford University	US	Columbia University	Columbia	
Daniel Connolly	Korea University	South Korea	Thompson Rivers University Canada	Korea University	Korea University
Park Mhyung					
Lee Shin-wha	Korea University	South Korea	Ewha Womans University (South Korea)	University of Maryland USA	University of Maryland USA
Lee Byoung-ha	University of Seoul	South Korea	Yonsei University (South Korea)	Yonsei University (South Korea)	Rutgers University (USA)
Chung Suh-yong	Korea University		Seoul National University and the London School of Economics		Stanford
Shin Hee-Soek	Yonsei University		Yonsei University	Harvard	Yonsei University
Park Eun					
Sabine Klahr	University of Utah	US	University of Oklahoma	University of Oklahoma	Montana State University-Bozeman
John Kydd					
Susan Oh					
Margit Ammer	Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte	Austria	Universität Wien	European Inter-University Centre, Venice	Universität Wien
Dr. Jean-Thomas Arrighi	Jean-Thomas is a research associate at the Robert Schuman Centre for Advanced Studies of the European University Institute (EUI), as well as an adjunct lecturer in politics at the Universities of Neuchâtel and Lucerne in Switzerland	Italy Switzerland		Robert Schuman Centre for Advanced Studies of the European University Institute (EUI) University of Bath (UK)	Robert Schuman Centre for Advanced Studies of the European University Institute (EUI)
Diego Acosta	University of Bristol	UK	University of Madrid	Stockholm university	Kings College London

⁷⁸ The source was information publicly available on the internet. We apologize in advance if some information is missing or outdated. Despite the limitations, we believe that the aim to assess the general profile of the commission and if there are bonds with Inter-American System of Human Rights was accomplished.

⁷⁹ If the drafter has a law degree, only the law degree was provided. However, if the first degree was in a different State, it was also informed.

Contributor	Affiliation	State affiliation	First Degree / First Law degree ⁷⁹	Master	Ph.D.
Rainer Bauböck	European University Institute and Chair of the Commission for Migration and Integration Research of the Austrian Academy of Sciences, Vienna	Austria			University of Vienna
Emma Borgnäs	Swedish Ministry for Foreign Affairs	Sweden	University of Oslo	Columbia University	
Rebecca Brubaker	Senior Policy Adviser and Project Director at the United Nations University Centre for Policy Research	United nations The university is located in NY		University of Oxford	University of Oxford
Kiran Banerjee	Dalhousie University	Canada	University of Chicago	University of Chicago	University of Toronto

References

ACHIUME, E. Tandayi. The Fatal Flaw in International Law for Migration. *Colum. J. Transnat'l L.*, p. 25, 756, 2017-2018.

Aleinikoff T. Alexander. Taking Mobility Seriously in the Model International Mobility Convention. *Colum. J. Transnat'l L.*, v. 56, p. 296, 2017-2018.

American Declaration of the Rights and Duties of Man, O.A.S. Res. XXX, Int'l Conf. of Am. States, 9th Conf., OEA/ser.L/V/II.23 doc.21 rev.6 (May 2, 1948).

ARCARAZO, Diego Acosta; GEDDES, Andrew. Transnational Diffusion or Different Models? Regional Approaches to Migration Governance in the European Union and MERCOSUR'. *European Journal of Migration and Law*, v. 16, n. 1, p. 19-44, 2014.

BANERJEE, Kiran. Rethinking the Global Governance of International Protection. *Colum. J. Transnat'l L.*, v. 56, p. 313, 2017-2018.

BARBOSA, Lutiana Valadares Fernandes Barbosa. Citizenship: A Durable solution for those born as refugees. *Latin American Journal of European Studies*, v. 1 n. 2, p. 239, 2021.

BRASIL. *Lei 13.445/2017 de 24 de Maio de 2017*. Diário Oficial da União [D.O.U] de 24.5.2017 (Braz.). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm

- BUSTAMANTE, Jorge. (Special Rapporteur on the human rights of migrants), Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social, and Cultural Rights, Including the Right to Development, 65, U.N. Doc. A/HRC/11/7, (May 14, 2009).
- Case Vélez Lóor vs. Panamá. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 218 (Nov. 23, 2010).
- CHETAIL, Vincent. *International Migration Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- CONTESSÉ, Jorge. Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in need of International Protection (Inter-Am. Ct. H.R.). *International Legal Materials*, v. 56, n. 5, p. 839-930, 2017.
- Convention relating to the Status of Refugees, 189 UNTS 137 (Jul. 28, 1951)
- Crépeau, François. *Special Rapporteur on the human rights of migrants*. Rep. of Special Rapporteur on the human rights of migrants, U.N. Doc. A/HRC/20/24 https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf
- DOYLE, Michael W. The Model International Mobility Convention. *Colum. J. Transnat'l L.* v. 56, p. 218, 2018.
- DOYLE, Michael. Speech at the Conference Model International Mobility Convention at the Brazilian Branch of the International Law Association (Sep. 2021) <https://www.youtube.com/watch?v=sLXL8Uxjp3E>
- Draft Model International Mobility Declaration, An Agenda of Principles and Policies for the Next Decade. Disponível em: <https://www.internationalmobilityconvention.org/wp-content/uploads/sites/2/2020/11/Model-International-Mobility-Declaration.pdf>
- FIGUEIRA, Rickson Rios, Indigenous refugees and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expressions related to traditional land and native language. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p.439-477 2020.
- Human rights of migrants, refugees, stateless persons, victims of human trafficking and internally displaced persons: Norms and standards of the InterAmerican Human Rights System. Inter-Am. Comm'n H.R., OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15 300 (2015).
- International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families A/RES/45/158 (Dec. 18, 1990).
- Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, (Sept. 17, 2003).
- KERNER, Ina. Differences of Inequality Tracing the Socioeconomic, the Cultural and the Political in Latin American Postcolonial Theory, p. 22, Working Paper No. 60, 2013.
- León Gisela De. Contributions and Challenges for the Inter American Court of Human Rights for the protection of migrant's rights: the case of Vélez Lóor vs. Panamá 7 Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J. 39 (2014).
- MIGRATION DATA PORTAL. *Total number of international migrants at mid-year 2020*. (Jan. 20, 2021). Disponível em: https://migrationdataportal.org/international-data?i=stock_abs_&t=2020.
- Model International Mobility Commission. Model International Mobility Convention. International Convention on the Rights and Duties of All Persons Moving from One State to Another and of the States They Leave, Transit or Enter. *Colum. J. Transnat'l Law*, v. 56, p. 342-465, 2018. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5daf8b1ab45413657badbc03/t/5fc5b5914e98326c02d6b3fd/1606792613853/Volume+56%282%29.pdf>
- Model International Mobility Convention. International Convention on the Rights and Duties of All Persons Moving from One State to Another and of the States They Leave. Transit or Enter (2017). Disponível em: https://www.internationalmobilityconvention.org/wp-content/uploads/sites/2/2020/11/mimc_document_web.pdf [<https://perma.cc/F3Q3-6G88>]
- MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal*. IBCCRIM, 2016.
- MORAES, Ana Luisa Zago de. The non-criminalization principle in accordance to the new Brazilian Migration Law. *Panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 7-8, p. 113-136, 2017. Available at: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/pbl/issue/view/1816>.
- MORTLOCK, C. Andrea. Admissibility and Merits. Publication, Inter-Am. Comm'n H.R., Report 63/08, Case 12534, 2008.

- NAIR, Parvati. Beyond Mapped Horizons: Reflections on the Model International Mobility Convention. *Colum. J. Transnat'l L.* v. 56, p. 248, 2017-2018.
- OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our
- Pickering, Sharon; BOSWORTH, Mary; FRANCO, Katja. Criminologia da mobilidade. In: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat. (org.). *Criminologias Alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 185-191
- PIZARRO. Gabriela Rodríguez. (Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants) Specific Groups and Individuals: Migrant Workers, 73, U.N. Doc. E/CN.4/2003/85, 30 December 2002. Disponível em: <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/162/55/PDF/G0216255.pdf?OpenElement>
- Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social, and Cultural Rights, Including the Right to Development, and 65, U.N. Doc. A/HRC/7/4, (10 Jan. 2008).
- Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process, Inter-Am. Comm'n H.R., OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 2010.
- Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process, Inter-Am. Comm'n H.R., OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 2010.
- Report on Terrorism and Human Rights, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, 2002.
- Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, (Aug. 19, 2014).
- SASSEN, Saskia. *Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.
- SMYTH Ciara M. Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children. *Human Rights Law Review*, v. 19, Issue 1, p. 1–36, Feb. 2019.
- SQUEFF, Tatiana A. F. R. Cardoso; ORLANDINI, Marcia Leonora S. R. Is there a latin american child migration law? An analysis of the 'Advisory Opinion n. 21 on the rights of child migrants' rendered by the Inter-American Court of Human Rights. *Revista Videre*, v. 11, n. 21, 2019.
- STUMPF, Juliet. Crimmigration Crisis: Imigrants, Crime and Sovereign Power. *Am. U. L. Rev.*, v. 56, p. 371, 2006.
- Time: A TWAIL Perspective. 43 Osgoode Hall Law Journal, 2005.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*. 2012. Disponível em: <https://www.unhcr.org/publications/legal/505b10ee9/unhcr-detention-guidelines.html>

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Evolução da proteção das mulheres vítimas de violência sexual na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: incorporação da perspectiva de gênero

Evolution of the protection of women victims of sexual violence in the jurisprudence of the Inter-american Court of Human Rights: incorporation of the gender perspective

Ana Maria D'Ávila Lopes

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Evolução da proteção das mulheres vítimas de violência sexual na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: incorporação da perspectiva de gênero*

Evolution of the protection of women victims of sexual violence in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: incorporation of the gender perspective

Ana Maria D'Ávila Lopes**

Resumo

Ao longo da história da humanidade, os direitos das mulheres foram limitados e, às vezes, até totalmente negados. Essa situação é produto da discriminação de gênero que, ainda, prevalece na grande maioria das sociedades do mundo e que coloca as mulheres em um plano de inferioridade em relação aos homens. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho consistiu em demonstrar como a incorporação da perspectiva de gênero na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) tem contribuído para melhorar a proteção dos direitos humanos das mulheres vítimas de violência sexual. Com essa finalidade, realizou-se pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e comparada, bem como uma pesquisa documental na legislação e jurisprudência interamericana. Desse modo, constatou-se, inicialmente, que o Direito é um instrumento de poder que, frequentemente, tem sido usado não para fazer Justiça, mas para perpetuar a discriminação de gênero contra a mulher. Verificou-se, ainda, que a violência sexual, enquanto manifestação da discriminação de gênero, tem sido historicamente silenciada. Finalmente, concluiu-se que a jurisprudência da CorteIDH sobre violência sexual evoluiu após a incorporação de perspectiva de gênero.

Palavras-chave: perspectiva de gênero; direitos das mulheres; violência sexual; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

Throughout human history, women's rights have been limited and sometimes even denied. This situation is the product of gender discrimination that still prevails in most of societies in the world and that places women in a position of inferiority in relation to men. In this context, the objective of this work was to demonstrate how the incorporation of the gender perspective in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IHR Court) has contributed to improve the protection of the human rights of women victims of sexual violence. For this purpose, a bibliographic

* Recebido em 30/03/2022
Aprovado em 10/06/2022

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista PQ2/CNPq.
E-mail: anadavilalopes@unifor.br.

research was carried out on national and comparative doctrine, as well as a documentary research on Inter-American legislation and jurisprudence. Thus, it was initially found that the law is an instrument of power that has often been used not to do justice, but to perpetuate gender discrimination against women. It was also found that sexual violence, as a manifestation of gender discrimination, has been historically silenced. Finally, it was concluded that the jurisprudence of the IHR Court on sexual violence evolved after the incorporation of a gender perspective.

Keywords: gender perspective; women's rights; sexual violence; Inter-American Court of Human Rights.

1 Introdução

O ser humano constrói sua personalidade relacionando-se com outros seres humanos. Para Taylor¹, é comparando o próprio comportamento com o dos outros, que as pessoas se tornam quem elas são. A intersubjetividade dessa construção revela como os valores vigentes em uma sociedade influenciam o que somos, o que fazemos e o que queremos. Não há seres humanos imunes aos valores da sociedade na qual se desenvolvem, assim como não há construções humanas axiologicamente neutras, pois, de uma ou outra forma, são também influenciadas pelos valores dos seus criadores.

A partir disso, as normas jurídicas, criadas e aplicadas pelos seres humanos, são diretamente influenciadas pelos valores adotados por seus criadores e aplicadores. Contudo, o Direito não é apenas influenciado pelos valores vigentes na sociedade que pretende regular, mas simultaneamente regula o comportamento dessa sociedade. É uma relação dialética.

El derecho significa más que las palabras de la ley. Organiza un conjunto complejo de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que tienden a fortalecer las creencias que él mismo inculca y fundamenta racionalmente, y que se vuelven condición necesaria de su efectividad².

O Direito não é, portanto, axiologicamente neutro, mas é um instrumento de poder utilizado, também,

como mecanismo de hierarquização social. O Feminismo³, conforme explica Smart⁴, tem mostrado como, ao invés de ser um instrumento de imposição da Justiça, o Direito tem sido utilizado pela sociedade machista para oprimir e excluir as mulheres do exercício de seus direitos, em decorrência do preconceito de gênero⁵, vigente em, praticamente, todas as sociedades.

Essa situação pode ser claramente visualizada no caso da violência sexual. A histórica persistência desse tipo de violência e seu silenciamento institucional e social refletem, inegavelmente, a força da discriminação de gênero contra as mulheres, graças, em grande parte, a normas e procedimentos jurídicos que não buscam proteger a vítima, mas que são instituídos para manter a estrutura hierárquica social na qual o homem se encontra em uma posição superior e a mulher é tratada como um ser de segunda categoria ou, às vezes, um simples objeto⁶.

Essa é justamente a questão que será abordada neste trabalho, em que mostraremos a relevância da incorporação da perspectiva de gênero nos julgamentos sobre

³ Sem desconhecer a diversidade de correntes feministas, no presente texto, abordar-se-á o Feminismo como “a somatória de diversos movimentos sociais e políticos, cujo objetivo comum é o aprimoramento da condição das mulheres, especialmente em relação à identidade de gênero, em sentido oposto aos dogmas patriarcais” (CALIL, Márcio Lúcio Garcez; MARKMAN, Debora. Direito, raça e gênero: elementos para a construção de uma teoria feminista do direito adequada ao feminismo negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 173-195, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6797/pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022. p. 176.

⁴ SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 31–61.

⁵ Gênero pode ser definido como “o conjunto modificável de características culturais, sociais e educacionais atribuídas pela sociedade ao comportamento humano, qualificando-o de masculino ou feminino”. (LOPES, Ana Maria D'Ávila *et al.* Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 28, n. 1, p. 15-34, 2008. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11783/9863>. Acesso em: 16 jun. 2022. p. 17. O gênero, ensina Joan Scott, é uma categoria útil de análise histórica das relações hierárquicas de poder baseadas nas diferenças entre os sexos. SCOTT, Joan. Gender: a useful category of historical analysis. *The American Historical Review*, v. 91, n. 5, p. 1053–1075, 1986. Disponível em: <https://genderstudiesgroupdu.files.wordpress.com/2014/07/scott-gender.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Discriminação de gênero contra as mulheres e a violência sexual. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 15-25.

¹ TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

² RUIZ, Alicia. La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 22.

violência sexual pela Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), como forma de reverter esse tratamento discriminatório contra as mulheres⁷.

Com essa finalidade, realizou-se pesquisa bibliográfica na doutrina brasileira e comparada, bem como pesquisa documental na legislação e jurisprudência do sistema interamericano, cujos resultados foram analisados por meio do método hipotético-dedutivo para o caso da doutrina, e o método indutivo para a legislação e a jurisprudência. Especificamente sobre a pesquisa jurisprudencial, esta se realizou no website oficial da CorteIDH, utilizando as palavras-chave de busca: gênero, mulher, discriminação e estupro. Assim, elencaram-se todos os casos julgados pela CorteIDH que, direta ou indiretamente, envolviam situações de violência sexual contra mulheres para, em um segundo momento, escolher aqueles que mostravam uma clara posição — favorável ou desfavorável — sobre o assunto, sintetizando, no final, os principais pontos arguidos, bem como algumas das medidas impostas contra os Estados condenados, no intuito de evidenciar a evolução jurisprudencial.

Dessa maneira, apresentam-se, a seguir, os principais resultados dessa pesquisa, iniciando com os aspectos teórico-conceituais relacionados à discriminação de gênero contra a mulher, para mostrar como, muitas vezes, o Direito é utilizado como instrumento de hierarquização social e não de Justiça. Posteriormente, a violência sexual, como manifestação de discriminação de gênero contra a mulher, é exposta, evidenciando a importância de incorporar a perspectiva de gênero no julgamento de crimes sexuais, com base na análise exemplificativa do caso Akayesu, julgado pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Por fim, será destacada a evolução da jurisprudência da CorteIDH nos casos de violência sexual, buscando demonstrar a importância de incluir a perspectiva de gênero nos julgamentos desse tipo de

crimes, como forma de garantir o pleno respeito aos direitos humanos das mulheres.

2 Gênero, Direito e discriminação

O Direito não é, apenas, norma, mas é também prática discursiva que atua no meio social como instrumento de legitimação do poder daquele que domina, sendo usado como mecanismo regulador do comportamento humano.

El derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en un cierto momento y lugar⁸.

O Feminismo denuncia como o Direito “producto de sociedades patriarcales, ha sido construido desde el punto de vista masculino y por eso refleja y protege los valores y atiende a sus necesidades”⁹. Nesse sentido, Smart¹⁰ distingue três percepções feministas que buscam explicar como o preconceito de gênero influenciou e influencia a criação e aplicação de normas jurídicas:

a) “a lei é sexista”: segundo essa abordagem, as leis têm sido utilizadas para relegar as mulheres a um plano de inferioridade em relação aos homens. Assim, por exemplo, por meio do revogado Código Civil de 1916, as mulheres casadas foram classificadas como relativamente incapazes e seu direito ao trabalho foi restringido¹¹. Por meio dos antigos artigos 215 e 216 do Código

⁸ RUIZ, Alicia. La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 21.

⁹ JARAMILLO, Isabel Cristina. La crítica feminista al derecho. In: WEST, Robin. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000. p. 52.

¹⁰ SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 31–61. p. 34-41.

¹¹ No revogado Código Civil de 1916 (Lei n.º 3.071, de 1 de janeiro de 1916) as mulheres casadas (artigo 6º, II) eram consideradas relativamente incapazes e necessitavam da autorização do marido para, por exemplo, exercer sua profissão, (artigo 242, VII) além de outras restrições. Essas normas foram revogadas apenas em 1962, por meio da Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962. BRASIL. *Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a situação jurídica da mul-

⁷ No presente trabalho, por motivos metodológicos, ir-se-á analisar apenas a discriminação de gênero contra as mulheres cisgênero, sem negar que esse tipo de discriminação atinge também às pessoas LG-BTIQA+. Pelos mesmos motivos, será apenas abordada a violência sexual contra as mulheres, sem negar que esse tipo de violência também pode ser cometido contra os homens.

Penal, o comportamento sexual das mulheres foi limitado ao sê-lhes exigido que fossem “honestas”, para poderem ser consideradas vítimas dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor¹².

Embora não se possa negar que, com base nessa perspectiva, o Direito pode ser classificado como sexista, essa posição é criticada por sua superficialidade. Assim, ao propor apenas a reforma das leis como solução para o problema da discriminação contra a mulher, esse posicionamento comete o erro de ignorar que o Direito não é, apenas, enunciando ou texto normativo.

Smart¹³, entretanto, alerta que, apesar de essa percepção ser considerada superficial, deve-se reconhecer que não se trata de uma proposta simplista:

no se piense que el argumento es, en modo alguno, simplista. Está encuadrado dentro de diversos grados de sofisticación, que van desde aquellos que sugieren que la introducción de un lenguaje neutral con respecto al género nos libra de los problemas de diferenciación y, por lo tanto, de discriminación (por ejemplo, referirse al cónyuge en vez de esposa o a la figura parental en vez de a la madre), hasta quienes estiman que la discriminación es parte de un sistema de relaciones de poder que es necesario enfrentar antes de que el sexismo pueda ser *extraído* de él.

De qualquer forma, é uma posição que deve ser rejeitada porque é impossível construir um sistema jurídico imune ao gênero, na medida em que uma cultura sem gênero, ou seja, sem comportamento feminino ou masculino, é impensável, pelo menos na atualidade. O máximo que se conseguiria com uma reforma apenas de textos seria uma legislação andrógina — e, portanto, irreal — e não uma legislação justa;

her casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 20 fev. 2022., conhecido como Estatuto da Mulher Casada.

¹² A Lei n.º 11.106, de 28 de março de 2005. BRASIL. *Lei 11.106, de 28 de março de 2005*. Altera a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm. Acesso em: 25 fev. 2022., retirou a exigência de “honestidade” para as mulheres poderem ser consideradas vítimas dos crimes de estupro e atentado ao pudor, previstos nos artigos 215 e 216 do Código Penal.

¹³ SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 31–61. p. 35.

b) “o Direito é masculino”: a visão do Direito como masculino parte da constatação de que a maioria dos operadores do Direito (legisladores, administradores públicos, juízes, advogados etc.) são homens.

Ao contrário do sexismo, que se limita a questionar os enunciados normativos como fonte de discriminação de gênero, essa segunda posição atribui a origem do problema a quem elabora e aplica as leis. Assim, a discriminação de gênero contra as mulheres continuará enquanto a maioria dos que elaboram e aplicam as normas sejam homens.

A principal objeção feita a essa posição é ter considerado os homens como uma categoria unitária e ter vinculado os valores machistas apenas aos homens. Fazer isso é cair no determinismo biológico que polariza a discussão, transformando-a em uma relação “todos os homens vs. todas as mulheres”. É preciso reconhecer que alguns valores machistas também estão presentes nas mulheres, assim como alguns valores feministas estão presentes nos homens.

Por outro lado, essa perspectiva erra também ao ignorar a interseccionalidade dos preconceitos por motivos de raça, cor, idade, orientação sexual, identidade de gênero, condição econômica, nível de escolaridade etc. Além disso, fragmenta a realidade em que o Direito se aplica¹⁴;

c) “o Direito tem gênero”: a diferença entre essa posição e a do Direito como masculino é sutil, mas crucial.

Entender que “o Direito tem gênero”, ao invés de afirmar que o Direito é sexista ou machista, leva a perguntar como o gênero opera no Direito e como este, por sua vez, contribui para a construção social do gênero, e da identidade masculina ou feminina de homens e mulheres.

Nesse sentido, o Direito é apresentado como discurso que não apenas legitima as relações de poder existentes, mas, paradoxalmente, é também um discurso

¹⁴ Embora não seja objeto do presente trabalho, algumas mulheres se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade de que outras, na medida em que são, também, vítimas de outros tipos de preconceitos, como raça, cor, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, idade, nacionalidade etc. os quais vão se somando àquilo que autores, como Djamilia Ribeiro, têm denominado “interseccionalidade”, agravando ainda mais a sua situação de discriminação. RIBEIRO, Djamilia. *Feminismo negro para um novo marco civilizatório*. SUR, São Paulo, v. 23, n. 24, p. 99-124, 2016. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/02/9-sur-24-por-djamila-ribeiro.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

carregado de historicidade e ideologia. Como afirma Alicia Ruiz, “cada vez que el derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o prohibida está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad”¹⁵.

Por outro lado, afirmar que “o Direito tem gênero” permite compreender que o problema da discriminação contra as mulheres não se resolve, apenas, modificando os textos das normas ou aumentando o número de operadores jurídicos mulheres, mas sim que é necessário mudar o sistema de valores de quem os elabora, implementa e aplica. Nessa linha, Harari e Pastorino¹⁶ afirmam que:

la ley por sí misma, no elimina las desigualdades, por mucho y muy frecuentemente que las señale y condene. El trabajo se debe realizar también sobre el sistema de valores de los magistrados y los funcionarios judiciales, para eliminar todo resabio sexista.

Assim, é necessário, em primeiro lugar, reconhecer o gênero como um fator que tem contribuído para a construção de uma sociedade hierarquizada na qual as mulheres foram relegadas a um plano inferior. Em segundo lugar, deve-se reconhecer que o Direito não é axiologicamente neutro, mas é influenciado pelos valores de quem o cria, implementa e aplica, podendo ser utilizado como instrumento de dominação, opressão e exclusão.

De qualquer forma, não há nada de irreversível ou de determinista na discriminação de gênero. É um mal da sociedade que pode e deve ser combatido, sendo responsabilidade de todos contribuir para a reversão desse quadro de injustiça, que exclui as mulheres do exercício pleno dos seus direitos humanos.

3 A violência sexual contra a mulher e a incorporação da perspectiva de gênero no direito internacional

A violência de gênero contra a mulher é aquela derivada da estrutura social hierárquica em que os homens, protegidos por uma sociedade imbuída de valores ma-

chistas, tratam as mulheres como seres de segunda classe ou, às vezes, até mesmo como um simples objeto¹⁷. Dentre as diversas formas de violência de gênero, será estudada, neste artigo, a violência sexual, considerada a mais cruel de todas, por atingir o que há de mais íntimo ao ser humano: sua sexualidade¹⁸.

A violência sexual pode ser definida como:

qualquer ato sexual, tentativa de obter um ato sexual, comentários ou investidas sexuais indesejados, ou atos direcionados ao tráfico sexual ou, de alguma forma, voltados contra a sexualidade de uma pessoa usando a coação, praticados por qualquer pessoa independentemente de sua relação com a vítima, em qualquer cenário, inclusive em casa e no trabalho, mas não limitado a eles¹⁹.

Na violência sexual por motivo de gênero, a mulher é utilizada não apenas para satisfazer a lascívia própria ou de terceiro, mas, e sobretudo, para mostrar poder sobre ela, inferiorizando-a e, inclusive, coisificando-a.

Essas situações nos remetem à discussão sobre os diferentes tipos de violência sexual que podem ser perpetrados contra as mulheres, cuja classificação foi construída pelo Tribunal Penal Internacional (TPIR) para Ruanda, no caso Akayesu²⁰:

a) físicas: penetração vaginal, anal e oral, mutilações (especialmente aquelas associadas à feminilidade, como genitália, seios, nádegas, rosto etc.), canibalismo, gravidez ou aborto forçados, esterilização, transmissão de doenças sexualmente transmissíveis etc.

b) Psicológicas: ameaça, tortura, escravidão sexual, imposição de incesto, estupro coletivo etc.

¹⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Discriminación de género contra la mujer en Brasil: la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Maria da Penha. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (org.). *Igualdad y no discriminación*. Fortaleza: IBDH, 2014. v. 3. p. 7-26.

¹⁸ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Discriminação de gênero contra as mulheres e a violência sexual. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 15-25.

¹⁹ KRUG, Etienne G. et al. *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002. Disponível em: <https://www.cevs.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021. p. 147.

²⁰ TPIR. *Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4*. Judgment, Sept. 2, 1998. Disponível em: http://hrlibrary.umn.edu/instree/ICTR/AKAYESU_ICTR-96-4/Judgment_ICTR-96-4-T.html. Acesso em: 10 jan. 2022.

¹⁵ RUIZ, Alicia. La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

¹⁶ HARARI, Sofia; PASTORINO, Gabriela L. Acerca del género y el derecho. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 146.

c) Morais: humilhação em público (como estupro público ou exposição pública da pessoa nua), imposição de práticas homossexuais (o que, em algumas culturas e religiões, constitui uma ofensa gravíssima) etc.

Apesar da gravidade dos danos, a violência sexual não apenas não costuma ser denunciada, mas, muitas vezes, é até ocultada pela mulher. Essa situação acontece porque o trauma das vítimas de violência sexual é tão grande que evitam ter de falar sobre o assunto para não recordarem a dor sofrida. Outras vezes, o silenciamento é por vergonha, na medida em que, em muitas sociedades, o sexo é, ainda, tabu e não se fala sobre isso em público. O medo de serem discriminadas é, também, motivo do silenciamento, pois, em algumas culturas, as práticas sexuais fora do casamento, independentemente das circunstâncias, são religiosas e moralmente condenadas e, inclusive, juridicamente punidas²¹.

A perversidade desse tipo de violência não se limita ao seu ocultamento pela própria vítima. Os danos que a violência sexual provoca nas mulheres é tão devastador que, frequentemente, é utilizada como arma ou estratégia de guerra durante conflitos internos e internacionais, como forma de atingir mais fortemente o inimigo. Robles Carrillo²² observa que a violência sexual contra as mulheres tem sido usada como uma arma de guerra em praticamente todos os conflitos da história da humanidade.

Apesar disso, somente em 1998, pela primeira vez, alguém foi condenado por um tribunal internacional por cometer crimes de violência sexual. Trata-se de Jean-Paul Akayesu, ex-prefeito da cidade ruandesa de Taba, condenado pelo TPIR, em 2 de setembro de 1998, por vários atos de violência sexual contra mulheres tutsis²³. Nas centenas de documentos do julgamento de Nuremberg (1945-1946), não há qualquer menção às palavras “mulher” ou “estupro”. Nos 22 volumes dos julgamentos de Tóquio (1946-1948), o estupro de

mulheres é mencionado, apenas, timidamente, sem que alguém fosse condenado por isso²⁴. Isso mostra como a violência sexual contra a mulher foi historicamente silenciada, em decorrência da hegemonia dos valores machistas que não apenas negam às mulheres sua qualidade de titulares plenos de direitos, mas que menosprezam sua dor e sofrimento, revelando sua coisificação.

Nesse sentido, o caso Akayesu é emblemático não apenas porque foi o primeiro em que alguém foi condenado internacionalmente por violência sexual, mas também porque esse tipo de violência deixou de ser concebida, apenas, como penetração vaginal, passando a abranger outras formas de violência, mesmo sem contato físico, como a nudez forçada. Além disso, o TPRI considerou a violência sexual um crime tão grave quanto o homicídio, especialmente se usado para fins genocidas, como aconteceu no conflito ruandês, em que se cometeram atos de esterilização, aborto, controle de natalidade e gravidez forçada com a intenção de promover o genocídio da população tutsi, deixando muitas mulheres inférteis como resultado da violência das agressões, ou grávidas de filhos dos soldados inimigos, para alterar a composição étnica da comunidade.

A decisão do TPRI, no caso Akayesu, revela uma mudança de posição do direito internacional, que passou a priorizar o impacto do crime na vítima, sendo uma abordagem mais humanizada que inclui, neste caso, a perspectiva de gênero.

A perspectiva de gênero ou “feminização do direito internacional” foi promovida por feministas, a exemplo de Catherine Mackinnon²⁵, que lutaram pelo reconhecimento da discriminação jurídica contra as mulheres, mostrando a necessidade de incluir uma abordagem de gênero no Direito, tradicionalmente elaborado e aplicado com base no entendimento da existência de um sujeito neutro como titular de direitos, que corresponde à figura de um homem adulto, branco, cristão, heteros-

²¹ LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Género y justicia transicional: la violencia contra la mujer en el marco de los conflictos armados. In: MAUÉS, Antonio Moreira; ALMADA, Martín (org.). *Verdade, justiça e reparação na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 11-34.

²² ROBLES CARRILLO, Margarita (coord.). *Género, conflictos armados y seguridad: la asesoría de género en operaciones*. Granada: UnE, 2012. p. XXV.

²³ TPIR. *Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4*. Judgment, Sept. 2, 1998. Disponível em: http://hrlibrary.umn.edu/instree/ICTR/AKAYESU_ICTR-96-4/Judgment_ICTR-96-4-T.html. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁴ LEATHERMAN, Janie L. *Violencia sexual y conflictos armados*. Barcelona: Bellaterra, 2013. p. 48-49.

²⁵ MACKINNON, Catherine A. *Toward a feminist theory of the state*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991. Mackinnon foi, inclusive, a primeira Special Adviser on Gender da Promotoria do Tribunal Penal Internacional, cumprindo um papel fundamental na introdução da perspectiva de gênero nos julgamentos sobre crimes sexuais. BENSODA, Fatou. Gender justice and the ICC. *International Feminist Journal of Politics*, London, v. 16, n. 4, p. 538-542, 2014. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14616742.2014.952125>. Acesso em: 17 jun. 2022. p. 539.

sexual, proprietário e sem deficiência física, mental ou sensorial.

[...] asumir una perspectiva de género, como “abstracción determinada” supone tener conciencia de las relaciones de poder establecidas social, histórica y políticamente entre los sexos que han instituido una visión del mundo [...] desde la que las mujeres han sido discriminadas por el mero hecho de ser mujeres, añadiendo un plus a las discriminaciones seculares por razón de pertenencias a una etnia, raza, clase, opción sexual, edad, discapacidad visible, etc. que no coincide con el patrón aparentemente universal, abstracto y neutral dominante²⁶.

É um entendimento que ignora as especificidades do ser humano concreto e que, como consequência dos valores preconceituosos e excludentes que permeiam a sociedade, os coloca em situação de vulnerabilidade, como no caso das mulheres. Zelada e Ocampo Acuña²⁷ explicam esse entendimento:

como se sabe, en un inicio se adoptaron tratados de derechos humanos con la intención de proteger “neutralmente” a todos los individuos (tanto hombres como mujeres) frente a los poderes públicos y privados. Sin embargo, en la práctica los tratados de derechos humanos presentaban una “brecha de género”¹⁹ para la protección de las mujeres frente a la violencia: Si bien tales instrumentos protegían formalmente los derechos humanos de las mujeres (desde la generalidad), en realidad éstos no respondían a las violaciones específicas que ellas padecían²⁰. Por ejemplo, a tenor de los tratados clásicos de derechos humanos, las mujeres ya se encontraban protegidas frente a la tortura; pero la violencia familiar y algunas formas de violencia sexual eran consideradas situaciones que, si bien afectaban a las mujeres, no activaban la aplicación de los tratados de derechos humanos ni de sus órganos supervisores.

En nuestra visión, ante esta “brecha de género” entre la protección abstracta de los derechos y la realidad de la victimización femenina, los sistemas internacionales de derechos humanos fueron adquiriendo conciencia de la necesidad de generar respuestas innovadoras para la protección de la mujer [...].

²⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. La construcción de las garantías: hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 111-145. p. 123.

²⁷ ZELADA, Carlos J.; OCAMPO ACUÑA, Diego A. Mauricio. Develando lo invisible: la feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Derecho en Libertad*, Monterrey, a. 4, v. 9, p. 138-190, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38451.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 143-144.

Adotar uma perspectiva ou enfoque de gênero no Direito significa reconhecer que a discriminação histórica de gênero contra as mulheres as coloca em desvantagem em relação aos homens, sendo dever do Estado implementar medidas para reverter essa situação de desigualdade. Nesse sentido, em todas as leis, políticas públicas e sentenças, deve-se observar a condição da mulher como ser humano em situação de vulnerabilidade, afastando-se da concepção do Direito como instrumento neutro de aplicação das normas, cego às condições concretas de vida dos seres humanos. Essa visão deturpada do Direito serve, apenas, para manter o *status quo* que favorece o homem. Feminizar o Direito, portanto, implica criar e aplicar as normas reconhecendo que seus destinatários não são seres neutros, desprovidos de qualquer condicionamento social, mas seres que carregam preconceitos com base nos quais assumem os papéis que a sociedade lhes impõe, provocando, em alguns casos, a negação do pleno exercício dos seus direitos e a invisibilidade de seus problemas, como na violência sexual por motivo de gênero contra a mulher.

4 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre violência sexual

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)²⁸ foi criado em 1948 por meio da Carta de Bogotá que instituiu a Organização dos Estados Americanos (OEA). Dentre seus principais documentos, citam-se: a *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem* (DADH), de 1948; a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (CADH) ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, e o *Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* ou Protocolo de San Salvador (PSS), de 1988.

²⁸ O Estado brasileiro internalizou a CADH, por meio do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, e reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte IDH por meio do Decreto n.º 4.463, de 08 de novembro de 2002, para o julgamento de fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, estando, portanto, obrigada a realizar o controle de convencionalidade. 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: 15 mar. 2022.

O SIDH possui dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). A CIDH, prevista na Carta da OEA de 1948, foi efetivamente criada em 1959, enquanto a CorteIDH foi instituída pela CADH de 1969. Ambos os órgãos atuam, hoje, conjuntamente na defesa e na promoção dos direitos humanos nas Américas.

A CIDH possui sede em Washington D.C e está composta por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral da OEA, de uma lista proposta pelos Estados-membros. Tais membros atuam de forma pessoal, isto é, apesar de serem de algum desses Estados, não os representam. O mandato é de 4 anos, renovável uma vez. Dentre as principais competências da CIDH, podem citar-se as de receber, analisar e investigar, inclusive *in locu*, petições individuais de violações aos direitos humanos previstas na DADH e na CADH. Compete, também, à CIDH, remeter os casos à jurisdição da CorteIDH, emitir relatórios sobre o cumprimento dos direitos humanos na região e recomendar aos Estados-membros a adoção de medidas para a melhor proteção desses direitos²⁹.

A CorteIDH, por sua vez, tem sede em São José da Costa Rica e encontra-se composta por sete juízes naturais dos Estados-membros da OEA, com mandato de 6 anos, renovável uma vez. A CorteIDH tem competência para julgar o Estado-membro que violar alguns dos direitos humanos previstos na CADH, proferindo sentença judicial fundamentada, definitiva e inapelável. Além dessa competência contenciosa, a CorteIDH tem também competência consultiva, exercida quando algum Estado-membro da OEA, ou órgão enumerado no Capítulo X da Carta da OEA, realiza consulta acerca da interpretação da CADH ou de qualquer outro tratado de direito humano aplicável em algum dos Estados-membros da OEA³⁰.

Nos últimos anos, com a finalidade de garantir uma melhor proteção aos direitos humanos, tanto a CIDH como a CorteIDH têm assumido uma posição ativista, não se limitando a investigar, processar, julgar e condenar os Estados pela violação dos direitos expressamente

previstos na DADH ou na CADH, mas, com base no princípio *pro homine* e na compreensão de que as normas internacionais de direitos humanos, formam um *corpus iuris*, têm utilizado outros documentos internacionais e, inclusive, jurisprudência internacional, como fonte argumentativa para responsabilizar os Estados.

Um desses documentos é a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*, de 1994, também denominada “Convenção de Belém do Pará”³¹, adotada pela OEA para tratar, especificamente, das diversas formas de violência contra mulheres, incluindo a sexual.

No Preâmbulo da Convenção de Belém do Pará, os Estados-partes reconhecem que a violência contra a mulher “constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens” e “permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases”.

O tema da violência sexual contra a mulher tem sido uma problemática enfrentada em diversas ocasiões no âmbito do SIDH, sendo necessário destacar que, no início, a perspectiva de gênero foi totalmente ignorada, dando lugar a decisões carregadas de visões preconceituosas que desconsideraram os direitos humanos das mulheres e das circunstâncias de violência às que foram submetidas.

Assim, um dos primeiros casos envolvendo violência sexual foi *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*³². Isidro Caballero Delgado e Maria del Carmen Santana, membros do Movimento 19 de abril foram detidos por soldados do exército colombiano, em 7 de fevereiro de 1989, no município de San Alberto, região de intensa atividade do exército, paramilitares e guerrilheiros. Durante essa detenção, foram vistos pela senhora Elida González Vergel, que declarou que a senhora Maria del Carmen Santana estava totalmente nua e com as mãos amarradas nas costas. No julgamento, a CorteIDH condenou o Estado colombiano pelo desaparecimento das

²⁹ OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

³⁰ OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

³¹ OEA. *Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*. 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 22 fev. 2022.

³² CORTEIDH. *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Fondo. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

duas vítimas, mas desconsiderou a acusação de maus tratos ou tortura contra a senhora Maria del Carmen Santana, apesar das declarações da testemunha e das circunstâncias específicas em que os crimes foram cometidos. Para Zelada e Ocampo Acuña³³,

este caso resulta uno de los ejemplos característicos de la 'brecha de género' existente para entonces en el derecho internacional interamericano: Una aparente víctima de violencia sexual no fue tutelada por el tribunal que ni siquiera ordenó la investigación posterior de dicho episodio.

Outro caso que revela essa brecha de gênero é *Loayza Tamayo vs. Perú*³⁴. A senhora Maria Elena Loayza Tamayo, professora universitária, foi detida, em 6 de abril de 1993, pela Divisão Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE) da Polícia Nacional do Peru, acusada de colaborar com o grupo terrorista Sendero Luminoso. Apesar de a vítima ter declarado que, durante sua detenção, foi incomunicada, estuprada e torturada, a Corte IDH condenou o Estado peruano, apenas, pela violação à liberdade e integridade pessoais, e às garantias judiciais, desconsiderando o crime de estupro por falta de provas³⁵. Trata-se de uma sentença que colocou a carga da prova na vítima e não no Estado, o que, em casos de violência sexual, torna quase impossível sua comprovação, haja vista serem crimes geralmente cometidos sem testemunhas e sem provas físicas concretas, contando apenas com a declaração da vítima, conforme Viana³⁶ observa:

ocorre, também, que nem sempre os crimes contra dignidade sexual deixam vestígios¹⁶, ou, mesmo que deixem, nem sempre são constatados ou coletados. Problema este agravado quando se percebe que o estupro, assim como os outros delitos sexuais, com frequência, é praticado às escuras, geralmen-

te, em locais desabilitados ou de difícil acesso, sem a presença de outras testemunhas a não ser a vítima e o real autor. Por esse motivo os crimes contra a dignidade sexual também são chamados de crimes clandestinos, visto que são praticados às escondidas, ao não alcance de testemunhas, com cuidados oportunos à consumação, para não serem desvendados e não deixarem vestígios.¹⁷ Nessas condições, a palavra da vítima constitui a única fonte que corrobora a acusação do ato, ocorrendo um nítido confronto entre seu discurso, ao se dizer violentada, e o do condenado, que se diz inocente, sem haver consenso para o que realmente aconteceu

A CorteIDH não apenas errou ao desconsiderar a declaração da vítima, mas também por ignorar o contexto de violência que se vivia no Peru naquela época, azotado, por um lado, pelos atos dos grupos terroristas *Sendero Luminoso* e *Movimento Revolucionario Túpac Amaru*³⁷ que, durante as décadas de 1980 e 1990, provocaram a morte de mais de 60.000 pessoas, segundo o relatório da *Comisión de la Verdad y de la Reconciliación*³⁸, e, por outro lado, pelas práticas contrárias aos direitos humanos cometidas pelos agentes do Estado, no combate a esses grupos, e que eram amplamente conhecidas.

Nos crimes de violência sexual contra uma mulher, o contexto possui especial relevância, pois, dada a dificuldade de conseguir provas sobre esse tipo de crime, as circunstâncias podem revelar se as violações aos direitos das mulheres constituem uma prática habitual. Justamente esse parâmetro interpretativo foi utilizado pela CorteIDH, em 2004, no caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* para condenar o Estado pelo estupro de dezenas de mulheres do povo indígena maia de Achi³⁹. Nessa ocasião, a CorteIDH levou em consideração o Relatório da Comissão para o Esclarecimento Histórico de Guatemala, no qual constava que “*la violación sexual de las mujeres fue una práctica común dirigida a destruir la dignidad de la persona en uno de sus aspectos más íntimos y vulnerables*”⁴⁰.

³³ ZELADA, Carlos J.; OCAMPO ACUÑA, Diego A. Mauricio. Develando lo invisible: la feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Derecho en Libertad*, Monterrey, a. 4, v. 9, p. 138-190, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38451.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 148-149.

³⁴ CORTEIDH. *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de diciembre de 1997, Fondo. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

³⁵ CORTEIDH. *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de diciembre de 1997, Fondo. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

³⁶ VIANA, Caroline Naves. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1035-1056, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5318/pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022. p. 1039-1040.

³⁷ PERU. Congreso Nacional. Participación ciudadana. *Terrorismo nunca más*. Disponível em: <https://www.congreso.gob.pe/participacion/tmm/preguntas-frecuentes/>. Acesso em: 5 jan. 2022.

³⁸ PERU. Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe final*. 28 de agosto de 2003. Disponível em: <https://www.cverdad.org.pe/ifi/final/>. Acesso em: 27 dez. 2021.

³⁹ CORTEIDH. *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Fondo. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴⁰ CORTEIDH. *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Fondo. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

Esse parâmetro foi crucial no caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*⁴¹, considerado o *leading case* no SIDH sobre a matéria, haja vista ter sido o primeiro no qual a violência sexual contra a mulher foi o fato principal da denúncia, e no qual a CorteIDH definiu, adotando a perspectiva de gênero, diversos parâmetros interpretativos sobre o assunto.

Nesse caso, a transferência de mulheres, que se encontravam presas por atos de terrorismo, a uma prisão de segurança máxima provocou a morte de 42 internas, feriu 175 e submeteu outras 322 a tratamento cruel, desumano e degradante, incluindo situações específicas de violência sexual:

260.: [...]

x) la violencia contra la mujer en el caso incluyó violencia sexual de varios tipos. Esta violencia “no se limitó a violación sexual, sino que las mujeres fueron sometidas [a] una gama más amplia de violencia sexual que incluyó actos que no env[olvían] penetración o [...] contacto físico”. Por lo menos en un caso hay evidencia que una sobreviviente de la masacre de Castro Castro fue violada sexualmente en el Hospital de Policía, y existen alegaciones de violación sexual con las “puntas de las bayonetas” con respecto a la prisionera “extrajudicialmente asesinada Julia Marlene Peña Olivos”;

[...]

z) otras formas de violencia sexual incluyeron amenazas de actos sexuales, “manoseos”, insultos con connotaciones sexuales, desnudo forzado, golpes en los senos, entre las piernas y glúteos, golpes a mujeres embarazadas en el vientre y otros actos humillantes y dañinos que fueron una forma de agresión sexual⁴².

A CorteIDH concordou com essas alegações do representante das vítimas, reconhecendo um conceito amplo de violência sexual, com base nos parâmetros desenvolvidos pelo TPIR no caso *Akayesu* (expostos no tópico anterior do presente trabalho) e nas normas previstas na *Convenção de Belém do Pará*:

306. [...] La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera

⁴¹ CORTEIDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴² CORTEIDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno⁴³.

Desse modo, situações que não envolviam contato físico, mas com conteúdo sexual, foram consideradas pela CorteIDH como formas de violência sexual, a exemplo de nudez forçada e a obrigação de ir ao banheiro “acompañadas de un guardia armado, quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas”⁴⁴. Considerou, ademais, que o que determina a violência sexual é a falta de livre consentimento e não o uso da força física.

Todavia, algumas das agressões de caráter sexual foram consideradas como formas de tortura, com base na definição prevista na *Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura*:

312. Con base en lo anterior, y tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este Tribunal concluye que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar (*supra* párr. 309) constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura [...]⁴⁵.

A CorteIDH reconheceu, ainda, o uso da violência sexual contra as mulheres como uma forma de agredir o inimigo durante conflitos armados:

223. Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales **que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utiliza-**

⁴³ CORTEIDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴⁴ CORTEIDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴⁵ CORTEIDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

da como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”⁴⁶.

O reconhecimento pela CorteIDH do contexto de conflito armado e do uso da violência sexual como uma arma contra o inimigo (“meio simbólico para humilhar a parte contrária”) plasmaram-se na valorização das declarações das vítimas e de testemunhas como provas suficientes para considerar que os atos de violência sexual denunciados tinham realmente acontecido, o que constituiu um importante avanço na proteção dos direitos humanos das mulheres.

La importancia de la sentencia del *Penal Miguel Castro Castro* radica en que ella el tribunal interamericano valoró extensamente las declaraciones de las víctimas como prueba necesaria y suficiente para la acreditación de determinados hechos de violencia sexual: Un rompimiento “definitivo” con el criterio establecido en las sentencias previas⁴⁷.

Esses parâmetros, construídos durante o julgamento do caso *Penal Miguel Castro Castro*, foram cruciais para o julgamento de casos posteriores sobre violência sexual, como no caso *González e Outras (“Campo Algodonero”) vs. México*, de 2009⁴⁸, no qual o contexto envolvendo os homicídios de várias mulheres, como o descaso da polícia em investigar esse tipo de crime e as condições nas quais os corpos das vítimas foram encontrados (nuas e com mutilações de caráter sexual), foram suficientes para considerar que foram estupradas e, desse modo, condenar o Estado (apesar dos crimes terem sido cometidos por particulares) por não adotar medidas efetivas de proteção e prevenção contra a violência de gênero.

Destaca-se esse caso porque, apesar de os agressores serem particulares, a CorteIDH considerou o Estado responsável por não ter agido com a devida diligência para prevenir que as violações não se repetissem,

⁴⁶ CORTEIDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴⁷ ZELADA, Carlos J.; OCAMPO ACUÑA, Diego A. Mauricio. Develando lo invisible: la feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Derecho en Libertad*, Monterrey, a. 4, v. 9, p. 138-190, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38451.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 157-158.

⁴⁸ CORTEIDH. *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

258. De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres [...] los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia⁴⁹.

Além disso, condenou o Estado a elaborar protocolos para a investigação, análise forense e julgamento desse tipo de casos:

502. La Corte ha ordenado en otros casos normalizar, conforme a los estándares internacionales, los parámetros para investigar, realizar el análisis forense y juzgar⁴⁸². El Tribunal estima que en el presente caso el Estado debe, en un plazo razonable, continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género. Al respecto, se deberá rendir un informe anual durante tres años⁵⁰.

O Estado mexicano foi também condenado a capacitar — sobre perspectiva de gênero — todos os agentes e funcionários públicos envolvidos direta ou indiretamente na prevenção, investigação, processamento, sanção e reparação dos casos de violência sexual, não se limitando ao ensino da legislação, mas devendo preparar esses agentes para reconhecer os estereótipos que colocam as mulheres em uma situação de vulnerabilidade.

540. [...] Además, la Corte señala que una capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. En particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereo-

⁴⁹ CORTEIDH. *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵⁰ CORTEIDH. *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

tipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos.⁵¹

Já no caso *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, também de 2009⁵², as declarações de um sobrevivente, que narrou a massacre de dezenas de pessoas por meio de atos de extrema crueldade cometidos por soldados, incluindo abortos forçados, foram suficientes para a CorteIDH presumir, também, o estupro de mulheres e meninas, sem necessidade de especificar a identidade de cada uma das vítimas.

Todos esses parâmetros foram consolidados e complementados no caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*, cuja sentença foi proferida em 30 de agosto de 2010⁵³. A senhora Inés Fernández Ortega, mulher indígena da comunidade Me'phaa, que não falava espanhol, foi vítima de estupro em 22 de março de 2002, por militares do exército mexicano. Os fatos do caso aconteceram no Estado de Guerrero, em um contexto de forte presença militar.

Nessa sentença, é possível encontrar relevantes considerações da CorteIDH sobre a violência sexual contra as mulheres. Assim, de forma geral, sobre a violência de gênero contra a mulher, manifestou se tratar de uma violação aos direitos humanos, perpassando todas as esferas da sociedade:

118. [...] como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”⁵⁴.

Especificamente sobre a violência sexual, a CorteIDH ratificou que não se limitava à penetração física, mas abrangia outras modalidades, além de ser um ato que transcendia da pessoa da própria vítima.

119. La Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en dicha Convención, ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, **pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno**. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres **cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima**⁵⁵.

A CorteIDH considerou, ademais, a ausência do livre consentimento da vítima — e não o uso da força física — como o elemento essencial para considerar configurada a violência sexual, especialmente em situações de conflito armado, nos quais o consentimento da vítima fica totalmente comprometido diante da violência simbólica que paira no ambiente e que, muitas vezes, torna desnecessária a força física do agressor para conseguir seu objetivo.

115. [...] Por lo demás, esta Corte observa lo establecido en la jurisprudencia internacional en el sentido de que el uso de la fuerza no puede considerarse un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, así como tampoco debe exigirse prueba de la existencia de resistencia física a la misma, sino que **es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta**¹⁰⁴. **En el presente caso, está acreditado que el hecho se cometió en una situación de extrema coerción, con el agravante de producirse en un contexto de relaciones de autoridad, por parte de tres militares armados**⁵⁶.

Entendeu, ainda, que a violência sexual cometida contra a senhora Fernández constituiu um ato de tortura na medida em que, com base no estabelecido pela Convenção Americana para a Prevenção e Sanção da Tortura, atendeu os requisitos de intencionalidade, sofrimento físico ou mental severo, e objetivo determina-

⁵¹ CORTEIDH. *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵² CORTEIDH. *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵³ CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵⁴ CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵⁵ CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵⁶ CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

do, sendo suficiente, em virtude da sua gravidade, um único ato para configurar tortura.

128. Por otra parte, esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aún cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales¹¹⁶, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos [...]⁵⁷.

Sobre o estupro, a CorteIDH manifestou que constituiu uma experiência traumática que provoca sérios danos físicos e psicológicos, que dificilmente são superados pela passagem do tempo, como acontece com outras experiências traumáticas⁵⁸. Precisamente, por esse motivo, é de esperar eventuais imprecisões na declaração da vítima ao relatar os fatos⁵⁹, o que não retira a sua validade. Por ser um ato geralmente realizado sem a presença de testemunhas e sem provas documentais ou gráficas, a declaração da vítima constitui uma prova de fundamental importância⁶⁰.

Todavía, a CorteIDH reforçou que, em se tratando de violação de direitos humanos, o ônus da prova corresponde ao Estado e não à vítima, o que, no caso da violência sexual, possui relevância inquestionável, considerando as dificuldades que as vítimas têm de reunir provas para atestar o acontecimento dos fatos denunciados.

102. Al respecto, la Corte ha señalado que corresponde a la parte demandante, en principio, la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato. No obstante, ha destacado que, a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del

⁵⁷ CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵⁸ CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵⁹ CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶⁰ CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio⁶¹.

Em função dessas particularidades, a CorteIDH fixou princípios orientadores que devem ser seguidos pelos Estados nas investigações sobre violência sexual:

entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso⁶².

No dia seguinte da sentença do caso *Fernández Ortega*, a CorteIDH proferiu nova sentença condenatória contra México, também por violência sexual contra uma mulher indígena da comunidade Me'phaa. É o caso de *Rosendo Cantú y Otra vs. México*. A senhora Valentina Rosendo Cantú, que na época tinha apenas 17 anos, foi estuprada na beira de um rio por militares que estavam perseguindo delinquentes⁶³. Na sentença, a CorteIDH afirmou se tratar de um caso de discriminação agravada, na medida em que a vítima, além de ser uma mulher indígena, era uma criança pobre, ressaltando a gravidade da interseccionalidade de discriminações⁶⁴.

⁶¹ CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶² CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶³ CORTEIDH. *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶⁴ CORTEIDH. *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

A CorteIDH afirmou, também, que os familiares das vítimas de violência podem também ser considerados vítimas, o que, nos casos de violência sexual, assume uma gravidade maior, considerando-se que são casos cuja crueldade e repercussão social atingem mais fortemente a vida dos familiares:

137. [...] Además su hija “vio afectada su integridad personal tanto como consecuencia de los hechos de la denuncia, como por las actuaciones y omisiones de las autoridades en la investigación de la denuncia de tortura” y que ésta “no ha podido crecer y vivir en su contexto comunitario ni [...] con la tranquilidad que la víctima anhela para sí y para [su hija]” [...] ⁶⁵.

Outro caso a ser destacado é *Espinoza González vs. Perú*⁶⁶. A senhora Gladys Carol Espinoza González, membro do grupo terrorista *Movimiento Revolucionario Túpac Amaru*, foi detida em 1993, acusada do sequestro de um empresário. Durante o tempo que permaneceu detida nas instalações da *División de Investigación de Secuestros (DIVISE)* da *Policía Nacional del Perú (PNP)*, e na sede da *Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE)*, a senhora Gladys Espinoza alegou ter sido vítima de várias formas de violência sexual e de tortura, as quais foram denunciadas perante as autoridades, que as ignoraram.

No julgamento do caso, em 2014, a CorteIDH condenou o Estado peruano, considerando o contexto de violência sistemática e generalizada, que era praticada pelos agentes de Estado na sua luta contra os grupos terroristas *Sendero Luminoso* e *Túpac Amaru*, e que era amplamente conhecida.

Na sentença, a CorteIDH, que já tinha fixado alguns parâmetros para a investigação de crimes sexuais no caso *Fernández Ortega*, formulou novos parâmetros relativos à tomada de declaração da vítima:

249. [...] la Corte ha señalado que, en cuanto a la entrevista que se realiza a una presunta víctima de actos de violencia o violación sexual, es necesario que la declaración de ésta se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, y que la declaración se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición. Dicha declaración deberá contener, con el consentimiento de la presunta víctima: i) la fecha, hora y

lugar del acto de violencia sexual perpetrado, incluyendo la descripción del lugar donde ocurrió el acto; ii) el nombre, identidad y número de agresores; iii) la naturaleza de los contactos físicos de los que habría sido víctima; iv) si existió uso de armas o retenedores; v) el uso de medicación, drogas, alcohol u otras sustancias; vi) la forma en la que la ropa fue removida, de ser el caso; vii) los detalles sobre las actividades sexuales perpetradas o intentadas en contra de la presunta víctima; viii) si existió el uso de preservativos o lubricantes; ix) si existieron otras conductas que podrían alterar la evidencia, y x) detalles sobre los síntomas que ha padecido la presunta víctima desde ese momento⁶⁷.

Ademais, a CorteIDH acrescentou que a perícia médica devia ser realizada no prazo de 72 horas após a denúncia da violência sexual⁶⁸, obedecendo os seguintes requisitos:

252. [...] en casos de violencia contra la mujer, al tomar conocimiento de los actos alegados, es necesario que se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, **ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea**. Dicho examen deberá ser realizado de conformidad con protocolos dirigidos específicamente a documentar evidencias en casos de violencia de género⁶⁹.

Outro caso emblemático sobre violência sexual é o caso *Velásquez Paiz y Otros vs. Guatemala*, de 2015⁷⁰. A senhora Claudina Isabel Velásquez Paiz, de 19 anos, e estudante da Universidad de San Carlos de Guatemala, desapareceu na noite do dia 12 de agosto de 2005, quando se encontrava em uma festa. Durante a madrugada do 13 de agosto, os pais da vítima avisaram três vezes à polícia sobre o desaparecimento da filha e os temores de ela se encontrar em situação de risco. Contudo, a polícia somente iniciou as investigações após o corpo da

⁶⁵ CORTEIDH. *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶⁶ CORTEIDH. *Espinoza González vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶⁷ CORTEIDH. *Espinoza González vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶⁸ CORTEIDH. *Espinoza González vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶⁹ CORTEIDH. *Espinoza González vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁷⁰ CORTEIDH. *Velásquez Paiz y Otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

vítima ter sido encontrado às 5:00 da manhã, com claros sinais de violência sexual.

A CorteIDH condenou o Estado de Guatemala porque, embora o crime tenha sido cometido por particulares, esse tipo de violência tinha se tornado comum sem que o Estado adotasse qualquer medida para evitá-lo, além do fato da polícia ter ignorado as ligações dos pais avisando do desaparecimento,

109. [...] Al respecto, la Corte aclara que, a fin de establecer un incumplimiento del deber de prevenir violaciones a los derechos a la vida e integridad personal, debe verificarse que: i) **las autoridades estatales sabían**, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida y/o integridad personal de un individuo o grupo de individuos determinado, y que ii) tales autoridades **no adoptaron las medidas necesarias** dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo [...]⁷¹.

Por outro lado, a CorteIDH verificou que a investigação do caso esteve impregnada de vários estereótipos de gênero, a exemplo de referências sobre a roupa usada pela vítima (“tinha um brinco no umbigo”) e consequente classificação de ser “uma qualquer”, não se preocupando com realizar um bom trabalho

213. Para la señora Paiz Vidal, [...] La conversación con la investigadora [Carolina Ruiz] el lunes siguiente al asesinato de Claudina Isabel solamente sirvió para poner más dolor sobre dolor, nos dijo que al inicio no se preocuparon mucho en hacer un adecuado levantamiento del cuerpo e investigar bien la escena del crimen porque Claudina Isabel **les había parecido ‘una cualquiera’ debido a que calzaba sandalias, tenía puesta una gargantilla, y porque tenía un arete en el ombligo**, nos dijo que el arete a ella le parecía de mal gusto, también nos dijo que por el lugar donde había aparecido el cuerpo tenían esa impresión⁷².

Outro estereótipo presente refere-se à classificação do crime como passional, de modo a culpar a vítima pela reação violenta do homem, justificando o crime:

187. Sobre este punto, el perito Alberto Bovino²⁸⁹ afirmó que “el concepto de ‘crimen pasional’ es parte de un estereotipo que justifica la violencia contra la mujer. El calificativo ‘pasional’ pone el

acento en justificar la conducta del agresor”. Por ejemplo, “‘la mató por celos’, ‘en un ataque de furia’, [son] expresiones que promueven la condena a la mujer que sufrió violencia. Se culpabiliza a la víctima y se respalda la acción violenta del agresor”. En este sentido, sostuvo que en el caso de la muerte de Claudina Velásquez se “**prejuzó sobre el móvil, atenuando la responsabilidad del posible autor y minimizando la necesidad de protección de la víctima**”. Por otro lado, determinó que en supuestos como los de este caso “la actividad omisiva o defectuosa representa una violación a la exigencia convencional de la debida diligencia en la investigación y persecución penal de quienes cometieron graves actos de violencia de género”⁷³.

Para a CorteIDH, esse caso revelou, claramente, a brecha de gênero fortemente presente no sistema jurisdicional guatemalteco, porque não apenas não foram tomadas as providências necessárias para evitar que o crime acontecesse, mas também porque as investigações e o julgamento estiveram imbuídos de diversos estereótipos de gênero com o objetivo de culpar a vítima pelo crime e de desqualificá-la da sua condição de sujeito pleno de direitos.

Nessa mesma linha, em 7 de setembro de 2021, a CorteIDH condenou o Estado brasileiro no caso *Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil*⁷⁴. A senhora Márcia Barbosa de Souza, jovem negra e pobre de 20 anos, foi assassinada em 17 de junho de 1998 pelo deputado estadual da Paraíba Aécio Pereira de Lima, de 54 anos de idade. Durante as investigações e o processo criminal, a vida sexual progressa da vítima foi reiteradamente mencionada, incluindo seu envolvimento com drogas.

Nesse sentido, a CorteIDH afirmou que os preconceitos e estereótipos de gênero afetam a objetividade daqueles que devem investigar e julgar os crimes, sendo incompatíveis com o respeito aos direitos humanos:

144. Em particular, a Corte reconheceu que os preconceitos pessoais e os estereótipos de gênero afetam a objetividade dos funcionários estatais encarregados de investigar as denúncias que lhes são apresentadas, influenciando em sua percepção para determinar se ocorreu ou não um fato de violência, em sua avaliação da credibilidade das testemunhas e da própria vítima. Os estereótipos “distorcem

⁷¹ CORTEIDH. *Velásquez Paiz y Otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁷² CORTEIDH. *Velásquez Paiz y Otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁷³ CORTEIDH. *Velásquez Paiz y Otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁷⁴ CORTEIDH. *Caso Barbosa De Souza e Outros vs. Brasil*. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

as percepções e dão lugar a decisões baseadas em crenças preconcebidas e mitos, em lugar de fatos”, o que por sua vez pode dar lugar à denegação de justiça, incluindo a revitimização das denunciadas.

145. O Tribunal já se posicionou anteriormente sobre a importância de reconhecer, visibilizar e rejeitar os estereótipos de gênero através dos quais, em casos de violência contra a mulher, as vítimas são assimiladas, por exemplo, ao perfil de um membro de gangue e/ou uma prostituta e/ou uma “qualquer”, e não são consideradas suficientemente importantes para ser investigadas, outrossim fazendo da mulher responsável ou merecedora de ter sido atacada. Nesse sentido, a Corte rejeitou qualquer prática estatal mediante a qual se justifica a violência contra a mulher e lhe atribui culpa, uma vez que valorações dessa natureza mostram um critério discricionário e discriminatório com base na origem, condição e/ou comportamento da vítima pelo simples fato de ser mulher. Consequentemente, a Corte considerou que estes estereótipos de gênero nocivos ou prejudiciais são incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e devem ser tomadas medidas para erradicá-los onde quer que ocorram⁷⁵.

Dentre as medidas que o Estado brasileiro foi condenado a implementar, destaca-se a elaboração de um protocolo estandarizado para a investigação de mortes violentas de mulheres em razão de gênero.

201. Em consequência, a Corte considera pertinente ordenar ao Estado que adote e implemente um protocolo nacional que estabeleça critérios claros e uniformes para a investigação dos feminicídios. Este instrumento deverá ajustar-se às diretrizes estabelecidas no Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero, bem como à jurisprudência deste Tribunal. [...] ⁷⁶.

Em 19 de outubro de 2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*⁷⁷, inspirado no protocolo com o mesmo conteúdo adotado pelo Estado mexicano, após condenação da CorteIDH, mostrando a importância do papel dessa Corte na construção de parâmetros para a proteção dos direitos humanos, especialmente dos mais vulnerabilizados.

⁷⁵ CORTEIDH. *Caso Barbosa De Souza e Outros vs. Brasil*. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁷⁶ CORTEIDH. *Caso Barbosa De Souza e Outros vs. Brasil*. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁷⁷ CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

[...] a Corte IDH já vem fixando importantes *standards* protetivos em relação aos grupos vulnerabilizados, padrões esses que, dada a eficácia *erga omnes* de suas sentenças, contribuem, significativamente, para o desenvolvimento de uma ampliação na proteção dessas pessoas [...] ⁷⁸

Em 15 de fevereiro de 2022, o CNJ aprovou a Recomendação nº 128, para a adoção do *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* no âmbito do Poder Judiciário brasileiro⁷⁹. O documento encontra-se dividido em três partes, reservando os itens “b” e “c” do ponto 3 da Terceira Parte para abordar temáticas relativas à violência sexual, embora sem acolher, expressamente, os parâmetros construídos jurisprudencialmente pela CorteIDH. Espera-se que esse vazão possa ser prontamente preenchido, inclusive para cumprir com as obrigações impostas pela CorteIDH ao Estado brasileiro no caso *Barbosa de Souza e Outros*.

5 Considerações finais

A violência sexual constitui uma das formas mais cruéis de violação aos direitos humanos que as mulheres vêm sofrendo desde as épocas mais antigas. Apesar da sua gravidade, esse crime passou a ser internacionalmente punido somente ao final do século XX, evidenciando a força da discriminação de gênero, que nega às mulheres sua qualidade de sujeitos plenos de direitos.

A incorporação do enfoque ou perspectiva de gênero no direito internacional deriva do fenômeno conhecido como feminização do Direito, que, basicamente, se refere à necessidade de reconhecer que não há sujeito jurídico neutro. As mulheres, por exemplo, carregam, historicamente, diversos estereótipos de gênero, que as colocam em situação de vulnerabilidade.

Essa situação de vulnerabilidade faz com que as mulheres fiquem mais expostas a atos de violência, sendo,

⁷⁸ LEAL, Mônia Clarissa Henning; VARGAS, Eliziane Fardin de. Ius Constitucional Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de fixação de *standards* protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 665-685, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7783/pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022. p. 674.

⁷⁹ CNJ. *Recomendação no 128, 15 de fevereiro de 2022*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original18063720220217620e8ad8fae2.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

inclusive, a violação à sua sexualidade frequentemente usada pelo homem para mostrar domínio sobre ela ou, no caso de conflitos armados, como forma de atingir mais fortemente o inimigo.

Incorporar a perspectiva de gênero, nos casos de violência sexual contra a mulher, significa, portanto, reconhecer que homens e mulheres não são atingidos da mesma forma pela violência, exigindo, portanto, a adoção de parâmetros jurídicos específicos para a compreensão, prevenção, combate e reparação dos danos decorrentes dessa violência.

A incorporação da perspectiva de gênero nos julgamentos sobre violência sexual pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi paulatina, mas de especial importância por culminar na construção de parâmetros interpretativos de proteção aos direitos humanos das mulheres vítimas de violência sexual, devendo ser seguidos por outras cortes, a exemplo das brasileiras, considerando-se o Brasil ter reconhecido a competência contenciosa da Corte Interamericana para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Esses parâmetros podem ser sintetizados da seguinte forma:

- a) a violência contra a mulher perpassa todas as esferas da sociedade independentemente da classe, raça, etnia, renda, cultura, grau de instrução, idade ou religião (*Fernández Ortega y Otros vs. México*);
- b) a violência sexual transcende da pessoa da vítima (*Fernández Ortega y Otros vs. México*);
- c) a violência sexual não se limita à penetração vaginal, mas incluiu outras formas de violência como esterilização ou aborto forçados (*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*);
- d) a violência sexual pode incluir atos sem contato físico, mas com conteúdo sexual, como nudez forçada (*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*);
- e) o que determina a violência sexual não é a presença do uso de força física, mas a ausência de livre consentimento (*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*);
- f) a violência sexual cometida por agentes do Estado constitui crime de tortura, sendo suficiente um único ato (*Fernández*

- Ortega y Otros vs. México*);
- g) o Estado pode ser responsabilizado pela violência sexual cometida por particular se se comprova que não agiu com a devida diligência para prevenir que o ato acontecesse (*González y Otras – “Campo Algodonero” vs. México*);
- h) a declaração da vítima ou de testemunhas constitui meio de prova suficiente (*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*);
- i) não é incomum a presença de imprecisões na declaração da vítima de violência sexual, dada a experiência traumática sofrida (*Fernández Ortega y Otros vs. México*);
- j) os familiares também podem ser considerados vítimas nos casos de violência sexual (*Rosendo Cantú y Otra vs México*);
- k) não é necessário especificar a identidade de todas as vítimas nos casos de violência coletiva (*Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*);
- l) o ônus da prova cabe ao Estado e não à vítima (*Fernández Ortega y Otros vs. México*);
- m) os preconceitos e estereótipos de gênero afetam a objetividade daqueles que devem investigar e julgar os crimes, sendo incompatíveis com os direitos humanos (*Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil*)

Finalmente, não se deve esquecer que os avanços apontados no presente trabalho, em matéria de discriminação de gênero, foram às custas da dor e da morte de muitas mulheres, vítimas dos atos mais cruéis de violência sexual, algumas cujos nomes nunca saberemos, mas cujas tragédias servem para chamar a atenção do mundo sobre a gravidade dos efeitos da discriminação gênero contra a mulher. Trata-se de uma situação que evidencia a enorme responsabilidade dos Estados de, urgentemente, implementarem políticas efetivas para reverter os valores preconceituosos que impregnam nossas sociedades, pois, em matéria de direitos humanos, mais do que combater à sua violação, deve-se cuidar da prevenção.

Referências

BENSOUA, Fatou. Gender justice and the ICC. *International Feminist Journal of Politics*, London, v. 16, n. 4, p.

538-542, 2014. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14616742.2014.952125>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. *Lei 11.106, de 28 de março de 2005*. Altera a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. *Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. *Lei n.º 3.701, de 1 de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

CALIL, Márcio Lúcio Garcez; MARKMAN, Debora. Direito, raça e gênero: elementos para a construção de uma teoria feminista do direito adequada ao feminismo negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 173-195, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6797/pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

CNJ. *Recomendação no 128, 15 de fevereiro de 2022*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original118063720220217620e8ead8fae2.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Fondo. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *Caso Barbosa De Souza e Outros vs. Brasil*. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *Espinoza González vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de diciembre de 1997, Fondo. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Fondo. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

CORTEIDH. *Velásquez Paiz y Otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

- HARARI, Sofía; PASTORINO, Gabriela L. Acerca del género y el derecho. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- HERRERA FLORES, Joaquín. La construcción de las garantías: hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 111-145.
- JARAMILLO, Isabel Cristina. La crítica feminista al derecho. In: WEST, Robin. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.
- KRUG, Etienne G. et al. *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002. Disponível em: <https://www.cevs.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.
- LEAL, Mônia Clarissa Henning; VARGAS, Eliziane Fardin de. Ius Constitutionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Derechos Humanos como instrumento de fixação de standards protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 665-685, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7783/pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.
- LEATHERMAN, Janie L. *Violencia sexual y conflictos armados*. Barcelona: Bellaterra, 2013.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila et al. Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. *Nomos*: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 28, n. 1, p. 15-34, 2008. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11783/9863>. Acesso em: 16 jun. 2022.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Discriminação de gênero contra as mulheres e a violência sexual. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 15-25.
- 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: 15 mar. 2022.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Discriminação de gênero contra a mulher em Brasil: la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Maria da Penha. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (org.). *Igualdad y no discriminación*. Fortaleza: IBDH, 2014. v. 3. p. 7-26.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Género y justicia transicional: la violencia contra la mujer en el marco de los conflictos armados. In: MAUÉS, Antonio Moreira; ALMADA, Martín (org.). *Verdade, justiça e reparação na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 11-34.
- MACKINNON, Catherine A. *Toward a feminist theory of the state*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991.
- OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.
- OEA. *Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*. 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 22 fev. 2022.
- PERU. Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe final*. 28 de agosto de 2003. Disponível em: <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/>. Acesso em: 27 dez. 2021.
- PERU. Congreso Nacional. Participación ciudadana. *Terrorismo nunca más*. Disponível em: <https://www.congreso.gob.pe/participacion/tnm/preguntas-frecuentes/>. Acesso em: 5 jan. 2022.
- RIBEIRO, Djamilá. Feminismo negro para um novo marco civilizatório. *SUR*, São Paulo, v. 23, n. 24, p. 99-124, 2016. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/02/9-sur-24-por-djamilaribeiro.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.
- ROBLES CARRILLO, Margarita (coord.). *Género, conflictos armados y seguridad: la asesoría de género en operaciones*. Granada: UnE, 2012.
- ROBLES CARRILLO, Margarita. Mujer, paz y seguridad en la ONU. In: ROBLES CARRILLO, Margarita

(coord.). *Género, conflictos armados y seguridad: la asesoría de género en operaciones*. Granada: UnE, 2012. p. 135-186.

RUIZ, Alicia. La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

SCOTT, Joan. Gender: a useful category of historical analysis. *The American Historical Review*, v. 91, n. 5, p. 1053–1075, 1986. Disponível em: <https://genderstudiesgroupdu.files.wordpress.com/2014/07/scott-gender.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 31–61.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

TPIR. *Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4*. Judgment, Sept. 2, 1998. Disponível em: http://hrlibrary.umn.edu/instree/ICTR/AKAYESU_ICTR-96-4/Judgment_ICTR-96-4-T.html. Acesso em: 10 jan. 2022.

VIANA, Caroline Naves. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1035-1056, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5318/pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

ZELADA, Carlos J.; OCAMPO ACUÑA, Diego A. Mauricio. Develando lo invisible: la feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Derecho en Libertad*, Monterrey, ano 4, v. 9, p. 138-190, 2012. Disponível em: <https://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r38451.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O controle de convencionalidade como perspectiva futura para a proteção de direitos da população LGBTQIA+ em nível global

Conventionality control as a future perspective for the rights' protection of the LGBTQIA+ population

Dilermando Aparecido Borges Martins

Melina Girardi Fachin

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

O controle de convencionalidade como perspectiva futura para a proteção de direitos da população LGBTQIA+ em nível global*

Conventionality control as a future perspective for the rights' protection of the LGBTQIA+ population

Dilermando Aparecido Borges Martins**

Melina Girardi Fachin***

Resumo

Este artigo tem como objetivo estabelecer relações entre o controle de convencionalidade e o avanço de direitos para a população LGBTQIA+. Para tanto, por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e documental, valendo-se de doutrina e jurisprudência, analisou-se a ferramenta teórica do controle de convencionalidade e propôs-se seu uso com base no documento criado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denominado “Reconhecimento de direitos de pessoas LGBTI”, demonstrando, assim, a necessidade de adequação das condutas oficiais do Estado brasileiro às interpretações dadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim, concluiu-se que já existem jurisprudências no sistema interamericano de direitos humanos e que controle de convencionalidade é mecanismo adequado para estabelecer-se uma normativa comum, entre os sistemas de proteção de direitos humanos, para essa população em análise.

Palavras-chave: controle de convencionalidade; direitos LGBTQIA+; diálogo; sistema interamericano; constitucionalismo multinível.

Abstract

This article aims to establish relationships between the control of conventionality and the enforcement of rights for the LGBTQIA+ population. Therefore, through the deductive method and bibliographical research, it analyzed the control of conventionality as a theoretical tool and proposed its use based on the document created by the Inter-American Commission on Human Rights, entitled “Recognition of the rights of LGBTI people”, thus demonstrating the need of adequacy of the official conducts of the Brazilian State to the interpretations given by the Inter-American System of Human Rights.

* Recebido em 25/06/2022
Aprovado em 15/08/2022

** Doutorando do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Ciências Sociais Aplicadas e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor da Faculdade de Jaguariaíva (FAJAR) e Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Curitiba, Paraná, Brasil.
E-mail dilerborges@hotmail.com.

*** Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Estágio de pós doutoramento em curso pela Universidade de Coimbra no Instituto de direitos humanos e democracia (2019/2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em direitos humanos, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Visiting researcher da Harvard Law School (2011). Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Autora de diversas obras e artigos na seara do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros/IAB, do Instituto dos Advogados do Paraná/IAP e da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Paraná - OAB/PR. Advogada sócia do bureau Fachin Advogados Associados.
E-mail: melinafachin@gmail.com.

Keywords: control of conventionality; LGBTQIA+ right; dialogue; interamerican system; multilevel constitutionalism.

1 Introdução

A população LGBTQIA+¹ é considerada um grupo vulnerável, especialmente ao ter em mente a violência e preconceito que a circundam. Segundo dados produzidos pelo Grupo Gay da Bahia, entidade não governamental que elabora estimativas de violência/mortes em relação a essa população, somente no ano de 2020, foram mortas 237 pessoas da população LGBTQIA+, cujo principal meio empregado foi a arma de fogo contra profissionais do sexo². Ainda, os dados revelam que o maior grupo atingido eram travestis/transsexuais negros, cujo ataque se dava em espaço público, demonstrando a necessidade de se priorizarem políticas públicas e ações governamentais para esse grupo desprotegido.

A realidade brasileira tem avanços. Nesse sentido, ressalta-se, também, que, em 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 – ADO 26, impetrada pelo Partido Popular Socialista – PPS em conjunto com entidades não governamentais que atuaram como *amicus curiae*, tais como a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transsexuais – ABGLT, o Grupo Gay da Bahia – GGB, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS, dentre outros.

Nesse sentido, a Suprema Corte compreendeu que há omissão por parte do Poder Legislativo ao não tipificar a homotransfobia, declarando, então, sua mora legislativa e, enquanto não se cria lei específica para esse tipo penal, entendeu que deve se aplicar a lei de racismo, equiparando a homotransfobia a essa espécie de crime, em uma interpretação constitucional abrangente e protetiva³. Logo, com esse entendimento, as violências e

práticas que atentem contra a integridade da população LGBTQIA+, bem como seus direitos fundamentais, se enquadram, diretamente, na Lei 7.716, de 1989 até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria⁴.

Embora seja uma conquista importante, ainda há muito que avançar no tocante à proteção desse grupo. Mesmo com a declaração do STF da inconstitucionalidade por omissão por parte do Legislativo, a aplicabilidade de seu entendimento na prática é muito restritiva. Estudos⁵ apontam que, ainda, há barreiras que dificultam a institucionalização da LGBTIfobia no país, especialmente ao se considerar as políticas de governos recentes que se utilizam do aparelhamento estatal para implementar agendas de retrocessos⁶.

Dentre os obstáculos que dificultam o avanço da institucionalização da LGBTIfobia, o relatório produzido pelo Instituto Matizes e a All Out apontam a resistência do Estado para reconhecer crimes de ódio; a falta de proteção de grupos vulneráveis pelo policiamento estatal; a cultura heteronormativa enraizada nos agentes de segurança estatais; ausência de informações e transparência nos dados estatais sobre esse tipo de violência; medo de repressão que impede a vítima de realizar denúncias; dentre outras situações existentes que foram amplamente debatidas no relatório⁷.

À vista desse panorama do cenário brasileiro, surge um questionamento fundamental para pensar o futuro

portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053

⁴ STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. *STF*, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 12 jul. 2021.

⁵ Para mais informações sobre os resultados da pesquisa, acessar: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/LGBTIfobia-no-Brasil.pdf

⁶ BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. *LGBTIfobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização*. São Paulo: All Out; Instituto Matizes, 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/LGBTIfobia-no-Brasil.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021.

⁷ BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. *LGBTIfobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização*. São Paulo: All Out; Instituto Matizes, 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/LGBTIfobia-no-Brasil.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021.

¹ Para este ensaio, adotou-se o termo LGBTQIA+, compreendido como a população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transsexuais, queer, intersexos, assexuados e demais grupos que são contemplados na sigla pelo símbolo matemático “+”, tratando-se de uma proposta inclusiva e representativa.

² GRUPO GAY DA BAHIA. *Observatório de mortes violentas de LG-BTI+ no Brasil – 2020*. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2021/05/observatorio-de-mortes-violentas-de-lgbti-no-brasil-relatorio-2020.-acontece-lgbti-e-ggb.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.

³ Para mais informações, acessar o acórdão disponível em: <http://>

no tocante a essa temática: como o controle de convencionalidade pode ser ferramenta adequada para o avanço de direitos, em se tratando da população LGBTQIA+? É pautada nessa pergunta de partida que o presente artigo busca apontar caminhos a se seguir para efetivar os direitos dessa população vulnerável e que carece de uma proteção efetiva.

Nesse sentido, o ponto de partida é o controle de convencionalidade como ferramenta adequada para realizar a transformação estatal no contexto político-social brasileiro. Serão fundamentadas as perspectivas teóricas que norteiam essa modalidade de controle à luz dos tratados internacionais de direitos humanos, buscando realizar as interlocuções necessárias para compreender em que medida tal instrumento pode efetivar direitos da população LGBTQIA+.

Trata-se de uma pesquisa de caráter qualitativo, valendo-se do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, por meio de doutrina e jurisprudência para a construção argumentativa adequada. Logo, o artigo está estruturado da seguinte maneira: primeiramente, serão trabalhados os arcabouços teóricos que sustentam o controle de convencionalidade como mecanismo adequado de controle interno de leis de decisões judiciais; posteriormente, serão abordados os entendimentos em nível regional e local sobre o controle de convencionalidade; na sequência, será tomado por base um documento emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denominado “reconhecimento de direitos de pessoas LGBTI”, que servirá como suporte para sustentar o controle de convencionalidade brasileiro à luz normativa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; e, por fim, serão apresentados os casos paradigmáticos do sistema acerca da população LGBTQIA+.

2 Violências do dia a dia e os marcos da realidade brasileira

A realidade brasileira apresenta fatores essenciais para que o país se desenvolva e alcance direitos de modo geral. A desigualdade social se mostra como algo que faz parte da realidade do país, tendo se acentuado ao longo dos últimos anos. No contexto pandêmico, não poderia ser diferente.

Conforme aponta o Conselho Latino-americano de Ciências Sociais (CLACSO), por meio de artigo publicado por Mônica Dias Martins⁸, a pandemia acentuou ainda mais os níveis de desigualdade. Isto porque trabalhadores temporários, sub-remunerados, os que vivem em atividades informais, dentre outros, são aqueles que tiveram um impacto ainda maior com a Covid-19. Pessoas que habitam em regiões periféricas morrem com mais frequência do que em bairros mais ricos, o que acende o alerta dos reflexos das desigualdades em um contexto de crise sanitária.

Nesse mesmo sentido, o relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), de 2021, demonstra como há uma alta da desigualdade e, simultaneamente, baixa no crescimento da América Latina e Caribe. Um fator de destaque é que o relatório não trata apenas das desigualdades oriundas de concentração de renda, mas das vulnerabilidades multidimensionais, que perpassam por aspectos como diferenças de sexo, etnia, raça, orientação sexual ou identidade de gênero, que se acentuam à medida que são analisados os dados com maior profundidade, uma vez que “as pessoas LGTBI+ continuam enfrentando discriminação na escola e no mercado de trabalho e são mais frequentemente vítimas de violência do que outras.”⁹

A população LGBTQIA+ é considerada um grupo historicamente vulnerável, haja vista suas próprias características e condições pessoais/sociais. A exposição desse grupo é ainda maior, considerando-se a violência sofrida decorrente de fatores como raça, etnia, pobreza, escolaridade, dentre outros que, conjuntamente, levam a exposição deste grupo a agravantes que impactam em suas condições sociais¹⁰.

É nesse sentido que o relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento caminha, uma vez que retrata as diversas dificuldades decorrentes da con-

⁸ MARTINS, Monica Dias. A pandemia expõe de forma escancarada a desigualdade social. *CLACSO*, [2021]. Disponível em: <https://www.clacso.org/a-pandemia-expoe-de-forma-escancarada-a-desigualdade-social>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁹ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório de Desenvolvimento Humano Regional 2021*: presos em uma armadilha: alta desigualdade e baixo crescimento na América Latina e no Caribe. UNDP, 2021. Disponível em: <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/en/home/library/regional-human-development-report-2021.html>. Acesso em: 15 mar. 2022.

¹⁰ PAULA, C. E. A.; SILVA, A. P.; BITTAR, C. M. L. Vulnerabilidade Legislativa de grupos minoritários. *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 12, dez. 2017.

dição de vulnerabilidade da população LGBTQIA+, especialmente em termos pandêmicos. Merecem atenção os dados relativos a esta exclusão, que fundamentam a necessidade de políticas focadas para este grupo:

as evidências indicam que homens gays enfrentam discriminação em processos de seleção no mercado de trabalho e no mercado de aluguel. As taxas de matrícula no ensino fundamental são mais baixas entre os “meninos femininos” por causa da discriminação. Quando os pais procuram escolas, a taxa de retorno é 50% mais alta para casais heterossexuais do que para casais do mesmo sexo. A atração pelo mesmo sexo ou sexualidade na adolescência está associada a uma menor probabilidade de conclusão do ensino médio. Da mesma forma, as estimativas da OCDE sugerem que mulheres trans têm 24% menos probabilidade do que pessoas não LGBT+ de estar empregadas, que os seus rendimentos do trabalho são 11% mais baixos e que nenhuma delas ocupa um cargo de alta gestão.¹⁶ Nos Estados Unidos, 70% dos alunos LGBT+ sofreram assédio na escola em 2018, 31% foram punidos por demonstrações públicas de afeto permitidas entre alunos não LGBT+ e 42% dos alunos transgêneros não tinham permissão para usar o seu nome ou pronome de preferência¹¹.

A população LGBTQIA+ é um grupo vulnerável, que demanda do Estado uma ação específica e focalizada em suas dificuldades, a fim de reduzir os danos a eles causados. Tratam-se de políticas setoriais — educação, saúde, moradia, trabalho — que necessitam de atuação estatal conjunta, capaz de correlacionar todos estes marcadores que são fundamentais para a vida com dignidade. Nesse aspecto, a ferramenta do controle de convencionalidade parece ser uma resposta adequada diante do problema apresentado.

3 O controle de convencionalidade: aspectos teóricos de um novo instrumento de garantia de direitos

Discutir acerca do controle de convencionalidade demanda, primordialmente, compreender o que significa controle propriamente dito. Juridicamente, a ideia

central de controle é sempre a mesma, porém com vieses distintos e em searas diferentes. Ainda, a noção de controle permite uma visão global, de diálogo entre sistemas jurídicos distintos, ultrapassando as barreiras de ordenamentos jurídicos domésticos. Em sede de direito administrativo, por exemplo, existe uma perspectiva de controle global da Administração Pública, de interação entre os âmbitos internos e externos, formando, assim, uma espécie de controle do Poder Público com base em uma visão integradora entre os níveis de atuação.

A relação que se forma entre o direito da UE e os direitos nacionais dos Estados membros forma um direito administrativo que funciona como controle do poder público, uma vez que há uma série de princípios comuns que são formados para dar base a este direito, tais como, transparência, acesso à informação, participação, direito de acesso a um tribunal independente, devido processo legal, direito às decisões razoáveis e bem fundamentadas¹².

Em âmbito constitucional, o controle de constitucionalidade se apresenta como meio necessário para salvaguardar a Constituição, partindo de duas premissas essenciais para que tal controle exista: a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional. Desse modo, o controle de constitucionalidade é o mecanismo constitucional para verificar a adequação entre lei ou ato normativo e a Constituição, sob o aspecto material e formal da criação da norma. Seu principal objetivo, sobretudo, é a proteção dos direitos fundamentais, como estruturantes do Estado democrático de direito¹³.

Se o objetivo do controle de constitucionalidade é, em última *ratio*, proteger direitos fundamentais, mister analisar a cláusula de abertura constitucional presente no art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, que, assim, prescreve: “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”¹⁴. Ou seja, os tratados dos quais o Brasil faça parte, e que protegem direitos fundamentais, fariam parte do controle de constitucionalidade?

¹¹ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório de Desenvolvimento Humano Regional 2021: presos em uma armadilha*. alta desigualdade e baixo crescimento na América Latina e no Caribe. UNDP, 2021. Disponível em: <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/en/home/library/regional-human-development-report-2021.html>. Acesso em: 15 mar. 2022.

¹² SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016. p. 365.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Posta a questão, surge a Teoria do Controle de Convencionalidade, cuja função principal é a “[...] compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”¹⁵. Mazzuoli prega pela compatibilidade das normas internas brasileiras com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, ultrapassando a esfera de atuação do controle de constitucionalidade, haja vista que o parâmetro normativo não é mais a Constituição, mas sim normativas internacionais que, em última medida, são compatíveis com a própria Carta Magna.

O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento na Corte acerca do status normativo dos tratados internacionais que foram ratificados pelo Brasil, em consonância com o art. 5, §3º da Constituição Federal — acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 — que coloca tratados internacionais de direitos humanos no mesmo nível hierárquico que Emendas Constitucionais se ratificados pelo mesmo rito que estas, em sede legislativa.

Merece destaque o trecho a seguir, defendido por Mazzuoli, a respeito dessa espécie de controle fundada na interpretação, com base nos parâmetros internacionais de proteção de direitos humanos:

isto tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de supralegalidade¹⁶.

¹⁵ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. *Revista Argumenta – UENP*, Jacarezinho, n. 15, p. 77-114, 2011. p. 79.

¹⁶ O controle de supralegalidade, alegado pelo autor, remete à interpretação dada pela Suprema Corte brasileira no tocante ao status normativo dos tratados internacionais após sua ratificação. Mazzuoli defende que tratados internacionais comuns possuem status normativo supralegal, diferentemente da interpretação do STF, que compreende os tratados comuns com status legal, apenas. Para mais informações, ver RE 466.343-1/SP. MAZUOLLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. *Revista Argumenta – UENP*, Jacarezinho, n. 15, p. 77-114, 2011. p. 79.

É diante desse cenário que Mazzuoli defende a compatibilidade vertical material, no qual haja conformidade de lei interna com a Constituição e tratados de direitos humanos em vigor, bem como demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Isto significa dizer que o controle de convencionalidade toma por base instrumentos plurais, que servem como paradigma de proteção de direitos humanos em sentido lato, considerando, apenas, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, mas também as demais ferramentas normativas existentes, respeitando a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos e sua harmonia com o ordenamento jurídico interno.

Piovesan¹⁷ justifica o controle de convencionalidade na região latino-americana a partir de uma perspectiva das desigualdades e do contexto histórico dos países que compõem o bloco. Esse controle é garantido pelas cláusulas de abertura presentes em algumas das Constituições dos Estados da região, que permitem uma integração entre os diferentes níveis de atuação jurisdicional — interno e externo. Nesse sentido, aponta que

[...] o controle da convencionalidade pode ser compreendido sob uma dupla perspectiva: a) tendo como ponto de partida a Corte Interamericana e o impacto de sua jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latino-americanos; e b) tendo como ponto de partida as Cortes latino-americanas e o grau de incorporação e incidência da jurisprudência, principiologia e normatividade protetiva internacional de direitos humanos no âmbito doméstico.¹⁸

É nessa toada que Piovesan defende o controle de convencionalidade como mecanismo adequado para a integração entre os sistemas de proteção de direitos humanos, pautado no diálogo e formando o denominado *ius commune* latino-americano, cujo fio condutor é a aproximação entre sistemas capazes de criar um direito comum que seja pautado na dignidade da pessoa humana¹⁹.

Há diversas classificações de como o controle de convencionalidade pode se estabelecer e, dentre elas, salientamos o entendimento do doutrinador André de

¹⁷ PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n. 19, jan./jun. 2012.

¹⁸ PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n. 19, jan./jun. 2012.

¹⁹ PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n. 19, jan./jun. 2012.

Carvalho Ramos, que, didaticamente, tece comentários acerca dessa modalidade de controle. Para ele, o controle produz dois efeitos, seja negativo — ao invalidar normas ou decisões contrárias às normas internacionais —; seja positivo — consistente na adequação de tais normas aos parâmetros internacionais —, o qual denomina de controle destrutivo e construtivo de convencionalidade, respectivamente²⁰.

Ramos ainda classifica o controle de convencionalidade em internacional e nacional. No primeiro, compreende um controle amplo realizado pelos próprios órgãos internacionais, ao verificar se os atos internos estão em conformidade com normas extraterritoriais, tais como tratados, princípios gerais do direito e resoluções de âmbito internacional. O segundo, por sua vez, consiste no mesmo exame de compatibilidade entre as normas internas e internacionais, mas, dessa vez, realizados pelos juízes e tribunais brasileiros em seus julgamentos. Em ambos os casos, existe um controle abrangente de convencionalidade, que analisa os aspectos materiais e formais de validade da norma nacional em consonância com os paradigmas internacionais dos quais o Brasil seja parte.

É necessário que o diálogo entre ordenamento jurídico interno e externo se fortaleça, pois somente assim é possível construir um direito que seja efetivamente protetor de direitos humanos. Para tanto, Ramos defende “[...] diálogo entre as Cortes, uma vez que ambas — STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos — cumprem a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais”²¹

Esse diálogo entre Cortes é representado pela formação de uma rede de proteção de direitos humanos, conforme denomina Paola Alvarado²², rede pautada na comunicação transjudicial que possibilita a interação entre jurisdições. Trata-se da relação de marco normativo

comum, em que as jurisdições dialogam a fim de construir o direito sob uma égide comunitária, buscando um objetivo comum. No Sistema interamericano, essa forma de pensar a rede se inicia com base nas decisões da Corte Interamericana relativas ao período ditatorial pelos quais passaram os países pertencentes à região, formando, assim, uma rede jurídica que cria um pensamento comum pautado no diálogo.

Acosta Alvarado ressalta que cabe aos juízes constitucionais trabalhar em prol dessa harmonia entre os distintos ordenamentos jurídicos, formando, assim, uma rede de proteção de um direito comum:

los miembros de esta red se relacionan a través del ejercicio del diálogo formal e informal. El primero, del cual nos hemos ocupado en este trabajo, encuentra fundamento en las normas constitucionales y regionales que obligan al juez a adelantar un ejercicio de armonización. El segundo se adelanta en escenarios no jurídicos y existe como consecuencia del reconocimiento que los propios jueces, la academia y la sociedad civil en general, hacen de la importancia y necesidad de compartir y usar cierto tipo de información para cumplir la tarea de protección²³.

É a partir dessa discussão que uma das ferramentas adequadas para a criação desse direito comum é o controle de convencionalidade, haja vista que permite a integração entre os sistemas de proteção, fortalecendo o diálogo transformador.

Quem advoga no mesmo sentido são Borges e Piovesan²⁴, para quem a existência do controle de convencionalidade serve, inclusive, como fio condutor para se criar um *ius commune*, ou seja, um direito comum pautado no diálogo, no qual se aplicam jurisprudências do sistema interamericano na interpretação normativa interna dos Estados, bem como as decisões em nível regional podem se valer da jurisprudência doméstica, concretizando, assim, uma via de mão dupla. O objetivo principal é, em todo caso, proteger o princípio *pro persona*²⁵.

²⁰ RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de Convencionalidade, teoria do duplo controle e o pacto nacional do Judiciário pelos direitos humanos: avanços e desafios. *Revista Direitos Culturais*, v. 17, n. 41, p. 283-297, 2022.

²¹ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 241-286, 2009.

²² ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Mas allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

²³ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Mas allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015. p. 113.

²⁴ BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Rev. Direitos fundam. Democ.*, v. 24, n. 3, p. 5-26, dez. 2019.

²⁵ O Princípio Pro Persona implica analisar, sob o caso concreto e diante dos vários instrumentos normativos, qual norma é mais favorável ao indivíduo. A esse respeito, diversos autores tratam de tal princípio, tais como Flávia Piovesan, André de Carvalho Ramos e Valério de Oliveira Mazzuoli.

O controle de convencionalidade é mecanismo essencial para adequar as normas nacionais e internacionais, estabelecendo uma relação dual capaz de proteger direitos humanos em todos os seus aspectos, encontrando, assim, a melhor aplicabilidade destas normas de acordo com mecanismos fixados em tratados e demais recomendações internacionais. Sobre isto, a própria jurisprudência, em nível local e regional, já se manifestou, conforme abordaremos a seguir.

4 Jurisprudência doméstica e regional acerca da aplicação do controle de convencionalidade

Nesse ponto, evidenciamos como os tribunais se posicionam acerca do controle de convencionalidade e sua aplicação pelo sistema interno dos Estados. Começamos pelo caso emblemático no Sistema Interamericano de proteção de Direitos Humanos, julgado pela Corte Interamericana em 26 de setembro de 2006. O caso denominado “Almonacid Arellano e outros *versus* Chile” fixou o entendimento de que cabe aos Estados realizar o controle de convencionalidade para adequar suas normas aos padrões estabelecidos pelo sistema interamericano.

Em linhas gerais, o caso trata da execução de um professor chileno durante o regime militar que vigorava à época — em 1973. Nesse sentido, a Corte declarou a responsabilidade do Estado chileno e determinou que o país realizasse investigação e condenasse os responsáveis pela execução extrajudicial do senhor Almonacid Arellano²⁶. Todavia, o que mais chama a atenção no caso, para a discussão suscitada neste ensaio, é a determinação da Corte acerca do controle de convencionalidade como mecanismo adequado de uso dos Estados para que haja observação dos parâmetros da Corte para casos de violação de direitos humanos.

Ao julgar o caso, a Corte deixou claro que os Estados não podem violar o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)²⁷, ainda que

a legislação interna não esteja adequada ao art. 2²⁸ da CADH, uma vez que a obrigação de respeitar direitos persiste. Em suma, a responsabilidade internacional do Estado subsiste se houver qualquer tipo de violação os direitos internacionalmente protegidos pela Convenção Americana e demais tratados internacionais de direitos humanos.

O ponto-chave da decisão está sedimentado no dever do Estado de realizar controle de convencionalidade à luz da Convenção, adotando medidas necessárias para que o direito internacional dos direitos humanos se mantenha intacto. Merece destaque o trecho da sentença que trata deste ponto em específico:

a Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo²⁹.

A primeira interpretação dada pela Corte acerca desta temática deixa claro que não apenas tratados devem ser considerados nessa espécie de controle, mas também toda e qualquer interpretação realizada pela Corte Interamericana, haja vista que esta é órgão competente

a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

²⁸ Art. 2: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*: sentença de 26 de setembro de 2006: (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2021. p. 26.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*: sentença de 26 de setembro de 2006: (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2021.

²⁷ Art. 1.1: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se

dentro do tratado ratificado pelos Estados. Isto significa que os informes realizados no âmbito do Sistema interamericano também estão abarcados pelo controle de convencionalidade — ponto fundamental para a defesa deste artigo.

Em relação aos agentes públicos para os quais o controle de convencionalidade se estende, não restam dúvidas de que este se direciona a todo e qualquer agente estatal. Acerca disso, a Corte também se posicionou, no seu Caderno de Jurisprudências n. 7, no qual reúne informações sobre o controle de convencionalidade baseado nas decisões ao longo de sua atuação. Nesse sentido, afirma que o controle de convencionalidade é uma obrigação de toda autoridade pública, cuidando para que a Convenção seja respeitada. Isto implica dizer que não apenas juízes têm o dever de fazer o controle, mas todo e qualquer agente estatal deve fazê-lo de ofício, a fim de que sejam as ações estatais condizentes com o prescrito pelo Sistema Interamericano em todas as suas frentes de atuação³⁰.

Mas não somente a jurisprudência da Corte Interamericana tratou, amplamente, do controle de convencionalidade, como o próprio tribunal brasileiro já se posicionou neste mesmo sentido. Em 2016, o Superior Tribunal de Justiça valeu-se do controle de convencionalidade ao julgar a aplicabilidade do crime de desacato em um caso de roubo por parte de Alex Carlos Gomes. No caso, Alex foi também condenado pelo crime de desacato, por resistir à abordagem e por ofensas proferidas contra as autoridades policiais. Em sede de Recurso Especial, o mesmo tribunal determinou a aplicação do controle de convencionalidade à luz da CADH, observando-se os artigos 2 e 29³¹ do tratado internacional,

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: Control de Convencionalidad*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

³¹ Art. 29: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

relativas à liberdade de expressão³². Para tanto, recorreu ao supracitado caso Almonacid Arellano para sustentar a tese de que cabem aos Estados realizar o controle de convencionalidade e adequar suas normativas de modo a respeitar os entendimentos do Sistema Interamericano.

Isto implica dizer que o art. 331 do Código Penal³³ está em desacordo com o art. 13 da CADH, que trata a respeito da liberdade de pensamento e expressão³⁴, no qual o STJ entendeu que tal preceito normativo afronta, diretamente, a compreensão sobre a liberdade estabelecida pela Convenção, além de interpretar que as regras advindas do Sistema Interamericano são ampliativas em relação ao direito de liberdade, enquanto normas que tipificam o crime de desacato servem como abuso e como modo de cercear ideias e opiniões consideradas incômodas pelos agentes públicos — conforme bem fundamentado pelo Ministro Relator Ribeiro Dantas³⁵.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *RE.sp. 1.640.084/SP*. Direito Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Roubo, Desacato e Resistência. Apelação Criminal. Efeito Devolutivo Amplo. Supressão de Instância [...]. Recorrente: Alex Carlos Gomes. Recorrido: Ministério Público do Estado De São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Mídias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf. Acesso em: 5 jul. 2021.

³³ Art. 331: Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

³⁴ 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *RE.sp. 1.640.084/SP*. Direito Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Roubo, Desacato e Resistência. Apelação Criminal. Efeito Devolutivo Amplo. Supressão de Instância [...]. Recorrente: Alex Carlos

Ao afastar a incidência do crime de desacato em favor da interpretação estabelecida pela Corte Interamericana e em detrimento do Código Penal Brasileiro, o STJ realizou o verdadeiro controle de convencionalidade, por compreender que a norma do direito interno está em desacordo com os parâmetros estabelecidos pelo tratado no qual o Brasil é signatário — a Convenção — adotando a tese do controle e beneficiando, em última análise, o Princípio Pro Persona, uma das finalidades desse mecanismo amparado pela CADH.

A compreensão do STJ acerca do crime de desacato, à luz da Convenção se deu por meio de um “Relatório para a Liberdade de Expressão”, produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que já havia fixado entendimento de que as normas de direito interno que tipificam o crime de desacato estão em desarmonia com a Convenção Americana. Nesse sentido, o STJ efetuou o controle de convencionalidade à luz também da Comissão, e não apenas da Corte Interamericana. Destaca-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal (STF) mudou tal interpretação, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496, de 2020.

Para o Supremo, a ADPF foi julgada improcedente, haja vista que sua compreensão é a de que “[...] A criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida”³⁶. Logo, o Supremo Tribunal Federal contrariou norma superior da própria Convenção da qual o Estado brasileiro é parte, deixando de realizar o controle de convencionalidade e aplicando interpretação desconforme o sistema interamericano.

Nesse sentido, destaca-se trecho do voto vencido do Ministro Luiz Edson Fachin, que defendeu a tese de interpretação normativa à luz da jurisprudência do

sistema, aplicando-se assim o controle de convencionalidade:

essa é a razão pela qual a vinculação dos países à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não decorre apenas dos casos em que o país seja condenado, nos termos do Artigo 68 do Pacto de São José, mas de toda a jurisprudência do Tribunal. Como anotou a Corte no caso *Almonacid Arellano*, o parâmetro para se realizar o chamado controle de convencionalidade é, além do próprio texto do Pacto, a “interpretação que [dele] fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção” (CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*, 2006, par. 124). Assim, o fato de a Corte jamais ter se manifestado sobre a compatibilidade do artigo 331 do Código Penal brasileiro com a Convenção Interamericana não exime o Estado brasileiro de fazê-lo, afinal, como expressamente consta do *Caso Almonacid*, “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam os casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”³⁷.

Este é apenas um exemplo ilustrativo de como se aplica o controle de convencionalidade na prática e, sobretudo, serve como base teórica para fundamentar a ideia de que o controle de convencionalidade é uma ferramenta adequada para proteger a população LGBTQIA+, seja à luz dos relatórios temáticos da Comissão, seja da jurisprudência da Corte Interamericana, conforme abordaremos a seguir.

5 Controle de convencionalidade: pauta para o futuro da população LGBTQIA+

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, o controle de convencionalidade é mecanismo criado para garantir que os parâmetros internacionais de interpretação de normas de direitos humanos sejam observados

Gomes. Recorrido: Ministério Público do Estado De São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Mídias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf. Acesso em: 5 jul. 2021.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 496/DF*. Direito Constitucional e Penal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Crime de Desacato. Art. 331 do Cp. Conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Recepção pela Constituição de 1988. Requerente(s): Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Intimado(s): Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283>. Acesso em: 12 mar. 2022. p. 3.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 496/DF*. Direito Constitucional e Penal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Crime de Desacato. Art. 331 do Cp. Conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Recepção pela Constituição de 1988. Requerente(s): Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Intimado(s): Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283>. Acesso em: 12 mar. 2022. p. 10.

por todos os Estados-parte daquele determinado Tratado. Ainda, implica o dever desses próprios Estados de observarem as interpretações dadas pelos mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos, a fim de que o Princípio *Pro Persona* seja garantido na prática.

Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos quanto o próprio Estado brasileiro já aplicaram a tese do controle em seus julgados, tornando esta uma ferramenta efetiva em relação à validação de direitos ainda hoje violados. Ainda, a Convenção também compreende que o dever de observar o controle não se restringe apenas ao Judiciário, mas toda e qualquer autoridade pública que assim possa fazê-lo.

É por esse motivo que defendemos, neste artigo, a aplicação do controle de convencionalidade para a proteção da população LGBTQIA+, partindo de um de seus Relatórios Temáticos, denominado “Reconhecimento de direitos de pessoas LGBTI”, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que compõe a CADH. Analisemos esse documento e seus parâmetros de proteção.

Publicado em 7 de dezembro de 2018, o relatório tem por objetivo sistematizar os problemas existentes no continente americano referente à violência contra a população LGBTQIA+, bem como os avanços que existiram ao longo dos últimos tempos de atuação do próprio sistema. Trata-se de identificar os direitos dessa população, protegê-la das violências e, sobretudo, capacitá-la para desenvolver suas próprias capacidades individuais³⁸.

A Comissão, de imediato, constatou que, no continente americano, a violência e intolerância são fatores determinantes para impedir que gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais — e demais membros desta população — possam exercer seus direitos humanos de forma plena, impactando seus direitos políticos, civis, econômicos e sociais. Todavia, compreende que, nos últimos dez anos, políticas públicas voltadas para a população LGBTQIA+ foram primordiais para o avanço em matéria de direitos humanos para esse grupo, o que

demonstra que bons frutos foram colhidos ao longo do tempo.

Alguns dos padrões normativos primordiais, citados no relatório, partem da jurisprudência da própria Corte Interamericana. O primeiro caso emblemático julgado pelo sistema é o caso *Atala Riffo e crianças versus Chile*³⁹, no qual sedimentou-se o entendimento de que a orientação sexual é terminantemente proibida enquanto critério para discriminação, uma vez que esta violaria diretamente o art. 1.1 da CADH⁴⁰. Portanto, a orientação sexual é categoria protegida, ainda que indiretamente, pela própria Convenção em seu texto, de acordo com interpretação dada pela Corte, conforme excerto a seguir:

[...] la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.⁴¹

Ainda, o relatório destaca o posicionamento da Comissão ao retratar o direito à igualdade e não discriminação no que tange à população LGBTQIA+, inclusive ao ressaltar que nenhuma norma, decisão ou prática, por qualquer um que seja — membros estatais ou não — não podem ser discriminatórias ou restringir, de alguma forma, direitos de pessoas em razão de sua orientação sexual. Há, nessa perspectiva do Sistema, um dever dos Estados em adotar legislações que defina e proíba, claramente, a discriminação e intolerância, em relação aos ramos possíveis em que pessoas LGBTQIA+ possam se sentir reprimidas ou discriminadas⁴².

³⁹ Para mais detalhes do caso, acessar: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf

⁴⁰ Neste mesmo sentido, cita o relatório os casos *Flor Freire versus Equador* e *Duque versus Colômbia*.

⁴¹ “Orientação sexual e identidade de gênero, bem como expressão de gênero são categorias protegidas pela Convenção. Por este motivo, a Convenção proíbe qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Consequentemente, nenhuma regra, decisão ou prática de direito interno, seja por autoridades estaduais ou por indivíduos, pode diminuir ou restringir, de qualquer forma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual, identidade de gênero e / ou sua expressão de gênero”. Tradução: nossa.

⁴² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las*

³⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 7 de diciembre de 2018. [S. l.]: CIDH, 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

Embora o relatório cite alguns dos avanços conquistados em relação a esse tema, nos ocuparemos em tratar dos desafios persistentes na região do sistema, uma vez que estes devem ser objeto do controle de convencionalidade a ser realizado pelos países e, sobretudo, representar uma ação estatal que coaduna com os padrões estabelecidos pelo Sistema Interamericano. Citaremos, a seguir, tais problemas identificados:

Estos desafíos incluyen, entre otros, la persistencia de la violencia en contra de las personas LGBTI en el continente; la existencia de la criminalización de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas en varios Estados del continente; la reciente adopción de leyes y otras medidas estatales contrarias al principio de igualdad y no discriminación; campañas e iniciativas de desinformación que proliferan estigmas y estereotipos contra las personas LGBTI, como por ejemplo aquellas autodenominadas en contra de la “ideología de género”; y el avance de grupos y movimientos contrarios al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, en la sociedad y a nivel de los Poderes estatales.⁴³

Isto aponta para dados alarmantes a serem revertidos por parte dos Estados da região, uma vez que as interpretações da Comissão e Corte Interamericana estão contrárias a esses comportamentos dos países membros da Organização dos Estados Americanos. No caso do Brasil, o relatório cita os setores conservadores e anti-direitos LGBTQIA+ ocupando cargos nos Poderes do Estado brasileiro, especialmente no Legislativo e Executivo. Nesse cenário, aponta a retirada dos termos “identidade de gênero” e “orientação sexual” da Base

personas LGBTI en las Américas: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 7 de diciembre de 2018. [S. l.]: CIDH, 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

⁴³ “Esses desafios incluem, entre outros, a persistência da violência contra pessoas LGBTI no continente; a existência de criminalização das orientações sexuais, identidades e expressões não normativas de gênero em vários estados do continente; a recente adoção de leis e outras medidas estatais contrárias ao princípio da igualdade e não discriminação; campanhas e iniciativas de desinformação que proliferam estigmas e estereótipos contra as pessoas LGBTI, como aqueles que se autodenominam contra a “ideologia de gênero”; e o avanço de grupos e movimentos contrários ao reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTI, na sociedade e no poder do Estado”. [Tradução nossa]. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 7 de diciembre de 2018. [S. l.]: CIDH, 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

Nacional Comum Curricular, violando, claramente, a diversidade sexual em condutas discriminatórias.

Aponta o relatório, ainda, para o crescimento do movimento “Escola sem Partido”, que promove projetos de lei que proíbem a discussão de determinados temas em âmbito escolar, em especial a identidade de gênero, sob a justificativa de retirada do viés de doutrinação ideológica de professores. Tal comportamento do Estado preocupa a Comissão — conforme explicitado no documento — uma vez que esse aparelhamento estatal viola, diretamente, os direitos previstos na própria CADH, bem como os padrões normativos do Sistema, já explicitados anteriormente.

Diante do cenário de discriminação de violação de direitos que persistem na região, a Comissão finaliza seu relatório com recomendações para os Estados, que servem como parâmetro para que os países adotem medidas que protejam a população LGBTQIA+. Dentre elas, está a necessidade de coletar e analisar dados sobre a efetiva violência e discriminação contra a população em questão, de maneira coordenada e sistematizada, articulando diversos setores estatais, com a finalidade de criar políticas públicas voltadas para essas pessoas, o que não é possível sem as informações pertinentes. Ressalta-se que o Estado brasileiro ainda não possui essa sistematização, o que somente ocorre por meio de Organizações Não Governamentais como o outrora citado Grupo Gay da Bahia.

Outra recomendação diz respeito a assegurar que todos possam definir sua identidade de gênero em seus dados oficiais, tais como documentos, registros estatais, dentre outros, permitindo que as pessoas sejam identificadas formalmente pelos outros da mesma forma que elas mesmas se identificam. Cabe ao Estado, portanto, criar mecanismos para que tais medidas sejam implementadas.

Aspecto fundamental diz respeito à criação de políticas públicas que promovam o respeito e aceitação social por parte de pessoas LGBTQIA+, o que deve ser feito por meio da educação e cultura em geral, conforme recomendação da Comissão. Isto parece confrontar, diretamente, um dos problemas relatados pela própria Comissão referente ao Movimento Escola Sem Partido, que faz exatamente o contrário do que determina o sistema regional. Logo, parece evidente a necessidade do Estado brasileiro se adequar a este tipo de política.

Acerca dessa questão em específico, a Comissão já se manifestou sobre a preocupação com os rumos tomados pelo Estado brasileiro em termos educacionais, especialmente com base nesse movimento em específico. Isto porque, segundo a Comissão em seu relatório sobre a situação de direitos humanos no Brasil, esse projeto viola a educação sob a perspectiva de gênero, o que descumpriria o prescrito no artigo 13.2 do Protocolo de San Salvador — acerca da liberdade de expressão dos educadores⁴⁴. Tal compreensão do sistema é fundamental para discutir o avanço, por meio do controle de convencionalidade, das questões envolvendo direitos LGBTQIA+ no âmbito da educação.

Em relação à educação com perspectiva de gênero, a CIDH recorda ao Estado que a perspectiva de gênero é uma ferramenta essencial para combater a discriminação e a violência contra mulheres e pessoas com diversas orientações sexuais e identidades de gênero; e um conceito que busca tornar visível a posição de desigualdade e subordinação estrutural das mulheres aos homens devido ao seu gênero. Portanto, a Comissão lembra ao Estado de sua obrigação em adotar medidas específicas para modificar os padrões socioculturais de comportamentos heteronormativos, incluindo o desenho de programas educacionais formais e não formais para combater preconceitos e costumes e todos os outros tipos de práticas baseadas em a premissa da inferioridade das mulheres ou de outros grupos historicamente discriminados por causa de sua diversidade sexual ou identidade de gênero⁴⁵.

Destaca-se, também, o dever dos Estados em adotar medidas legais que protejam a população LGBTQIA+ de atos discriminatórios, inclusive ensejando sanção aos responsáveis e eventual reparação necessária, garantindo que a identidade de gênero e orientação sexual seja realçada como motivo determinante para tal discriminação, quando for o caso. Ou seja, trata da necessidade de adequar o sistema de justiça, de modo que a população encontre respaldo no sistema judiciário local, desde a fase de investigação, bem como de acesso à justiça como um todo. Assim, ressalta a Comissão que os serviços públicos de assistência judiciária devem estar disponíveis a todos.

Frisa-se que o Brasil criminalizou a homotransfobia não pela via da tipificação legislativa, o que seria mais

desejável e protetivo, mas apenas aplica — ainda que com dificuldades⁴⁶ — o crime de racismo de forma equiparada, conforme entendimento jurisprudencial do STF citado anteriormente. Isto significa que o Estado brasileiro não está em consonância com o padrão estabelecido no Sistema Interamericano, restando clara a necessidade de se adequar aos parâmetros previstos em nível regional de proteção de direitos humanos.

Por fim, deve-se frisar a recomendação da Comissão de que as autoridades estatais devem se abster de fazer declarações públicas ou se valer de meios que incitem a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. No caso brasileiro, são diversas as manifestações do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, que atentam contra a população LGBTQIA+. A título exemplificativo, no dia Mundial contra a Homofobia, Bolsonaro fez piada e ironizou um artigo de um jornalista que expunha todas as vezes em que foi homofóbico, em tom claramente vexatório e pejorativo⁴⁷. Logo, tal comportamento também vai de encontro aos padrões interamericanos e seu *corpus iuris*, estabelecidos pelo próprio Sistema.

Diante de tais circunstâncias, o controle de convencionalidade é a chave mestra para adequar as normas internas do Estado brasileiro ao que prevê o Sistema Interamericano. Ao criar o relatório, a Comissão explicita os problemas existentes nos países que compõem o sistema, e evidencia o dever dos Estados, enquanto signatários da Convenção, de adequar seus mecanismos internos para que estejam em harmonia com o que estabelece o tratado internacional.

Ressalta-se, ainda, que o controle de convencionalidade se estende a todo e qualquer agente público. Isto implica o dever de criação de políticas públicas e articulação entre os setores estatais para que haja implementação de diretrizes que beneficiam a população LGBTQIA+, garantindo que seus direitos sejam de fato respeitados.

⁴⁶ Acerca das dificuldades em implementar o entendimento jurisprudencial do STF, destaca-se o documento produzido pelo All Out e Instituto Matizes, disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/LGBTIfobia-no-Brasil.pdf

⁴⁷ OLIVEIRA, Muka. No Dia Mundial contra a Homofobia, Bolsonaro faz piada: “Sou Incomível”. *Observatório G*, 2021. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/no-dia-mundial-contra-a-homofobia-bolsonaro-faz-piada-sou-incomivel>. Acesso em: 8 jul. 2021.

⁴⁴

⁴⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. [S. l.]: CIDH, 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Parece claro que o sistema estabeleceu normas de conduta para os Estados que dele fazem parte, cabendo a estes adotarem, por meio do controle de convencionalidade, medidas necessárias e eficazes que permitam o avanço nas pautas da população em análise. Cabe, portanto, a todos os agentes estatais criarem em seu bojo de atuação o meio adequado para que tais progressos de fato ocorram, havendo compatibilidade entre as condutas oficiais internas e o previsto nos tratados internacionais. Assim, tal compatibilidade se verifica quando o Estado brasileiro adota medidas em conformidade com as interpretações da Comissão Interamericana, uma vez que esta é parte da CADH e, sobretudo, está em constante revisão de seus standards para melhor proteger e garantir direitos humanos. A pauta para o futuro da população LGBTQIA+, portanto, pode ser traçada em nível nacional e internacional, desde que o controle de convencionalidade seja executado de acordo com aquilo que se propõe em sua teoria. Em suma, parece ser o caminho adequado para que isto ocorra no Brasil.

6 O controle de convencionalidade com base na jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos: casos paradigmáticos

O sistema interamericano já atuou em diversos casos relativos à população LGBTQIA+, de modo que sua jurisprudência serve como base para o controle de convencionalidade defendida no presente ensaio. Para compreender melhor tais arcabouços, vejamos esses casos e seus principais aspectos que podem impactar o processo decisório dos países que compõem o sistema, em especial o Brasil.

Além do caso Atalla Riffo, anteriormente citado, o caso Duque *versus* Colômbia também faz parte da jurisprudência da Corte em relação à população LGBTQIA+, posto que tratava do direito à pensão por morte de um cônjuge sobrevivente de uma relação homoafetiva. No caso, a vítima do Estado colombiano era companheiro de um funcionário público que faleceu em decorrência da Síndrome da Imunodeficiência Humana (AIDS). O sistema administrativo de pensão do referido país negou o pedido, em virtude de compreender que pessoas do mesmo sexo não eram parte legítima nos termos da lei. A lide chegou até a Corte, que condenou

a Colômbia a pagar uma indenização ao senhor Duque, bem como priorizar a sua solicitação de pensão assim que esta ocorresse⁴⁸.

Outro exemplo de proteção de pessoas LGBTQIA+ diz respeito ao caso Flor Freire *versus* Equador, que tratava de conduta discriminatória das forças militares do país no tocante aos que praticavam atos sexuais com pessoas do mesmo sexo. As penas eram mais severas do que aquelas direcionadas às pessoas que praticavam atos sexuais denominados ilegítimos e, assim, o senhor Freire foi afastado de seu cargo no exército. A demanda chegou ao sistema interamericano, que determinou a reinserção da vítima aos quadros do exército, sob o fundamento de que tal decisão administrativa foi discriminatória, devendo também o Estado do Equador indenizar o senhor Freire pelos danos materiais e imateriais sofridos⁴⁹.

Destaca-se, ainda, o caso Azul Rojas Marín *versus* Peru, no qual a Corte analisou um caso de violência contra pessoas LGBTQIA+. Nesse sentido, a senhora Marín — transexual que na época dos fatos era homem gay — foi submetida à violência psíquica e física por parte da política peruana, incluindo violência sexual e insultos homofóbicos. Desse modo, o caso foi submetido ao sistema, que condenou o Estado peruano por violação ao direito de igualdade e não discriminação. Assim, o Peru foi condenado a pagar indenização à senhora Marín, bem como criar políticas de capacitação aos agentes estatais para que se conscientizem acerca da diversidade sexual e de gênero⁵⁰.

Em caso mais recente, de 2021, denominado Vicky Hernandez *versus* Honduras, a Corte se manifestou acerca da morte de Vicky, uma transexual que era trabalhadora sexual e ativista de causas LGBTQIA+. Nesse caso, houve violação do direito à integridade e direito

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Duque Vs. Colombia*: sentencia de 26 de febrero de 2016: (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 1 fev. 2022.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*: sentencia de 31 de agosto de 2016: (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 1 fev. 2022.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú*: sentencia de 12 de marzo de 2020: (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf. Acesso em: 1 fev. 2022.

à vida, na morte da senhora Hernandez por parte dos agentes estatais hondurenhos, alegando que a vítima não respeitou o toque de recolher vigente à época no contexto de golpe de Estado. O Estado de Honduras foi condenado a reparar a família da vítima, bem como criar um plano de capacitação para agentes de segurança pública do Estado, além de criar uma bolsa educacional que leva o nome de Vicky, destinada a mulheres trans que queiram prosseguir em seus estudos⁵¹.

Os casos supracitados refletem a consolidação de uma jurisprudência do sistema, de modo que cabe aos Estados pertencentes ao bloco a proteção de direitos das pessoas LGBTQIA+, em seus variados aspectos, tais como a não discriminação, direito à vida, integridade, dentre outros direitos previstos na Convenção. Destaca-se, ainda, que o controle de convencionalidade, por meio desses casos paradigmáticos, pode ser uma ferramenta eficaz para o combate à discriminação no tocante ao Estado brasileiro, que ainda tem muito a evoluir em seus processos decisórios. Assim, teremos uma redução das vulnerabilidades que assolam essa população ainda em contexto de desigualdade.

7 Considerações Finais

A proposta deste artigo foi explicitar o controle de convencionalidade como meio adequado para a garantia e proteção de direitos humanos da população LGBTQIA+. Desse modo, apresentaram-se os aportes teóricos que fundamentam e justificam essa teoria na esfera do direito interno e internacional.

Demonstrou-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido por todos os agentes estatais, em seus vários âmbitos de atuação. A jurisprudência da Corte Interamericana e, em nível interno brasileiro, já demonstrou que é possível realizar tal controle e estabelecer um diálogo entre esses níveis, o que apenas fortalece a proteção de direitos humanos em seus variados aspectos e locais. Estender tal articulação/diálogo em outros âmbitos parece uma tarefa árdua, mas possível

e executável para que os direitos da população LGBTQIA+ sejam garantidos de fato.

Ao criar um informe voltado para essa temática, com destaque para avanços e desafios posteriores, a Comissão Interamericana coloca, nas mãos dos Estados membros da CADH, o artefato necessário para que suas condutas estejam em consonância com a proteção de direitos humanos esperada. É com o controle de convencionalidade em suas múltiplas facetas que tais ferramentas se operacionalizam, sendo estabelecidos parâmetros que se espalham por toda a região americana.

Desse modo, evidencia-se que se deve estabelecer uma relação dialógica entre direito interno e direito internacional, especialmente no que tange ao diálogo entre Cortes, de modo que os sistemas de interpretação e aplicação de direitos humanos se tornem convergentes na proteção dos indivíduos. Com base na perspectiva de Acosta Alvarado, Piovesan, Ramos e Mazzuoli, pretendeu-se, ao longo deste artigo, demonstrar que é possível a construção de uma rede articulada de defesa dos direitos da população LGBTQIA+, em nível global, desde que os países estejam engajados e comprometidos com esta prática. Trata-se, portanto, de um direito comum, que visa aplicar as boas práticas e entendimentos das Cortes constitucionais e internacionais.

Defendemos, ainda, que o controle de convencionalidade é o mecanismo adequado para se estabelecer um direito comum, capaz de transformar os sistemas de proteção de direitos humanos — ou, como defendido por Armin Von Bogdandy, um constitucionalismo transformador⁵². Isto porque, à medida que os países passam a estabelecer um padrão normativo de decisões judiciais, há um consenso global de como a população LGBTQIA+ deve ter suas prerrogativas protegidas, facilitando a interpretação com base na proteção e defesa de direitos humanos.

Não se pode deixar de apontar os avanços até hoje conquistados pela população LGBTQIA+ e, sobretudo, sobrelevar o papel fundamental do Sistema Interamericano para que tais progressos ocorressem. Portanto,

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Vicky Hernández Y Otras Vs. Honduras*. sentencia de 26 de marzo de 2021: (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_422_esp.pdf. Acesso em: 1 fev. 2022.

⁵² Para mais informações sobre a perspectiva teórica do constitucionalismo transformador, que caminha no mesmo sentido do presente artigo, consultar: BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

ainda apostamos no diálogo exercido pelo Sistema e no fortalecimento do controle de convencionalidade como recurso primordial para que mais avanços possam ocorrer, e os direitos humanos da população LGBTQIA+ sejam assegurados pelo Brasil e todos os demais países membros da CADH.

Por fim, o diálogo deve se estender a todo o globo, rompendo as barreiras do sistema interamericano, estabelecendo-se uma relação consensual entre os variados tribunais e sistemas internacionais pois, assim, os direitos humanos da população LGBTQIA+ serão garantidos com base em uma perspectiva múltipla. Logo, os padrões normativos se tornarão convergentes, permitindo-se que as vulnerabilidades dessa população sejam reduzidas com base em uma atuação comum dos judiciários locais e internacionais. É o que se espera futuramente.

Referências

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Mas allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.
- BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. RDA, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Rev. Direitos fundam. Democ.*, v. 24, n. 3, p. 5-26, dez. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp. 1.640.084/SP*. Direito Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Roubo, Desacato e Resistência. Apelação Criminal. Efeito Devolutivo Amplo. Supressão de Instância [...]. Recorrente: Alex Carlos Gomes. Recorrido: Ministério Público do Estado De São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 496/DF*. Direito Constitucional e Penal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Crime de Desacato. Art. 331 do Cp. Conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Recepção pela Constituição de 1988. Requerente(s): Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Intimado(s): Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. *LGBTIfobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização*. São Paulo: All Out; Instituto Matizes, 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/LGBTIfobia-no-Brasil.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 7 de diciembre de 2018. [S. l.]: CIDH, 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969)*. CIDH, [1969]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/>

portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 29 set. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. [S. l.]: CIDH, 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú*: sentencia de 12 de marzo de 2020: (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf. Acesso em: 1 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Duque Vs. Colombia*: sentencia de 26 de febrero de 2016: (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 1 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*: sentencia de 31 de agosto de 2016: (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 1 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7*: Control de Convencionalidad. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Vicky Hernández Y Otras Vs. Honduras*: sentencia de 26 de marzo de 2021: (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Acesso em: 1 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*: sentença de 26 de setembro de 2006: (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Atala Ríffo e Crianças Vs. Chile*: sentença de 24 de fevereiro de 2012: (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Observatório de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil – 2020*. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2021/05/observatorio-de-mortes-violentas-de-lgbti-no-brasil-relatorio-2020.-acontece-lgbti-e-ggb.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.

LOPES FILHO, F. C. A.; MOREIRA, T. O. Há espaço para o princípio pro persona no âmbito da racionalidade transversal do transconstitucionalismo? *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 1, p. 205-208, 2020.

MARTINS, Monica Dias. A pandemia expõe de forma escancarada a desigualdade social. *CLACSO*, [2021]. Disponível em: <https://www.clacso.org/a-pandemia-expoe-de-forma-escancarada-a-desigualdade-social>. Acesso em: 15 mar. 2022.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. *Revista Argumenta – UENP*, Jarcarezinho, n. 15, p. 77-114, 2011.

OLIVEIRA, Muka. No Dia Mundial contra a Homofobia, Bolsonaro faz piada: “Sou Incomível”. *Observatório G*, 2021. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/no-dia-mundial-contra-a-homofobia-bolsonaro-faz-piada-sou-incomivel>. Acesso em: 8 jul. 2021.

PAULA, C. E. A.; SILVA, A. P.; BITTAR, C. M. L. Vulnerabilidade Legislativa de grupos minoritários. *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 12, dez. 2017.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n. 19, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório de Desenvolvimento Humano Regional 2021*: presos em uma armadilha: alta desigualdade e baixo crescimento na América Latina e

no Caribe. UNDP, 2021. Disponível em: <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/en/home/library/regional-human-development-report-2021.html>. Acesso em: 15 mar. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 241-286, 2009.

RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de Convencionalidade, teoria do duplo controle e o pacto nacional do Judiciário pelos direitos humanos: avanços e desafios. *Revista Direitos Culturais*, v. 17, n. 41, p. 283-297, 2022.

SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3. 2016.

STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. *STF*, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 12 jul. 2021.

TEMAS GERAIS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A construção da participação social como mecanismo vinculatório de proteção das vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais

The construction of social participation as binding mechanism to protect victims of human rights abuses in business decision-making processes

Michelle Lucas Cardoso Balbino

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

A construção da participação social como mecanismo vinculatório de proteção das vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais*

The construction of social participation as binding mechanism to protect victims of human rights abuses in business decision-making processes

Michelle Lucas Cardoso Balbino**

Resumo

A atuação das transnacionais em todo o mundo aumentaram as indagações acerca da responsabilização dessas para com os Estados anfitriões e as partes interessadas, principalmente quando se consideram os abusos causados aos direitos humanos das vítimas. O objetivo do trabalho está em estabelecer os mecanismos capazes de tornar a participação social vinculatória para a proteção das vítimas de violações de direitos humanos em processos decisórios empresariais. Justifica-se por representar mecanismo extraterritorial capaz de conduzir a proteção de vítimas de abusos de direitos humanos na perspectiva das atuações empresariais. Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa normativa-jurídica, tipo exploratória, abordagem quantiquantitativa, fontes primárias e secundárias. Para a coleta, utilizaram-se os métodos *top-down* e *bottom-up*, enquanto para a análise de dados aplicou-se a Teoria da Análise de Conteúdo. Assim, a construção da participação social será possível se houver mecanismos que a definam como mecanismo vinculatório de proteção das vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais. Essa proposta está definida no processo de “esverdeamento” normativo dos Direitos Humanos e possui uma função positiva relativa à atuação da participação social ativa nos mecanismos de controle, e por considerar a participação social vinculatória como categoria de normas que garante a capacidade de influenciar das partes interessadas.

Palavras-chave: participação social; mecanismo vinculatório; multinacionais; vítimas; direitos humanos.

Abstract

The performance of transnational corporations around the world has raised questions about their accountability to host states and stakeholders, especially when considering the abuses caused to the victims' human rights. The objective of the work is to establish the mechanisms capable of making social participation binding for the protection of victims of human rights

* Recebido em 23/01/2022
Aprovado em 21/03/2022

** Coordenadora de Curso de Direito e professora universitária na Faculdade Patos de Minas. Advogada. Doutora em Direito pelo UniCEUB/Brasília. Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – Ouro Preto/MG; Pós graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho - Rio de Janeiro/RJ; Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – Ouro Preto/MG; e Pós Graduada em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG.
E-mail: michellebalbino@hotmail.com

violations in business decision-making processes. It is justified because it represents an extraterritorial mechanism capable of leading to the protection of victims of human rights abuses from the perspective of business actions. Methodologically, it is a normative-legal research, exploratory type, quantitative-qualitative approach, primary and secondary sources top-down and bottom-up methods were used for data collection, while Content Analysis Theory was applied for data analysis. Thus, the construction of social participation will be possible if there are mechanisms that define it as a binding mechanism for the protection of victims of human rights abuses in business decision-making processes. This proposal is defined in the process of normative “greening” of Human Rights, it has a positive role in the performance of active social participation in control mechanisms and, as it considers binding social participation as a category of norms that guarantees the ability to influence stakeholders.

Keywords: social participation; binding mechanism; multinationals; victims; human rights.

1 Introdução

A atuação das transnacionais, em várias partes do mundo, aumentou as indagações acerca da responsabilização dessas empresas para com os Estados anfitriões e as partes interessadas, principalmente quando se consideram os abusos causados aos direitos humanos das vítimas. A título de exemplo estão os diversos casos abusos de direitos humanos ocorridos nos casos Chevron Texaco c. Equador; Union Carbide Corporation c. Union of India and Others, etc; Perumatty Grama Panchayat c. State of Kerala; Esther Kiobel & Barinem Kiobel (*in memoriam*) c. Royal Dutch Petroleum (Shell na Nigéria). Além dos casos das empresas, mineradoras e transnacionais (Samarco-Mariana e Vale-Brumadinho) que causaram impactos socioambientais, com abusos aos direitos humanos em virtude de rompimento de barragens de rejeitos de minério, inclusive com a morte de pessoas que compõem as comunidades do entorno do empreendimento. Afinal, os impactos decorrentes da atuação empresarial deixaram de estar concentrados em um espaço geográfico específico, ganharam proporções extraterritoriais¹ (também denominados de transfron-

teiristas²) e resultando em diversos abusos de direitos humanos em todo o mundo. Os abusos causados por multinacionais às vítimas de impactos resultantes do processo de atuação empresarial são imensos. A título de exemplo, as vítimas do Caso Samarco ainda sofrem com doenças³.

Importante ressaltar, que nos casos explicativos destacados aqui, as empresas privadas se encaixam como causadores de abusos de direitos humanos derivados de impactos socioambientais causados pelos processos empresariais de atuação. Entende-se por abusos de direitos humanos o impacto causado pelas multinacionais à efetivação dos direitos das partes interessadas. Não se trata de violações de direitos humanos⁴, afinal, cabe aos Estados a proteção dos direitos humanos (devido à vinculação aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos)⁵. Tal fato não impede que as multinacionais sejam responsabilizadas por suas ações, o que revela a importância do controle pelos Estados como pelas próprias empresas⁶.

Porém, a complexidade jurídica dessa responsabilização nasce devido à “zona cinzenta” que as multinacionais se encontram (entre o direito nacional e o direito internacional)⁷. Afinal, no direito internacional (tradicional – teoria clássica), as transnacionais não representam sujeitos de direito internacional, sendo consideradas atores internacionais⁸, sem regras bem definidas quanto à responsabilização por sua atuação⁹, porém

² Os impactos extraterritoriais ou transfronteiriços são os impactos que ultrapassam fronteiras geográficas de um país.

³ PARREIRAS, Mateus. Mariana, 5 anos depois: vítimas de barragem ainda sofrem com doenças. *Jornal Estado de Minas Gerais*, 02 nov. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/11/02/interna_gerais,1200270/mariana-5-anos-depois-vitimas-de-barragem-ainda-sofrem-com-doencas.shtml.

⁴ O termo “abuso de direitos humanos por empresas” é empregado no mesmo sentido do termo “violação de direitos humanos por Estados Nacionais”. Cabe registrar que não há de se falar em violações de direitos por empresas, devido à ausência de norma vinculante em relação a esses atores de direitos internacionais.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 237.

⁶ MARAIN, Gaëtan. *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*. Universitaires D’Aix-Marseille: Centre de Droit Économique, 2016. p. 63.

⁷ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 241.

⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

⁹ DELMAS-MARTY, Mirelle. *Aux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l’océan de la mondialisation*. Paris: Seuil, 2016. p. 121.

¹ LHUILIER, Gilles. *Le droit transnational*. Dalloz, 2016. p. 10.

participam, de alguma forma, das relações jurídicas e políticas internacionais. Enquanto, no direito nacional, a grande maioria dos Estados anfitriões não possuem capacidade técnica e logística para aplicarem sanções a essas empresas por abusos de direitos humanos e, por ricochete^{10 11 12 13}, em relação aos impactos causados¹⁴.

Surge, então, a temática central, que busca definir uma solução para a redução dos abusos aos direitos humanos causados pelas multinacionais. Nessa perspectiva a participação social é um mecanismo de extraterritorialidade para a proteção de direitos humanos devido à exposição a certos riscos da atividade empresarial¹⁵. A “participação social” trata-se de um termo polissêmico, possui mais de um significado, dependendo da ciência que o analisa¹⁶, porém neste artigo o conceito utilizado terá o foco jurídico. Assim, o conceito jurídico de participação social, presente tanto no ordenamento jurídi-

co brasileiro¹⁷ como internacional¹⁸, é definido como a intervenção das partes interessadas, de forma direta ou indireta, nos processos de tomada de decisão empresarial. Neste trabalho, porém, o olhar da participação social não ficará atrelado aos aspectos de políticas públicas, como normalmente são os trabalhos relativos a esse tema, mas sim à atuação dessa participação social juntamente às empresas.

A atuação das partes interessadas, por meio da participação social, é ponto já constatado em trabalhos anteriores¹⁹. Porém, da forma que como está definida,

¹⁰ Expressão que busca representar a atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que teve a oportunidade de pronunciar sobre direitos ambientais de forma indireta ou reflexiva. Ou seja, mesmo não sendo uma atuação originária do Sistema Interamericano, a proteção ambiental é necessária para a garantia dos direitos humanos.

¹¹ MAZZUOLI, Valerio de O.; TEIXEIRA, Gustavo de F. Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 199-242, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a08v9n1.pdf>. p. 207.

¹² SAMPAIO, José Adércio Leite. O “esverdeamento” da Convenção Europeia de Direitos Humanos: vícios e virtudes. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 779-800, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25466/20483>. p. 779.

¹³ PERRUSO, Camila. Perspectivas do direito à informação ambiental no sistema interamericano de direitos humanos. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitish (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Editora Prismas, 2017. p. 296.

¹⁴ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A dificuldade de punição das empresas transnacionais por violações de regras de proteção ambiental: a necessidade de auto constituições. *Transnacionalismo e Globalização*, jun. 2018. Disponível em: <https://soac.imed.edu.br/index.php/siet/isiet/paper/viewFile/855/252>. p. 7.

¹⁵ LOPEZ, Laëtítia. *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise*. 2016. Tese (Doutorado) – Université Jean Moulin (Lyon 3), Lyon, 2016.

¹⁶ SIMÕES, Gabriel Lima; SIMÕES, Janaina Machado. Reflexões sobre o conceito de participação social no contexto brasileiro. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 7., 2015, São Luis. *Anais* [...]. São Luis: UFMA, 25-28 ago. 2015. p. 2.

¹⁷ As seguintes normas nacionais apontam a participação social: Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente); Política Nacional de Educação Ambiental; Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN); Decreto n.º 7.272, de 25 de agosto de 2010. (regulamenta a Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006); Lei n. 12.512, de 14 de outubro de 2011 (institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais); Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000 (cria a Agência Nacional de Águas – ANA); Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 (estabelece diretrizes gerais da política urbana); Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 (regula a ação popular) Resolução CONAMA n. 001, de 23 de janeiro de 1986; Resolução CONAMA n.º 009, de 03 de dezembro de 1987; Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997; Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005 (estabelece normas de segurança de organismos geneticamente modificados – OGM); Decreto n. 5.591, de 22 de novembro de 2005; Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (licitações e contratos da Administração Pública); Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (regula o processo administrativo); Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL); Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997 (dispõe sobre a política energética nacional); Resolução n. 25, de 18 de março de 2005 - Ministério das Cidades (regula o Estatuto das Cidades).

¹⁸ Convenção n. 29 sobre Trabalho Forçado (1930); Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (1948); Convenção 98 sobre o Direito de Organização e Negociação Coletiva (1949); Convenção n.º 107 da OIT (1957); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto de São José da Costa Rica; Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social; Convenção de Montego Bay (1982); Declaração do Rio (1992); Convenção da Basiléia (1988); Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (1989); Agenda 21 (1992); Convenção sobre Biodiversidade Biológica (1992); Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais (1992); Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992); Pacto Global da Organização das Nações Unidas (2000); Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2004); Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2008); Diretivas da OCDE para as Empresas Multinacionais (2008); Protocolo de Nagoya (2010); ISO 26000 (2010); Princípios das Nações Unidas sobre Empresas e os Direitos Humanos (2011); Declaração do Cairo sobre a Gestão do Capital Natural Africano para o Desenvolvimento Sustentável e Erradicação da Pobreza (2015); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

¹⁹ BALBINO, Michelle Lucas Cardoso Balbino. *A articulação entre a*

não causa a repercussão necessária, devendo ampliar a análise dessa participação para uma atuação vinculatória. Surge, então, a problemática a ser respondida neste artigo: **como tornar a participação social um mecanismo vinculatório para proteger as vítimas de violações de direitos humanos em processos decisórios empresariais?** Tendo como objetivo geral de pesquisa estabelecer os mecanismos existentes que possam tornar a participação social vinculatória para a proteção das vítimas de violações de direitos humanos em processos decisórios empresariais. E, de forma específica, verificar como as normas de direitos humanos podem impactar na atuação da participação social ativa nos mecanismos de controle e conhecer as normas de participação social que sejam capazes de garantir que as partes interessadas tenham influência nos processos decisórios empresariais.

Nesse sentido, o presente trabalho se justifica pela necessidade de definição de critérios objetivos para a vinculação da participação social nos processos decisórios empresariais para a minimização dos abusos de direitos humanos que possam impactar as vítimas dos impactos derivados da atuação empresarial. Ademais, justifica-se pela existência de casos concretos que comprovam a participação social, por meio da garantia da voz das partes interessadas (participação social vinculatória) nas tomadas de decisões empresariais, podem resultar em redução dos abusos de direitos humanos as vítimas. Por fim, o presente trabalho se justifica por representar mecanismo extraterritorial capaz de conduzir a proteção de vítimas de abusos de direitos humanos na perspectiva das atuações empresariais, representando um reposicionamento normativo da participação social considerando o parâmetro do direito transnacional²⁰.

Metodologicamente trata-se de uma pesquisa normativa-jurídica²¹, do tipo exploratória, com uma aborda-

participação social e a responsabilidade social corporativa (RSC) na prevenção de impactos socioambientais. Editora Thoth, 2021.

²⁰ “A utilização do reposicionamento normativo, derivado de uma percepção em que o Estado deixa de ser o único a criar, implementar e controlar um conjunto complexo de relações jurídicas e passa a integrar novas atribuições a diversos atores privados, é definido em uma migração gradual das normas jurídicas estabelecida no modelo piramidal para o modelo do direito em redes”. BALBINO, Michelle Lucas Cardoso Balbino. *A articulação entre a participação social e a responsabilidade social corporativa (RSC) na prevenção de impactos socioambientais*. Editora Thoth, 2021. p. 260.

²¹ BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para cursos de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 22.

gem mista (quanti-qualitativa)²², utilizando-se de fontes primárias (normas e acórdãos) e secundárias (análise do referencial teórico sobre o tema que compõem o escopo da pesquisa)²³. Para a delimitação dessa atuação vinculatória da participação social, foram definidos como procedimentos metodológicos os métodos *top-down* (de cima para baixo) e *bottom-up* (de baixo para cima) para a coleta dos dados. Após a coleta dos dados, realizaram-se os procedimentos de análise com a aplicação da Teoria da Análise de Conteúdo²⁴, o que tornou possível a identificação e o posicionamento argumentativo deste trabalho.

Portanto, a construção da participação social será possível se houver mecanismos que a definam como mecanismo vinculatório de proteção das vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais. Essa proposta está definida no processo de “esverdeamento” normativo dos Direitos Humanos e possui uma função positiva a respeito da atuação da participação social ativa nos mecanismos de controle (2), e por considerar a participação social vinculatória como categoria de normas que garante a capacidade de influenciar das partes interessadas nos processos decisórios (3).

2 O processo de “esverdeamento” normativo dos Direitos Humanos possui uma função positiva atuação da participação social ativa nos mecanismos de controle

A atuação da participação social ativa nos mecanismos de controle possui uma função positiva prevista no processo de “esverdeamento” normativo dos direitos humanos, o que garante o primeiro passo para que se estabeleça uma construção da participação social como mecanismo vinculatório de proteção das vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais. Tal fato é constatado na participação social ativa nos mecanismos de controle quando se observa

²² CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativa, quantitativo e misto*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 95.

²³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 29.

²⁴ BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2016.

que a proteção do meio ambiente é feita em nível internacional e nacional, além de uma abordagem do direito ambiental, também pelo direito internacional dos direitos humanos²⁵.

Na perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, a construção da proteção ambiental é realizada, em uma análise técnica, por via reflexa, indireta ou por ricochete^{26 27 28}, pois os tratados e/ou declarações que abordam como objeto central os direitos civis, sociais, econômicos ou culturais, também versam, de forma indireta, sobre ações e cuidados para a proteção do meio ambiente²⁹. Esse processo de “esverdeamento” existente nas normas de direitos humanos tem um desdobramento na atuação positiva das partes interessadas, por meio de uma participação social ativa³⁰, o que resulta em uma capacidade de influenciar nos processos decisórios. Tal fato é visto em âmbito dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos e em nível nacional brasileiro, o que representa, mesmo que indiretamente, uma proteção jurídica para a prevenção de impactos socioambientais empresariais.

A atuação indireta da proteção ambiental por normas de direitos humanos é observada nos julgados que consideram a consulta prévia, livre e informada das partes interessadas como elemento necessário para a efetivação da participação social. Esses julgados representam um desdobramento positivo da atuação das partes

interessadas que resultou na capacidade de influenciar nos processos decisórios e, indiretamente, impactou a atuação empresarial.

Na CorteIDH verifica-se a existência desse fundamento nos casos *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (2001); *Kichwa de Sarayuku c. Equador* (2002); *Sahoyamaya c. Paraguai* (2006); *Saramaka c. Suriname* (2007) e *Povos Kaliña e Lokono c. Suriname* (2014). No caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (2001), a Corte IDH decidiu que houve violação do direito de propriedade da comunidade em suas terras ancestrais e recursos naturais, considerando-se a atuação de empresa de exploração de madeira em terra indígena sem devida consulta prévia, livre e informada da comunidade. Ademais, considerou que o Estado-Parte não realizou a demarcação da terra indígena, devendo fazer a delimitação, demarcação e titularização das terras e abster-se de realizar atos que prejudiquei o direito de propriedade da comunidade até que se realize a demarcação. Observa-se, nesse caso, que, a consulta prévia, livre e informada representa, apenas, o primeiro passo para a participação social, pois, além da consulta, a decisão considera necessário o consentimento da comunidade. O que não ocorreu no presente caso e levou à decisão supracitada. Esse entendimento de que no presente julgado a participação social vai além da consulta prévia é encontrado no relato da Perícia de Roque de Jesús Roldán Ortega (advogado) que aponta que “o processo de consulta do Anteprojeto de Lei de titulação da propriedade comunitária indígena que se realiza na Nicarágua constitui um avanço importante, já que abriu um espaço de participação e de consulta com os povos indígenas” (p. 40 do acordão publicado em 31/08/2001). Verifica-se que a consulta é ponto inicial, ou seja, ponto de partida para uma efetiva participação social (representando um aspecto evolutivo)³¹.

No caso *Kichwa de Sarayuku c. Equador* (2002), a CorteIDH considerou que o Estado não realizou qualquer consulta à comunidade indígena para a concessão de autorização de exploração de petróleo por empresa privada, estando, portanto, em desacordo com as normas internacionais aplicáveis. Ademais, a CorteIDH também aplicou, nesse caso, medidas de não repetição, vinculando tanto a realização da devida consulta prévia

²⁵ REIS, Ulisses Levy Silvério dos; ARAÚJO, Alana Ramos. O esverdeamento das Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos: limites, confluências e contradições. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 3, n. 2, maio/ago. 2016. p. 149.

²⁶ MAZZUOLI, Valerio de O.; TEIXEIRA, Gustavo de F. Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 199-242, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a08v9n1.pdf>. p. 207.

²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. O “esverdeamento” da Convenção Europeia de Direitos Humanos: vícios e virtudes. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 779-800, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25466/20483>. p. 779.

²⁸ PERRUSO, Camila. Perspectivas do direito à informação ambiental no sistema interamericano de direitos humanos. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitish (org.). *Direito à informação ambiental*. uma agenda de pesquisa interdisciplinar. Curitiba: Editora Prismas, 2017. p. 296.

²⁹ REIS, Ulisses Levy Silvério dos; ARAÚJO, Alana Ramos. O esverdeamento das Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos: limites, confluências e contradições. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 3, n. 2, maio/ago. 2016. p. 149-150.

³⁰ BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. A participação social na construção do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, 2017. p. 83.

³¹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*. Organização dos Estados Americanos, 31 ago. 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_por.doc.

como a determinação de regulamentação no direito interno da consulta prévia e a capacitação dos funcionários estatais quanto aos direitos dos povos indígenas. A CorteIDH considerou que a ausência de consulta prévia da comunidade teve como consequência o não consentimento das partes interessadas. E, assim, para o presente caso, a ausência dessa consulta resultou em ausência de participação social, devido à ausência de consentimento das vítimas, ou seja, a consulta prévia não representa o único elemento necessário para a participação social, mas representa o primeiro passo. Essa ausência de participação social, devido à forma equivocada de realização pelo Estado-Parte na consulta do povo Sarayaku (não realizada de forma prévia, adequada, efetiva e completa), colocou a comunidade indígena em riscos. O risco à comunidade indígena foi declarado pela CorteIDH em relação à violação dos direitos à vida e à integridade pessoal da população indígena³², reconhecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos³³, conforme disposto no item 3 do parágrafo 341 do acórdão proferido em 27 de junho de 2012³⁴.

No caso *Sawhoyamaxa c. Paraguai* (2006), o Estado-Parte foi processado por não ter garantido o direito de propriedade ancestral à comunidade Sawhoyamaxa, sendo condenado por violações de direitos humanos (direito à vida, à integridade pessoal e à propriedade³⁵). Importante destacar, no presente caso, que a CorteIDH aponta a necessidade de o Estado ir além do acesso à informação. Tal fato é comprovado nas considerações constantes no item “e” das Considerações da CorteIDH, que aponta a necessidade de verificação do consentimento informado das vítimas, devidamente representadas por seus líderes, para a garantia da participação social³⁶. Para tanto, a CorteIDH determina que o Estado deve realizar medidas necessárias para criar mecanismo eficaz que garanta a reivindicação de terras ancestrais aos povos indígenas. Além disso, cabe registrar o Pare-

cer emitido pelo Juiz Cançado Trindade, que compõem a presente decisão do caso *Sawhoyamaxa c. Paraguai* (2006), o qual destaca o envolvimento dos indivíduos tanto nas fases processuais perante a CorteIDH como nos processos de consulta juntamente às comunidades. Destaca que essa participação ativa da comunidade se deve ao acesso direto dos indivíduos (vítimas), sem intermediários, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos (CorteIDH)^{37 38}.

Já no caso *Saramaka c. Suriname* (2007), a CorteIDH reconhece que o Estado-Parte violou o direito de propriedade e demarcação do território reconhecida no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Violação cometida pelo Estado no momento em que concedeu licença para uma madeireira realizar atividades em terras da comunidade, sem observar o consentimento desta. Em decisão verificou-se a necessidade de o Estado-Parte criar condições legais e administrativas para assegurar o reconhecimento da personalidade jurídica e propriedade, por meio de consultas à comunidade, com pleno respeito aos seus costumes e tradições (parágrafo 147 do acórdão publicado em 28/11/2007). Em audiência pública realizada, comprovou-se o fracasso do governo a respeito da consulta e da obtenção de permissão/consentimento da comunidade para concessões de implantação da madeireira na comunidade indígena (parágrafo 65 do acórdão). Assim, no presente caso, o consentimento da comunidade também é ponto essencial para a participação social, afinal, considera a consulta prévia, livre e informada apenas como o primeiro ponto para chegar à participação social.

O caso dos Povos Kaliña e Lokono *c. Suriname* (2014)³⁹, também, representa caso em que o Estado-Parte não estabeleceu as bases normativas que permitem o reconhecimento do direito à propriedade coletiva das terras, territórios e recursos naturais dos povos indígenas. Essa ausência de reconhecimento tem proporcionado a concessão continuada de títulos a terceiros

³² Conforme define os art. 4.1 e 5.1, que aponta respectivamente respeito ao direito à vida, desde a concepção, e direito à integridade pessoal, definida tanto no aspecto físico e psíquico, quanto moral.

³³ OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm.

³⁴ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*. Organización dos Estados Americanos, 27 jun. 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

³⁵ Conforme parágrafo 248 do acórdão publicado em 29/03/2006.

³⁶ Ponto descrito no parágrafo 233 do mesmo acórdão.

³⁷ Parágrafos 48 e 49 do Parecer do Juiz Cançado Trindade no acórdão do caso *Sawhoyamaxa c. Paraguai*, publicado em 29/03/2006.

³⁸ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguai*. Organización dos Estados Americanos, 29 mar. 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.

³⁹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Povos Kaliña e Lokono c. Suriname*. 25 nov. 2015. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf.

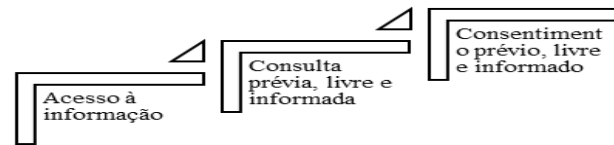
não indígenas, o que desprotege os direitos dos povos indígenas, além da emissão de outorga de concessões e licenças para realizar operações de mineração em reservas naturais nos territórios ancestrais. Além disso, tanto a outorga de concessões e licenças de mineração (tanto no planejamento como no início das atividades) não passaram por processo de consulta das comunidades afetadas para obtenção de consentimento livre, prévio e informado desses povos indígenas. Em sua decisão, a CorteIDH reconheceu lesão ao direito de propriedade, reconhecimento legal de personalidade jurídica coletiva dos povos indígenas, bem como determinou a delimitação, demarcação e outorga de títulos coletivos aos membros dos Povos Kaliña e Lokono. Observa-se, nesse caso, que houve ausência de participação social das partes interessadas, o que levou a lesão a direitos humanos dos povos indígenas, principalmente na violação dos direitos de propriedade dos mesmos. Mais uma vez a participação social é vista pela CorteIDH como ponto além da consulta prévia, devendo realmente efetivar essa participação com real consentimento livre, prévio e informado das partes interessadas.

Como se pode observar, nas decisões analisadas neste item, a CorteIDH considerou, em vários casos, que a consulta prévia representa, apenas, um dos critérios para garantir a participação social, devendo outros passos serem aplicados para a efetiva participação social. Nos casos analisados acima estes outros passos a serem considerados para a efetivação da participação social está diretamente vinculado ao consentimento livre, prévio e informado das vítimas, ou seja, à necessidade de uma permissão das partes interessadas. Ressalta-se que isso ocorre após o devido acesso às informações sobre os direitos. Logo, “não há vida digna sem que seja garantido o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”⁴⁰. Tais aspectos representam os primeiros passos para efetivação da participação social como mecanismo vinculatório de proteção das vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais.

Verifica-se, nesses casos, que a CorteIDH considera a existência de fases necessárias para a efetivação da participação social. Essas fases passam, primeiramente, pela garantia de acesso à informação pelas partes interessadas. Posteriormente, realiza-se a consulta destas

e, por fim, é essencial o consentimento livre, prévio e informado das partes. Essas fases garantem que a participação social se efetive, possibilitando às partes interessadas, além do acesso às informações e o direito de serem consultadas, que também possam exercer o direito de consentimento (fig. 1).

Fig. 1 – fases da participação social segundo casos da CorteIDH



Fonte: autoria própria, 2022.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) também reconhece a consulta prévia, livre e informada como uma fase para a participação social. Conforme aponta o caso das Comunidade Maia do Distrito de Toledo c. Belize (2004) e o caso das Comunidades do Povo Maia Sipakepense e Mam dos Municípios de Sipacapa e San Miguel Ixtahuacán c. Guatemala (2014). No caso Comunidade Maia do Distrito de Toledo c. Belize (2004), n.º 12053, de 12 outubro de 2004⁴¹, também se trata de violação de direito à propriedade de terras tradicionalmente utilizadas pelos povos maias, por meio da concessão de licenças para atividades nos territórios, sem consultas substanciais à comunidade. No relatório, após examinar as provas e argumentos apresentados em nome das partes, a Comissão concluiu que o Estado violou o direito à propriedade do povo maia ao não adotar medidas eficazes para delimitar, demarcar e oficialmente reconhecer a propriedade comunal. Ademais, a Comissão concluiu, ainda, que o Estado-Parte emitiu concessão de exploração de madeira e petróleo a terceiros para utilizar os bens e recursos, sem consultar os povos maias e obter o seu consentimento informado. De acordo com a análise e conclusões desse caso, a CIDH recomendou que o Estado de Belize adotasse, em sua legislação nacional, e através de consultas plenamente informadas com o povo maia, as medidas legislativas, administrativas e quaisquer outras medidas necessárias para delimitar, demarcar e citar ou esclarecer e proteger, de outra forma, o território em que o povo maia, bem como reparassem os danos ambientais resultantes

⁴⁰ MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. Caminhos para uma cidadania planetária e ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, 2012. p. 52.

⁴¹ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório n.º 40/04*. Caso n. 12.053. Antecedentes. Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo. Belize. 12 out. 2004. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>.

das concessões madeireiras concedidas pelo Estado em relação ao território tradicionalmente ocupado e usado pelo povo maia. Como se pode observar, nesse caso, a Comissão possui o mesmo entendimento registrado nos casos da Corte IDH descritos acima, considerando a consulta como uma fase do processo de participação social e considerando o consentimento prévio, livre e informado como o ponto ápice da participação social. Contudo, esse entendimento não é observado em outro caso encontrado na CIDH. Mesmo que o caso Comunidades do Povo Maia Sipakepense e Mam dos Municípios de Sipacapa e San Miguel Ixtahuacán c. Guatemala (2014)⁴² considere a consulta prévia, livre e informada como uma fase da participação social. Nesse caso, não foi observado que o consentimento prévio, livre e informado seria o ápice da consideração da participação social.

No caso Comunidades do Povo Maia Sipakepense e Mam dos Municípios de Sipacapa e San Miguel Ixtahuacán c. Guatemala (2014), observa-se denúncia realizada contra o Estado-Parte pela autorização de projeto de mineração sem fazer uma consulta livre, prévia e informada com as comunidades indígenas afetadas. Essa ausência de consulta tem causado sérias consequências para as comunidades. Argumentam que o Estado autorizou a exploração e mineração, cujo impacto área abrange o território das comunidades sem consulta prévia e sem garantia da participação das comunidades nos benefícios do projeto e o estudo de impacto social e ambiental. Observa-se, nesse caso, que a consulta prévia, livre e informada corresponde a um dos passos para a participação social. Contudo, outros elementos da participação social foram considerados, inclusive nos presentes casos negados, como a garantia da participação das partes interessadas nos benefícios do projeto e a participação no estudo de impacto socioambiental.

Porém o fato de essa análise da consulta prévia, livre e informada ser, apenas, uma das fases da participação social não é somente observada em casos relacionados aos indígenas na América Latina. Referida análise, também, existe no caso *Vasile Gheorghe Tatar et Paul Ta-*

tar c. Romênia (2007)⁴³ da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) que também considera a consulta prévia, livre e informada como uma das fases da participação social.

Esse caso trata-se de uma empresa estrangeira que operava mina de ouro na Romênia, com licença emitida pelo Governo, porém sem consulta prévia às partes interessadas. Em 30 de dezembro de 1998, o Governo autorizou a empresa a utilizar o cianeto de sódio Aurul e outros produtos químicos no processo tecnológico de extração. O que causou um acidente ecológico em 30 de janeiro de 2000, com vazamento de cianeto na água. Esse vazamento prejudicou a saúde da comunidade e o meio ambiente. Ponto importante desse caso refere-se à análise do acesso à informação e a participação pública na tomada de decisão antes da emissão da autorização de funcionamento pelo Governo. A CEDH considera que tanto o acesso à informação como a participação pública na tomada de decisões e acesso à justiça ambiental estão consagrados na Convenção de Aarhus (1998), ratificada pela Romênia. Ademais, a CEDH também considerou que o presente caso está intimamente ligado às anteriores conclusões sobre a participação social da população que vive perto da exploração da fábrica. Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos manteve, por unanimidade, que houve uma violação do artigo 8.º da Convenção supramencionada, em relação à participação do público na preparação de regulamentos e ou instrumentos normativos legalmente vinculativos aplicáveis na generalidade, bem como condenou o Estado demandado ao pagamento das vítimas. Como se pode observar, nesse caso, a CEDH não considerou, apenas, o acesso à informação como requisito para a participação social, ela foi além, destacou além do acesso à informação, a necessidade de participação pública, o que levou a condenação do Estado-Parte. Isso, mais uma vez, corrobora a tese jurídica defendida neste artigo, acerca da necessidade de uma participação social para realmente proteger as vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais.

Observa-se que, no caso da CEDH supracitado, a condenação se deu com base na violação do art. 8º da Convenção de Aarhus (1998), que considera a participação do público durante a preparação de regulamentos

⁴² CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe n. 20/14*. Petição 1566-07. Informe de Admissibilidade Comunidades do Povo Maya Sipakepense e Mam dos Municípios de Sipacapa e San Miguel Ixtahuacán Guatemala. 3 abr. 2014. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/GTAD1566-07ES.pdf>.

⁴³ CEDH. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Vasile Gheorghe Tatar e Paul Tatar c. Romênia*. 5 jul. 2007. Disponível em: [.](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

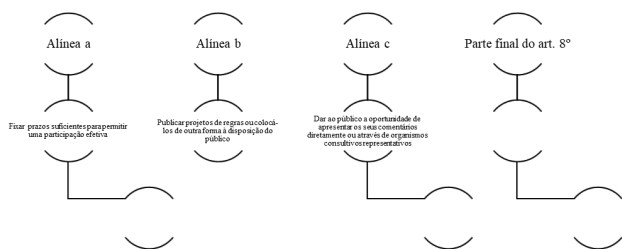
de execução e/ou de instrumentos normativos juridicamente vinculativos. Assim, atribui-se aos Estados-Partes o dever de

envidar todos os esforços para promover a participação efetiva do público numa fase apropriada e enquanto as opções se encontrarem em aberto, durante a preparação, pelas autoridades públicas, de regulamentos de execução e de outras regras juridicamente vinculativas.

Observa-se que, neste artigo, a participação deve ser realizada quando ainda estiverem no processo de discussão das normas e não após a sua finalização.

Ademais destaca uma evolução desse processo de participação pública ao considerar as alíneas “a”, “b” e “c” do referido artigo (fig. 2):

Fig. 2 – fases da participação social segundo o art. 8º da Convenção de Aarhus (1998)



Fonte: autoria própria, 2022.

Portanto, a decisão analisada teve como foco a violação do art. 8º da Convenção de Aarhus (1998). Assim, referida decisão também considerou a consulta prévia, livre e informada das partes interessadas como uma fase para a efetiva participação social. Importante destacar que, nesse caso, a CEDH também considerou o consentimento prévio das partes interessadas como critério necessário para a efetiva participação social, considerando, além do acesso às informações e a consulta prévia, também o consentimento prévio livre e informado como fases para a efetivação da participação social.

A jurisprudência brasileira também verifica a existência dessa análise em alguns casos, que consideram a consulta prévia, livre e informada como uma das fases para a efetivação da participação social.

Encontra-se tal análise nos Embargos de Declaração na Apelação Cível – PA n.º 2006.39.03.000711-8, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região da Justiça Federal (TRF1), publicado em 27/08/2012. Trata-se de embargos formulados em Ação Civil Pública que aborda exploração de recurso energético em área indígena (Usina Hidrelétrica de Belo Monte/PA). Nos embargos, consta

a ausência de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, com violação de diversas normas constitucionais e convenções internacionais. Nessa decisão definiu-se que as empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte devem realizar a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva. O caso considera, além da consulta aos povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Também a consideração dos desejos expressos livremente pelos povos interessados nas medidas aplicadas à construção da Usina. Assim, a consulta prévia, livre e informada é considerada uma fase da efetivação da participação social. Nesse caso, o TRF 1 ainda considerou os “desejos expressos livremente pelos povos interessados”, ou seja, o consentimento destes para a efetivação da participação social.

A consideração do consentimento prévio, livre e informado como efetivação da participação social, também é verificado no Agravo de Instrumento n.º 0031.50.72.320144-010000 – AM, publicado em 12/06/2015. No referido caso, o TRF 1 considerou que, além da ausência de consulta prévia e livre, também o consentimento claro das comunidades tradicionais envolvidas no processo expropriatório torna a implantação ilegal e ilegítima. Assim, nesse caso, reafirma a consideração da consulta prévia, livre e informada como uma fase do processo de efetivação da participação social e não a consideração da mesma como único elemento para tal finalidade.

Por fim, no caso do Agravo de Instrumento n.º 00038500420174010000 do TRF1, publicado em 07/03/2017, também considerou, de forma indireta, aspectos além da consulta prévia, livre e informada para estabelecer os critérios de participação social. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santarém/PA, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União Federal, empresa certificadora de manejo florestal e empresas de exploração de madeira. O Ministério Público alega que as empresas de exploração de madeira, que receberam certificação de práticas florestais responsáveis, estariam contrariando os princípios necessários à obtenção do selo, por estar desrespeitando os direitos das

comunidades tradicionais do local. Dentre os direitos desrespeitados, o presente caso considerou que o uso dos conhecimentos tradicionais das comunidades locais deve ser considerado no processo de manejo e aproveitamento de espécies florestais e esta operação deve ser realizada de forma acordada, livre e com o devido consentimento dessas comunidades antes do início das operações florestais comerciais. Observa-se que neste caso, para o TRF1 além da consulta prévia, livre e informada, também o consentimento das comunidades deve ser considerado no momento da efetivação da participação social. Ou seja, também nos processos certificatórios de emissão de selos, a participação social das partes interessadas possui respaldo, afinal, como aponta o próprio julgado, não considerar esses aspectos seria uma forma de levar os consumidores a erro. Mesmo porque, a certificação tem o objetivo de trazer aos consumidores a singularidade dos produtos adquiridos e compatíveis com a certificação.

Com base nos casos relatados acima, verifica-se que há lacunas na definição jurídica de participação social. Mesmo porque há casos que consideram a consulta prévia, livre e informada como uma única fase necessária para a efetivação da participação social, bem como há casos em que essa consulta representa uma fase para a referida efetivação. A divergência na aplicação da consulta prévia, livre e informada das partes interessadas como fundamento (único ou em parte) para a existência de participação social na prática jurisprudencial representa uma das lacunas existentes nos critérios jurídicos e levam a ausência de uma definição clara de participação social em casos jurisprudenciais. Tais considerações demonstram que o processo de “esverdeamento” normativo dos Direitos Humanos, apresentado no sistema da CorteIDH e reflexivo no Brasil, possui uma função positiva a respeito da atuação da participação social ativa nos mecanismos de controle também das vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios.

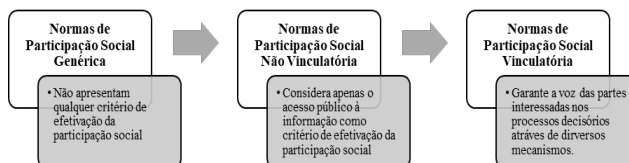
Assim, para a construção da participação social vinculatória ser possível, é necessário que haja uma base normativa garanta a capacidade de influenciar das partes interessadas nos processos decisórios, definindo, assim, um mecanismo de proteção das vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais.

3 Participação Social Vinculatória como categoria de normas que garantem a capacidade de influenciar das partes interessadas nos processos decisórios

A capacidade das partes interessadas de influenciar nos processos decisórios empresariais é representada pela existência de normas que garantem uma participação social realizada de modo vinculatório. O termo participação social é recorrente em diversas normas internacionais e brasileiras, e está presente em legislações com temas diversificados⁴⁴. Contudo, constata-se a existência de critérios genéricos, rasos e não vinculatórios para a definição de participação social em normas brasileiras e internacionais, o que contribui para a formação de lacunas e de pontos falhos na sua aplicação. Essas normas definem um padrão categorizado da participação social, conforme os critérios de efetivação existentes.

Assim, há normas que não apresentam qualquer critério de efetivação da participação social em seu texto normativo, aqui definidos como **Normas de Participação Social Genérica**. Há, ainda, uma categoria de normas que considera apenas o acesso público a informações como critério de efetivação, denominada, neste artigo, de **Normas de Participação Social Não Vinculatória**. E, por fim, há uma categoria de normas que garante a voz das partes interessadas nos processos decisórios, denominada **Normas de Participação Social Vinculatória** (fig. 3).

Fig. 3 – Padrão categorizado da participação social, conforme os critérios de efetivação existentes



Fonte: autoria própria, 2022.

A primeira categoria da participação social em normas brasileiras e internacionais é definida pela existência de **normas genéricas** que trazem a mera indicação do termo participação social⁴⁵ no texto normativo. Ou

⁴⁴ A participação social é verificada em normas nacionais e internacionais, tanto na atuação governamental, por meio de participação em políticas públicas, como na atuação empresarial.

⁴⁵ Pode, também, receber outras nomenclaturas como participação

seja, normas em que a participação social é apontada, porém sem nenhuma consideração, no próprio texto normativo, de como será efetivada. Esse resultado é encontrado em normas internacionais que consideram o conceito de participação social de forma ampla, diretamente relacionado aos direitos humanos e à garantia da dignidade da pessoa humana.

Nessas normas, a participação social está diretamente atrelada à condição do homem como membro de sua comunidade para o progresso desta, de acordo com o artigo XXVII, 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 10 de dezembro de 1948⁴⁶ ⁴⁷. Referida norma não se encontra explícita nas formas de efetivação dessa participação social, apenas garante, em nível introdutório, a necessidade dessa participação.

Essa questão também é verificada na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM)⁴⁸ que determina que os Estados-Partes devem propiciar medidas necessárias para promover o crescimento, a eficiência e a estabilidade dos mercados de minerais provenientes da área marinha, considerando-se, com isso, as partes interessadas, tanto no respeito aos preços remuneradores para os produtores, como no valor razoável aos consumidores (art. 151). Observa-se que, com isso, a CNUDM abre um leque para análise da participação social das partes interessadas nos processos de efetivação dessa produção minerária no fundo do mar, contudo, sem considerar como seria realizada. A Convenção sobre os Direitos da Criança⁴⁹ também aponta, nesse sentido, ao considerar que “todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões” (art. 9, 2). Além disso, define que os Estados-Partes deverão facilitar a participação ativa da comunidade nas condições de vida de criança com deficiências físicas ou mentais (art. 23). A Convenção sobre os Direitos da Criança ainda aponta que tanto

da comunidade e iniciativa popular.

⁴⁶ Artigo XXVII, 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios

⁴⁷ ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

⁴⁸ ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*. Montego Bay, 10 dez. 1982. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>.

⁴⁹ ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Nova York, 20 nov. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm.

as instituições públicas ou privadas aqui se consideram, também, as empresas multinacionais, devem respeitar o interesse maior deste grupo (art. 3). Como se pode observar, mais uma norma que considera a necessidade de garantia da participação social. Contudo, não aponta, de forma clara, como seria essa participação, caracterizando, assim, a modalidade genérica de participação social, sendo necessária, para tanto, a regulamentação, por meio de outras normas, para surtir os efeitos.

Essa necessidade de regulamentação pode surtir efeitos positivos e negativos. Os efeitos positivos estão na capacidade de cada Estado-Parte adequar a efetivação da participação social às características nacionais e regionais de seus países, considerando a cultura e os costumes para melhor adensamento da norma, ponto defendido pelo relativismo cultural, que considera que cada sociedade está relacionada às específicas circunstâncias culturais, sociais, econômicas e históricas, ou seja, as peculiares de cada sociedade influenciarão melhor a aplicação fática das normas. Isso representa uma Teoria de Direitos Humanos juntamente à Teoria Universalista dos Direitos Humanos. Contudo, como ponto negativo, está a possibilidade de não efetivação dessas normas, pois caberá aos Estados, além da recepção das normas, também, a regulamentação, o que pode não ocorrer, principalmente quando se apontam questões vinculadas a uma maior participação social. Conforme entendimento da Teoria Universalista dos Direitos Humanos, esses fatos prejudicariam o controle da comunidade internacional nos casos de violações de direitos humanos, afinal, “a existência de normas universais pertinentes ao valor da dignidade humana constitui exigência do mundo contemporâneo”⁵⁰. Caso contrário, a participação social nas tomadas de decisão ou as soluções ficariam prejudicadas.⁵¹ Mesmo porque, como já apontado na introdução deste trabalho, a ausência da participação social, de forma efetiva, pode levar a sérios problemas socioambientais, os quais estão vinculados diretamente à proteção dos direitos humanos.

Já no Brasil, a origem da participação social, na forma como é considerada atualmente, está pautada principalmente no processo de redemocratização. Paulo R.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 237.

⁵¹ LEUZINGER, Marcia Dieguez; SILVA, Solange Teles da. O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, 2017. p. 139.

Guimaries da Silva e Hélène Rivière d’Arc⁵² já apontavam, nesse sentido, ao descrever que na

década de 70, houve um momento político em que o tema da participação social e a questão da redemocratização tinham um reflexo na vida comunitária e nos movimentos de bairro. Assim, pensar em participação comunitária, nos anos 80, traz à baila essas categorias sociais fortemente mobilizadas na luta pela democracia.

Esse processo tem como marco legal a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, que define o Estado Democrático de Direito como fundamento da República Federativa do Brasil⁵³, quando houve uma intensificação na abordagem da participação social em termos normativos⁵⁴. Sendo conhecida como a Constituição Cidadã, constitui “em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social [...] de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder”⁵⁵.

A própria Constituição Federal brasileira aponta que a participação social é uma garantia que deve ser realizada nas ações governamentais em diversas áreas sociais, como nas iniciativas das leis (art.61); política agrícola (art. 187); ações e serviços públicos de saúde (art. 198) e assistência/seguridade social (art. 194 e 204). Nota-se pelos artigos destacados que a participação social (ou termos correlatos) é ponto crucial para a realização de ações de interesse social pelo Governo. Contudo, verifica-se a existência de critérios genéricos para a definição de participação social. Nestes não há critérios para a consolidação da participação social, representando normas diretivas amplas, com grande capacidade interpretativa para definição do que realmente seria essa participação. Essa ampla capacidade interpretativa do texto constitucional reflete a existência de uma análise minimizada do conceito de participação social, com pequena ou quase nenhuma força vinculativa dos interesses das partes.

⁵² SILVA, Paulo R. Guimaries da; D’ARC, Hélène Rivière. Participação social: instrumento de gestão pública?. *RAP*, Rio de Janeiro, mar./abr. 1996. p. 48.

⁵³ O art. 1º da Constituição Federal brasileira aponta, em seu caput, que: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”.

⁵⁴ Fato observado da análise das normas brasileiras, nas quais pautam por uma tendência de normas com consideração da participação social após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com ampliação do quadro normativo nos anos 2000.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 379.

Outro ponto importante, verificado na análise dos artigos que trazem o termo participação social na Constituição Federal é a tendência pela realização da chamada democracia indireta, através de organizações representativas. O que destaca a preferência normativa para mecanismos de democracia indireta, representação, na efetivação da participação social no Brasil. Tal fato está representado no inciso II do art. 204 da Constituição Federal quando destaca que “participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”. Além de estar presente na forma de descentralização da gestão administrativa nas ações e serviços públicos de saúde e seguridade social (art. 198, inciso III e art. 194 da Constituição Federal). Ademais, verifica-se uma atuação da participação na configuração de políticas agrícolas com integração de diversos setores envolvidos, como: produtores, trabalhadores e comerciantes (art. 187 da Constituição Federal).

Destaca-se, ainda, que, mesmo existindo uma preferência normativa para a participação social com base representativa, a participação social direta também está presente na Constituição Federal brasileira, com destaque para a realização dessa participação social direta na iniciativa de leis, conforme define o §2º do art. 61. Contudo, a realização dessa participação social direta, presente na Constituição Federal, está condicionada a um percentual mínimo do eleitorado nacional para considerar a participação social. Mesmo que a atuação possa ser direta pela população na iniciativa de leis, a iniciativa deve representar a maioria dos eleitores, o que inviabiliza a atuação de uma minoria.

Porém, as normas brasileiras que consideram um tratamento jurídico de participação social não nasceram somente no processo pós-democratização. Tanto a Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965⁵⁶, que regula a ação popular, como a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981⁵⁷, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), já traziam a possibilidade de participação social mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. A Lei de Ação Popular define

⁵⁶ BRASIL. *Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm.

⁵⁷ BRASIL. *Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm.

a legitimidade dos cidadãos na anulação ou nulidade de atos lesivos ao patrimônio do Estado, enquanto a Política Nacional do Meio Ambiente traz a participação social na defesa do meio ambiente como consequência da aplicação prática de um dos princípios norteadores da Política, qual seja, a educação ambiental. Mesmo existindo normas que apontam para um início de participação social antes do processo de redemocratização no Brasil, é notória a intensificação do progresso legislativo na matéria no pós-1988, demonstrando a inegável abertura da participação social pela legitimidade dos cidadãos⁵⁸.

Observa-se uma crescente atuação legislativa na garantia da participação social em diversas esferas e temas principalmente nos anos 90 e 2000⁵⁹. Nessas normas, os assuntos principais estão definidos na atuação na administração pública e na garantia da qualidade de vida das populações (saúde, alimentação e meio ambiente). Ademais, verifica-se uma tendência normativa de articular a participação social à plena garantia da proteção ambiental e econômica. Tal fato deve-se à preocupação mundial em questões ambientais após a Conferência de Estocolmo em 1972. Os grandes desastres ambientais, ocorridos na década de 70, alertaram todo o Planeta para a necessidade de uma atuação maciça na proteção ambiental. Nesse mesmo período, o Brasil intensificou

⁵⁸ PAES, Luciano Marcos; POLESSO, Paulo Roberto. A ação popular ambiental como forma de participação social na defesa do meio ambiente. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, 2016. p. 197.

⁵⁹ Nos anos 90 destaque para as legislações que apontam para a participação social no Sistema Único de Saúde (SUS), por meio da Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990; Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei n.º 8.666/1993); Lei que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei n.º 9.427/1996); Lei 9394/96 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional; Resolução CONAMA n.º 237, de 19 de dezembro de 1997, que define licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente; Lei que dispõe sobre a política energética nacional (Lei n.º 9.478/1997); Lei n.º 9.784/1999 que define o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e Lei n.º 9.795/1999 que institui a Política Nacional de Educação Ambiental. Já nos anos 2000, a matéria participação social é vista em Políticas norteadoras de atuação social, como a Lei de criação da Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000); Lei n.º 9.985/2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza); Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 (estabelece diretrizes gerais da política urbana); Estatuto das Cidades (Resolução n.º 25, de 18 de março de 2005 – Ministério das Cidades); Decreto n.º 5.591/2005 (CTNBio); Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005 (que regula normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM) e Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006 (cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN).

a atuação na proteção ambiental, nascendo diversas normas que buscam a proteção ambiental^{60 61}. Especialmente porque a proteção ambiental não pode ficar vinculada, apenas, às ações governamentais, devido a sua alta complexidade. É de fundamental importância que haja uma atuação também da sociedade a respeito da implementação de políticas de minimização de impactos ambientais e que consequentemente gere melhores condições de vida às populações. Especialmente porque o meio ambiente está diretamente relacionado aos vários e complexos engendramentos sociais⁶². Assim, é notória a articulação entre a proteção do meio ambiente e a necessidade de uma atuação coletiva, que garanta além de ações governamentais, também a participação social.

Mesmo com um aumento gradual das formas de participação social no processo legislativo nacional, após a Constituição Federal de 1988, constata-se que o termo continuou sendo apontado de forma genérica em outras normas brasileiras, não existindo critérios bem definidos de aplicação dessa participação social nos processos decisórios nacionais.

Ademais, algumas normas consideram a participação social vinculada, diretamente, à gestão democrática, contudo, sem definição clara da forma de gestão. Tal fato é verificado no Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001) que define que será realizada “por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (inciso II, art. 2º) e através de a atuação na gestão orçamentária que será participativa (alínea f, art. 4º). Contudo, em nenhum momento, define como realmente será estabelecida essa forma de gestão.

Esse perfil da participação social aplicada de forma genérica nas legislações brasileiras também é examina-

⁶⁰ BALBINO, Michelle Lucas Cardoso; MACHADO, Giselle Anselmo. Paradoxo das diretrizes ambientais brasileiras: posicionamento internacional e do ordenamento interno brasileiro frente às questões ambientais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 11-46, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/210/182>.

⁶¹ Das legislações encontradas, totalizando 20 (vinte) normas em todo o período, antes e pós 1988, 10 (dez) abordam formas de participação com alguma vinculação à proteção ambiental, de forma direta ou indireta.

⁶² LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 70.

do na Lei n.º 9.795, de 27 de abril de 1999, que dispõe sobre a educação ambiental, implementando a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA). Nessa norma, o processo democrático e participativo está presente como princípio básico da educação ambiental, bem como objetivo fundamental (art. 5º, inciso IV) quando considera o incentivo à participação individual e coletiva na defesa da qualidade ambiental. Aponta, ainda, que as ações de estudos, pesquisas e experimentações voltar-se-ão para “o desenvolvimento de instrumentos e metodologias, visando à participação dos interessados na formulação e execução de pesquisas relacionadas à problemática ambiental” (art. 8º, § 3º, III). Outra norma que considera a necessidade de promoção da participação social, contudo, realiza, de forma genérica, é a Lei n.º 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais ao definir como fundamentos da Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) a “promoção de mecanismos de participação e controle social” (inciso IV do art. 4º).

Como visto, mais uma vez, a participação social é colocada de forma genérica nestas normas sem definição de critérios reais de aplicação. Nesse momento ressurge a ideia de que é necessária a regulamentação destas normas, conforme já apontado nas normas internacionais expostas acima. Afinal, as normas descritas acima são normas ordinárias e devem ser reguladas para uma melhor definição das formas de participação social. Contudo, não é o que ocorre na legislação brasileira. A título de exemplo, o Decreto n.º 4.281, de 25 de junho de 2002, que regulamenta a Política Nacional de Educação Ambiental, repete os mesmos critérios genérico para definir participação social, ao considerar que compete ao órgão gestor garantir o processo participativo (art. 3º, inciso IV).

Importante destacar que a participação social foi verificada até aqui em normas internacionais e nacionais de atuação governamental.

Portanto, em todas as normas verificadas nessa categoria, permanecem as dúvidas quanto às formas de efetivação dessa participação social, o que consolida os critérios genéricos existentes nas legislações brasileiras, fator que contribui para a definição dessa primeira categoria de normas de participação social, a genérica.

Essa categoria contribui para respaldar a primeira falha presente na aplicação prática das normas de participação social, o que contribui para a criação de lacunas no conceito jurídico de participação social e fortalece o entendimento acerca da existência do conceito aberto de participação social. Em que pese a constatação acima, não há, somente, normas que definem um perfil genérico do conceito de participação social, é sobre essas normas que se passa a estudar.

A segunda categoria de normas, **Participação Social Não Vinculatória**, traz, em seu rol, as normas consideradas rasas e não vinculativas. Essas normas são consideradas rasas devido ao aspecto embrionário de considerar o acesso público a informações como único critério necessário para a efetivação da participação social, principalmente pelo fato de que os instrumentos estabelecidos estão firmados na mera consulta pública das partes interessadas. Essas normas consideram que participação social é estabelecida pela consulta das partes interessadas nas informações, restringindo o conceito de participação ao nível mais baixo de participação, por isso a percepção rasa do conceito. Já o aspecto não vinculativo das normas constantes dessa categoria deriva do conceito raso aqui estabelecido, pois, diante do restrito conceito definido na mera consulta e no acesso à informação, não há possibilidade de influenciarem diretamente nos processos decisórios, tornando a norma de participação social meramente consultiva e não vinculativa à vontade das partes interessadas.

Essa categoria normativa de participação social está presente tanto nas normas internacionais como nacionais. Em relação às normas internacionais existentes, essa segunda categoria de normas de participação social traz normas de cunho geral que defendem a participação das partes vinculadas ao acesso adequado de informações⁶³ e ao cumprimento de requisitos de consulta pública as partes interessadas⁶⁴.

⁶³ Conforme prevê o Princípio 10 da Declaração do Rio (1992); o art. 9º da Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais (1992), art. 6º da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992) e art. 9º da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2004).

⁶⁴ É o que aponta o Princípio 31, H dos Princípios das Nações Unidas sobre Empresas e os Direitos Humanos (2011) e a Declaração do Cairo sobre a Gestão do Capital Natural Africano para o Desenvolvimento Sustentável e Erradicação da Pobreza, 6 de março de 2015, que reconheceu a necessidade de reforçar a participação efetiva da África no diálogo e na ação global e regional para a realização dos interesses ambientais e de desenvolvimento sustentável do continente.

Ponto importante a ser considerado refere-se ao fato de que, em relação às normas definidas nessa categoria, que consideram o acesso à informação como ponto primordial para a participação social, estão presentes, no ordenamento jurídico internacional, após um marco temporal e temático⁶⁵. O marco definido é a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecido como Conferência Rio 1992, realizada no Rio de Janeiro/Brasil nos dias 3 a 14 de junho de 1992. Essa Conferência é conhecida como ponto chave de “revisão”, pois estabeleceu princípios internacionais de direitos humanos, visando a regras internacionais de proteção ao meio ambiente (foco quase que puramente ambiental e preservacionista)⁶⁶.

Dentre as normas que definem esse marco temporal e temático da participação social, está a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)⁶⁷, estabelecida durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que define, em seu Princípio 10, que a melhor maneira de abordar as questões ambientais é por meio da participação social e essa participação será realizada em nível nacional quando assegurado o acesso adequado às informações para cada indivíduo. O acesso à informação é visto nesta normativa como ponto central para existir participação social. Mais adiante, o Princípio 10 aponta que deverá dar oportunidade de participar dos processos decisórios às comunidades, contudo, aqui não apresenta qualquer mecanismo para essa participação. Como se pode verificar, a participação social restrita ao acesso à informação não garante que as partes interessadas tenham real impactos nos processos decisórios. Reafirmando a existência da segunda categoria de normas de participação social, aquelas vinculadas aos aspectos não vinculatórios. A segunda norma desse marco temporal e temática é a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança

do Clima (1992)⁶⁸ que traz o acesso à informação e a participação social como mecanismos para promover e facilitar a concepção de medidas de respostas adequadas à conscientização pública de mudanças climáticas. Contudo, mais uma vez, não há uma efetivação prática da participação social apenas pelo acesso à informação. Ademais, a Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais (1992)⁶⁹ aponta, em seu art. 9º, uma vinculação direta entre a informação e a participação social, descrevendo que deve ser assegurada a informação adequada, individual ou coletivo, as partes interessadas (que nesta Convenção são as partes afetadas ou passíveis de afetação). Garantindo às partes uma oportunidade de opinar sobre suas preocupações em relação às medidas de prevenção e precaução de acidentes. Por fim, considera-se que a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (2004)⁷⁰ representa norma que também garante o acesso à informação como procedimento para garantir a participação social, pois, conforme define o art. 9º, 1, b da Convenção, a informação prévia das condições de participação social deve ser realizada para garantir a aplicação correta dos procedimentos em relação à contratação e gestão pública. Ademais, no art. 13, aponta-se, inclusive, que, ao garantir a informação, há uma sensibilização da opinião pública, o que contribui para maior participação social e, assim, isso repercute na redução da corrupção. Percebe-se que, nessa Convenção, a participação social fica restrita, mais uma vez, ao acesso à informação, contudo, destaca-se que essa participação visa garantir a sensibilização e não a efetiva participação social nos processos decisórios.

Essa categoria de normas de participação social também traz os aspectos referentes às normas que consideram como requisito a consulta pública as partes interessadas. Em relação à consulta pública, consideram-se os Princípios das Nações Unidas sobre Empresas e os Direitos Humanos (2011)⁷¹, elaborado pela Assembleia

⁶⁵ Temporal quando define, a partir de 1992, a consideração de acesso à informação nos textos normativos internacionais e temático diante da restrição dessas questões da participação frente a questão ambiental.

⁶⁶ BALBINO, Michelle Lucas Cardoso; MACHADO, Giselle Anselmo. Paradoxo das diretrizes ambientais brasileiras: posicionamento internacional e do ordenamento interno brasileiro frente às questões ambientais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 11-46, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/210/182>. p. 11-46.

⁶⁷ BRASIL. *Decreto n.º 4.339, de 22 de agosto de 2002*. Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4339.htm.

⁶⁸ ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf.

⁶⁹ ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais*. Helsinki, 17 mar. 1992. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/541296>.

⁷⁰ ONU. Organização das Nações Unidas. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York, 2004. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf.

⁷¹ ONU. Organização das Nações Unidas. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*. 16 jun. 2011.

das Nações Unidas, que aponta, em seu Princípio 31, alínea H, para garantir a eficácia dos mecanismos não judiciais, estatais e não estatais. Deve haver consulta das partes interessadas, considerando-se a base dos mecanismos estarem pautadas no diálogo como meio para abordar e resolver as denúncias. A respeito disso, os Princípios definem a consulta como ponto basilar para o diálogo, contudo, não aponta reais mecanismos de efetivar essa participação social. Ademais, há, ainda, a Declaração do Cairo sobre a Gestão do Capital Natural Africano para o Desenvolvimento Sustentável e Erradicação da Pobreza⁷², de 6 de março de 2015, que reforça o diálogo como ferramenta de participação social, contudo, não aponta como será viabilizado esse diálogo, ou seja, como a consulta realizada pode realmente vincular à vontade (voz) das partes interessadas ao processo decisório.

No Brasil essa ausência de critérios bem definidos para a realização da participação também é verificada em diversas normas, que considera o aspecto meramente consultivo da participação como forma de atuação social na formulação de estratégias e no controle da execução de políticas públicas. A principal figura observada é a criação de Conselhos Consultivos em diversas normas, como observado na Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e na Lei n.º 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Conforme aponta em seu art. 56⁷³ da lei educacional, a gestão democrática será realizada por órgãos colegiados (ou também chamados de Conselhos), contudo, não consideram como serão implementados essa forma de participação democrática.

Esse ponto é verificado em relação à instituição do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei n.º 9.985/2000) que assegura, no art. 5º, inciso III, a “participação efetiva das populações locais na criação, implantação e gestão das unidades de conservação”. Destaca, em seu art. 22, que a criação das unidades de conservação será precedida de estudos técnicos e consulta pública para a identificação da melhor

⁷² OUA. Organização da Unidade Africana. *Declaração do Cairo sobre a Gestão do Capital Natural Africano para o Desenvolvimento Sustentável e Erradicação da Pobreza*. Cairo, 2015. Disponível em: http://www.un.org/en/africa/osaa/pdf/au/cap_naturalcapital_2015.pdf.

⁷³ Art. 56 As instituições públicas de educação superior obedecerão ao princípio da gestão democrática, assegurada a existência de órgãos colegiados deliberativos, de que participarão os segmentos da comunidade institucional, local e regional. (Destaque).

localização e limites da unidade (art. 22, §1º), devendo, nesse processo de consulta, “fornecer informações adequadas e inteligíveis à população local e a outras partes interessadas” (art. 22, §2º). Contudo, não aponta, em momento algum, como será essa efetiva participação. Assim, a participação social, na referida lei está atrelada, especificamente, à garantia de acesso à informação pelas partes interessadas, confirmando seu caráter não vinculatório. Tal questão, também, é confirmada no Decreto n.º 4.340, de 22 de agosto de 2002, que regulamenta referida lei, ao constar, no §1º e §2º do art. 5º, os procedimentos para a aplicação da participação social por meio de consulta, que será realizada em reuniões públicas ou outras formas de oitiva das partes interessadas, devendo ocorrer de forma clara e em linguagem acessível.

Essa questão é replicada em outras normativas brasileiras, como acontece na Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN e, no Decreto n.º 7.272, de 25 de agosto de 2010 que regulamenta referida norma. A participação social será realizada, conforme define referidas normas, por meio de critérios de intersetorialidade, organização e mobilização dos movimentos sociais, com definição de mecanismos de participação da população e estabelecimento de câmaras intersetoriais e com outros conselhos (art. 17, §1º do Decreto), com atuação no conselho de assessoramento imediato ao Presidente da República (art. 11, inciso II da Lei 11.346/2006). Dessa forma, a legislação considera, genericamente, a participação social como fundamental no processo de gestão. Contudo, deixa grandes margens interpretativas para a aplicação dessa atuação social, o que cria empecilhos para uma eficiente aplicação.

Sobre a atuação dos Conselhos, em seu aspecto geral, destaca-se que o estudo realizado por Eleonora Schettini M. Cunha, denominado “a efetividade deliberativa dos Conselhos Municipais de Saúde e Criança e Adolescente no Nordeste”, aponta para uma média efetividade deliberativa dos conselhos estudados. A autora conclui que esse fato se deve a uma cultura política mais democrática ainda incipiente⁷⁴. Tal aspecto pode ser associado à existência genérica das normas de participação social, conforme demonstrado neste tópico.

⁷⁴ CUNHA, Eleonora Schettini M. Cunha. A efetividade deliberativa dos Conselhos Municipais de Saúde e Criança e Adolescente no Nordeste. In: AVRITZER, Leandro (org.). *A participação social no Nordeste*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 159.

Outra forma de atuação que respalda o entendimento meramente consultivo da participação social no Brasil, verificada em diversas normas, refere-se à realização de audiências públicas prévias a respeito da realização de processo decisório que afetem direitos e bens coletivos. Tal fato é verificado quando relacionam as questões do setor elétrico⁷⁵, indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis⁷⁶, processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal⁷⁷, no processo de elaboração e fiscalização do plano diretor⁷⁸, liberação de licenças ambientais para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente⁷⁹, bem como na mobilização social para a elaboração do Plano Nacional de Resíduos Sólidos⁸⁰.

Essa questão também é verificada na regulamentação do procedimento das audiências definidas no Estatuto da Cidade, regulada pela Resolução n.º 25, de 18 de março de 2005 do Ministério das Cidades, que define os requisitos necessários para realização do Plano Diretor Participativo. Dentre os pontos trazidos para garantir uma participação social nesse processo, define-se a necessidade de publicidade do edital; realização em horário e locais acessíveis à maioria da população; com garantia de discussões, além da necessidade de gravação da audiência (art. 8º). As normas garantem o acesso à informação e a participação nas discussões e debates, contudo, mais uma vez, não há uma condição normativa que garanta uma efetiva participação social no processo decisório. Outro Decreto que regula a realização de audiências públicas, em relação à Lei no 11.105, de 24 de março de 2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM, é

⁷⁵ É o que aponta o §3º do art. 4º da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

⁷⁶ Verificado no art. 19 da Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo.

⁷⁷ O art. 32 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, define essa questão.

⁷⁸ É o que define o inciso I do §4º do art. 40 da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana no Brasil.

⁷⁹ Conforme define o art. 3º da Resolução CONAMA n.º 237, de 19 de dezembro de 1997.

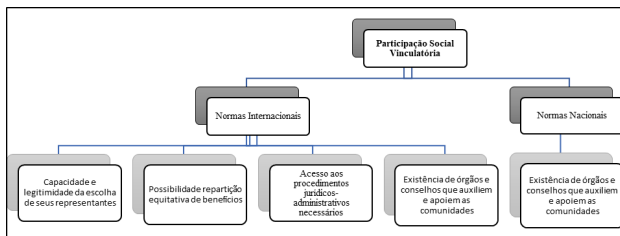
⁸⁰ Art. 3º, inciso VI da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n.º 12.305/2010).

o Decreto n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005. Nesse Decreto, a audiência pública pode ser requerida pelos membros da CTNBio ou parte interessada na matéria, desde que comprovado o interesse. O próprio Decreto aponta que, no §3º do art. 43, “após a conclusão dos trabalhos da audiência pública, as manifestações, opiniões, sugestões e documentos ficarão disponíveis aos interessados na Secretaria-Executiva da CTNBio”. Ou seja, a audiência novamente serve, apenas, para a coleta de informações e não influencia, diretamente, o processo decisório. Também, a respeito da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n.º 12.305/2010), há uma garantia do acesso à informação e participação da sociedade para a formulação, implementação e avaliação das políticas públicas relacionadas aos resíduos sólidos (art. 3º, inciso VI), com definição de um processo de mobilização e participação social para a elaboração do Plano Nacional de Resíduos Sólidos, contudo, sem relacionar de forma clara como serão realizadas referidas audiências e consultas. Cabe ainda mencionar que a Lei n.º 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens, já mencionada em categoria anterior, também pode ser incorporada a essa categoria, quando considerarmos o teor do inciso II do art.4º da presente lei, afinal, esta aponta que a participação social, direta ou indireta, deve ser estimulada nas ações preventivas e emergenciais através da informação. Ou seja, referida lei, em uma análise geral, revela que a promoção da participação social deve ser realizada por mecanismos, contudo, não aponta quais seriam esses mecanismos (conforme aponta a primeira categoria). Assim, referida norma considera um meio de estimular a participação social a mera possibilidade de informação às partes interessadas, porém, vinculando, apenas, as ações de preventivas e emergenciais em relação às barragens, não definidos outros meios de participação.

Assim, os instrumentos de participação social verificados são considerados mecanismos consultivos e que não efetivam, de forma eficiente, a voz das partes interessadas. Ponto que caracteriza e define essa segunda categoria de normas de participação social. Portanto, os critérios rasos e não vinculatórios de participação social definidos nas normas brasileiras e internacionais, expostos neste artigo, confirmam a existência de lacunas. Essas lacunas são definidas pelas falhas na aplicação das normas de participação social e fortalece o entendimento de que há um conceito aberto de participação social.

Por fim, a **Participação Social Vinculatória** define critérios existentes nas normas nacionais e internacionais e que viabilizam uma participação social que considere a voz das partes interessadas nos processos decisórios (fig. 4).

Fig. 4 – critérios de adequação da categoria de norma de Participação Social Vinculatória



Fonte: autoria própria, 2022.

Para as normas internacionais, foram estabelecidos 04 (quatro) critérios para adequação a presente categoria: capacidade e legitimidade da escolha de seus representantes; possibilidade de repartição equitativa de benefícios; acesso aos procedimentos jurídicos-administrativos necessários e a existência de órgãos e conselhos que auxiliem e apoiem as comunidades. Já para as normas brasileiras, observa-se o enquadramento de normas apenas no último critério da presente categoria, qual seja, a existência de órgãos e conselhos que auxiliem e apoiem as comunidades.

O primeiro critério encontrado nas normas internacionais que garante a voz das partes interessadas nos processos decisórios está na capacidade e legitimidade da escolha de seus representantes. Para tanto, consideram-se as eleições, bem como os procedimentos de escolha dos representantes nas comunidades indígenas, os meios que as normas internacionais vinculam a efetiva participação social nos processos decisórios. Esse critério refere-se à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)⁸¹, que garante o direito de sufrágio e a participação social nos governos através de eleições periódicas, com voto secreto e livre. Esse ponto, também, é verificado na Convenção n.º 107 da OIT, de 05 de junho de 1957, que define a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes⁸². Referida

⁸¹ OEA. Organização dos Estados Americanos. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm.

⁸² OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n.º 107 da OIT*. 05 jun. 1957. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20%20%20\(OIT%20n%20%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20%20%20(OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf).

norma aponta que as partes interessadas (as populações indígenas e tribais) serão incentivadas pelos governos para o “desenvolvimento das liberdades cívicas e o estabelecimento de órgãos eletivos ou a participação em entidades dessa natureza” (art. 5º, alínea “c”). Tanto o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966 (art. 25)⁸³, como Pacto de São José da Costa Rica (1969)⁸⁴ (artigo 23) e Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos⁸⁵ (art. 13), reconhecem a participação social por meio das eleições, ao apontar que todo cidadão deve ter o direito de participações dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos, bem como de participação de eleições periódicas, autênticas e por sufrágio universal e igualitário, com voto secreto. E por fim, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2008)⁸⁶, em seu art. 18, também considera o direito de participação dos povos indígenas nas tomadas de decisão sobre questões que afetem seus direitos. Essa participação poderá ser realizada por meio de representantes eleitos. Importante destacar que, para os povos indígenas, a Declaração aponta, inclusive, que a escolha de seus representantes será por meios próprios da própria comunidade indígena, bem como cada comunidade poderá desenvolver suas próprias instituições para tomadas de decisão. Essa peculiaridade garante a efetividade da participação social no processo de escolha dos representantes para realmente garantir a voz da comunidade nos processos decisórios.

O segundo critério encontra-se em normas internacionais, e a efetiva participação social das partes interessadas é a possibilidade de repartição equitativa de benefícios, ou seja, a participação das vantagens rece-

[oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20%20%20\(OIT%20n%20%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20%20%20(OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf).

⁸³ ONU. Organização das Nações Unidas. *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*. Nova York, 19 dez. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

⁸⁴ OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

⁸⁵ OUA. Organização da Unidade Africana. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. 21 out. 1986. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>.

⁸⁶ ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. 13 set. 2007. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf.

bidas como fruto das atividades, e recebimento de indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades. Essa questão é verificada tanto na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (1989)⁸⁷, como na Convenção sobre Biodiversidade Biológica (1992)⁸⁸ e no Protocolo de Nagoia, a respeito da Convenção da Diversidade Biológica sobre acesso a Recursos Genéticos e a Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Decorrentes de Sua Utilização (2010)⁸⁹. Cabe registrar que o Protocolo Nagoia é o instrumento de implementação das provisões sobre acesso e repartição de benefícios (art. 4º, 4). Bem como garante que cada Estado-Parte tome medidas legislativas, administrativas e de política, para assegurar que os benefícios sejam repartidos de modo justo e equitativo com as comunidades envolvidas, com mútuo acordo (art. 5º, 2), o que garante a participação social das partes interessadas nos benefícios das atividades.

O terceiro critério encontrado nas normas internacionais refere-se à Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais (1992)⁹⁰, que aponta, em seu art. 9º, 3, que as partes interessadas (ou seja, as afetadas ou passíveis de afetação) devem ter acesso aos procedimentos administrativos e jurídicos, incluindo a possibilidade de iniciar uma ação judicial e de recorrer sobre a decisão que afete os seus direitos, equivalente às existentes para as pessoas dentro da sua própria jurisdição. Ou seja, referida norma aponta que a participação social poderá ser realizada por meio de mecanismos de judiciais e extrajudiciais de denúncia de violação de direitos das partes interessadas. Essa questão também é apontada na Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, conhecida como Convenção de Aarhus (1998)⁹¹, que

aponta que cada Estado-Parte garantirá a concessão dos direitos de acesso à informação, à participação do público no processo de tomada de decisões e à justiça no domínio do ambiente (art. 1º). Destaca-se, neste artigo, o caráter vinculatório das normas aos Estados-Partes signatários. Além disso, no art. 6º da Convenção, as formas de participação social aplicáveis, estabelece prazos e etapas de atuação das partes interessadas. Ainda em relação à aplicação da referida Convenção, o art. 6º, item 7 da Resolução da Assembleia da República n.º 11/2003, aponta que os

procedimentos de participação do público devem permitir ao público, durante o inquérito ou audiência pública com o requerente, apresentar, por escrito ou como for conveniente, quaisquer comentários, informações, análises ou opiniões que este considere relevante para a atividade proposta⁹².

O que demonstra, mais uma vez, aplicação vinculatória da norma na garantia da efetiva participação social. Outra norma nesse sentido refere-se aos Princípios das Nações Unidas sobre Empresas e os Direitos Humanos (2011) que traz, em seu Princípio 28, que “os Estados devem contemplar formas de facilitar o acesso aos mecanismos não estatais de denúncia que tratam das violações de direitos humanos relacionadas com empresas”⁹³. Para efetivar esse mecanismo, aponta, ainda, no Princípio 29, que as empresas devem estabelecer mecanismos de rápida solução e reparação dos danos descritos nas denúncias. Importante ressaltar que esse mecanismo não representa meio para complementar a participação social das partes interessadas, devendo ser o último meio para garantir essa participação. Esse terceiro critério também é encontrado em nível nacional, como consta na Resolução Conama n.º 9, de 3 de dezembro de 1987⁹⁴, publicada em 5 de julho de 1990, que dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Nessa norma,

⁸⁷ OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n.º 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais*. Genebra, 27 jun. 1989.

⁸⁸ ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção sobre Biodiversidade*. Rio de Janeiro, 05 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf.

⁸⁹ ONU. Organização das Nações Unidas. *Protocolo de Nagoia no âmbito da Convenção da Diversidade Biológica sobre acesso a recursos genéticos e a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes de sua utilização*. Nova York, 2 fev. 2011. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protocolo_de_nagoia.pdf.

⁹⁰ ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais*. Helsinki, 17 mar. 1992. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/541296>.

⁹¹ CEE. Comissão das Comunidades Europeias. *Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de De-*

cisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente (Convenção de Aarhus). Organização das Nações Unidas, 25 jun. 1998. Disponível em: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>.

⁹² Resolução da Assembleia da República n.º 11/2003 Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente. 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar11-2003.pdf>.

⁹³ ONU. Organização das Nações Unidas. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*. 16 jun. 2011.

⁹⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução n.º 9, de 3 de dezembro de 1987*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>.

aponta em seu art. 1º que a Audiência Pública “tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito”.

O quarto critério encontrado nas normas internacionais que viabilizam a participação social é a existência de órgãos e conselhos que auxiliem e apoiem as comunidades. O apoio desses órgãos é denominado de apoio de terceiros, que realizam e contribuem para que as partes interessadas, realmente, tenham voz nos processos decisórios. A atuação desses terceiros possibilita que as partes interessadas tenham pleno conhecimento sobre as informações repassadas e transformem essas informações em ações que contribuam para a melhoria dos processos decisórios, definida uma real voz das comunidades. Esse critério é encontrado no Comitê de Diretores Humanos, definido pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o qual aponta, em seu art. 28, que será formado por “pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direito humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiências jurídicas”⁹⁵. A Agenda 21 (1992)⁹⁶ também estabelece o desenvolvimento e fortalecimento de comitês intersetoriais com efetiva participação social, inclusive técnicos, por meio de uma estrutura “de rede”, para as autoridades locais na promoção de medidas eficazes nos processos decisórios em matéria ambiental. Também a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2008), já mencionada, aponta, em seu art. 41, para a relevância desses órgãos e organismos especializados para a mobilização, cooperação financeira e da assistência técnica às comunidades indígenas. O referido artigo, ainda, frisa que esses meios de auxílio contribuirão para “assegurar a participação dos povos indígenas em relação aos assuntos que lhes afetem”⁹⁷.

⁹⁵ ONU. Organização das Nações Unidas. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Nova York, 19 dez. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

⁹⁶ ONU. Organização das Nações Unidas. *Agenda 21*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.un.org/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>.

⁹⁷ ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. 13 set. 2007. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf.

Em normas brasileiras, o auxílio de terceiros é visto como o principal critério que contribui para a garantia da participação social no Brasil de forma vinculatória, exercendo uma atuação de impacto nos processos decisórios. Tal questão está presente nos Conselhos Deliberativos existentes no Brasil, como os casos dos conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente (previstos pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente⁹⁸); Conselho de Saúde (Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990⁹⁹ – dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS); Conselhos de Meio Ambiente (Resolução CONAMA n.º 237, de 19 de dezembro de 1997, que torna obrigatória a criação dos Conselhos pelos entes federados que pretende exercer as competências licitatórias¹⁰⁰) e Conselhos da Previdência Complementar (Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001, que dispõe sobre a previdência complementar¹⁰¹). Em todos os casos descritos neste artigo, os Conselhos são órgãos deliberativos, de caráter permanente, composto por representantes de vários setores interessados na matéria, que definem estratégias e controle da execução de políticas públicas. Ou seja, influenciam os processos decisórios, o que comprova a existência de certa participação social das partes interessadas.

Diante do que foi observado até o presente momento, os conselhos consultivos são considerados mecanismos que viabilizam a existência de normas de participação social vinculatória; enquanto os conselhos deliberativos são considerados mecanismos que viabilizam a existência de normas de participação social não vinculatória, já descrito. Portanto, a mera existência de

⁹⁸ BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.

⁹⁹ BRASIL. *Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm.

¹⁰⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução n.º 237, de 19 de dezembro de 1997*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>.

¹⁰¹ BRASIL. *Lei complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001*. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp108.htm.

conselhos não representa a efetivação da participação social, sendo essencial que esses conselhos tenham “real voz” em suas deliberações, o que é observado nos conselhos consultivos, fator que determina o seu enquadramento na categoria de normas de participação social vinculatória. Diante da impossibilidade de verdadeira efetivação da participação social vinculatória no Brasil, como já mencionado nesta tese, o Governo brasileiro optou pela revogação do Decreto n.º 8.243, de 23 de maio de 2014 que regulava a Política Nacional de Participação Social – PNPS, por meio do Decreto n.º 9.759, de 2019¹⁰². Representa um retrocesso no processo de efetivação e melhoria da atuação dos Conselhos que estavam amparados pelo referido Decreto. Assim, há uma categoria das normas que atribui à Participação Social uma capacidade vinculatória. Estas garantem a capacidade das partes interessadas de influenciar os processos decisórios.

Portanto, a capacidade de as partes interessadas influenciar os processos decisórios empresariais é representada pela existência de normas que garantem uma participação social realizada de modo vinculatório. Essas normas existem em todas as esferas (internacionais, brasileira e ainda em documentos empresariais), definindo, assim, mecanismo de proteção das vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais.

4 Considerações finais

O presente trabalho teve o objetivo de estabelecer os mecanismos existentes que possam tornar a participação social vinculatória para a proteção das vítimas de violações de direitos humanos em processos decisórios empresariais. Ao longo do trabalho, foi possível verificar a existência desses mecanismos quando considera as normas vinculatórias de participação social capazes de atuar no controle das atividades empresariais e, assim, proteger as vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais.

Tal aspecto pode ser observado a respeito da análise do primeiro objetivo específico que consistiu na verifi-

cação de como as normas de direitos humanos podem impactar a atuação da participação social ativa nos mecanismos de controle. O que foi comprovado na análise do item 2 deste artigo ao considerar que, na atuação da CorteIDH e, por reflexo, na jurisprudência brasileira, percebe-se que o “esverdeamento” normativo dos Direitos Humanos possui uma função positiva para a atuação da participação social ativa nos mecanismos de controle para a proteção das vítimas.

O segundo objetivo específico definido neste trabalho, consistia em conhecer as normas de participação social que sejam capazes de garantir que as partes interessadas tenham influência nos processos decisórios empresariais. Por meio da análise dessas normas de participação social, estabeleceu-se a existência de uma categoria de normas que garante a capacidade de influenciar das partes interessadas nos processos decisórios chamada de participação social vinculatória, sendo ela essencial para a proteção das vítimas de abusos de direitos humanos.

Portanto, a construção da participação social vinculatória representa o principal mecanismo que possibilita a proteção das vítimas de abusos de direitos humanos em processos decisórios empresariais. O que estabelece diretrizes para que multinacionais possam considerar a viabilidade dessa atuação vinculatória e tornar os processos decisórios livres de abusos de direitos humanos. Este representa o primeiro passo para a garantia de uma proteção ampliada das partes interessadas (vítimas), quando sujeitas a processos decisórios que impactam diretamente seus direitos naturais (humanos).

Referências

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A dificuldade de punição das empresas transnacionais por violações de regras de proteção ambiental: a necessidade de auto constituições. *Transnacionalismo e Globalização*, jun. 2018. Disponível em: <https://soac.imed.edu.br/index.php/siet/isiet/paper/viewFile/855/252>.

BALBINO, Michelle Lucas Cardoso Balbino. *A articulação entre a participação social e a responsabilidade social corporativa (RSC) na prevenção de impactos socioambientais*. Editora Thoth, 2021.

¹⁰² BRASIL. Decreto n.º 9.759, de 11 de abril de 2019. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9759.htm.

- BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. A participação social na construção do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, 2017.
- BALBINO, Michelle Lucas Cardoso; MACHADO, Giselle Anselmo. Paradoxo das diretrizes ambientais brasileiras: posicionamento internacional e do ordenamento interno brasileiro frente às questões ambientais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 11-46, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/210/182>.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2016.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para cursos de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- BRASIL. *Decreto n.º 4.339, de 22 de agosto de 2002*. Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4339.htm.
- BRASIL. *Decreto n.º 9.759, de 11 de abril de 2019*. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9759.htm.
- BRASIL. *Lei complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001*. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp108.htm.
- BRASIL. *Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm.
- BRASIL. *Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm.
- BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.
- BRASIL. *Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução n.º 237, de 19 de dezembro de 1997*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução n.º 9, de 3 de dezembro de 1987*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>.
- CEDH. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Vasile Gheorghe Tatar e Paul Tatar c. Romênia*. 5 jul. 2007. Disponível em: [.](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- CEE. Comissão das Comunidades Europeias. *Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente (Convenção de Aarhus)*. Organização das Nações Unidas, 25 jun. 1998. Disponível em: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe n. 20/14*. Petição 1566-07. Informe de Admissibilidade Comunidades do Povo Maya Sipakense e Mam dos Municípios de Sipacapa e San Miguel Ixtahuacán Guatemala. 3 abr. 2014. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/GTAD1566-07ES.pdf>.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório n.º 40/04*. Caso n. 12.053. Antecedentes. Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo. Belize. 12 out. 2004. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>.
- CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Comunidade Indígena Sanhoyamaya c. Paraguai*. Organização dos Estados Americanos, 29 mar. 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.

- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*. Organização dos Estados Americanos, 31 ago. 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_por.doc.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Equador*. Organização dos Estados Americanos, 27 jun. 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Povos Kaliña e Lokono c. Suriname*. 25 nov. 2015. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf.
- CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativa, quantitativo e misto*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- CUNHA, Eleonora Schettini M. Cunha. A efetividade deliberativa dos Conselhos Municipais de Saúde e Criança e Adolescente no Nordeste. In: AVRITZER, Leandro (org.). *A participação social no Nordeste*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- DELMAS-MARTY, Mirelle. *Aux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris: Seuil, 2016.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- LEUZINGER, Marcia Dieguez; SILVA, Solange Teles da. O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, 2017.
- LHUILIER, Gilles. *Le droit transnational*. Dalloz, 2016.
- LOPEZ, Laëtitia. *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise*. 2016. Tese (Doutorado) – Université Jean Moulin (Lyon 3), Lyon, 2016.
- MARAIN, Gaëtan. *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*. Universitaires D'Aix-Marseille: Centre de Droit Économique, 2016.
- MAZZUOLI, Valerio de O.; TEIXEIRA, Gustavo de F. Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 199-242, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a08v9n1.pdf>.
- MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. Caminhos para uma cidadania planetária e ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, 2012.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm.
- OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n.º 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais*. Genebra, 27 jun. 1989.
- OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n.º 107 da OIT*. 05 jun. 1957. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf).
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Agenda 21*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*. Montego Bay, 10 dez. 1982. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção sobre Biodiversidade*. Rio de Janeiro, 05 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais*. Helsinki, 17 mar. 1992. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/541296>.

- ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Nova York, 20 nov. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York, 2004. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. 13 set. 2007. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Nova York, 19 dez. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Nova York, 19 dez. 1966.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*. 16 jun. 2011.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Protocolo de Nagoia no âmbito da Convenção da Diversidade Biológica sobre acesso a recursos genéticos e a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes de sua utilização*. Nova York, 2 fev. 2011. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protocolo_de_nagoia.pdf.
- OUA. Organização da Unidade Africana. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. 21 out. 1986. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>.
- OUA. Organização da Unidade Africana. *Declaração do Cairo sobre a Gestão do Capital Natural Africano para o Desenvolvimento Sustentável e Erradicação da Pobreza*. Cairo, 2015. Disponível em: http://www.un.org/en/africa/osaa/pdf/au/cap_naturalcapital_2015.pdf.
- PARREIRAS, Mateus. Mariana, 5 anos depois: vítimas de barragem ainda sofrem com doenças. *Jornal Estado de Minas Gerais*, 02 nov. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/11/02/interna_gerais,1200270/mariana-5-anos-depois-vitimas-de-barragem-ainda-sofrem-com-doencas.shtml.
- PERRUSO, Camila. Perspectivas do direito à informação ambiental no sistema interamericano de direitos humanos. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURUN, Nitish (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Editora Prismas, 2017.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- REIS, Ulisses Levy Silvério dos; ARAÚJO, Alana Ramos. O esverdeamento das Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos: limites, confluências e contradições. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 3, n. 2, maio/ago. 2016.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. O “esverdeamento” da Convenção Europeia de Direitos Humanos: vícios e virtudes. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 779-800, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25466/20483>.
- SILVA, Paulo R. Guimaries da; D’ARC, Hélène Rivière. Participação social: instrumento de gestão pública?. *RAP*, Rio de Janeiro, mar./abr. 1996.
- SIMÕES, Gabriel Lima; SIMÕES, Janaina Machado. Reflexões sobre o conceito de participação social no contexto brasileiro. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 7., 2015, São Luis. *Anais [...]*. São Luis: UFMA, 25-28 ago. 2015.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Extraterritorial e (neo) colonização na América Latina: a responsabilidade social empresarial no âmbito global e regional

Extracivism and (neo) colonization in Latin America: corporate social responsibility in the global and regional scope

Larissa Ramina

Lucas Silva de Souza

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Extratativismo e (neo) colonização na América Latina: a responsabilidade social empresarial no âmbito global e regional*

Extracivism and (neo) colonization in Latin America: corporate social responsibility in the global and regional scope

Larissa Ramina**

Lucas Silva de Souza***

Resumo

As Empresas Transnacionais (ETNs) do setor extrativista se instalam, precipuamente, em territórios que sofreram processos coloniais, dentre os quais a América Latina, acarretando sérias consequências socioambientais. Face a essa realidade, parte-se do seguinte questionamento: o Regramento da Responsabilidade Social Empresarial (RSE), por meio da *soft law*, é suficiente para responsabilizar com efetividade as ETNs do setor extrativista ou, em sentido contrário, perpetua a irresponsabilidade desses atores fundada em um discurso econômico e empresarial que almeja “produzir desenvolvimento” às custas dos direitos humanos e do meio ambiente? Para tanto, parte-se da hipótese de que, com base no mapeamento das ideias, dos interesses dos atores e do papel de algumas das instituições públicas e privadas envolvidas na construção da RSE em âmbito global e regional, depreende-se a necessidade de sua “hardenização”. Partindo dessa premissa, se investigará: como o Direito está historicamente desenhado de forma a permitir a ausência de responsabilização (1); os limites da capacidade estatal de responsabilizar ETNs (2); o design institucional relacionado à regulação das ETNs no âmbito global e o seu caráter *soft* (3) e o diálogo regional com as diretivas globais (4). O artigo será dividido em dois capítulos. No primeiro, serão investigadas as estruturas (neo)coloniais das ETNs e a irresponsabilização no contexto latino-americano; no segundo, a construção da ser, em nível global, e seu diálogo no âmbito regional latino-americano. O estudo será abordado pelo método pragmático. Quanto ao procedimento, será utilizada a técnica de documentação indireta por meio de revisão documental, jurisprudencial e bibliográfica.

Palavras-chave: América Latina; empresas transnacionais extrativistas; neocolonialismo; responsabilidade social empresarial; *soft law*.

Abstract

The transnational corporations (TNCs) of the extractive sector are installed, mainly, in territories that suffered colonial processes, among which

* Recebido em 28/03/2022
Aprovado em 13/06/2022

** Professora de Direito Internacional da Universidade Federal do Paraná (UFPR) nos cursos de graduação e pós-graduação. Coordenadora de Iniciação Científica e Tecnológica da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da UFPR. Pós-doutora pela Université Paris Ouest Nanterre La Défense (2016) com financiamento da CAPES (Programa Estágio Sênior no Exterior). Professora Permanente do Programa de Mestrado “Derechos Humanos, Desarrollo e Interculturalidad” da Universidad Pablo de Olavide (Espanha). Membro do Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), do Grupo Prerrogativas e do Conselho Latinoamericano de Justiça e Democracia (CLAJUD).
Email: raminalarissa@gmail.com

*** Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). É pesquisador integrante do Grupo INTER – Abordagens Críticas ao Direito Internacional (PPGD/UFPR) e do Núcleo de Pesquisa e Práticas em Direito Internacional (UFSM).
Email: adv.lucasdesouza@gmail.com

Latin America, causing serious socio-environmental consequences. Faced with this reality, we start from the following question: the regulation of Corporate Social Responsibility (CSR) through soft law is enough to effectively hold TNCs in the extractive sector responsible or, on the contrary, perpetuates the irresponsibility of these actors based on an economic and business discourse that aims to “produce development” at the expense of human rights and the environment? To this end, it starts from the hypothesis that, from the mapping of ideas, interests of actors and the role of some of the public and private institutions involved in the construction of CSR at global and regional level, makes clear the need to its “hardenization”. Starting from this premise, it will be investigated: how the Law is historically designed in order to allow the absence of accountability (1); the limits of the state’s ability to hold TNCs accountable (2); the institutional design related to the regulation of TNCs at the global level and its soft character (3) the regional dialogue with global directives (4). The article will be divided into two chapters. In the first will be investigated, the (neo)colonial structures of TNCs and, in the second, the irresponsibility in the Latin American context; in the second, the construction of CSR at the global level and its dialogue in the Latin American regional context. The study will be approached through the pragmatic method. Regarding the procedure, will be used the indirect documentation technique through the documentary, jurisprudential and bibliographic review.

Keywords: Latin America; extractive transnational companies; neocolonialism; corporate social responsibility; soft law.

1 Introdução

Não vedes, histórica, em pleno coração das nossas florestas e dos nossos matos, cuspidos as suas escórias, a formidável fábrica, mas de laçaios, a prodigiosa mecanização, mas do homem, o gigantesco estupro do que a nossa humanidade de espoliados soube ainda preservar de íntimo, de intacto, de imaculado, a máquina, nunca vista, a máquina, mas de esmagar, de triturar, de embrutecer os povos?

Aime Cesaire¹

O fenômeno da globalização econômica majorou a influência das Empresas Transnacionais² (ETNs) na atividade dos Estados, cujo poder econômico se tornou, às vezes, muito superior ao destes. Com isso, foram acarretadas sérias consequências para as comunidades receptoras de seus investimentos, as quais superaram os benefícios oriundos do crescimento econômico delas decorrentes. Dentre as violações perpetradas por essas corporações, têm-se o desrespeito aos direitos trabalhistas de seus funcionários e danos ao meio ambiente e aos habitantes das regiões próximas às grandes obras de infraestrutura realizadas para os seus projetos comerciais.

Em geral, tais atores privados se instalam em espaços territoriais que sofreram processos coloniais, entre os quais está a América Latina, uma das regiões onde os impactos negativos mais notórios são resultantes das indústrias extrativistas. Estas, com suas máquinas — como na visceral crítica de Aimé Cesaire³ — estupram o que as comunidades historicamente espoliadas souberam ainda preservar de íntimo, de intacto, de imaculado; esmagam e trituram os povos; e embrutecem, ainda mais, os laçaios que cancelam essas práticas com base em um ideal de desenvolvimento excludente e balizado pela régua econométrica.

Em pleno coração das florestas, dos rios e mares do sul global, cuspidos as suas escórias, essas corporações causam desastres como o do Lago Agrio, no Equador⁴

² No presente estudo, considerando-se as ações e omissões desses atores transcendem ao âmbito meramente econômico, perfilha-se o entendimento de Fornasier e Ferreira acerca do conceito de ETNs. Os referidos autores conceituam as ETNs como “grandes atores que espriam suas ações e comunicações para além do território de um Estado nacional, repercutindo em vários locais do globo, bem como em várias áreas das comunicações e do conhecimento — Economia, Política, Mídia de Massa, Ciência, Tecnologia e Direito, entre outras.” FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoecademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 397.

³ CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Florianópolis: Letras contemporâneas, 2017. p. 68.

⁴ Em virtude da atividade de exploração petrolífera pela Texaco, que produziu entre 1,3 e 1,7 milhão de barris de petróleo, legaram-se graves danos para a região do Lago Agrio, haja vista que o petróleo extraído dos poços contém “água de produção”, cujos dejetos são extremamente perigosos ao meio ambiente e para a saúde da população local. A Texaco foi adquirida em 2001 pela transnacional Chevron com suas responsabilidades e obrigações. Contudo, a empresa abandonou a região contaminada e transferiu o controle do campo de exploração para a Petroecuador, empresa nacional. MARTIN-CHENUT, Khatia; PERRUSO, Camila. El caso Chevron-Texaco y

¹ CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Florianópolis: Letras contemporâneas, 2017. p. 68.

(envolvendo a petrolífera Chevron-Texaco), ou Mariana e Brumadinho⁵, no Brasil (envolvendo a empresa Vale do Rio Doce). Esses casos ilustram a incapacidade ou falta de vontade dos governos nacionais, tanto os que sediam as corporações quanto os que recebem o investimento, para, efetivamente, regular as “formidáveis” empresas com operações transnacionais, mesmo quando elas não fabricam o “prodigioso” desenvolvimento, mas, sim, pessoas mecanizadas e a destruição do lar dos povos ribeirinhos, autóctones e quilombolas, afetando diretamente a sua capacidade de usufruir dos direitos humanos que lhes são inerentes.

Esse panorama desastroso é agravado em virtude de muitas dessas grandes corporações serem protegidas por tratados bilaterais de investimento, que fomentam o congelamento regulatório dos Estados, traduzindo-se, muitas vezes, em um controle negligente das atividades comerciais geradoras de danos sociais e ambientais. Com a presença desses Investimentos Estrangeiros Diretos (IED), somada à força das corporações transnacionais nos países subdesenvolvidos, promoveu-se a sua dependência em relação a aqueles e o crescimento da desigualdade entre o norte e o sul global.

Desse modo, tais territórios, ricos em fontes minerais, acabam por chancelar práticas extrativistas e predatórias, uma vez que a ânsia de atrair investimentos propulsiona a concorrência normativa entre estados, culminando na redução dos padrões protetivos (fenômeno chamado de *dumping social*). Essa trágica subordinação dos governos às diretivas impostas por atores privados se materializa, principalmente, em leis que, mesmo contrárias aos interesses da população, tornam mais maleáveis os instrumentos protetivos do meio am-

biente, das relações de trabalho, bem como de outros direitos dos povos autóctones.

Além disso, frequentemente, mesmo quando os Estados e suas autoridades competentes envidam esforços para a responsabilização de atores privados pelos impactos negativos de suas atividades ao meio ambiente ou aos direitos humanos, estes são obstaculizados. A título de exemplo, esses obstáculos podem surgir em relação à invocação do *forum non conveniens*⁶; de obrigações decorrentes dos acordos de investimentos celebrados; ou ainda diante da difícil responsabilização das empresas-mãe (matriz) pelas ações lesivas perpetradas por suas subsidiárias, em razão das doutrinas de separação de personalidade jurídica e da responsabilidade limitada dos acionistas.

A fim de compreender as contradições que compõem esse complexo mosaico e orientar a busca de respostas, esse breve estudo almeja averiguar os fatores que chancelam as práticas neocoloniais promovidas pelas empresas transnacionais e investigar a construção em sede global da chamada “Responsabilidade Social das Empresas”⁷ (RSE) e seu diálogo no âmbito regional delimitando-se a América Latina e as empresas do setor extrativista. Com isso, objetiva-se conseguir responder

el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DEREITOS HUMANOS. *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. São José, 2017. p. 355-369. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4661/indice.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 356.

⁵ No dia 25 de janeiro de 2019, ocorreu o rompimento da Barragem I da Vale, localizada na mina Córrego do Feijão, deixando 248 mortos identificados e outras 22 vítimas que ainda permanecem sem identificação ou desaparecidas. G1 MINAS. *Meio Ambiente de MG multa Vale por laudo 'total ou parcialmente falso' sobre barragem de Brumadinho*. 28 maio 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/05/28/meio-ambiente-de-mg-multa-valepor-laudo-total-ou-parcialmente-falso-sobre-barragem-de-brumadinho.html>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁶ É uma técnica do Direito Internacional Privado que permite a jurisdição de um Estado declinar sua competência sob a alegação de existir um fórum estrangeiro mais apropriado para decidir o litúgio. O *forum non conveniens* também pode ser invocado como argumento processual pelo réu para que a ação seja julgada improcedente, como ocorreu na estratégia da Chevron contra o Estado equatoriano. MARTIN-CHENUT, Khatia; PERRUSO, Camila. El caso Chevron-Texaco y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DEREITOS HUMANOS. *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. São José, 2017. p. 355-369. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4661/indice.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 358.

⁷ A Responsabilidade Social Empresarial pode ser conceituada como a construção de padrões corporativos estabelecidos por meio de normas de conduta ética. Tais padrões são expressos em diversas fontes consideradas não jurídicas no sentido juspositivista clássico, pois, além dessas diretivas muitas vezes serem criadas por atores privados (a exemplo dos códigos de conduta empresariais), elas não apresentam um caráter cogente e preciso devido a serem regulamentadas por meio da *soft law* (como os *Guiding Principles* da ONU). No entanto, com o objetivo de tornar esses padrões mais precisos e vinculantes, foi proposta a elaboração de um tratado regulamentador da matéria. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do Direito “soft” ao Direito “hard” em matéria de violação de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos. In: MORAES, José Luiz Bolzan de (org.). *Estado e Constituição: o “fim” do estado de Direito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ao seguinte questionamento: o regramento da Responsabilidade Social Empresarial (RSE), por meio da *soft law*⁸, é suficiente para responsabilizar, com efetividade, as empresas transnacionais do setor extrativista ou, em sentido contrário, perpetua a irresponsabilidade desses atores fundada em um discurso econômico e empresarial que almeja “produzir desenvolvimento” às custas dos direitos humanos e do meio ambiente? Para tanto, parte-se da hipótese de que, com base no mapeamento das ideias, dos interesses dos atores e do papel de algumas das instituições públicas e privadas, envolvidas na construção da RSE âmbito global e regional, depreende-se a necessidade de sua “hardening”.

Com o intento de viabilizar uma resposta, ainda que parcial, à problemática de pesquisa, perfilha-se a tese defendida por Fakhri de que, para se opor resistência às ideias e interesses predominantes, deve-se compreender o(s) porquê(s) de certas decisões parecerem necessárias ou normais à sua época de modo a fomentarem a criação ou alteração de normatividades pelas instituições estatais e internacionais. Almeja-se, assim, obter os subsídios argumentativos necessários para se opor às estruturas hegemônicas e definir se (e como) devem ser realizadas mudanças institucionais e normativas⁹. Portanto, para se repensar escolhas normativas, como as que envolvem a construção da RSE das ETNs e seu caráter *hard* ou *soft*, é imprescindível se refletir, de forma crítica, acerca de como as ideias econômicas, sociais, políticas e culturais são interdependentes e moldam o papel do governo, mercado e atores não estatais ao delimitar os interesses e as mudanças jurídico-institucionais consideradas viáveis.

Urge-se, por conseguinte, que seja feito um balanço das dinâmicas de poder de modo a entender como o

⁸ Conceituam-se as regras de *soft law*, com base no entendimento de Ramina, como aquelas detentoras de uma normatividade flexível ou plástica, haja vista que se trata de uma espécie de regulamentação não obrigatória e que deixa certa margem de discricionariedade em relação ao cumprimento do seu conteúdo. A despeito dessa aparente debilidade, o seu caráter maleável é necessário para viabilizar que sejam disciplinadas situações até então carecedoras da necessária vontade política que viabilizaria o seu regramento por meio de tratados internacionais. Isto é, uma norma de *hard law*, com força vinculante e teor preciso. RAMINA, Larissa. Phenomena that characterize international law in the XXI century. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 9, p. 73-89, 2014. p. 7.

⁹ FAKHRI, Michael. Law as the Interplay of Ideas, Institutions, and Interests: using polyani (and foucault) to ask twail questions. *International Community Law Review*, Leiden, v. 10, p. 455-465, 02 fev. 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1336645. Acesso em: 07 ago. 2022. p. 465.

histórico imperialismo do direito internacional viabiliza a constante exploração do Terceiro Mundo, ainda que sob um matiz distinto do vigente nas formas e processos de outrora¹⁰. Partindo dessa premissa e objetivando investigar de forma crítica as ideias, interesses e atores envolvidos na construção da RSE, inicialmente, analisar-se-á de que forma o Direito foi historicamente desenhado para permitir a ausência de responsabilização, isto é, as ideias e interesses (1); buscar-se-á entender os fatores que limitam a capacidade estatal de responsabilizar empresas transnacionais (2); conhecer-se-á, de forma panorâmica, o design institucional relacionado à regulação das ETNs no âmbito global e o seu caráter *soft*, ou seja, as estruturas (3) e, por fim, averiguar-se-á o diálogo regional com as diretivas globais (4). Para cumprir com essa proposta, o artigo será dividido em dois capítulos. No primeiro, procurar-se-á discorrer acerca das estruturas (neo)coloniais das empresas transnacionais e sua irresponsabilização no contexto latino-americano. No segundo, por sua vez, investigar-se-á a construção da RSE a nível global e seu diálogo com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Ao investigar a temática, considerar-se-á como uma ilusão a ideia que o Direito Internacional serve de instrumento para estabelecer uma ordem mundial justa, sem, no entanto, olvidar que ele oferece um escudo protetor, ainda que frágil, para os Estados menos poderosos do sistema internacional¹¹. Esse Direito, ainda que, por um lado, legitime intervenções hegemônicas; por outro codifica uma série de Direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos que podem ser invocados pelos grupos pobres e marginalizados. Destarte, em meio a essas contradições, ainda permanece a esperança de que o Direito Internacional possa ser utilizado para trazer um mínimo de bem-estar aos povos do Terceiro e do Primeiro Mundo que têm passado por longo sofrimento¹².

¹⁰ FAKHRI, Michael. Law as the Interplay of Ideas, Institutions, and Interests: using polyani (and foucault) to ask twail questions. *International Community Law Review*, Leiden, v. 10, p. 455-465, 02 fev. 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1336645. Acesso em: 07 ago. 2022. p. 457.

¹¹ CHIMNI, Bhupinder Singh. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, [S. l.], n. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 69.

¹² CHIMNI, Bhupinder Singh. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, [S. l.], n. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/>

Com o intuito de compreender os fatores que fomentam a construção de normas (ir)responsabilizadas das corporações transnacionais e as contradições inerentes à temática, o estudo será abordado por meio do método pragmático. Tal metodologia é defendida pelos pesquisadores do *Centre Perelman de Philosophie du Droit* no seu programa “*Droit Global*”. Nessa proposta metodológica, as normas jurídicas são analisadas e interpretadas, não tendo como base a sua origem (as fontes da lei) ou as relações lógicas/hierárquicas entre elas (o sistema jurídico), mas sim os efeitos que elas produzem ou são suscetíveis de produzir ao serem aplicadas. Além disso, a lei é considerada o produto do conflito de interesses dos múltiplos atores envolvidos em sua elaboração e aplicação. Portanto, ao abordá-la, sob essa ótica, não se deve portar lentes “positivistas”, mas sim considerar elementos, muitas vezes, vistos como irrelevantes do ponto de vista jurídico, como as reações da imprensa, as estratégias dos atores envolvidos e as consequências econômicas das medidas empreendidas.¹³

Pretende-se, assim, melhor refletir acerca da mudança paradigmática que impõe aos jusinternacionalistas a necessidade de reconhecer que o Estado, apesar de não ter deixado de ser o principal ator global, compete esse espaço com atores privados, como as ETNs, sendo, às vezes, inclusive submisso aos interesses destas, acarretando efeitos concretos na economia e vida de seus povos. Ademais, trata-se de um enfoque crítico indispensável para a reflexão acerca da RSE que, além de ser regida em especial pela *soft law* (sequer considerada norma sob uma perspectiva meramente positivista), é permeada pelos interesses contraditórios dos múltiplos atores envolvidos no seu processo de construção e tentativa de *hardenização*. No que diz respeito ao procedimento, serão utilizados, na abordagem pragmática das ideias, fatores e atores que involucram o desenvolvimento do arranjo institucional global e regional de (ir) responsabilização social das empresas transnacionais do setor extrativista, a técnica de pesquisa de documenta-

ção indireta, por meio da revisão documental, jurisprudencial e bibliográfica.

2 As estruturas (neo)coloniais das empresas transnacionais: extrativismo e (ir)responsabilização no contexto latino-americano

As empresas transnacionais do setor extrativista perpetuam a tradição colonial dos países latino-americanos¹⁴ de exportadores de recursos naturais. Desse modo, aprofundam a abissal desigualdade entre o norte (importador) e o sul global (exportador), e propulsionam práticas extrativistas e predatórias, fundando-se em um ideário desenvolvimentista que ignora os efeitos deletérios dessas atividades para o meio ambiente e os Direitos Humanos.

Isso decorre do fato de que as dinâmicas extrativistas, propulsionadas em um cenário de economia global, conformam e articulam um direito transnacional que amalgama diferentes corpos normativos que dão continuidade às formas (neo)coloniais de exploração. Dessa forma, a dinâmica extrativista do século XXI faz com que o Estado continue a ser reinscrito, permanentemente, em uma lógica (neo)colonial que mantém processos de desapropriação dos territórios de grupos subalternos, como as populações campesinas, indígenas

¹⁴ No Chile o extrativismo de minérios representa 10,9% do seu Produto Interno Bruto (PIB). A extração de cobre variou de 1996 e 2016, entre 3,6% (em 1998) e 19,6% (em 2006) do PIB chileno, e se estima que, nas próximas décadas, comporá em torno de 10% do PIB do Chile. Na região de Antofagasta, a mineração compôs 63% do PIB regional entre 2008 e 2014 e no Atacama, 50% do PIB durante o mesmo período, em outras sete regiões representa mais de 15% do PIB regional. INTERNATIONAL COOPER ASSOCIATION. *El impacto de la minería del cobre en Chile Implicancias económicas y sociales para el país*. 2017. Disponível em: <https://www.procobre.org/es/wp-content/uploads/sites/2/2018/04/ica-summary-document-elimpacto-de-la-mineria-del-cobre-en-chile-vf-04.04.2018.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. Na Colômbia, o investimento estrangeiro direto, dirigido a atividades extrativistas, em especial de minérios e gás, aumentou, significativamente, passando de 21 % a 82 % entre os anos de 2000 e 2009. Em 2010, chegou aos 85 %. Em mais de 75% do território nacional, o governo já ofereceu títulos de mineração para propulsionar projetos extrativistas. INSTITUTO DE ESTUDOS LATINO AMERICANOS. *A batalha contra a mineração na Colômbia*. 2015. Disponível em: <http://www.iela.ufsc.br/instituto>. Acesso em: 10 mar. 2022.

default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 26-27.

¹³ FRYDMAN, Benoit. *Comment penser le droit global*. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2010. Disponível em: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf. Acesso em: 06 ago. 2022. p. 11.

e quilombolas, e apropriação e a exploração dos recursos naturais neles existentes¹⁵.

A atividade extrativista¹⁶ é uma das principais ameaças à integridade e sobrevivência da floresta e cultura de seus habitantes. Essa ameaça se traduz no desmatamento, devido à remoção da vegetação superficial para acessar recursos, à contaminação das águas dos rios e lençóis freáticos, à modificação de valores e crenças, originado no contato desses povos com a economia de mercado, dentre outros sérios impactos¹⁷. Face a essa realidade, no primeiro subcapítulo, se discorrerá acerca das estruturas históricas que influenciam no Direito legitimando a irresponsabilidade das ETNs extrativistas por danos socioambientais. No segundo, por seu turno, serão abordados os limites da capacidade estatal de responsabilizar esses atores.

2.1 O discurso desenvolvimentista como legitimador da irresponsabilidade social das ETNs extrativistas por danos socioambientais

Durante o período colonial, o direito internacional chancelou a completa e aberta negação da autonomia dos países colonizados. Na Era da Globalização, con-

tudo, a dominação é mais bem conceituada como um processo furtivo, complexo e cumulativo, decorrente de um crescente conjunto de leis, instituições e práticas internacionais que se unem para minar a independência dos países do terceiro mundo em favor do capital transnacional e de Estados poderosos¹⁸. Por essa razão, o direito internacional, para Chimni, representa uma cultura moldada e enquadrada pelas ideias dominantes de sua época, que constitui a matriz na qual os problemas globais são abordados, analisados e resolvidos¹⁹.

Um dos principais atores responsáveis pela moldagem jurídica são as empresas transnacionais que são, em grande parte, responsáveis pelo estreitamento dos mercados globais e pelo ímpeto da globalização em seu aspecto econômico, o que é visto por muitos analistas como um fenômeno negativo, por agravar o abismo das desigualdades sociais no cenário mundial²⁰. Com o intuito de promover os interesses hegemônicos, são articuladas regras que promovem padrões globais uniformes para facilitar a mobilidade e operação do capital transnacional, as quais ignoram o desenvolvimento global desigual e as preocupações dos Estados e dos povos. Essa homogeneização na atualidade é agravada pelo fato de que, com a globalização econômica, “o capital agora reside em todo lugar, ele abomina a diferença e, conseqüentemente, a padronização internacional se sobressai”²¹.

Esse novo panorama é marcado pela forte influência de uma “narrativa desenvolvimentista”, responsável por levar à incorporação no imaginário das nações uma diferença entre Estados desenvolvidos, em desenvolvi-

¹⁵ SIERRA-CAMARGO, Ximena. Derecho, minería y (neo) colonialismo: una aproximación crítica a la regulación de la minería de oro a gran escala en Colombia. *Opera*, Bogotá, v. 14, n. 14, p. 161-191, jan. 2014. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3845>. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹⁶ Na Colômbia, por exemplo, os povos indígenas da região amazônica vivem em disputa constante devido ao crescimento interesse extrativista. No Brasil, somente em 2016, um total de 44.911 projetos de mineração na Amazônia 17.509 envolveram, total ou parcialmente, terras indígenas ou unidades de conservação e o desmatamento nessas áreas, entre 2005 e 2015, representou a perda de 11.670 km. Durante sua última visita *in loco*, a Comissão Interamericana foi informada que as atividades extrativistas eram incompatíveis com a permanência dos povos tradicionais e das comunidades quilombolas nesses territórios. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia* Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 30 e 35.

¹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 53-54.

¹⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia* Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 53.

¹⁸ CHIMNI, Bhupinder Singh. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, [S. l.], n. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 26.

¹⁹ CHIMNI, Bhupinder Singh. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, [S. l.], n. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 15.

²⁰ RAMINA, Larissa. Phenomena that characterize international law in the XXI century. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 9, p. 73-89, 2014. p. 10.

²¹ No original: “But since capital now resides everywhere, it abhors difference, and globalised international plays along”. CHIMNI, Bhupinder Singh. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, [S. l.], n. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 13.

mento, subdesenvolvidos ou “insuficientemente desenvolvidos”²². Com essa divisão, a métrica utilizada para classificar as nações entre nações civilizadas e atrasadas foi atualizada da retórica, inicialmente salvacionista e civilizatória, para a desenvolvimentista, haja vista que, após as independências decorrentes das lutas de libertação nacional, necessita-se de uma nova forma de contenção.²³ Portanto, a antiga desigualdade de poder foi seguida pela desigualdade de desenvolvimento e as nações passaram a ser classificadas conforme seu grau de participação nas relações internacionais econômicas.

Por conseguinte, ignoram-se as distintas realidades da sociedade internacional e a questão da desigualdade de desenvolvimento passa a ser central nas preocupações dos Estados²⁴. O desenvolvimento tornou-se o único meio de se combater a repartição desigual das riquezas entre antigos colonizados e colonizadores, decorrente do “atraso” entendido não como oriundo da exploração daqueles pelas metrópoles, mas de sua alegada inferioridade. Atribui-se aos países do terceiro mundo a responsabilidade pelo seu subdesenvolvimento, considerado como oriundo de sua inabilidade intrínseca em gestar seus conflitos internos. Isto é, sob uma nova fachada, retoma-se a divisão entre países civilizados e não civilizados, eficientes e necessitados de intervenção²⁵.

Isto posto, permanece presente, no mundo pós-colonial, um discurso intervencionista que justifica in-

tervenções contínuas nos países periféricos por serem consideradas necessárias para modernizá-los. Dentre elas, há os programas de planejamento estruturais promovidos pelo Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial em especial nas décadas de 80 e 90²⁶. Mais recentemente, as antigas colônias, para realizar suas aspirações de desenvolvimento, passaram a recorrer à empresa privada estrangeira que, por sua vez, almeja prosseguir em seu processo de expansão para além das fronteiras nacionais e explorar recursos e mão de obra barata²⁷.

Promove-se, assim, um modelo de desenvolvimento econômico baseado em indústrias extrativistas que permite que empresas transnacionais extraíam recursos naturais a custos muito baixos, apesar dos graves impactos sociais e ambientais que essas atividades têm gerado²⁸. Por essa razão, o “desenvolvimento” passou a ser visto como o Cavalo de Troia que encarna a ideologia responsável por povos e Estados do Terceiro Mundo serem voluntariamente atraídos para a abrangência imperial²⁹.

Esse ideário desenvolvimentista preocupou-se, exclusivamente, com a conversão da natureza em recurso e o seu uso para a produção de mercadorias e acumulação de capital. Desse modo, ignoraram-se os processos ecológicos que têm regenerado a natureza fora do domínio da atividade humana, assim como as pessoas, cujas necessidades não são atendidas por meio dos mecanismos de mercado³⁰. No entanto, essa perspectiva

²² SIERRA-CAMARGO, Ximena. Derecho, minería y (neo) colonialismo: una aproximación crítica a la regulación de la minería de oro a gran escala en Colombia. *Opera*, Bogotá, v. 14, n. 14, p. 161-191, jan. 2014. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3845>. Acesso em: 10 mar. 2022.

²³ SOUZA, Lucas Silva de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 200-222, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5928/pdf>. Acesso em: 06 ago. 2022. p. 204.

²⁴ RAMINA, Larissa. Arbitraje entre Estado e Inversor Extranjero. *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de Uni-Brasil*, [S. l.], v. 15, p. 151-195, 2011. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/418/323>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 150.

²⁵ SOUZA, Lucas Silva de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 200-222, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5928/pdf>. Acesso em: 06 ago. 2022. p. 205-206.

²⁶ SOUZA, Lucas Silva de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 200-222, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5928/pdf>. Acesso em: 06 ago. 2022. p. 204.

²⁷ RAMINA, Larissa. Arbitraje entre Estado e Inversor Extranjero. *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de Uni-Brasil*, [S. l.], v. 15, p. 151-195, 2011. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/418/323>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 150.

²⁸ SIERRA-CAMARGO, Ximena. Derecho, minería y (neo) colonialismo: una aproximación crítica a la regulación de la minería de oro a gran escala en Colombia. *Opera*, Bogotá, v. 14, n. 14, p. 161-191, jan. 2014. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3845>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 170.

²⁹ FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fabio Costa. Corrupção e investimento estrangeiro direto. *Interação*, Santa Maria, v. 4, n. 4, p. 59-82, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/interao/article/view/12741/8090>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 18.

³⁰ FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fabio Costa. Corrupção e investimento estrangeiro direto. *Interação*, Santa Maria, v. 4, n.

estreita representa a agenda neoliberal e visa garantir os interesses econômicos hegemônicos por meio da submissão das economias em desenvolvimento às atividades das empresas multinacionais.

Sob o receio da emigração de capitais, o Estado se torna cada vez mais enxuto e sua capacidade de intervenção cada vez menor, na medida em que seu poder de coação é cada vez mais reduzido³¹. Esse nanismo estatal espelha, segundo Hoffman e Morais, a imposição “imperial” aos estados de uma sistemática gerencial-concorrencial, fundada nos alegados “ganhos” decorrentes da instalação de grandes conglomerados empresariais em seu território. Em nome do lucro e da concorrência, os Estados competem entre si para se tornarem atrativos para o capital transnacional. Para tanto, eles, inclusive, encobrem, fazem “vistas grossas” às práticas ilegais perpetradas pelas ETNs, ou, até mesmo, são delas cúmplices³².

A visão sob esse prisma estritamente econométrico faz com que os direitos das populações locais, especialmente aqueles dos povos indígenas³³ e populações ribeirinhas sobre suas terras ancestrais e recursos naturais, sejam constantemente violados por atividades extrativistas. Sendo assim, a dominação oriunda do “*modus vivendi*”, imposto pelo ideário desenvolvimentista, é reforçada pela globalização econômica, que viabiliza um fluxo de capitais sem fronteiras. Nesse mundo interco-

nectado, os países periféricos buscam incessantemente se beneficiar com o investimento estrangeiro direto (IED) e, simultaneamente, os países “desenvolvidos” lançam suas empresas transnacionais em novos mercados³⁴.

Esse panorama demonstra que as normas jurídicas que incidem sobre as Empresas Transnacionais (ETN’s) foram historicamente produzidas por pressão das nações dominantes com o intuito de desenvolver mecanismos jurídicos de proteção do investimento estrangeiro pela nação hospedeira. Por essa razão, ignorou-se a necessidade de se regular os abusos cometidos por estas. Logo, aos Estados investidores e suas ETNs foram garantidos apenas direitos. Os países receptores, ao contrário, e em razão de sua vulnerabilidade, são coniventes, com o receio de não se tornarem atrativos para o ingresso do investimento estrangeiro³⁵. Essa exploração se reflete na superioridade³⁶ econômica desses atores privados quando comparados aos países em desenvolvimento, desprovidos de capital e tecnologia, imprescindíveis ao tão almejado desenvolvimento.

Assim, o Estado não somente atuou como força motriz em relação à difusão da racionalidade e das regras do mercado, mas ele mesmo passou a ser moldado por elas. Tal realidade culminou no grande desequilíbrio que faz com que o público não seja protegido do privado. Dal RI e Bastos Calazans destacam que, atualmen-

4, p.59-82, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/interacao/article/view/12741/8090>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 64.

³¹ SOUZA, Lucas Silva de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 200-222, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5928/pdf>. Acesso em: 06 ago. 2022. p. 210.

³² HOFFMAM, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Os direitos humanos frente à normatividade “imperial” e a responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos na era do “Império”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 2, p. 279-300, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/7354>. Acesso em: 06 ago. 2022. p. 291-292.

³³ Em relatório da ONU, demonstrou-se grande preocupação com o estabelecimento de indústrias extrativistas no Brasil, principalmente as de mineração, próximo a comunidades indígenas. As taxas de contaminação dessas populações são alarmantes. Nas aldeias *yanomami* do estado de Roraima, por exemplo, 92% das pessoas estão contaminadas por mercúrio ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Attacks against and criminalization of indigenous peoples defending their rights*. 2018. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/documents/annual-reports/251-reporthrc2018>. Acesso em: 10 mar. 2022.

³⁴ FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fabio Costa. Corrupção e investimento estrangeiro direto. *Interação*, Santa Maria, v. 4, n. 4, p. 59-82, 2013. Disponível em:

<https://periodicos.ufsm.br/interacao/article/view/12741/8090>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 60.

³⁵ FERREIRA, Luciano Vaz. A corrupção nos negócios internacionais: o problema do controle do suborno praticado por empresas transnacionais e seus reflexos no Brasil. In: MOROSINI, Fabio (org.). *Regulamentação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 298.

³⁶ Essa assimetria é claramente vislumbrada quando a Chevron iniciou um procedimento de arbitragem internacional contra o Equador, em 29 de setembro de 2009, perante a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) com o apoio administrativo do Tribunal Permanente de Arbitragem. A empresa alegou não ser responsável pelos danos ambientais e que o Estado equatoriano não havia respeitado o acordo de isenção de responsabilidade assinado em 1998. MARTIN-CHENUT, Khatia; PERRUSO, Camila. El caso Chevron-Texaco y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. São José, 2017. p. 355-369. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4661/indice.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 362.

te, as corporações transnacionais governam o mundo em termos de negócios e poder econômico, tornando algumas delas mais poderosas do que muitos Estados. Destarte, a crescente participação dessas corporações, como atores econômicos e políticos da “comunidade global”, gera diversas indagações acerca de sua situação jurídica perante o Direito Internacional e seu papel para a promoção e proteção dos direitos humanos e do meio ambiente³⁷.

Por essas razões, as transnacionais passaram a ser vistas como os novos colonizadores globais, que promovem não somente seus interesses econômicos e aqueles de seus acionistas por meio de investimento direto estrangeiro. Esse “neocolonialismo”, que busca a maximização da eficiência econômica, é fomentado pelo caráter transnacional da estrutura empresarial, marcado pela pulverização das empresas e de sua produção e logística mundialmente, por meio do estabelecimento de filiais, subsidiárias e atividades de *joint ventures*³⁸ com empresas locais.

Dentre as ETNs, ganham destaque as mineradoras que propulsionam a extração dos recursos exigidos pelos países do norte global a baixo custo, que ignoram os graves impactos sociais e ambientais causados por suas atividades. Dessa forma, se perpetua a divisão do mundo entre os Estados centrais e os Estados periféricos, em que estes se destinam a suprir as necessidades daqueles com bens e serviços³⁹.

As condições prioritárias e extremamente favoráveis aos investimentos estrangeiros, os discursos de progresso, desenvolvimento e modernidade, bem como as implicações materiais e de expropriação que essas

atividades de mineração implicam para os territórios e vidas de atores subalternos, como comunidades indígenas e afrodescendentes, resgatam a exploração colonial, com o apoio de garantias jurídicas e institucionais, domésticas e globais, cada vez mais sofisticadas⁴⁰. Consequentemente, o direito das comunidades tradicionais de preservar seus valores e sua visão de mundo e desenvolvimento é relegado, a fim de permitir que a elite goze dos frutos do desenvolvimento, muitas vezes no Primeiro Mundo⁴¹.

Esse processo (neo)colonialista envolve a subalternização da soberania nacional dos Estados por meio de um aparato jurídico que cria condições favoráveis à extração de recursos por empresas transnacionais e permite que estas se libertem das responsabilidades sociais e ambientais que eventualmente lhes são impostas, já que, na ânsia pelo investimento estrangeiro, os direitos nacionais se tornam competitivos em um vasto mercado de leis. Tal fenômeno, denominado de *forum shopping*, é reflexo da tendência das ETNs de avançar em direção aos Estados, cuja legislação é menos restritiva em termos de padrões sociais, tributários, sanitários ou ambientais. Tal desregulamentação é apenas imperfeitamente compensada por mecanismos não cogentes, os quais, insuficientemente, normatizam a responsabilidade social das empresas para a proteção das vítimas e reparação dos danos causados direta ou indiretamente pelas atividades das ETNs⁴².

Apesar da forte influência desses atores privados, é necessário considerar que, para que o processo de desenvolvimento seja responsável, ele deve respeitar as pessoas por ele afetadas e não somente os interesses mercantis. Como destaca Furtado⁴³, o desenvolvimento como meramente econômico é um simples mito. Gra-

³⁷ DAL RI, Arno; BASTOS CALAZANS, Erika Louise. Transnational Corporations Subjectivity Based on the Criteria of the Bernadotte Case and the Traditional International Law Doctrine. *Anu. Mex. Der. Inter.*, [S. l.], v. 18, p. 155-189, dic. 2018. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542018000100155&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 157.

³⁸ Uma *joint venture* consiste numa parceria para a realização de um projeto conjunto com o compartilhamento de obrigações e direitos e risco por todas as partes. FERREIRA, Luciano Vaz. A corrupção nos negócios internacionais: o problema do controle do suborno praticado por empresas transnacionais e seus reflexos no Brasil. In: MOROSINI, Fabio (org.). *Regulamentação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 267.

³⁹ SIERRA-CAMARGO, Ximena. Derecho, minería y (neo) colonialismo: una aproximación crítica a la regulación de la minería de oro a gran escala en Colombia. *Opera*, Bogotá, v. 14, n. 14, p. 161-191, jan. 2014. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3845>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 172.

⁴⁰ SIERRA-CAMARGO, Ximena. Derecho, minería y (neo) colonialismo: una aproximación crítica a la regulación de la minería de oro a gran escala en Colombia. *Opera*, Bogotá, v. 14, n. 14, p. 161-191, jan. 2014. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3845>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁴¹ CHIMNI, Bhupinder Singh. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, [S. l.], n. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 19.

⁴² DELMAS-MARTY, Mireille. Trois dynamiques pour responsabiliser les États et les entreprises transnationales. In: SUPIOT, Alain; DELMAS-MARTY, Mireille. *Prendre la responsabilité au sérieux*. Paris: Puf, 2015. p. 404.

⁴³ FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 89-90.

ças a ele, contudo, é possível que os governantes se esquivem da tarefa básica de identificar as necessidades fundamentais da coletividade e das possibilidades que abrem ao homem o avanço da ciência, para se concentrarem em objetivos abstratos, como os investimentos, as exportações e o crescimento. Esse mito, para Sierra-Camargo⁴⁴, tem sido acompanhado pelo impulso de atividades que envolvem a extração de matérias-primas na periferia global e a produção e industrialização nos países centrais. O retorno a esse tipo de dinâmica responde às demandas atuais da ordem econômica global, que exigem a manutenção das relações de dominação entre as ex-colônias ou os chamados países em desenvolvimento, com os países desenvolvidos.

Nesse processo, não há dúvida de que o Direito tem sido um instrumento indispensável para a consolidação dos projetos coloniais e (pós)coloniais, pois, com o fomento de legislações menos rígidas e governos mais brandos, tanto no âmbito nacional e internacional, o investimento estrangeiro continua a ser um movimento especulativo, cujos riscos sociais e ambientais são incertos ou simplesmente ignorados. Essa lógica global é refletida nos laços entre as empresas extrativistas de recursos naturais e o dos governantes dos Estados que as sediam, os quais, muitas vezes, privilegiam os interesses daquelas em detrimento dos de seu povo. Esse conchavo gerou pesadas críticas públicas disseminadas em nível global pela mídia e movimentos de protesto promovidos pela sociedade civil e organizações não governamentais (ONGs). Como resposta a essas críticas, surgiu um pluralismo de novas ordens jurídicas de origem privada como os Códigos de Ética e Conduta (CEC) cunhados pelas empresas, bem como as normatividades oriundas da Organização Internacional de Normalização (ISO).

Chimni alerta que essas normatividades internas, em especial os códigos de conduta adotados por ETNs, podem ser usadas para, entre outras coisas, apresentar uma imagem de observância dos direitos humanos quando o contrário é o verdadeiro⁴⁵. A Vale S.A., por exemplo, em

seu CEC, elenca um conjunto de valores relacionados ao seu elevado padrão moral, quais sejam: a vida em primeiro lugar; a valorização de quem faz a empresa; o cuidado com o planeta; o agir de forma correta; o crescer e evoluir juntos; o fazer acontecer. Trata-se de belas palavras, mas que não condizem com a realidade, pois, além dos notórios desastres socioambientais gerados por suas atividades, a mineradora foi considerada pela *Public Eye People's*, em 2012, como a pior empresa do mundo, devido às suas constantes violações de direitos humanos⁴⁶.

2.2 Os limites da capacidade estatal de responsabilizar as empresas transnacionais extrativistas face às estratégias de dominação (pós)coloniais

É incontestável, portanto, que estratégias de dominação são utilizadas em espaços de dominação (pós)colonial para a consolidação de projetos políticos e econômicos promovidos por empresas transnacionais que, por sua vez, contam com o apoio de governos nacionais. Desse modo, são mantidas relações de dominação semelhantes às existentes na época colonial na ordem mundial, porém sob as novas formas que as relações políticas e econômicas contemporâneas adotaram no âmbito do Estado constitucional⁴⁷.

Nesse sentido, as normas que regulam as atividades extrativistas e de mineração em grande escala constituem um exemplo de como a extração de recursos foi legalizada em condições econômicas desiguais e o quanto essas atividades resultaram na apropriação de territórios, na expropriação de seus habitantes, na produção de várias formas de violência e na alteração de seus modos de vida. Isso ocorre, pois, com a subjugação aos interesses privados, promove-se a moldagem dos territórios e políticas dos Estados receptores pelas grandes ETNs, de forma que as atividades econômicas sejam

Acesso em: 10 mar. 2022. p. 13.

⁴⁶ BOHRZ, C. R.; SALDANHA, J. M. L. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 156–203. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30567>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 183-184.

⁴⁷ SIERRA-CAMARGO, Ximena. Derecho, minería y (neo) colonialismo: una aproximación crítica a la regulación de la minería de oro a gran escala en Colombia. *Opera*, Bogotá, v. 14, n. 14, p. 161-191, jan. 2014. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3845>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 170.

⁴⁴ SIERRA-CAMARGO, Ximena. Derecho, minería y (neo) colonialismo: una aproximación crítica a la regulación de la minería de oro a gran escala en Colombia. *Opera*, Bogotá, v. 14, n. 14, p. 161-191, jan. 2014. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3845>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 187.

⁴⁵ CHIMNI, Bhupinder Singh. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, [S. l.], n. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf>.

desenvolvidas segundo as necessidades dessas empresas e não a dos territórios anfitriões.

Perpetua-se, assim, o ideário estabelecido pelos autores clássicos da economia política de que a sociedade do lucro desenvolve atividades meramente lucrativas e não aquelas que respondem às necessidades sociais. Por conseguinte, torna-se a eficiência o critério conformador da economia capitalista, fazendo com que as grandes empresas, na busca de seus interesses particulares, não promovam o bem-estar geral e ocasionem graves consequências para as sociedades que as hospedam e para o meio ambiente⁴⁸.

Essa realidade paradoxal é oriunda do fato de que empresas extrativistas, como a Vale, apresentam como eixo norteador de suas atividades a lógica da maximização dos lucros. Por essa razão, visando à exploração desenfreada de riquezas naturais, elas não prescindem de praticar atos e desenvolver políticas empresariais violadoras de direitos humanos ante a fraca ou inexistente imposição de responsabilidades⁴⁹. Ilustra esse cenário a tragédia ocorrida em Mariana⁵⁰ que, para Bohr e Saldanha, pode ser vista como um microcosmo da influência da economia sobre a política, que leva o Direito a abdi-

car de sua autonomia se tornando refém dos interesses de grupos econômicos⁵¹.

Essa submissão é patente em relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho da ONU sobre Negócios e Direitos Humanos, após visita ao Brasil nos dias 7 a 16 de dezembro de 2015. No documento, concluiu-se, vergonhosamente, para o Estado brasileiro, que a tragédia ambiental ocorrida no município de Mariana não foi acidental, mas fruto da ação negligente da empresa Samarco⁵², referendada, coniventemente, pelos órgãos ambientais que, em prol de interesses econômicos, relegaram ao segundo plano a proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente⁵³.

A aquiescência do governo brasileiro e das instituições judiciais⁵⁴, em relação às condutas negligentes

⁴⁸ ORNELLAS, Raúl. Hacia una economía política de la competencia: la empresa transnacional. *Revista Problemas del Desarrollo*, Cidade do México, v. 48, n. 189, p. 9-32, abr. 2017. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/pde/article/view/57224>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 26.

⁴⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do Direito “soft” ao Direito “hard” em matéria de violação de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos. In: MORAES, José Luiz Bolzan de (org.). *Estado & Constituição: o “fim” do estado de Direito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

⁵⁰ A adoção de um plano de emergência, em 2009, salvaria vidas e evitaria a destruição do meio ambiente e graves impactos na economia de Minas Gerais e do Espírito Santo. Naquele ano, a empresa RTI (*Rescue Training International*), com sede em Bragança Paulista (SP), foi contratada pela Samarco e elaborou um amplo plano estratégico, prevendo a proteção aos funcionários e comunidades, no caso de rompimento de uma barragem, como a ocorrida em Fundão, todavia ele nunca foi posto em prática. TYBUSCH, Francielle Benine Agne. *Vidas deslocadas: o caso Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do Direito dos Desastres*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 199-200. Negligência reiterada no caso de Brumadinho, em que a Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais (Semad) multou a Vale em cerca de R\$ 330 mil por laudo que atestou a segurança da barragem considerado total ou parcialmente falso a respeito da barragem do Córrego do Feijão. G1 MINAS. *Meio Ambiente de MG multa Vale por laudo ‘total ou parcialmente falso’ sobre barragem de Brumadinho*. 28 maio 2019. Disponível em:

<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/05/28/meio-ambiente-de-mg-multavalepor-laudo-total-ou-parcialmente-falso-sobre-barragem-de-brumadinho.ghtml>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁵¹ BOHRZ, C. R.; SALDANHA, J. M. L. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, [S.L.], v. 2, n. 2, p. 156–203. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30567>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 161.

⁵² Com o rompimento da barragem de Fundão, da mineradora Samarco, ocorrido em 5 de novembro de 2015 no município de Mariana (MG), foram lançados aproximadamente 45 milhões de metros cúbicos de rejeitos no meio ambiente que ultrapassaram a barragem de Santarém, seguindo por 55 km do rio Gualaxo do Norte até o rio do Carmo, e outros 22 km até o rio Doce. Esses rejeitos, compostos principalmente por óxido de ferro e sílica, percorreram 663 km até o litoral do Espírito Santo e destruíram o subdistrito de Bento Rodrigues. Como consequência do desastre, só no município de Mariana, mais de 842 famílias foram impactadas, no total 2.575 pessoas e 984 propriedades atingidas. Nove meses após o desastre, avaliou-se que, somente no município de Mariana, os danos de infraestrutura foram estimados em: 349 unidades habitacionais (R\$ 51.756.700,00); estabelecimentos de saúde (R\$ 380.715,00); estabelecimentos de ensino (R\$ 4.383.626,00); instalações públicas de uso comum (R\$ 7.392.541,00); obras de infraestrutura públicas (R\$ 39.574.450,00). TYBUSCH, Francielle Benine Agne. *Vidas deslocadas: o caso Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do Direito dos Desastres*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 73-74, 128.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil*. 2013. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵⁴ Esse conluio entre as instituições estatais e as grandes corporações pode ser ilustrado por acordo articulado extrajudicialmente pela Advocacia Geral da União entre a Samarco, Vale e BHP Billiton com o Governo Federal, os governos de Minas Gerais e Espírito Santo e firmado em 2 de março de 2016, o qual previu investimentos de 20 bilhões a serem aplicados nos próximos 20 anos. Nele foram falsamente citados como participantes, o Ministério Público Federal (MPF) e os Ministérios Públicos Estaduais dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo. Instituições que, além de excluídas do debate, criticaram vários pontos do acordo em virtude de os considerar vantajosos somente para a mineradora. Razão pela qual, em 17

e, às vezes, criminosas, de empresas como a Vale, permite que tragédias como a ocorrida em Mariana e, recentemente em Brumadinho, continuem acontecendo em nosso território. Realidade fruto da existência de um “mercado de leis” no qual as empresas demandam dos líderes políticos regulamentações que possam beneficiá-las, permitindo-as se movimentarem aleatoriamente entre o setor privado e o governamental, gerando, por conseguinte, acirrados conflitos de interesses. Com essa conjugação de interesses, são reproduzidos padrões coloniais adaptados a um contexto pós-colonial que perpetuam as desigualdades na ordem econômica internacional, o que constitui, segundo Ramina⁵⁵, a pedra angular da ordem econômica internacional contemporânea e advém do relacionamento estreito que existe entre o Estado e a empresa estrangeira.

Como destacam Hoffman e Morais, as empresas transnacionais detêm não somente grande poder econômico, mas também político, portanto, muitas vezes, os seus interesses são confundidos com o dos governos

de agosto de 2016, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) anulou essa. TAC BOHRZ, C. R.; SALDANHA, J. M. L. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 156-203. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30567>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 170. Atitude criminosa que se repetiu no caso de Brumadinho, em que, segundo o Ministério Público de Minas Gerais, o Termo de Compromisso firmado entre a empresa e a Defensoria Pública de Minas Gerais, além ter sido realizado a “portas fechadas”, poderá lesar as vítimas. No termo, os padrões de indenização, em relação aos terrenos devastados pela tragédia, foram inferiores aos de Mariana, ainda que os vitimados nessa outra tragédia não tenham perdido a titularidade da terra e obtido o direito ao reassentamento, ao contrário das vítimas de Brumadinho, os quais terão suas terras adquiridas pela Vale. PAVANELLI, Lucas. Brumadinho: padrão de indenização é inferior ao de Mariana, afirma MP. R7, 25 abr. 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/minas-gerais/brumadinho-padrao-de-indenizacao-e-inferior-ao-de-mariana-afirma-mp-25042019>. Acesso em: 10 mar. 2022. Interessante destacar que a Vale inclusive é acusada de omitir informações sobre parte dos terrenos atingidos pela lama em Brumadinho, os quais, por terem potencial de mineração, gerariam o direito a majoração do montante indenizatório. POSSATO, Viviane; ZUBA, Fernando; ANDRADE, Naiana. Brumadinho: terrenos atingidos pela lama da Vale têm potencial de mineração. *G1 Minas*, 27 maio 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minasgerais/noticia/2019/05/27/brumadinho-terrenos-atingidos-pela-lama-da-vale-tem-potencial-de-mineracao.ghtml>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁵⁵ RAMINA, Larissa. Arbitraje entre Estado e Inversor Extranjero. *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de Uni-Brasil*, [S. l.], v. 15, p. 151-195, 2011. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/418/323>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 150.

dos Estados, acarretando uma interdependência que conecta, umbilicalmente, as práticas estatais do âmbito da política às práticas econômicas das grandes corporações globais⁵⁶ Como resultado dessa realidade, as normas que regulam as atividades extrativistas e de mineração em grande escala acabam por legalizar a extração de recursos em condições econômicas desiguais, que resultam na apropriação de territórios, na expropriação de seus habitantes, na alteração dos seus modos de vida e na produção de várias formas de violência. Essa porosidade, que faz o público permear o privado, reduz a democracia a “(...) uma débil chama quando a corrupção, ao valer-se dela, desmantela as liberdades individuais ao transformá-las no interesse do cálculo, desbarata a autoridade da lei ao torná-la mera expressão das ‘normas’ e, elimina a divisão dos poderes, ao fazer dela uma mera aparência.”⁵⁷

Nesse contexto, a corrupção passa a ser estrutural e sistêmica, convertendo-se na principal causa dos baixos resultados socioeconômicos dos países nos quais ela, se valendo de sua invisibilidade, fornece a falsa impressão de que a lei está sendo cumprida e de que as instituições estão funcionando normalmente. Para Saldanha, Cavallaro e Magliacane⁵⁸, essa invisibilidade é oriunda do fato de a corrupção ser sintomática do individualismo e da mercantilização que caracteriza a sociedade global, e não uma mera transgressão por sua oposição ou não concordância com a lei. A conduta corruptiva é uma falsificação da regra que neutraliza e desnaturaliza o Direito, e uma perversão, pois ela, além de degradar as instituições democráticas, gera desconfiança com relação àqueles responsáveis por manter a sua integridade e a integridade do Direito.

⁵⁶ HOFFMAM, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Os direitos humanos frente à normatividade “imperial” e a responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos na era do “Império”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 2, p. 279-300, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/7354>. Acesso em: 06 ago. 2022. p. 288-289.

⁵⁷ SALDANHA, Jânia Maria; CAVALLARO, James; MAGLIACANE, Alessia. A corrupção como um “mal originário”: a destruição dos princípios democráticos por perversão. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 21, n. 42, p. 95-130, jul. 2019. Disponível em: <http://200.229.32.55/index.php/Direito/article/view/20223/15003>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 25-26.

⁵⁸ SALDANHA, Jânia Maria; CAVALLARO, James; MAGLIACANE, Alessia. A corrupção como um “mal originário”: a destruição dos princípios democráticos por perversão. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 21, n. 42, p. 95-130, jul. 2019. Disponível em: <http://200.229.32.55/index.php/Direito/article/view/20223/15003>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 4-5.

Interessante trazer à baila que, em relatório divulgado no ano de 2014 pela OCDE, as empresas extrativistas, dentre elas as de mineração, lideram a prática de corrupção transnacional⁵⁹. Não é mera coincidência, portanto, que, conforme Saldanha e Bohr⁶⁰, as empresas mineradoras financiem campanhas políticas e em troca recebam facilitações parlamentares. Como moeda de troca, elas passam a influenciar em Projetos de Lei, como o de n.º 5.807/2013, que visa substituir o atual Código de Mineração e o Projeto de Lei do Senado (PLS) 654/2015 de autoria do Senador Romero Jucá do PMDB de Roraima, que, além de eliminar a obrigatoriedade de audiências públicas para a oitiva dos impactados, define prazos exíguos para os órgãos auxiliares dos processos de licenciamento, como a Fundação Nacional do Índio (Funai) e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

Mesmo no contexto pandêmico, decorrente da COVID-19, os interesses econômicos preponderaram. Para evitar a interrupção nas atividades do setor, a mineração foi definida como atividade, pelo ministro das Minas e Energia Bento Albuquerque, por meio de portaria, em 28 de abril de 2020, o que propulsionou a propagação do vírus para cidades onde a atividade é o carro-chefe da economia. Como resposta, em abril de 2021, entidades sindicais do setor de mineração denunciaram o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), solicitando que ela recomende ao governo brasileiro o cumprimento das medidas de prevenção estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que defenda a garantia dos empregos dos trabalhadores dispensados por causa do risco de contaminação, e que revogue a classificação da mineração como atividade essencial. Ademais, no documento, exigiu-se a testagem em massa desses trabalhadores e transparência na divulgação do número de infectados nas cidades-polo de mineração no país⁶¹.

⁵⁹ BOHRZ, C. R.; SALDANHA, J. M. L. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das *empresas de mineração*. *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 156 – 203. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30567>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 163.

⁶⁰ BOHRZ, C. R.; SALDANHA, J. M. L. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 156 – 203. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30567>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 169.

⁶¹ BEZERRA, Afonso. Brasil é denunciado na CIDH por ex-

Como visto, muitas vezes, para satisfazer seus interesses as autoridades públicas, sob a égide do falacioso discurso do desenvolvimento econômico, obstam o avanço legislativo acerca de temáticas de relevante interesse social, tais como o recrudescimento das normas de licenciamento, de segurança de barragens e de proteção dos atingidos com seu rompimento, e que poderiam ter evitado, inclusive, os desastres ocorridos em Mariana e Brumadinho⁶².

Por outro lado, mesmo quando os “[...] Estados não são violadores de direitos humanos, eles estão tão pequenos e fracos para reagirem a tais violações. Essa é a razão pela qual torna-se imperativo fortalecer as formas existentes de mobilização global e de promoção e proteção de direitos humanos — bem como, a criação de novas”⁶³. Ilustra essa necessidade casos em que os Estados tentam cumprir com suas obrigações de direitos humanos e resguardar os interesses nacionais, mas são obstaculizados tanto por sua dependência da exportação quanto pela força política e econômica das ETNs.

A Colômbia pode ser citada como exemplo⁶⁴, já que, desde 2016, se tornou ré em cerca de doze processos judiciais perante o Sistema Internacional de Arbitragem de Investimentos Investidores-Estados (ISDS), propostos por investidores estrangeiros. Pelo menos sete dessas ações judiciais envolvem disputas sobre recursos naturais. Dentre esses processos, inclui-se uma ação

por trabalhadores da mineração ao coronavírus. *Brasil de Fato*, 24 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/04/24/brasil-e-denunciado-na-cidh-por-expor-trabalhadores-da-mineracao-ao-coronavirus>. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶² SALDANHA, Jânia Maria; CAVALLARO, James; MAGLIACANE, Alessia. A corrupção como um “mal originário”: a destruição dos princípios democráticos por perversão. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 21, n. 42, p. 95-130, jul. 2019. Disponível em: <http://200.229.32.55/index.php/Direito/article/view/20223/15003>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 22.

⁶³ SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, [S. l.], v. 4, n. 7, p. 26-57, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000200003>. Acesso em: 12 mar. 2022. p. 27.

⁶⁴ Na Colômbia, o investimento estrangeiro direto dirigido a atividades extrativistas, em especial de minérios e gás, aumentou significativamente passando de 21 % a 82 % entre os anos de 2000 e 2009, sendo que, em 2010, chegou aos 85 %. Em mais de 75% do território nacional, o governo já ofereceu títulos de mineração para propulsionar projetos extrativistas. INSTITUTO DE ESTUDOS LATINO AMERICANOS. *A batalha contra a mineração na Colômbia*. 2015. Disponível em: <http://www.iela.ufsc.br/instituto>. Acesso em: 10 mar. 2022.

promovida pela *Tobie Mining and Energy, Inc.* e *Cosigo Resources*. Essas empresas indicaram na ação que o Estado colombiano teria de indenizá-las no montante de US \$ 16,5 bilhões, o que equivale a, aproximadamente, 12% do orçamento anual do país, como compensação pelo fato de a Corte Constitucional Colombiana ter considerado ausente a efetiva consulta prévia das comunidades afetadas pela exploração da empresa nas proximidades da reserva natural Yaigojé Apaporí⁶⁵.

No caso em tela, o Estado colombiano foi processado pelo simples fato de assegurar critérios para a participação efetiva e pública em nível geral nos processos de tomada de decisão relacionados ao campo dos negócios e dos direitos humanos, em detrimento dos interesses meramente negociais. Essa visão restrita vai de encontro ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que estabeleceu a obrigatoriedade de os Estados adotarem medidas positivas para a garantia da participação igualitária dos povos e comunidades indígenas na tomada de decisões sobre temas e políticas que afetem ou possam afetar seus direitos e desenvolvimento. Para tanto, deve ser viabilizada a integração desses povos às instituições e aos órgãos estatais, garantido-lhes a participação de maneira direta e proporcional e com o respeito às suas próprias instituições políticas valores, usos, costumes e formas de organização⁶⁶.

Além disso, o referido litígio ilustra o quanto a internacionalização dos direitos econômicos é muito mais rápida e eficaz, especialmente em termos de mecanismos de controle, do que a internacionalização em relação aos direitos sociais. Consequentemente, nos moldes atuais, a responsabilidade das ETNs não parece ser assegurada nem pelos Direitos internos, limitado por sua territorialidade, nem pelo Direito Internacional, tradicionalmente reservado aos Estados. A única exceção, a

arbitragem internacional, acentua essa assimetria, pois os Estados não têm a possibilidade de processar investidores que violam direitos humanos⁶⁷. Por outro lado, os investidores privados podem submeter seus litígios contra Estados⁶⁸.

Casos como o colombiano e o brasileiro elucidam que, no processo de dominação promovido pelas ETNs, as ações, em particular dos Estados, não desaparecem, mas ficam subordinadas às estratégias e práticas destas grandes empresas. A CIDH⁶⁹ considera essa realidade alarmante, pois o potencial conflito entre o regime internacional de investimentos e as normas de direitos humanos pode promover a inibição dos Estados na adoção de medidas exigidas por suas obrigações de direitos humanos a fim de evitar demandas internacionais perante tribunais de arbitragem. Dentre as medidas consideradas adversas aos interesses das empresas, por exemplo, se situa a adoção de marcos regulatórios ou políticas necessárias para garantir direitos e liberdades fundamentais e o acesso à justiça das vítimas de violações de direitos humanos por ETNs extrativistas.

3 A construção da dialógica da responsabilidade social empresarial a nível global e regional

As empresas transnacionais se tornaram, sem dúvida, um dos atores mais importantes nas relações internacionais e participam do processo de desenvolvimento dos Estados para o bem ou para o mal. Com isso, foram

⁶⁵ SIERRA-CAMARGO, Ximena. El conflicto entre la justiciabilidad de los DESCAs en Colombia y el derecho internacional de inversiones: el caso del parque natural yaigojé apaporis. In: FIBLA, Gonzalo (org.). *Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina*: informe del medio ambiente. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de Las Américas (Ceja), 2019. p. 135-159. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5642>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 136, 148, 149.

⁶⁶ ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos [online]*, [S. l.], v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452009000200002>. Acesso em: 12 mar. 2022. p. 22.

⁶⁷ No plano internacional, um ente estatal pode somente demandar que outro Estado seja responsabilizado pela violação de direitos resguardados pelo ordenamento jurídico internacional. A responsabilidade internacional equivale à obrigação de reparação por parte do Estado que comete um ato ilícito, jamais figurando no polo passivo atores não estatais, como as ETNs. Por outro lado, elas podem demandar internacionalmente a responsabilização de Estados por violação de pactos contratuais por meio, por exemplo, dos tribunais de arbitragem.

⁶⁸ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 404-405.

⁶⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 144.

abalados os princípios e conceitos do Direito Internacional clássico, e alterou-se a organização estrutural da comunidade internacional clássica, fundada na exclusividade dos Estados⁷⁰. Ademais, conforme explanado no primeiro capítulo deste trabalho, a internacionalização do Estado, por força de sua abertura ao processo econômico global e a consequente interdependência dela decorrente, resulta na alta permeabilidade do direito interno às normativas internacionais. Por tais razões, não é mais possível aprisionar problemas globais oriundos das condutas irresponsáveis das ETNs somente ao âmbito local.

Isto posto, a globalização econômica balizada, em especial pela organização e dinâmica das ETNs necessita, justamente, de uma institucionalização de regras que atinjam esse movimento em sua totalidade. Para efetivá-la, inegável a capacidade do Direito Internacional de viabilizar a diminuição da dependência das medidas unilaterais estatais e promover a construção de um regime jurídico multilateral que consiga, efetivamente, obstaculizar as condutas empresariais violadoras de direitos em qualquer lugar do mundo⁷¹.

Contudo, ainda que a Responsabilidade Social das Empresas (RSE) possa ser vista como uma possível solução para regular as ETNs, trata-se, também, de um grande desafio, uma vez que a responsabilização de atores privados transcende ao papel clássico do Direito Internacional de regulador das relações interestatais. Essa visão estreita acerca desse ramo jurídico, além de não condizer com a intensa transformação nas relações de poder oriunda da globalização econômica, ignora as demandas sociais e, conseqüentemente, retira do Direito Internacional a possibilidade de estimular a concretização de direitos. Considerando-se as contradições que desafiam a temática, no primeiro subcapítulo, será proposto um panorama da construção da RSE em sede global e seu caráter *soft*.

⁷⁰ RAMINA, Larissa. Arbitraje entre Estado e Inversor Extranjero. *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de Uni-Brasil*, [S. l.], v. 15, p. 151-195, 2011. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/418/323>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 151.

⁷¹ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 405, 408.

No segundo subcapítulo, por seu turno, será estudado o diálogo regional em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), com as diretrizes globais e os Estados da região. Ao desenvolver-se o diálogo, são afastados modelos impositivos e verticais, o que se aproxima de uma concepção deliberativa de democracia que envolve diversos atores formando uma rede complexa integrada de forma plural por instituições e sistemas jurídicos articulados em distintos níveis normativos. Destarte, pretende-se conceber diversas ordens sem hierarquia, integradas numa coexistência de reforço mútuo formando um ordenamento plural e múltiplo⁷².

3.1 A responsabilidade social empresarial em sede global e seu caráter de soft law

A atuação das empresas transnacionais, em especial as extrativistas, assume particulares efeitos no campo jurídico, político e social que refletem, diretamente, sobre a vida das pessoas e a natureza. Portanto, na ausência de controle jurídico, continuarão definindo as diretrizes para a reprodução do sistema e suas estratégias permanecerão balizadas pelo projeto civilizacional do capitalismo que desagua não somente na organização produtiva, mas também em todas as dimensões da vida social. Em tal processo de dominação, as ações, em particular dos Estados, não desaparecem, mas ficam subordinadas às estratégias e práticas daquelas grandes empresas, como explanado no primeiro capítulo do estudo.

Por essa razão, a concepção contemporânea de direitos humanos demanda que sua proteção deixe de ser vista como dever exclusivo da soberania estatal-constitucional requerendo um alargamento da visão tradicional, segundo a qual apenas os Estados guardam responsabilidades quanto a esses direitos e somente para com os seus cidadãos⁷³. A despeito disso, o formalismo adotado pelos positivistas ignorou a influência dos fenômenos econômicos e sociais no Direito Internacional, o que impossibilitou que outras entidades fossem

⁷² FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica Do Direito*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 53-68. Disponível em: <https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26> Acesso em: 12 mar. 2022. p. 56-57.

⁷³ FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica Do Direito*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 53-68. Disponível em: <https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26> Acesso em: 12 mar. 2022. p. 55.

capazes de influenciar e participar diretamente daquele ordenamento jurídico⁷⁴.

No entanto, uma vez que as ETNs fazem e aplicam a lei, apenas um formalista cego à realidade negaria que são “pessoas” ou “sujeitos” do Direito. Destarte, independentemente de as aceitar como sujeitos do Direito Internacional, elas estão presentes na comunidade internacional e participam ativamente na promoção ou violação dos direitos humanos, no desenvolvimento econômico internacional e nacional e na proteção ou destruição do meio ambiente⁷⁵.

Com o intuito de diminuir os efeitos negativos da atuação desses atores privados, surgem padrões voluntários de controle como os Princípios Orientadores Das Nações Unidas Sobre Empresas e Direitos Humanos e os códigos de conduta elaborados pelas empresas. No entanto, tais instrumentos *soft*, mesmo que possam apresentar um impacto positivo na prática empresarial, algo crucial para aumentar a efetividade do respeito aos direitos humanos pelas empresas, carecem de efeitos jurídicos diretos e, conseqüentemente, sua inobservância não gera custos legais, embora a transgressão desses instrumentos possa macular a reputação das corporações violadoras e gerar boicotes.

Necessário destacar que a evolução da RSE ocorre a passos lentos. Até o momento, ocorreram três fases ao longo de sua construção. A primeira teve início em 1974, quando um grupo de especialistas das Nações Unidas destacou a necessidade de se formar uma comissão sobre empresas transnacionais em um documento intitulado “*Reports of Eminent Persons*”. Essa Comissão, em 1976, definiu como prioridade um Código de Conduta Global para todas as ETNs. Entretanto, em 1992, a versão final do referido documento foi abandonada

comprovando a invasão das políticas neoliberais sobre a atuação da ONU⁷⁶.

A segunda fase pode ser identificada entre 1993 e 2005, sob pressão da sociedade civil, cujo principal efeito foi o retorno do debate acerca da criação de um instrumento normativo internacional regulatório das atividades das ETNs. O tema foi retomado com o Pacto Global⁷⁷ do ano 2000, com o apoio das grandes corporações. Por essa razão, a regulação normativa, sedimentada em um Código, foi abandonada, culminando na indicação de John Ruggie, em 2005, pelo Secretário Geral da ONU para ser o Relator Especial no que concerne à relação entre direitos humanos e empresas. Com a nomeação de Ruggie, encerra-se a segunda fase e inicia-se a terceira, marcada pela atuação do Relator Especial que, em 2008, apresentou ao Conselho de Direitos Humanos a primeira versão do que ele denominou “proteger, respeitar e remediar”, e que culminou, em 2011, no relatório definitivo que fundou as bases dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (em inglês: *Guiding Principles*)⁷⁸.

De acordo com os Princípios Orientadores de 2011, há três aspectos da proteção dos direitos humanos: primeiro, a obrigação do Estado de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos; segundo, a responsabilidade corporativa de cumprir todas as leis aplicáveis e respeitar os direitos humanos nas operações globais; e terceiro, a necessidade de encontrar soluções adequadas e eficazes quando os direitos humanos são violados. Esses princípios são regras gerais a serem seguidas por Estados e ETNs para aprimorar os padrões e práticas em relação aos negócios e direitos humanos, e alcançar resultados tangíveis para indivíduos e comunidades afe-

⁷⁴ DAL RI, Arno; BASTOS CALAZANS, Erika Louise. Transnational Corporations Subjectivity Based on the Criteria of the Bernadotte Case and the Traditional International Law Doctrine. *Ann. Mex. Der. Inter.*, [S. l.], v. 18, p. 155-189, dic. 2018. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542018000100155&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 162.

⁷⁵ DAL RI, Arno; BASTOS CALAZANS, Erika Louise. Transnational Corporations Subjectivity Based on the Criteria of the Bernadotte Case and the Traditional International Law Doctrine. *Ann. Mex. Der. Inter.*, [S. l.], v. 18, p. 155-189, dic. 2018. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542018000100155&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 165-168.

⁷⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do Direito “soft” ao Direito “hard” em matéria de violação de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos. In: MORAES, José Luiz Bolzan de (org). *Estado & Constituição: o “fim” do estado de Direito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

⁷⁷ O Pacto Global foi lançado em 2000 pelo então secretário-geral das Nações Unidas, Kofi Annan, trata-se de uma chamada para as empresas contribuírem no enfrentamento dos desafios da sociedade global. Além disso, com o pacto, demandou-se que as empresas compatibilizem suas estratégias e operações com 10 princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção. Mais informações em: < <https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa> > Acesso em: 28 mar. 2021.

⁷⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do Direito “soft” ao Direito “hard” em matéria de violação de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos. In: MORAES, José Luiz Bolzan de (org). *Estado & Constituição: o “fim” do estado de Direito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

tadas e, portanto, também são suscetíveis de contribuir para uma globalização socialmente sustentável⁷⁹.

Para Fachin⁸⁰, o objetivo, relativo aos referidos Princípios, seria reforçar a noção de que são os Estados responsáveis por monitorar as atividades das empresas atuantes em seu território, com o auxílio da cooperação interestatal, instituições multilaterais e demais atores do direito internacional. Devido a sua natureza de *soft law*, a contribuição normativa dos Princípios Orientadores não consiste em criar obrigações jurídicas. Seu intuito é, ao contrário, o de orientar os Estados sobre a aplicação de normas reconhecidas em tratados internacionais de direitos humanos já existentes, bem como indicar parâmetros de condutas e políticas para que as ETNs não violem aqueles direitos.

A adoção de textos internacionais *soft*, como os Princípios Orientadores de 2011, segundo Ramina⁸¹, embora gerem obrigações para os Estados, não são de natureza jurídica, encontrando-se numa zona cinzenta entre o universo jurídico e o não jurídico. Essas regras de *soft law* são caracterizadas como normatividade flexível ou plástica. É uma espécie de regulamentação não obrigatória, que deixa uma margem de discricionariedade em relação ao cumprimento do seu conteúdo. A jurista destaca que a relação entre *soft law* e *hard law* é um dos problemas mais complexos do ponto de vista político, pois costumam ficar fora do controle dos parlamentos e tribunais, tanto nacionais quanto internacionais. Ao mesmo tempo, sua flexibilidade é imprescindível devido a sua capacidade de disciplinar situações em que falta vontade política para celebrar tratados internacionais.

Para Nolan, a crescente relevância da *soft law* nesse setor é sintomática de uma mudança global do foco no governo para o foco na governança, que é marcada pela ascensão de um novo sistema no qual a regulamentação é produzida de forma participativa por atores públicos

e privados, por meio da colaboração. Ainda que esse direito “brando” proporcione uma governança global acerca do tema, ele levanta desafios de coordenação e regulamentação. Assim, caso não associado a uma normatividade de caráter cogente e mediada por mecanismos de execução, pode carecer de legitimidade e os princípios, por ela apregoados, se tornarem amorfos, face à carência de conexão entre os direitos e a responsabilidade de respeitá-los, refletindo-se na ausência de obrigações jurídicas⁸².

Apesar de tais limitações, é notória a utilização dos Princípios Orientadores por outros órgãos e mandatos, objetivando seu cumprimento pelos Estados e empresas. Tanto o Grupo de Trabalho sobre Direitos Humanos e Empresas da ONU, seu Conselho de Direitos Humanos e o Secretário Geral destacaram, repetidas vezes, a transcendência dos princípios a outros Procedimentos Especiais do Conselho e órgãos de tratados. No mesmo sentido, o Relator Especial sobre defensores de Direitos Humanos destacou a necessidade de implementar os referidos Princípios em projetos de desenvolvimento de grande escala e de consultar e permitir a participação dos defensores de direitos Humanos na elaboração dos Planos de Ação Nacional sobre a relação entre empresas e direitos humanos⁸³.

A despeito disso, alguns autores são críticos aos Princípios Orientadores. Dentre eles, Nolan⁸⁴ entende que a fonte de responsabilidade corporativa, oferecida pelos princípios, é incipiente e a linguagem adotada é fraca e não coercitiva. Essas diretrizes, firmadas na *soft law*, valorizam o diálogo e o consenso e não ambicionam ser efetivas. Para a pesquisadora, uma maneira de fortalecer os referidos Princípios seria exigir que os Estados garantam que o componente de *due diligence* da respon-

⁷⁹ DAL RI, Arno; BASTOS CALAZANS, Erika Louise. Transnational Corporations Subjectivity Based on the Criteria of the Bernadotte Case and the Traditional International Law Doctrine. *Ann. Mex. Der. Inter.*, [S. l.], v. 18, p. 155-189, dic. 2018. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542018000100155&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 174.

⁸⁰ FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica Do Direito*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 53-68. Disponível em: <https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26> Acesso em: 12 mar. 2022. p. 56-57.

⁸¹ RAMINA, Larissa. Phenomena that characterize international law in the XXI century. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 9, p. 73-89, 2014. p. 7.

⁸² NOLAN, Justine. The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law?. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (ed.). *Human rights obligation of business: beyond the corporate responsibility to respect*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 141, 147.

⁸³ RIVERA, Humberto Cantú. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DEREITOS HUMANOS. *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. São José, 2017. p. 37-83. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4661/i-ndice.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 51-52.

⁸⁴ NOLAN, Justine. The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law?. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (ed.). *Human rights obligation of business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 138-161.

sabilidade corporativa de respeitar se torne legalmente obrigatório. No mesmo sentido, López⁸⁵ defende que, sob essa estrutura, as ETNs apresentam somente “responsabilidades” que não se baseiam em nenhuma obrigação jurídica internacional, ao passo que os Estados, ao contrário, são os únicos a terem obrigações.

Por conseguinte, os Princípios Orientadores não formam um plano de responsabilização bem delineado, tampouco constituem a palavra final acerca do tema. Ao contrário, são uma etapa de um processo que, ainda, está se desenrolando, cujas formulações exigirão ser perfectibilizadas no futuro.

Para isso, como bem elucida Saldanha⁸⁶, a responsabilidade das ETNs por violação de direitos humanos deve ser vislumbrada a partir de uma dupla perspectiva: a necessária responsabilização dos atores econômicos e a efetiva proteção das vítimas. Para a jurista, portanto, urge-se um endurecimento da natureza jurídica das regras e dos *standards* internacionais sobre responsabilidade das ETNs passando de um direito *soft* — *mon*, pois é facultativo; *flou*, por ser impreciso e; *doux*, posto que é destituído de sanções — para uma normatização obrigatória, precisa e sancionadora.

Para tanto, um instrumento internacional cogente poderia orientar a interpretação das legislações estatais referentes à temática e reforçar a eficácia das ações internas que hoje, infelizmente, é incerta, em um mundo economicamente integrado, no qual as pessoas, Estados e instituições cada vez mais se sujeitam aos interesses de atores privados. Nessa senda, Hoffman e Morais entendem que, a despeito dos progressos envolvendo a temática tema, é imprescindível que se produza, internacionalmente, um marco normativo cogente acerca da relação entre direitos humanos e empresas transnacionais, pois ações estatais, como a adoção de planos de ação e legislações internas, não podem significar o final do percurso, e sim o princípio de um caminho rumo

a uma normatividade internacional/global capaz de se contrapor aos ditames “imperiais”⁸⁷.

Para trilhar esse caminho, um primeiro passo na construção de um marco normativo global vinculante foi dado com a aprovação da Resolução 26/9, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 2014, que decorreu dos grandes esforços empreendidos por países do sul global, em especial, pelo Equador⁸⁸ e a África do Sul que a propuseram. Com o advento da resolução, nomeou-se um Grupo de Trabalho intergovernamental para elaboração de um Tratado de responsabilização corporativa. Os trabalhos do Grupo de Trabalho (GT) são organizados por meio de sessões anuais, devido à sua liderança, o Equador foi escolhido em 2015 para presidi-lo. Até o momento, o Equador presidiu 7 sessões, com a África do Sul, atuando como vice-presidente.

Na primeira (2015) e segunda (2016) sessão, realizaram-se deliberações sobre o conteúdo, escopo, natureza e forma do futuro instrumento internacional. Na terceira (2017), o GT discutiu os elementos necessários para um projeto juridicamente vinculante levando em consideração as discussões realizadas durante as duas primeiras sessões. A quarta (2018) foi dedicada às negociações sobre o *draft zero* do instrumento juridicamente vinculante. Na quinta (2019), dedicou-se às negociações sobre o projeto revisado do *draft*. A sexta (2020) concentrou-se nas negociações de uma segunda versão revisada do *draft*. A sétima (2021) teve como foco as negociações de uma terceira versão revisada do *draft*, preparada pela Missão Permanente do Equador⁸⁹.

O *draft* inicial foi apresentado em 2018 como um rascunho do tratado internacional sobre empresas e direitos humanos. Dentre as suas proposições, o texto delega aos Estados a atribuição de criar leis internas que

⁸⁵ LÓPEZ, Carlos. The “Ruggie process”: from legal obligations to corporate social responsibility? In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (ed.). *Human Rights obligation of business: beyond the corporate responsibility to respect*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 59.

⁸⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do Direito “soft” ao Direito “hard” em matéria de violação de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos. In: MORAES, José Luiz Bolzan de (org.). *Estado & Constituição: o “fm” do estado de Direito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

⁸⁷ HOFFMAM, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Os direitos humanos frente à normatividade “imperial” e a responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos na era do “Império”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 2, p. 279-300, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/7354>. Acesso em: 06 ago. 2022. p. 292.

⁸⁸ Na época o Equador era governado pelo economista Rafael Correa, líder progressista crítico aos desafios socioeconômicos decorrentes da globalização.

⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Human Rights Council. *Seventh session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. Genebra, 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7#history>. Acesso em: 23 mar. 2022.

responsabilizem administrativa, civil e penalmente as pessoas físicas ou jurídicas pela prática de atividades comerciais transnacionais violadoras de direitos humanos. Indo além, o documento busca limitar a liberdade contratual dos Estados ao dispor que todo acordo comercial ou de investimentos deverá ser firmado consoante as regras dispostas no futuro tratado. Ou seja, em caso de litígio, envolvendo acordos comerciais ou de investimentos celebrados, após a entrada em vigor do tratado, deverão ser interpretados de modo que respeitem ao máximo os direitos humanos. Visa-se, desse modo, transformar a atual configuração dos investimentos estrangeiros, a qual, muitas vezes, os reduz a meros vetores geopolíticos indicadores de quais são os territórios e as atividades que oferecem as melhores condições para capitais monopolistas.

Destaca-se a polarização que envolveu os debates ocorridos acerca da construção do *draft* inicial. Adoración Guamán relata que havia dois grandes blocos de Estados com posicionamentos distintos. Um deles almejava avançar e aprofundar o debate em prol da construção de mecanismos efetivos de controle e responsabilização das empresas transnacionais, posicionamento defendido pelo Equador, África do Sul e seus aliados (especialmente, estados latino-americanos e africanos). Em sentido contrário e com uma postura retrógrada, o outro grupo encabeçado pela União Europeia e seus Estados-membros, apoiado pela Austrália e Rússia e em alguns pontos pelo México e Brasil, dentre outros países, questionaram, em especial: o âmbito subjetivo de aplicação, a atribuição de obrigações diretas às empresas abrangidas pelo instrumento; o estabelecimento de obrigações extraterritoriais, relativas ao controle e sanção das atividades das empresas que derem origem a violações de direitos humanos e a afirmação da prioridade do respeito pelos Direitos Humanos sobre tratados de comércio e investimento⁹⁰.

Roland et al.⁹¹, ao analisarem o *draft 2*, destacam que ele incorporou algumas sugestões realizadas por Esta-

dos e entidades da sociedade civil, como a inclusão de questões relacionadas à discriminação por gênero. No entanto, o documento aborda, de forma insuficiente, elementos importantes, descumprindo com o propósito cogente previsto na Resolução 26/9. No *draft 2* a responsabilidade primária de respeito, proteção e promoção dos direitos humanos é delegada aos Estados, persistindo a lacuna acerca da atribuição de responsabilidades e obrigações diretas para os agentes privados. Ademais, o documento suprime a previsão da supremacia dos direitos humanos em relação aos acordos comerciais e de inversão que era expressa no *draft* inicial. Do mesmo modo, o documento é silente quanto à fuga de responsabilidade das empresas pelas violações de direitos humanos e à captura corporativa. Essa captura decorre da assimetria econômica, jurídica, política e institucional existente entre alguns Estados e ETNs, o que viabiliza que essas últimas submetam com relativa facilidade pautas que comprometem o gozo de direitos humanos. Por fim, destaca-se que o documento é silente quanto a mecanismos de *enforcement*, inexistindo referência a uma possível constituição de Corte. Somente é apresentado um Comitê sem quaisquer mecanismos para obstar conflitos de interesses e sequer prevê-se a possibilidade do recebimento de denúncias.

Essa perda de muitos elementos importantes, ainda que reflita a necessidade de buscar um consenso, haja vista que um tratado “radical” dificilmente será ratificado, desnaturou o caráter cogente da proposta inicial. Processo de descaracterização que, aparentemente, está em curso, tal como se verifica na fala do embaixador equatoriano, Emilio Rafael Izquierdo Miño⁹², que, no

humanos. *Homa Publica - Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, Juiz de Fora, n. 2, p. 1-28, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/35227/23211>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁹² Emilio Rafael Izquierdo Miño é, desde 2019, o Representante Permanente do Equador juntamente à ONU, sua atuação compreende o governo de Lenin Moreno e do atual presidente Guillermo Lasso. Ambos os presidentes promoveram uma mudança paradigmática na governança do país que, ao contrário do progressismo de Rafael Correa, visa ao alinhamento com os ditames neoliberais. Guillermo Lasso é um rico ex-banqueiro que, durante a sua campanha presidencial em 2021, sob a alegação de serem medidas necessárias para desenvolver a economia do país e gerar novos postos de emprego, propôs: o aumento das receitas petrolíferas, defesa do comércio livre e do incentivo ao investimento estrangeiro; privatização do Banco del Pacífico, a limitação dos subsídios de combustível para os mais pobres e o aumento dos impostos de consumo. LONG, Gideon; STOTT, Michael. Wealthy ex-banker campaigns as Ecuador's 'change candidate'. *Financial Times*, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://www.ft.com/content/d8b4ecce-a297-423f>

⁹⁰ 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 Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 84-114, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5360>. Acesso em: 06 ago. 2022. p. 88-89.

⁹¹ ROLAND, Manoela Carneiro et al. Análise do segundo draft revisado do instrumento juridicamente vinculante sobre empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos direitos

dia 16 de março, deveria apresentar o andamento da última sessão do Grupo de Trabalho (em que se discutiu o 3º *draft*) perante o Conselho de Direitos Humanos. No entanto, seu discurso delimitou-se a exaltar os princípios norteadores e outras normas voluntárias, como as da OCDE e os códigos de conduta. Somente ao final de sua fala, mencionou-se o tratado, objeto precípua do Grupo de Trabalho que preside⁹³.

Apesar desse retrocesso na proposição de um documento vinculante regulador da temática, ele apresentaria várias vantagens. Entre seus defensores, Bilchitz⁹⁴ lista quatro aspectos benéficos: obrigatoriedade, desenvolvimento normativo, obrigações de competência e acesso a recursos, principalmente o acesso à justiça. O autor contesta a rejeição ao uso de uma normatividade que vincule as corporações ao respeito aos direitos humanos e apregoa que a raiz dessa escolha está no fracasso em se engajar, adequadamente, aos fundamentos normativos morais dos direitos humanos. Ao abordar as obrigações do Estado e dos indivíduos em relação aos direitos humanos, o referido autor⁹⁵ argumenta que as empresas devem arcar com o ônus de responsabilidades positivas para ajudar a efetivar direitos e, em particular, enfrentar alguns dos desafios globais decorrentes da pobreza severa presente em todo o mundo. Para tanto, sugere que as obrigações de efetivar direitos humanos não devem ser concebidas de forma competitiva, mas como um esforço colaborativo entre uma série de atores sociais e diversas ordens normativas.

Nessa mesma esteira, para Martin-Chenut e Devaux⁹⁶, para remediar a irresponsabilidade das ETNs

e fortalecer o acesso das vítimas, individual e coletivamente à justiça, depende-se da mobilização criativa de diferentes instrumentos jurídicos. Assim, é necessária a articulação entre vários tipos de normas (autorregulação e regulação, *soft law* e *hard law*) provenientes de diferentes espaços normativos (globais, regionais e nacionais).

Ilustra a necessidade de se resguardar esse pluralismo normativo a constatação de que cerca de 1/3 do total dos Estados receptores de investimento estrangeiro direto são Estados em desenvolvimento. Portanto, ainda que possa parecer, à primeira vista, a opção mais lógica relegar o controle jurídico somente ao Estado hospedeiro⁹⁷, não se pode ignorar o fato de que muitos deles detêm uma parca estrutura governamental e a existência do grande risco de que a disputa por tais investimentos fomenta a diminuição dos padrões regulatórios (*race to the bottom*)⁹⁸

Outra possibilidade seria o controle realizado pelos Estados investidores, isto é, os que sediam as ETNs, criando uma responsabilidade voltada à empresa matriz não só pelas violações perpetradas em seu território, mas também as cometidas por suas filiais no exterior. Pelo fato de se beneficiarem economicamente dessa relação, eles deveriam ter a responsabilidade de assegurar que suas ETNs não atuem em detrimento do Estado hospedeiro. Entretanto, haja vista que as ETNs são oriundas, principalmente, de países desenvolvidos, eles podem optar por permanecer inertes, ainda que essas ações prejudiquem os países hospedeiros.

Com o objetivo de transpor esse paradigma, o Direito Internacional pode auxiliar a construção da vontade e da capacidade dos Estados de agir internamente de

88c4-594d37690813. Acesso em: 23 de mar. 2022.

⁹³ O acesso a fala do embaixador equatoriano encontra-se disponível em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Reports of IGWG on TNCs & Intersessional Meeting on 2030 Agenda & HC/SG Thematic Reports and Item.3 General Debate - 29th meeting, 49th Regular Session of Human Rights Council*. Genebra, 2022. Disponível em: <https://media.un.org/en/asset/k13/k13vgpo3jw>. Acesso em: 23 de março de 2022.

⁹⁴ BILCHITZ, David. The Necessity for a Business and Human Rights. *Business And Human Rights Journal*, Cambridge, v. 1, n. 2, p. 203-227, jul. 2016. Disponível em:

<https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/thenecessity-for-a-business-and-human-rightstreaty/D44855C46955B7DEBA8B19A960AB2494>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁹⁵ BILCHITZ, David. A chasm “Is” and “Ought”? a critique of the normative foundations of the

^{SRS} Framework and the Guiding Principles. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (ed.). *Human Rights obligation of Business: beyond the corporate responsibility to respect*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 107-137.

⁹⁶ MARTIN-CHENUT, Kathia; DEVAUX, Caroline. Ques

remèdes à l’irresponsabilité des États et des entreprises transnationales (ETN) em matière environnementale, sociale et financière? Présentation des propositions. In: SUPIOT, Alain; DELMAS-MARTY, Mireille. *Prendre la responsabilité au sérieux*. Paris: Puf, 2015. p. 361-371.

⁹⁷ A Constituição Federal brasileira estabelece que as pessoas jurídicas respondem criminalmente por infrações contra a ordem econômica e o meio ambiente. A Lei n.º 9.605 / 98, por seu turno, regula a punição criminal, civil e administrativa por violações ao meio ambiente. Administrativamente, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada por meio de sanções aplicadas em processo conduzido pela autoridade administrativa competente. É nesse campo que existe a possibilidade de as partes celebrarem o Ajuste dos Termos de Conduta (TACs).

⁹⁸ FERREIRA, Luciano Vaz. A corrupção nos negócios internacionais: o problema do controle do suborno praticado por empresas transnacionais e seus reflexos no Brasil. In: MOROSINI, Fabio (org.). *Regulamentação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 300.

modo a fortalecer a eficácia do sistema jurídico internacional. Desse modo, os governos nacionais terão novos incentivos para agir; as instituições domésticas ficarão mais fortes e poderão ser aproveitadas para efetivar objetivos internacionais e, conseqüentemente, os Estados poderão responder às ameaças transnacionais de maneira mais eficaz e eficiente.

Portanto, os direitos humanos devem ser vistos como um importante barreira à ação “imperial” das empresas transnacionais e precisam ser o eixo principal da produção normativa referente às práticas do mercado global e ao *modus operandi* das empresas transnacionais⁹⁹. Valendo-se da linguagem dos direitos humanos, os jusinternacionalistas podem auxiliar na vontade e capacidade dos Estados de agir internamente de modo a fortalecer a eficácia do sistema jurídico internacional e ressignificar conceitos como o Princípio da Soberania Permanente sobre os recursos naturais, de modo a incorporar os interesses dos povos do Terceiro Mundo e não somente aqueles da elite dominante¹⁰⁰. Desse modo, os governos nacionais terão novos incentivos para agir; as instituições domésticas ficarão mais fortes e poderão ser aproveitadas para efetivar objetivos internacionais e, conseqüentemente, os Estados poderão responder às ameaças transnacionais de maneira mais eficaz e eficiente.

Nesse sentido, o respeito aos direitos humanos deve ser visto como uma condição prévia para se ter o privilégio de conduzir suas atividades na sociedade. Colocá-los antes de “negócios”, e não o contrário, implica o dever de que os interesses dos detentores desses direitos e das vítimas permaneçam centrais em qualquer paradigma regulatório. Nesse sentido, especialmente nos casos em que os Estados hesitam em agir contra empresas poderosas, é desejável que um futuro instrumento internacional regulatório da relação entre direitos humanos e empresas aproveite o potencial de atores não estatais,

como as Organizações da Sociedade Civil, na aplicação das normas internacionais¹⁰¹.

Para efetivamente se proporcionar às vítimas uma via de reparação nos casos em que um determinado Estado não possua a capacidade ou vontade política necessária para lidar com condutas corporativas violadoras de direitos humanos, o fortalecimento dos Estados pelo Direito Internacional é fundamental. Como explanam Slaughter e Burke¹⁰², o futuro do Direito Internacional é doméstico, sua importância reside na capacidade de afetar, influenciar, reforçar e até mesmo ordenar atores específicos na política doméstica. Para isso, as regras e instituições internacionais devem ser projetadas como um conjunto de estímulos aos atores políticos domésticos, para que garantam e cumpram o que já se comprometeram a fazer em suas constituições e leis domésticas.

Nesse sentido, um primeiro passo dado pelo Grupo de Trabalho da ONU — sobre empresas e direitos humanos — incentiva os Estados a desenvolverem, aprovarem e atualizarem um Plano de Ação Nacional (PAN) como parte da responsabilidade estatal de disseminar e implementar os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos. A base para a construção do PAN é o guia intitulado “*Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*”, elaborado após um processo consultivo aberto e global que durou mais de um ano e envolveu Estados, empresas, sociedade civil e a academia. Na América Latina, somente dois países apresentam um Plano de Ação Nacional: Chile (2017) e Colômbia (2015). Destaca-se, no entanto, que o México, apesar de não ter um plano de ação nacional específico, incluiu o tema em seu Programa nacional de Direitos Humanos 2020-2024¹⁰³.

Como explanado ao longo do capítulo, a RSE demanda a atuação conjunta de diversos atores para a efetiva proteção socioambiental, tornando claro que “[...]”

⁹⁹ HOFFMAM, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Os direitos humanos frente à normatividade “imperial” e a responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos na era do “Império”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 2, p. 279-300, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/7354>. Acesso em: 06 ago. 2022. p. 281.

¹⁰⁰ CHIMNI, Bhupinder Singh. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, [J. I.], n. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 24.

¹⁰¹ DEVA, Surya. *The human rights obligations of business: reimagining the treaty*. 2014. Disponível em: https://www.businesshumanrights.org/sites/default/files/media/documents/reimagine_int_law_for_bhr.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 2-3.

¹⁰² SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-White, William. The future of international law is domestic, or the european way of law. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, Andre. (ed). *New Perspectives on the Divide between National and International Law*. Oxford: University Press, 2007. p. 350.

¹⁰³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. State national action plans on Business and Human Rights. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>. Acesso em: 10 jul. 2022.

ainda que ao Estado caiba a responsabilidade primária de proteger os direitos humanos é necessário o diálogo em diferentes planos protetivos para a plena realização desses direitos¹⁰⁴. Para tanto, exige-se uma nova esfera de espacialidade, marcada pela importância do diálogo multinível entre os diferentes planos protetivos para a realização dos direitos humanos, o que demanda a relação dialógica entre os constitucionalismos e o direito internacional dos direitos humanos em relação à força expansiva da dignidade humana¹⁰⁵.

3.2 A responsabilidade social corporativa no âmbito regional e o diálogo global e local

Ao longo deste trabalho, torna-se premente a necessidade de uma relação coordenada em nível global, regional e local para, efetivamente, prevenir e remediar as condutas lesivas das ETNs. Considerando-se esse norteamento, o subcapítulo final abordará o diálogo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos com as normativas globais e os Estados da região. No que tange à relação entre direitos humanos e empresas, essa relação dialógica foi cristalizada, em especial, no relatório intitulado “*Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*”, elaborado pela Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) e aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁰⁶ (CIDH) em 2019.

No relatório, a REDESCA dialoga com as diretivas globais enfocando o contexto regional e, com o intuito de operacionalizar a RSE no âmbito local, contempla os parâmetros interamericanos sobre direitos humanos e empresas que devem ser seguidos pelos Estados mem-

bros de modo a responder às demandas sociais pela responsabilização de empresas violadoras de direitos humanos. É claro, portanto, o reconhecimento, pela Organização dos Estados Americanos (OEA), da fundamentalidade da sistematização de critérios para a adoção de marcos regulatórios, estratégias e mecanismos de enfrentamento dos desafios nesse campo, que decorre, especialmente, da grande desigualdade social na região e das particularidades das sociedades que compõem o sistema interamericano¹⁰⁷.

Ao longo do processo de elaboração do documento, a REDESCA participou de diversos eventos e instâncias de discussão sobre o tema, como consultas informais e pareceres técnicos de centros acadêmicos e movimentos sociais¹⁰⁸. Isso demonstra a importância dada pela Comissão Interamericana ao fato de que “Indubitavelmente, na periferia do mundo, do poder e do direito os locais de fala são muito distintos; mas o diálogo pode ser mediador dessas tensões e diferenças”¹⁰⁹.

O documento reconhece que o potencial conflito entre o regime internacional de investimentos e as normas de direitos humanos podem promover a inibição dos Estados em relação à adoção das medidas exigidas por suas obrigações de direitos humanos sob o receio de sofrer demandas internacionais perante tribunais de arbitragem. Dentre essas medidas, situam-se a não adoção de marcos regulatórios ou políticas necessárias para garantir direitos e liberdades fundamentais considerados adversos aos interesses das empresas, ou a negativa de acesso à justiça de vítimas de violações de direitos humanos nesses contextos¹¹⁰.

¹⁰⁴ FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica Do Direito*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 53–68. Disponível em: <https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 12 mar. 2022. p. 55.

¹⁰⁵ FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica Do Direito*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 53–68. Disponível em: <https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 12 mar. 2022.

¹⁰⁶ A CIDH tem como função precípua promover a observância e a defesa dos direitos humanos nas Américas em conformidade com o artigo 106 da Carta da Organização que dispõe que “Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

¹⁰⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 33.

¹⁰⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 19.

¹⁰⁹ FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica Do Direito*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 53–68. Disponível em: <https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 12 mar. 2022. p. 57-58.

¹¹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 144.

A despeito disso, a CIDH defende que, mesmo quando os negócios e os investimentos tenham objetivos legítimos, suas atividades devem ser realizadas em uma plataforma que promova os direitos humanos e não os fragilize, em nível nacional e internacional. Inere-se, assim, que a aplicação dos acordos comerciais bilaterais não justifica o descumprimento das obrigações dos Estados decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos, pelo contrário, deve ser sempre compatível com essa Convenção, dotada de especificidade própria, que gera direitos em favor das pessoas e não depende inteiramente da reciprocidade dos Estados¹¹¹.

Os Estados devem reconhecer, portanto, a centralidade de pessoa e da dignidade humana no âmbito empresarial, que aliás adquire uma nova interpretação à luz da redação do Relatório. Nesse viés, todas decisões em matéria de direitos humanos proferidas pelos Estados devem estar em consonância com o preceito “*pro persona*”¹¹². Referido entendimento já vem sendo consistentemente construído pelo órgão jurisdicional do Sistema Interamericano em sua jurisprudência, com o reconhecimento da relevância da discussão sobre direitos humanos e Negócios e indicação de que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tende a se adaptar à evolução do tempo¹¹³.

Sob esse prisma, o crescimento econômico não pode ser considerado como um fim em si mesmo, e não há violações aceitáveis de direitos humanos, de forma que empresa deve respeitar os marcos protetivos de direitos humanos. Isto posto, os empreendimentos corporativos devem visar não somente a seus interesses econômicos, mas também o desenvolvimento dos direitos humanos das pessoas e comunidades em geral. Indo além, no que diz respeito ao direito ao desenvolvimento, o Relatório prega a fundamentalidade da incorporação de

estratégias e políticas públicas nos marcos regulatórios dos Estados, com o objetivo de empoderar pessoas e comunidade, colocando-os como objeto central de discussão e não como meros espectadores¹¹⁴.

A Comissão Interamericana defende que os Estados atentem para os grandes desequilíbrios entre as pessoas afetadas e as empresas, em detrimento das primeiras, na influência nos processos institucionais que definem o arcabouço jurídico e prático sobre o assunto. Por isso, é imprescindível que os Estados garantam espaços efetivos de participação e transparência na adaptação de seus marcos regulatórios, nos quais deve ser levada seriamente em consideração a posição de quem pode ver seus direitos ameaçados ou afetados¹¹⁵.

Nessa senda, é definido como *standard* interamericano a garantia do respeito por parte dos Estados ao direito de consulta¹¹⁶, ao consentimento livre, prévio e informado e ao direito à autodeterminação na projeção e execução de planos de desenvolvimento, exploração ou atividade econômica de qualquer natureza, quando envolver os direitos dos povos indígenas, quilombolas ou populações campesinas, e puder afetar seus direitos ou majorar sua situação particular de vulnerabilidade e pobreza¹¹⁷. Essas comunidades devem ter a capacidade

¹¹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 145.

¹¹² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 33.

¹¹³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 25.

¹¹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 34-35.

¹¹⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 64.

¹¹⁶ Este Direito encontra-se expresso na declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas (artigo 3) e na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (artigo 3) e implicitamente na Convenção 169 da OIT (preâmbulo, artigo 1.3 e artigo 7.1). Ademais, no Caso Povo Saramaka vs. Suriname, a Corte Interamericana determinou que quando se trata de desenvolvimento em grande escala ou planos de investimento que tenham maior impacto no território indígena ou tribal o Estado tem a obrigação, não só de consultar o povo, mas também obter seu consentimento prévio, livre e informado, de acordo com seus costumes e tradições. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia* Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 30 e 35.

¹¹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 207.

de influenciar, significativamente, o processo e as decisões a serem adotadas, pois o vínculo especial que esses povos têm com seus territórios e recursos exige que não sejam considerados, apenas, os interesses econômicos, mas também a preservação de sua identidade cultural¹¹⁸.

No que tange à temática, o documento vai ao encontro do entendimento já cristalizado no relatório “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”, aprovado em 2015 pela CIDH. Nele apregoa-se que os Estados possuem autonomia para explorar seus recursos naturais, mas destaca-se que essa autonomia não é ilimitada e deve ser exercida em consonância com os padrões normativos de prevenção, respeito e não violação dos direitos humanos. Em outras palavras, as atividades extrativistas e de exploração não podem ser realizadas às custas dos direitos humanos de grupos ou comunidades que habitam o local em que elas estejam sendo executadas¹¹⁹.

No referido Relatório de 2015, preveem-se, para o Estado, deveres relacionados a seis eixos centrais: (1) a projeção, implementação e aplicação de um quadro regulatório adequado e efetivo; (2) a prevenção¹²⁰, mitigação e suspensão de impactos negativos sobre os direitos humanos; (3) a adoção de mecanismos para a supervisão e fiscalização de tais atividades que ofereçam respostas eficazes e culturalmente adequadas; (4) a concretização de mecanismos de participação efetiva e acesso à informação; (5) a prevenção da violência e de atividades ilegais (incluindo a extração ilegal de recursos

naturais); e (6) a garantia do acesso à justiça por meio da adequada investigação, reparação e sanção das violações de direitos humanos cometidas nesses contextos¹²¹.

O Relatório, por outro lado, relega aos Estados a tarefa de demandar das empresas que atuam, em seu território, no desenvolvimento de um plano de *due diligence* interno, a fim de promover a proteção prévia e mitigar os impactos das violações de direitos. Além disso, no que diz respeito à prestação de contas e reparação efetiva, é obrigação dos Estados investigar, punir e reparar, adequadamente, as violações de direitos humanos e exigir a prestação de contas tanto das próprias autoridades estatais como das empresas. Para tanto, qualquer reparação deve ser realizada à luz dos padrões internacionais por meio da presença no Estado de um Poder Judiciário independente, imparcial e efetivamente treinado¹²².

Indo além, o documento destaca a importância de se reconhecer a questão da captura corporativa do Estado e defender a necessidade de se combater a corrupção na região. A prática corruptiva, segundo a CIDH, é um fenômeno complexo que afeta os direitos humanos em sua totalidade, inclusive o direito ao desenvolvimento, com impactos diferenciados nas populações historicamente discriminadas. Cabe aos Estados estabelecerem marcos legais de combate à corrupção, além de incluir estratégias específicas para o enfrentamento de cada caso, dadas as suas múltiplas causas e consequências. Para cumprir com esse objetivo, é fundamental que esses marcos identifiquem não apenas os mecanismos políticos, econômicos e jurídicos com os quais as empresas exercem sua influência abusiva, mas também as responsabilidades criminais, civis ou administrativas aplicáveis a cada caso¹²³.

¹¹⁸ ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos* [online], [S. l.], v. 6, n. 11. p. 6-39, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452009000200002>. Acesso em: 12 mar. 2022. p. 21-22.

¹¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Washington, 2015. Disponível em: <http://www.oea.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

¹²⁰ Interessante destacar que a Corte Interamericana enfatizou que constitui uma violação do artigo 21 da convenção Americana de Direitos Humanos quando o Estado não realiza ou fiscaliza um estudo de impacto ambiental antes da outorga de uma concessão. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia*. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 36.

¹²¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Washington, 2015. Disponível em: <http://www.oea.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022. p. 10-11.

¹²² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 38.

¹²³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 39.

Quanto às empresas, a CIDH afirma que elas devem relacionar lucro com crescimento econômico sustentável, garantindo os direitos humanos e o respeito a todos os regulamentos relacionados à proteção do meio ambiente dos ecossistemas e diversidade ecológica para a construção de seus marcos regulamentares e nas suas relações comerciais¹²⁴. Para operacionalizar esse dever, recomenda-se que as empresas adotem, nos processos de *due diligence* internos, estudos sobre os impactos de suas operações e estruturas empresariais. A Comissão destaca que esses estudos não excluem a empresa do dever de prestar contas às autoridades públicas e, em caso de violação dos direitos humanos, das sanções penais, administrativas ou civis e da necessária reparação adequada¹²⁵. Ademais, a comissão defende que as empresas-mãe devem exercer a devida diligência nas atividades das filiais, bem como na sua cadeia produtiva, pois o envolvimento direto delas, em relação à violação de direitos humanos, implica a responsabilização da matriz¹²⁶.

Por fim, a CIDH reconhece que o Estado de origem da empresa infratora, também, é responsável pela fiscalização de suas atividades fora do território nacional. Para tanto, enfatiza a necessidade de os Estados, por meio de reformas legislativas e aplicação dos princípios do Direito Internacional, criarem parâmetros normativos que vinculem, juridicamente, a atuação de empresas violadoras de Direitos Humanos que atuam no estrangeiro¹²⁷. Além disso, a CIDH entende que as responsabilidades sancionatórias podem não se restringir ao país de origem da entidade violadora ou ao território no qual a violação

é cometida quando outra jurisdição for mais compatível e efetiva para tratar as violações em questão¹²⁸.

4 Considerações finais

Para corrigir a irresponsabilidade das empresas transnacionais, é necessário modular suas responsabilidades de acordo com o impacto social de suas atividades, uma vez que suas atividades desempenham um papel social, especialmente, nos países vulneráveis e com histórica dominação colonial. Infere-se, portanto, que as ETNs, independentemente de serem reconhecidas como sujeitos de direito internacional, têm a obrigação de respeitar os direitos humanos afetados com sua atuação, da mesma forma que os Estados.

Com o objetivo de integrar questões sociais aos interesses empresariais, deve-se repensar a missão e a própria noção de empresa. Essa tarefa é, por certo, complexa, e como envolve diversos atores sociais requer o diálogo no âmbito global, regional e local. No entanto, esses diálogos não devem reproduzir um projeto (neo) colonializante.

Atualmente, inexistem para regular a RSE normativas de caráter cogente, apenas instrumentos não vinculantes como os “princípios orientadores” sobre empresas e direitos humanos. Tais princípios, apesar de terem sido um grande avanço no momento de sua aprovação em 2011, são insuficientes, o que despertou o anseio de muitos Estados e organizações da sociedade civil de que haja uma “*hardenização*” da RSE.

Em 2014, Equador e África do Sul conseguiram propor uma resolução que foi aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU. A Resolução 26/9 criou um Grupo de Trabalho para a elaboração de um instrumento vinculante sobre corporações transnacionais e direitos humanos. A proposta de tratado contou sobretudo com o apoio do Sul Global e com forte oposição do norte.

Em 2017, com base nas primeiras sessões do Grupo de Trabalho, o Equador apresentou um primeiro

¹²⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 35.

¹²⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 37-38.

¹²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 101.

¹²⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 83.

¹²⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. p. 80.

rascunho do tratado sobre o qual foi amplamente debatido. Nas demais sessões, verifica-se que a proposta é paulatinamente reduzida e vem perdendo muitos elementos importantes. Processo de descaracterização que, aparentemente, está em curso, tal como se verifica na exaltação dos instrumentos não cogentes pelo presidente do GT, o embaixador equatoriano Emilio Rafael Izquierdo Miño.

Apesar de todos os interesses contraditórios que estão em jogo, e dos avanços e retrocessos no processo, ao serem propostos pela ONU e OEA parâmetros sobre algumas questões centrais no campo dos direitos humanos e das Empresas e apontadas as bases gerais para o desenvolvimento da temática, promoveu-se a relação dialógica em diversos níveis normativos. Assim, viabilizou-se o fortalecimento da construção da Responsabilidade Social Empresarial e fomentando as bases necessárias para o endurecimento normativo na matéria. Logo, ainda que as medidas adotadas não sejam suficientes, uma vez que permanecem aquém da força político-normativa necessária para configurar mudanças práticas, devido ao seu caráter de *soft law*, constituem um passo importante na busca pela consolidação da proteção dos direitos humanos no âmbito empresarial.

A despeito de existirem vários obstáculos ao cumprimento dessa missão, uma verdade é incontestável: os direitos humanos devem ser considerados, simultaneamente, como meio e fim do desenvolvimento. Caso contrário, as máquinas das empresas transnacionais extrativistas continuarão, como poeticamente retratado na primeira metade do século XX por Césaire¹²⁹, históricas em pleno coração das florestas, rios e mares dos países do sul global cuspidando as suas escórias, esmagando, triturando e embrutecendo os povos. Isto é, caso não se mude o atual paradigma, as ETNs continuarão promovendo, com o apoio das elites locais, seus laçaios, o estupro do que restou da usurpação dos recursos naturais, realizada outrora pelos países que, atualmente, sediam muitas dessas grandes corporações transnacionais.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões

¹²⁹ CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Florianópolis: Letras contemporâneas, 2017. p. 68.

no sistema interamericano de direitos humanos. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos [online]*, [S. l.], v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452009000200002>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BEZERRA, Afonso. Brasil é denunciado na CIDH por expor trabalhadores da mineração ao coronavírus. *Brasil de Fato*, 24 abr. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/04/24/brasil-e-denunciado-na-cidh-por-expor-trabalhadores-da-mineracao-ao-coronavirus>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BILCHITZ, David. A chasm “Is” and “Ought”? a critique of the normative foundations of the SRSG’s Framework and the Guiding Principles. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (ed.). *Human Rights obligation of Business: beyond the corporate responsibility to respect*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 107-137.

BILCHITZ, David. The Necessity for a Business and Human Rights. *Business And Human Rights Journal*, Cambridge, v. 1, n. 2, p. 203-227, jul. 2016. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/thenecessity-for-a-business-and-human-rightstreaty/D44855C46955B7DEBA8B19A960AB2494>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BOHRZ, C. R.; SALDANHA, J. M. L. 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*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 156–203. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30567>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Florianópolis: Letras contemporâneas, 2017.

CHIMNI, Bhupinder Singh. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, [S. l.], n. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales*: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. Washington, 2015. Disponível em: <http://www.oea.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía*. Washington, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- DAL RI, Arno; BASTOS CALAZANS, Erika Louise. Transnational Corporations Subjectivity Based on the Criteria of the Bernadotte Case and the Traditional International Law Doctrine. *Ann. Mex. Der. Inter*, [S. l.], v. 18, p. 155-189, dic. 2018. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542018000100155&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 mar. 2022.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Trois dynamiques pour responsabiliser les États et les entreprises transnationales. In: SUPIOT, Alain; DELMAS-MARTY, Mireille. *Prendre la responsabilité au sérieux*. Paris: Puf, 2015.
- DEVA, Surya. *The human rights obligations of business: reimagining the treaty*. 2014. Disponível em: https://www.businesshumanrights.org/sites/default/files/media/documents/reimagine_int_law_for_bhr.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.
- FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica Do Direito*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 53–68. Disponível em: <https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 324-339, 2020. Disponível em: www.publicacoes.uniceub.br/2FrDi%2Farticle%2Fdownload%2F6965%2Fpdf&usg=AOvVaw1Jk9omAXkI6jxx8KA-Slgi. Acesso em: 12 mar. 2022.
- FAKHRI, Michael. Law as the Interplay of Ideas, Institutions, and Interests: using polyani (and foucault) to ask twail questions. *International Community Law Review*, Leiden, v. 10, p. 455-465, fev. 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1336645. Acesso em: 07 ago. 2022.
- FERREIRA, Luciano Vaz. A corrupção nos negócios internacionais: o problema do controle do suborno praticado por empresas transnacionais e seus reflexos no Brasil. In: MOROSINI, Fabio (org.). *Regulamentação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 293-312.
- FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fabio Costa. Corrupção e investimento estrangeiro direto. *Interação*, Santa Maria, v. 4, n. 4, p. 59-82, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/interacao/article/view/12741/8090>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- FRYDMAN, Benoit. *Comment penser le droit global*. Bruxelles: Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2010. Disponível em: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf. Acesso em: 06 ago. 2022.
- FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- G1 MINAS. *Meio Ambiente de MG multa Vale por laudo 'total ou parcialmente falso' sobre barragem de Brumadinho*. 28 maio 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/05/28/meio-ambiente-de-mg-multa-valepor-laudo-total-ou-parcialmente-falso-sobre-barragem-de-brumadinho.ghtml>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- 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 Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 84-114, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5360>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- HOFFMAM, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Os direitos humanos frente à normatividade “imperial” e a responsabilidade das empresas transnacionais

- por violação aos direitos humanos na era do “Império”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 2, p. 279-300, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/7354>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- INSTITUTO DE ESTUDOS LATINO AMERICANOS. *A batalha contra a mineração na Colômbia*. 2015. Disponível em: <http://www.iela.ufsc.br/instituto>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- INTERNATIONAL COOPER ASSOCIATION. *El impacto de la minería del cobre en Chile Implicancias económicas y sociales para el país*. 2017. Disponível em: <https://www.procobre.org/es/wp-content/uploads/sites/2/2018/04/ica-summary-document-elimpacto-de-la-mineria-del-cobre-en-chile-vf-04.04.2018.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- LONG, Gideon; STOTT, Michael. Wealthy ex-banker campaigns as Ecuador’s ‘change candidate’. *Financial Times*, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://www.ft.com/content/d8b4ecee-a297-423f-88c4-594d37690813>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- LÓPEZ, Carlos. The “Ruggie process”: from legal obligations to corporate social responsibility?. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (ed.). *Human Rights obligation of business: beyond the corporate responsibility to respect*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 58-77.
- MARTIN-CHENUT, Kathia; DEVAUX, Caroline. Ques remèdes à l’irresponsabilité des États et des entreprises transnationales (ETN) en matière environnementale, sociale et financière? Présentation des propositions. In: SUPIOT, Alain; DELMAS-MARTY, Mireille. *Prendre la responsabilité au sérieux*. Paris: Puf, 2015. p. 361-371.
- MARTIN-CHENUT, Kathia; PERRUSO, Camila. El caso Chevron-Texaco y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. São José, 2017. p. 355-369. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4661/indice.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- NOLAN, Justine. The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law? In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (ed.). *Human rights obligation of business: beyond the corporate responsibility to respect*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 138-161.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Attacks against and criminalization of indigenous peoples defending their rights*. 2018. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/documents/annual-reports/251-reporthrc2018>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil*. 2013. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Reports of IGWG on TNCs & Intersessional Meeting on 2030 Agenda & HC/SG Thematic Reports and Item*. 3 General Debate - 29th meeting, 49th Regular Session of Human Rights Council. Genebra, 2022. Disponível em: <https://media.un.org/en/asset/k13/k13vgpo3jw>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *State national action plans on Business and Human Rights*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>. Acesso em: 10 jul. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Human Rights Council. *Seventh session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. Genebra, 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7#history>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.
- ORNELLAS, Raúl. Hacia una economía política de la competencia: la empresa transnacional. *Revista Problemas del Desarrollo*, Cidade do México, v. 48, n. 189, p. 9-32, abr. 2017. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/pde/article/view/57224>. Acesso em: 10 mar. 2022.

- PAVANELLI, Lucas. Brumadinho: padrão de indenização é inferior ao de Mariana, afirma MP. R7, 25 abr. 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/minas-gerais/brumadinho-padrao-de-indenizacao-e-inferior-ao-de-mariana-afirma-mp-25042019>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- POSSATO, Viviane; ZUBA, Fernando; ANDRADE, Naiana. Brumadinho: terrenos atingidos pela lama da Vale têm potencial de mineração. *G1 Minas*, 27 maio 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minasgerais/noticia/2019/05/27/brumadinho-terrenos-atingidos-pela-lama-da-vale-tem-potencialde-mineracao.ghtml>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- RAMINA, Larissa. Arbitraje entre Estado e Inversor Extranjero. *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de UniBrasil*, [S. l.], v. 15, p. 151-195, 2011. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/418/323>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- RAMINA, Larissa. Phenomena that characterize international law in the XXI century. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 9, p. 73-89, 2014.
- RIVERA, Humberto Cantú. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. São José, 2017. p. 37-83. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4661/i-ndice.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- ROLAND, Manoela Carneiro *et al.* Análise do segundo draft revisado do instrumento juridicamente vinculante sobre empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos direitos humanos. *Homa Publica - Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, Juiz de Fora, n. 2, p. 1-28, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/35227/23211>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- SALDANHA, Jânia Maria; CAVALLARO, James; MAGLIACANE, Alessia. A corrupção como um “mal originário”: a destruição dos princípios democráticos por perversão. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 21, n. 42, p. 95-130, jul. 2019. Disponível em: <http://200.229.32.55/index.php/Direito/article/view/20223/15003>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do Direito “soft” ao Direito “hard” em matéria de violação de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos. In: MORAES, José Luiz Bolzan de (org.). *Estado & Constituição: o “fim” do estado de Direito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, [S. l.], v. 4, n. 7, p. 26-57, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000200003>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- SIERRA-CAMARGO, Ximena. Derecho, minería y (neo) colonialismo: una aproximación crítica a la regulación de la minería de oro a gran escala en Colombia. *Opera*, Bogotá, v. 14, n. 14, p. 161-191, jan. 2014. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3845>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- SIERRA-CAMARGO, Ximena. El conflicto entre la justiciabilidad de los DESCA en Colombia y el derecho internacional de inversiones: el caso del parque natural yaigóje apaporis. In: FIBLA, Gonzalo (org.). *Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina: informe del medio ambiente*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de Las Américas (Ceja), 2019. p. 135-159. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5642>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-White, William. The future of international law is domestic, or the european way of law. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, Andre (ed.). *New Perspectives on the Divide between National and International Law*. Oxford: University Press, 2007.
- SOUZA, Lucas Silva de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 200-222, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5928/pdf>. Acesso em: 06 ago. 2022.

TYBUSCH. Francielle Benine Agne. *Vidas deslocadas: o caso Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do Direito dos Desastres*. Curitiba: Íthala, 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Jurisdição universal: “caixa de pandora” ou um caminho para a realização dos interesses da humanidade?

Universal jurisdiction: pandora’s box or a way to realize the interests of humanity?

Claudia Regina de Oliveira Magalhães
da Silva Loureiro

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Jurisdição universal: “caixa de pandora” ou um caminho para a realização dos interesses da humanidade?*

Universal jurisdiction: pandora’s box or a way to realize the interests of humanity?

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro**

Resumo

Um dos maiores desafios da comunidade internacional é a punição dos crimes que ofendem os interesses da humanidade, o que pode ser concretizado pelo exercício da jurisdição universal pelos Estados, independentemente de vínculo com a nacionalidade e com a territorialidade. A globalização ensejou a convivência em uma comunidade cosmopolizada e cosmopolita, o que fomentou a prática de crimes contra a humanidade. Assim, o objetivo geral do artigo é analisar o instituto jurídico da jurisdição universal e o objetivo específico é analisar o sistema jurídico que dá suporte à jurisdição universal, bem como sua relação jurídica. A legislação da Bélgica e da Espanha serão estudadas com a finalidade de responder ao problema central do trabalho: há um sistema jurídico da jurisdição universal pelos Estados, independentemente de vínculo com a soberania estatal? Optou-se pelo método hipotético-dedutivo, com a técnica de documentação indireta e com o procedimento de análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência, com a finalidade de demonstrar que a jurisdição universal difere da perspectiva da jurisdição tradicional. O tema é relevante e se justifica especialmente num momento em que a comunidade internacional vivencia a prática de crimes contra os interesses da humanidade em diversas partes do mundo.

Palavras-chave: Jurisdição universal; *Jus cogens*; Interesses da humanidade; Sistema jurídico.

Abstract

One of the greatest challenges of the international community is the punishment of crimes that offend the interests of humanity, which can be accomplished by the exercise of universal jurisdiction by states, regardless of nationality and territoriality. Globalization has led to coexistence in a cosmopolitan and cosmopolitan community, which has fostered the practice of crimes against humanity. Thus, the general objective of the article is to analyze the legal institute of universal jurisdiction and the specific objective is to analyze the legal system that supports universal jurisdiction, as well as its juridical relationship. The legislation of Belgium and Spain will be studied in order to answer the central problem of the paper: is there a legal system of universal jurisdiction by the States, regardless of the link to state

* Recebido em 29/03/2022
Aprovado em 13/06/2022

** Professora Permanente do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia; Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia; Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direitos Humanos concluído pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direito Internacional e Comparado concluído pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Membro da Nova Refugee Legal Clinic – Lisboa; Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Biodireito e Direitos Humanos – UFU.
Email: crmloureiro@gmail.com

sovereignty? The hypothetical-deductive method was chosen, with the indirect documentation technique and the procedure of doctrine, legislation and jurisprudence analysis, in order to demonstrate that universal jurisdiction differs from the traditional jurisdiction perspective. The theme is relevant and justified especially at a time when the international community is experiencing the practice of crimes against the interests of humanity in various parts of the world.

Keywords: Universal jurisdiction; Jus cogens; Interests of humanity; Legal system.

1 Introdução¹

A consolidação do instituto jurídico da jurisdição universal é um dos maiores desafios da comunidade internacional, que tem de empenhar esforços no sentido de combater a impunidade dos crimes que atingem os interesses da humanidade, sujeito de direito na ordem global cosmopolita e cosmopolizada.

A jurisdição universal vem sendo compreendida como jurisdição internacional e o trabalho busca esclarecer seu conceito e sua amplitude de acordo com o que se denomina de jurisdição universal em sentido estrito ou pura e simples, compreendida como aquela modalidade de jurisdição que independe da consideração dos critérios de territorialidade e de pessoalidade para incidir.

Intenta-se, portanto, analisar como esse conceito puro de jurisdição universal pode ser utilizado em benefício dos interesses da humanidade, considerada, no trabalho, como sujeito de direito pertencente ao polo

¹ O termo cosmopolita foi usado de acordo com o referencial teórico de Thomas Pogge e se refere ao sistema que dá suporte à concretização da jurisdição universal. O termo “sociedade cosmopolizada” foi utilizado em consonância com a obra de Ulrich Beck. Na obra, o autor explica que a comunidade internacional comporta espaços de ação cosmopolizados que não são institucionalizados dentro do espaço nacional, incluindo recursos transnacionais e transfronteiriços para a ação, o que se relaciona, portanto, com o exercício da jurisdição universal. O autor ainda explica que cosmopolização é diferente de cosmopolita, uma vez que o termo cosmopolita se refere ao cosmopolitismo como norma, que é uma das acepções desenvolvidas por Pogge. BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and sovereignty. *Ethics*, v. 103, n. 1, p. 48-75, 1992. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2381495> Acesso em: 16 dez. 2019.

ativo da relação jurídica que se instaura quando um crime que atinge os interesses da humanidade é praticado.

Por essa razão, o trabalho descreve os elementos caracterizadores da relação jurídica para afirmar que, se estes estiverem presentes na situação analisada, há legitimidade e interesse para a comunidade internacional agir, por meio do instituto jurídico da jurisdição universal no sentido de rechaçar e de punir os crimes que contrariam os interesses da humanidade.

Nesse contexto, exsurge a necessidade de se conceber um sistema jurídico que dê respaldo à institucionalização da jurisdição universal que, para o âmbito desse trabalho, é representado pelo direito cosmopolita, tendo-se, nesse aspecto, a tese que responde à problemática proposta para o desenvolvimento do trabalho.

Nesse sentido, o direito cosmopolita, concebido como o direito que é feito por cosmopolitas, e que tem como fundamento principal os direitos humanos, dá respaldo à problemática proposta de que existe um sistema jurídico, com princípios e normas próprias, que consolida a institucionalização da jurisdição universal em sentido estrito, independentemente de critérios de territorialidade e de pessoalidade, fazendo-a incidir, pura e simplesmente, a partir da prática do crime que atinge os interesses da humanidade.

Assim, parte-se da premissa de que há um sistema jurídico com normas e princípios próprios que norteiam a interpretação da relação jurídica que se instala com a prática de crimes contra os interesses da humanidade, o que serve como instrumento para afirmar que há respaldo para se aplicar a jurisdição universal em sentido estrito, com base na tese do direito cosmopolita.

Com a finalidade de conhecer referido instituto jurídico, o artigo tem o objetivo geral de analisar a jurisdição universal, seu conceito e sua amplitude e, por sua vez, tem o objetivo específico de apresentar o sistema jurídico que dá suporte à jurisdição universal com a análise da relação jurídica e dos elementos constitutivos que se desenvolvem quando há a prática de um crime que ofende a humanidade.

A relevância e a justificativa do tema escolhido concentram-se na disseminação de conflitos mundiais que relativizam a dignidade humana e que atingem os interesses da humanidade.

Nesse sentido, o primeiro capítulo do trabalho abordará o conceito e a amplitude do instituto jurídico da

jurisdição universal, procurando estabelecer sua classificação e sua distinção em relação às demais espécies tradicionais de jurisdição, normalmente relacionadas ao exercício da soberania.

Por ter uma intrínseca relação com a aplicação da jurisdição universal, o segundo capítulo estudará as normas de natureza *jus cogens* e sua relação com a jurisdição universal, o que se concentra no contexto do elemento objetivo da relação jurídica que se pretende analisar no trabalho. Por sua vez, o terceiro capítulo do trabalho abordará um aspecto do elemento da relação jurídica estudada, ou seja, o elemento subjetivo, considerando-se a humanidade no polo ativo da relação jurídica estudada, o que evidencia a relevância da abordagem dos interesses da humanidade.

No último capítulo, serão estudadas as legislações da Bélgica e da Espanha sobre o processamento dos crimes internacionais por suas jurisdições nacionais, estabelecendo-se uma reflexão a respeito da natureza jurídica de referida jurisdição, bem como analisando-se os aspectos positivos e negativos das experiências dos dois países e de que modo referidos precedentes dão respaldo à tese proposta para o desenvolvimento deste trabalho.

Optou-se pelo método hipotético-dedutivo, com a técnica de documentação indireta e procedimento de análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência sobre o instituto jurídico em apreço.

Como problematização, o trabalho pretende responder se há um sistema jurídico que dá respaldo à institucionalização da jurisdição universal, que depende, única e exclusivamente, da natureza do crime praticado, e que, independe do vínculo de nacionalidade, da territorialidade e dos interesses do Estado, o que tem respaldo na tese apresentada, ou seja, a do direito cosmopolita.

2 O sistema jurídico que dá suporte à jurisdição universal

A consolidação da jurisdição universal no direito doméstico é uma tarefa complexa em razão de aspectos políticos, institucionais e geográficos que envolvem a sua previsão e a sua implementação. Cada Estado tem sua conformação política, institucional e social, seus valores e costumes, o que pode ensejar perspectivas

diferentes a respeito dos interesses da humanidade, e influenciar a adoção de políticas públicas no sentido de institucionalizar a jurisdição universal.

A jurisdição universal² é baseada na ideia de que alguns crimes são tão prejudiciais aos interesses da humanidade que os Estados estão autorizados e obrigados a processar os perpetradores de tais ofensas hediondas, independentemente do local do crime e da nacionalidade das vítimas e dos perpetradores, ou seja, apenas com base na natureza do crime.

Com o exercício da jurisdição universal, os Estados atuam em consonância com os seus próprios interesses e com os interesses da comunidade internacional, na medida em que a apresentam e não apenas a representam, pois é a comunidade internacional que está atuando quando o Estado exerce a jurisdição universal, ou seja, é como se a própria comunidade internacional exercesse a sua legitimidade em processar determinados crimes.

Nesse sentido, vislumbra-se a humanidade como sujeito de direito internacional, exercendo a ação coletiva popular em defesa dos interesses da humanidade, tendo no Estado o ente que atua como substituto processual, podendo-se falar em legitimidade ativa extraordinária ou na legitimidade ativa ordinária *sui generis*, uma vez que o Estado não é o titular do direito envolvido, mas apresenta a humanidade e seus interesses. Logo, exercer a jurisdição universal não é uma faculdade, mas um dever e, nesse aspecto, verifica-se a inércia da comunidade internacional em perseguir os caminhos destinados à sua consolidação.

Nesse contexto, o trabalho tem o objetivo específico de investigar se há um sistema jurídico³ que dê suporte ao instituto da jurisdição universal pura e simples. Esse sistema jurídico é composto por princípios e regras que delimitam o seu regime jurídico, sendo dotado de meca-

² BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: 25 out. 2020.

³ Pode-se conceituar sistema como: “[...] um com junto ordenado de princípios que formam um corpo de doutrina ou uma combinação de partes que se coordenam para formar um conjunto.” VAR-ELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 167, p. 135-170, 2005. p. 155. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/42/167/ri_l_v42_n167_p135.pdf Acesso em: 14 ago. 2020.

nismos que conferem eficácia e efetividade ao exercício da jurisdição universal, propiciando que ela seja compreendida, interpretada e aplicada.

O tema é muito complexo e os precedentes a serem analisados no trabalho demonstram a dificuldade de se aplicar a jurisdição universal, principalmente quando o ponto de partida é o Estado-nação. Para se compreender esse sistema jurídico complexo, é necessário que se promova uma mudança de paradigma do local e do nacional para o global e o universal, no contexto dos interesses da humanidade ⁴.

Nesse contexto, o objetivo específico do artigo é analisar os elementos constitutivos da relação jurídica ⁵ que se instaura quando há a prática de um ato ilícito penal que configura crime de guerra, crimes contra a humanidade e de genocídio, citando-se apenas alguns atos que são abrangidos pela natureza *jus cogens* de algumas normas.

Referida relação jurídica é composta pelos seguintes elementos constitutivos: elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento formal e vínculo de atributividade. Quanto ao elemento subjetivo, destacam-se o sujeito ativo e o sujeito passivo da relação jurídica, tendo-se no polo ativo a humanidade e, no passivo, o agente que praticou o ato ilícito. Registre-se que a análise do sujeito ativo, humanidade, será abordado com detalhes no capítulo dos interesses da humanidade. No que diz respeito ao sujeito passivo, é importante destacar que se trata de indivíduo e, portanto, da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, que se desenvolve no âmbito dos tribunais nacionais e internacionais, com fundamento no exercício da jurisdição nacional e internacional, destacando-se, também, a jurisdição universal para efeito deste trabalho.

No que tange ao elemento objetivo, é importante esclarecer que o bem jurídico atingido refere-se aos interesses da humanidade, envolvendo o direito internacional dos direitos humanos, bem como as normas de natureza *jus cogens* e as obrigações de natureza *erga omnes*, perspectiva que também será abordada em capítulo apropriado.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y ciudadanía: un constitucionalismo global. *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 9, octubre, 1998, pp. 173-184. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-0/> Acesso em: 20 abr. 2020.

⁵ A propósito do tema, consultar: VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

O elemento formal, por sua vez, diz respeito ao vínculo que existe entre os sujeitos a partir do direito convencional, costumeiro ou do ato ilícito praticado. Assim, os tratados internacionais de direitos humanos podem estabelecer crimes que poderiam ser processados pelos Estados em sede de jurisdição universal. Da mesma forma, o direito internacional costumeiro poderá dar ensejo à atuação do Estado em sede de jurisdição universal, sempre que houver um valor ou interesse compartilhado e aceito pela comunidade internacional como válido. De outra feita, existe a possibilidade de o vínculo formal surgir com base na prática do crime oriundo de uma obrigação de natureza *jus cogens*, o que também daria ensejo à responsabilização do perpetrador, pelo mecanismo da jurisdição universal.

Acrescente-se que é no contexto do elemento formal da relação jurídica sob análise que se concentram as fontes da jurisdição universal, ou seja, os tratados internacionais e o direito costumeiro. Quanto à primeira fonte, podem ser citados os seguintes documentos: a Convenção contra a Tortura, de 1984; a Convenção de Genebra, de 1949 e seu Protocolo Adicional I, de 1977; a Convenção do Genocídio, de 1949 e o Estatuto de Roma, de 1998 ⁶. Nenhum desses tratados estabelece, explicitamente, a possibilidade de Estados exercerem a jurisdição universal, ideia que decorre da interpretação sistemática de referidos documentos, que são instrumentos vivos, que devem acompanhar a evolução da comunidade internacional.

Em sede do último elemento constitutivo da relação jurídica que dá ensejo à jurisdição universal, afirma-se que o vínculo de atributividade, que confere a prerrogativa do exercício da jurisdição universal ao Estado, concentra-se na ideia de que toda a comunidade internacional deve se abster de praticar crimes contra a humanidade, bem como no sentimento de que existe o dever de todo e qualquer Estado contribuir para a erradicação e para a punição dos crimes que ofendem os interesses da humanidade. Assim, há o dever geral de abstenção de toda a comunidade internacional, que informa que todos os cidadãos globais devem se abster de praticar crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio.

⁶ LANGER, Máximo. The diplomacy of universal jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes. *American Journal of International Law*, v. 105, p. 1-55, jan. 2011.

Logo, um dos elementos constitutivos do sistema jurídico que dá suporte à jurisdição universal é a relação jurídica que se forma quando um agente despreza o dever geral de abstenção, o que dá ensejo à sua responsabilização, com base na responsabilidade internacional convencional ou extraconvencional, ou seja, em decorrência dos tratados internacionais, do direito costumeiro ou da prática do ato ilícito.

Mas um sistema jurídico é composto por outros elementos que merecem ser analisados no contexto desse trabalho. Assim, ainda é preciso analisar que tipo de sistema jurídico é esse, qual é a sua conformação institucional e organizacional e quais são seus princípios balizadores.

Iniciando-se a análise pela carga principiológica que representa um dos sustentáculos mais importantes do sistema jurídico que se pretende desenvolver, consignase que os princípios balizadores do sistema jurídico que dão suporte ao exercício da jurisdição universal são a dignidade humana, a jurisdição, a cooperação, a igualdade, a não discriminação e a prevalência dos direitos humanos.

Ainda no contexto dos princípios balizadores do sistema jurídico que dão suporte ao exercício da jurisdição universal, é importante destacar que foi desenvolvido o documento *Os Princípios de Princeton sobre a Jurisdição Universal*⁷, contribuição importante para a consolidação do instituto jurídico da jurisdição universal.

Referido documento consigna, de forma exemplificativa, os seguintes princípios balizadores da jurisdição universal: jurisdição universal; o elenco exemplificativo dos crimes que ensejam o exercício da jurisdição universal; o da impossibilidade de alegação de imunidades, a impossibilidade de se alegarem impedimentos como a prescrição e a impossibilidade de se aplicar anistia aos crimes de guerra, à pirataria, à escravidão, aos crimes contra a paz, aos crimes contra a humanidade, ao genocídio e à tortura, dentre outros princípios⁸.

Outra análise de extrema relevância para a compreensão do sistema jurídico estudado é em que tipo de ordem mundial referido sistema jurídico se desenvolve, pelo que se afirma que o sistema jurídico que suporta o exercício da jurisdição universal pura e simples é o sistema jurídico cosmopolita, que tem seu fundamento e sua via de aplicabilidade na nova ordem global⁹.

No que diz respeito ao direito cosmopolita¹⁰, é possível afirmar que ele é delineado com um regime jurídico que difere do direito doméstico e do direito internacional e se destina à promoção dos interesses da comunidade internacional, articulando o direito ao exercício da cidadania com o direito internacional positivado. O cosmopolitismo não defende a existência de um estado global, mas sim a ideia de que cada indivíduo é um cidadão do mundo. Logo, o direito cosmopolita reflete a lei que é feita por cosmopolitas, que representa os interesses da comunidade global, advogando valores universais, como os direitos humanos, transcendendo as fronteiras nacionais e garantindo os direitos humanos aos indivíduos independentemente de nacionalidade.

O Direito Cosmopolita refere-se às regras que reconhecem *standards* legais iguais para todos no mundo, tendo sua base na ordem pluralista de instituições, que não se prende a limites convencionais impostos pela perspectiva da soberania estatal. Ele propõe um sistema no qual se verifica a fragmentação vertical do exercício da soberania, por meio de uma ordem descentralizada, ou seja, uma organização transnacional na defesa dos interesses comuns.

Nesse contexto, o direito cosmopolita fundamenta o sistema jurídico que fomenta o exercício da jurisdição universal, na medida em que os Estados que a exercem não o fazem para a proteção da soberania estatal, mas no sentido da consolidação dos direitos humanos de todos, ou seja, com o objetivo de consolidar os interesses da humanidade.

⁹ A propósito do tema da nova ordem global, consultar o texto: SIEBER, Ulrich. Legal order in a global world: the development of a fragmented system of national, international, and private norms. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 14, p. 1-49, 2010. Disponível em: https://www.mpg.de/50696/hm01_LegalGlobalObasetext.pdf Acesso em: 14 ago. 2020.

¹⁰ POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and sovereignty. *Ethics*, v. 103, n. 1, p. 48-75, 1992. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2381495> Acesso em: 16 dez. 2019; POGGE, Thomas. Qué és la justicia global? *Revista de Economía Institucional*, v. 10, n. 19, p. 99-114, 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/419/41901905.pdf> Acesso em: 13 set. 2021.

⁷ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS *et al.* *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. 2001. Disponível em: https://lpa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

⁸ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS *et al.* *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. 2001. Disponível em: https://lpa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

Por essa razão, o Estatuto de Roma, de 1998, pautado no Princípio da Complementaridade, garante que a jurisdição universal seja exercida em primazia pelos Estados, pois a ideia não é conferir a um tribunal todas as possibilidades de punir os crimes hediondos praticados contra a humanidade, mas fazer com que estes se insiram no contexto global, cientes de sua responsabilidade para a cooperação internacional no sentido de combater e punir referidos crimes.

O sistema jurídico que dá suporte à jurisdição universal é, portanto, cosmopolita, pois promove a fragmentação institucional no sentido da promoção dos direitos humanos e, nesse sentido, os Estados são entes globais fragmentados que realizam o mister da humanidade de combater os crimes hediondos.

Nesse sistema, o valor ético global, que é o valor-fonte e o princípio que fundamenta as interpretações mais favoráveis aos interesses da humanidade, é a dignidade humana, concebida como o diamante ético global da nova ordem global por Joaquim Herrera Flores¹¹.

Por ser um instituto que ainda desperta muitas dúvidas e debate na comunidade internacional, é importante analisar o conceito e a amplitude do instituto jurídico da jurisdição universal.

3 Jurisdição universal

3.1 Aspectos introdutórios

A primeira análise que se deve fazer quando se pretende analisar um determinado instituto jurídico é buscar o seu conceito e a sua amplitude, o que é o objetivo deste capítulo.

O direito penal internacional moderno teve seu marco temporal após a II Guerra Mundial, especialmente com o Tribunal de Nuremberg, período em que alguns países deram às suas cortes o direito de exercerem a jurisdição universal sobre determinados crimes internacionais, como uma resposta às atrocidades cometidas durante a guerra, mas, principalmente, para combater a impunidade dos crimes mais graves que afetam a humanidade como um todo. Nesse contexto, com os desdo-

bramentos do Caso Pinochet, é possível afirmar que o instituto jurídico da jurisdição universal alcançou posição de destaque na agenda internacional¹².

A jurisdição universal é um princípio legal que autoriza que um Estado processe determinados crimes independentemente do local de sua ocorrência e da nacionalidade do perpetrador e da vítima, com base na ideia de que há certos crimes que são prejudiciais aos interesses da comunidade internacional, que autorizam o julgamento do perpetrador em qualquer lugar do mundo¹³.

Historicamente¹⁴, a jurisdição universal remonta a Grotius e ao crime de pirataria¹⁵ em alto-mar, que as-

¹² LANGER, Máximo. The diplomacy of universal jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes. *American Journal of International Law*, v. 105, p. 1-55, jan. 2011.

¹³ XAVIER, Philippe. The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh? *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 862, p. 375-398, jun. 2006. Disponível em: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf Acesso: 27 mar. 2022.

¹⁴ Historicamente, o exercício da jurisdição universal registra precedentes importantes, como o que vincula sua aplicabilidade à ideia do surgimento de um pensamento cosmopolita, o que se relaciona diretamente com a tese apresentada no artigo: “Essa economia da reputação favorecia os profissionais formados nos diversos institutos de direito internacional. Os provedores de “crédito simbólico” eram variados, e integravam aquilo que Sacriste e Vauchez descrevem como um “boom de cosmopolitismo acadêmico.” Além do *Institut de Droit International* de Ghent, de 1873, funcionavam em centros de formação a *Hague Academy of International Law*, fundada em 1913; o *Institut de Hautes Études Internationales* de Paris, de 1923; e o *Institut de Hautes Études Internationales de Genève*, de 1926. Todos eles adotavam retórica universalista e currículo voltado ao recrutamento para as novas posições institucionais multilaterais. A “moldura cognitiva compartilhada” por esses institutos, e incorporada pelos internacionalistas, envolvia a “técnica jurídica de paz”. A obtenção da paz pelo direito era postulada como “único método legítimo e eficiente de impor um conjunto de obrigações e restrições à política do poder.” FERREIRA, Hugo Luís Pena. Direito internacional público no entreguerras (1919-39): a institucionalização dos projetos jurídicos de paz e manejo dos povos não soberanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 3, p. 353-370, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8010> Acesso em: 2 jun. 2022.

¹⁵ A propósito do tema da jurisdição universal, precedente importante pode ser verificado em relação à prática do crime de pirataria, a saber: “em junho de 2008, levando-se em consideração a crise na Somália, e “a incapacidade do Governo Federal Transitório em impedir atos de pirataria ou patrulhar e garantir a segurança dos corredores de navegação internacional próximos à costa da Somália ou de seu mar territorial” e que “o Governo Federal transitório da Somália necessita e aceitaria assistência internacional para resolver o problema”, o Conselho de Segurança edita a Resolução 1816, autorizando e encorajando os Estados engajados na luta contra a pirataria na costa da Somália a, num período de 6 (seis) meses, tomar as mesmas medidas permitidas no combate e repressão a esse delito, também, nas águas territoriais daquele país, abrindo exceção à limitação terri-

¹¹ FLORES, Joaquim Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

sentou a ideia de que esse delito seria punido e combatido universalmente. Posteriormente, Beccaria, em 1764¹⁶, manifestou o entendimento de que a jurisdição universal expressa um ideal universalista formado pela comunhão das nações que compartilham valores comuns e o entendimento de que todos os membros da comunidade precisam respeitar referidos valores.

Após a II Guerra Mundial, o Princípio da Jurisdição Universal desenvolveu-se de forma peculiar com a criação dos Tribunais Penais Militares e com a adoção de Convenções contendo, explícita ou implicitamente, cláusulas de jurisdição universal. A esse respeito, consigna-se que as Convenções de Genebra, de 1949, e seus Protocolos promoveram o paradigma da jurisdição universal em relação aos crimes que não podem ficar impunes, bem como de acordo com a ideia de que a soberania pode ser limitada diante da necessidade de punir referidos crimes.

Para efeito de contextualização da dificuldade de se consolidar o regime jurídico da jurisdição universal, este capítulo abordará o caso Yerodia e o caso Pinochet, que serão ressignificados em capítulo apropriado.

A Bélgica pode ser mencionada como um dos países que mais empreendeu esforços no sentido de aplicar a jurisdição universal, o que pode ser exemplificado com a análise do caso Yerodia que tramitou perante a Corte Internacional de Justiça¹⁷. No caso, a Bélgica expediu um mandado de prisão contra o Ministro das Relações Exteriores da República Democrática do Congo, o Sr. Yerodia, caso que envolvia dois aspectos cruciais para a consolidação da jurisdição universal, ou seja, a diferença entre jurisdição extraterritorial e universal e a violação da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1969.

Em seus apontamentos, a República Democrática do Congo requeria a imediata retirada do pedido de prisão preventiva contra o Ministro Congolês e, por sua vez, a Bélgica requeria que o pedido do país africano fosse negado, mas a Corte entendeu que este país não tinha razão. A República Democrática do Congo requeria que a Corte declarasse que a Bélgica violou o direito internacional costumeiro a respeito da inviolabilidade da imunidade de processos criminais de ministros das relações exteriores e requeria que a Corte cancelasse o pedido de prisão preventiva e concedesse indenização por danos morais à República Democrática do Congo. Por sua vez, a Bélgica apresentou objeções em relação à jurisdição e à admissibilidade do caso.

Em seu julgamento, a Corte rejeitou as objeções formuladas pela Bélgica e declarou que tinha jurisdição para apreciar o pedido da República Democrática do Congo. No mérito, a Corte entendeu que o caso envolvia o direito internacional costumeiro a respeito das imunidades dos Ministros das Relações Exteriores e observou que, no direito internacional costumeiro, as imunidades relativas aos Ministros das Relações Exteriores não se destinam ao benefício pessoal, mas sim para garantir o efetivo desempenho das funções exercidas em nome de seu respectivo Estado¹⁸.

A CIJ asseverou que os atos praticados pelas autoridades judiciais belgas no sentido de emitir um mandado de prisão no território Belga em face de um Ministro das Relações Exteriores de outro país — pela suposta prática de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade — violaram as obrigações do estado belga em face do estado congolês, uma vez que desrespeitou a imunidade do Ministro e determinou o cancelamento do mandado de prisão.

Os dois principais aspectos tratados no julgamento, imunidades e interesses da humanidade, são importantes para a construção do entendimento de que não se pode alegar imunidades quando se trata de proteger os interesses da humanidade, bem como para a consolidação do conceito e da amplitude do exercício da jurisdição universal para o combate à punição dos crimes contra a humanidade.

torial quanto ao apre- samento de um navio pirata.” SCHNEIDER, Eduardo Augusto da C. Pirataria marítima: a experiência Somália. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 301-320, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3351> Acesso em: 2 jun. 2022.

¹⁶ BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: 25 out. 2020.

¹⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. 2000. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/121> Acesso em: 27 mar. 2022.

¹⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. 2000. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/121> Acesso em: 27 mar. 2022.

Assim, ao que parece, a Corte Internacional de Justiça manifestou um entendimento direcionado aos interesses dos Estados e à preservação das imunidades, sem ter analisado o contexto dos atos praticados pelo Ministro congolês.

Em que pese haver a necessidade de se preservarem as imunidades estatais e dos Ministros das Relações Exteriores, conforme asseverou a Corte, por outro lado, consignam-se os interesses da humanidade em punir os perpetradores de crimes contra a humanidade, o que reflete a aplicação da jurisdição universal e a impossibilidade de alegação das imunidades nesse contexto, uma vez que todos os Estados são chamados a exercer a jurisdição universal para punir os perpetradores dos crimes contra a humanidade, o que é responsabilidade de toda comunidade internacional¹⁹.

Assim, o exercício da jurisdição universal pela Bélgica não violou as imunidades do Ministro, uma vez que o pedido de prisão não se dirigia aos atos praticados por Yerodia, no exercício de suas funções, mas aos crimes contra a humanidade por ele praticados, o que não pode ser acobertado pelas imunidades, uma vez que violam os interesses de toda humanidade e não os interesses particulares dos Estados, enquanto sujeitos de direito internacional.

Outro caso que merece ser destacado, por revelar intrínseca relação com o objeto desse trabalho, é o caso em que o ex-ditador chileno, Augusto Pinochet, teve sua conduta como Chefe de Estado do Chile, desde 1973, questionada pela comunidade internacional, por sua prática de repressão²⁰.

Ao ocupar o posto de Comandante-Chefe do Exército Chileno, Pinochet deu um golpe de estado contra o Presidente Allende, transformando a si mesmo em um ditador com poderes especiais, reprimindo, de forma violenta, todos aqueles que defendiam a ordem constitucional no Chile com a eliminação de diversos

opponentes por execuções e prisões arbitrárias, prática de tortura, desaparecimentos forçados, censura, dentre outros atos. Em 1978, Pinochet promoveu a autoanistia para se proteger de futuras ações contra o seu regime de exceção e, em 1980, seu regime forçou a aprovação da Constituição de 1980.

Em 1998, Pinochet foi preso em Londres, em atendimento ao pedido de detenção provisória de um juiz espanhol, para interrogatório e possível extradição para a Espanha com a finalidade de responder a processo por crimes contra a humanidade praticados pelo regime de Pinochet contra espanhóis que foram vitimizados no Chile. O juiz londrino executou o mandado de prisão, aguardando o devido andamento ao processo de extradição.

O caso teve diversos desdobramentos, tendo sido apreciado pela Alta Corte de Justiça de Londres, pela Câmara dos Lordes, pelo Ministro do Interior e por uma Comissão específica. O principal tema dos recursos foi a discussão a respeito da incidência das prerrogativas das imunidades de Pinochet. Nesse contexto, ora as decisões se davam no sentido de aplicação das imunidades, ora pela negativa.

Diferentes posturas foram percebidas nas diversas decisões que foram proferidas no processo até que, finalmente, a Comissão entendeu que Pinochet não poderia se valer das imunidades, devido à natureza dos crimes por ele praticados durante o seu regime.

A contribuição mais relevante do caso concentra-se na discussão a respeito da jurisdição universal, uma vez que os atos praticados por Pinochet se caracterizaram como crimes que atingiram os interesses da humanidade, com ênfase na ideia de que todos os Estados devem respeitar e observar os direitos humanos e punir os crimes contra a humanidade, uma vez que as imunidades não autorizam a impunidade.

O caso também demonstrou um importante avanço na forma de aplicação do mecanismo de jurisdição universal, positivado desde 1949, na Convenção de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário, que tem o objetivo de garantir a persecução de determinados crimes que atingem a consciência da humanidade, embora ainda tivesse registrado o vínculo de nacionalidade entre a Espanha e a nacionalidade espanhola de algumas das vítimas de Pinochet.

¹⁹ BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: 25 out. 2020.

²⁰ COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Crimen contra la humanidad: Pinochet ante la justicia*. Francia: Imprimerie Abrax, 1999. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1999/07/Chile-Pinochet-fact-finding-mission-report-1999-spa.pdf> Acesso em: 25 out. 2020.

Como foi possível perceber, a consolidação do regime jurídico da jurisdição universal é um grande desafio para a comunidade internacional, principalmente no viés apresentado pelo artigo, que é o da jurisdição universal pura e simples, que depende, apenas, da natureza do crime e se afasta da análise dos vínculos de territorialidade e de nacionalidade.

Após a apresentação dos aspectos introdutórios e de alguns precedentes a respeito da jurisdição universal, é importante analisar o conceito, as características e a classificação do instituto da jurisdição universal, aspectos indispensáveis para a compreensão da relação jurídica que se instaura quando há a prática de crimes que ofendem os interesses da humanidade e que desencadeiam a aplicação das normas de natureza *jus cogens*.

3.2 Conceito, classificação e elementos caracterizadores da jurisdição universal

A intensificação da prática de crimes que atingem os interesses da humanidade motivou o estudo do instituto jurídico da jurisdição universal, que ainda é tratado de maneira incipiente pela comunidade internacional, mas que pode representar um passo importante para o combate à impunidade dos crimes que ofendem os interesses da humanidade.

Com o objetivo de esclarecer o conteúdo e a amplitude jurídica da jurisdição universal, o capítulo tem o objetivo de analisar seu conceito, classificação, seus elementos constitutivos e pressupostos, com a finalidade de desmistificar o tema e de demonstrar que a sua amplitude vai além da soberania estatal e da perspectiva extraterritorial da jurisdição.

Para Bassiouni²¹, a jurisdição universal é uma técnica que previne a impunidade por crimes internacionais mais graves, tais como crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio. O autor, ainda, explica que a jurisdição universal é uma técnica que tem aspectos positivos e negativos e que, se utilizada de forma imprudente, pode gerar tensões entre os Estados, acarretando desvios na utilização do devido processo legal.

²¹ BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: 25 out. 2020.

A respeito da jurisdição universal, destaca-se que as objeções relacionadas às imunidades não podem ser opostas, uma vez que o Estado atua em nome da comunidade internacional, como se estivesse ajuizando uma ação popular, para a preservação da ordem mundial, o que autoriza o Estado a agir, mesmo que não haja nenhuma conexão com o lugar da prática do crime ou com a nacionalidade do perpetrador ou da vítima.

Nesse sentido, consigna-se que um dos pressupostos mais importantes para a incidência da jurisdição universal é a natureza do crime e não a territorialidade, a extraterritorialidade, a soberania estatal ou a nacionalidade das partes envolvidas.

A propósito, é interessante destacar a ideia de Bassiouni:

The theory of universal jurisdiction is extraneous to the concept of national sovereignty, which is the historical basis for national criminal jurisdiction. Universal jurisdiction transcends national sovereignty. In addition, the exercise of universal jurisdiction displaces the right of the accused to be tried by the “natural judge,” a hallmark of the traditional exercise of territorial jurisdiction. The rationale behind the exercise of such jurisdiction is: (1) no other state can exercise jurisdiction on the basis of the traditional doctrines; (2) no other state has a direct interest; and (3) there is an interest of the international community to enforce. Thus, states exercise universal jurisdiction not only as national jurisdiction, but also as a surrogate for the international community. In other words, a state exercising universal jurisdiction carries out an *actio popularis* against persons who are *hostis humani generis*.

Two positions can be identified as the basis for transcending the concept of sovereignty. The first is the universalist position that stems from an idealistic *weltanschauung*. This idealistic universalist position recognizes certain core values and the existence of overriding international interests as being commonly shared and accepted by the international community and thus transcending the singularity of national interests. The second position is a pragmatic policy-oriented one that recognizes that occasionally certain commonly shared interests of the international community require an enforcement mechanism that transcends the interests of the singular sovereignty.²²

Assentar as bases do instituto da jurisdição universal é algo complexo, uma vez que, normalmente, a jurisdi-

²² BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: 25 out. 2020.

ção universal é tratada como consequência da extraterritorialidade, o que é um entendimento equivocada, uma vez que a jurisdição universal está além da soberania nacional, que é a base para a incidência da jurisdição penal nacional e, também, de sua aplicação extraterritorial.

Nesse contexto, Bassiouni²³ assevera que a racionalidade da jurisdição universal está fundada na ideia de que o Estado exerce a jurisdição como sub-rogado da comunidade internacional, como *actio popularis* contra pessoas que são hostis à humanidade.

Nesse aspecto, há uma reflexão importante a ser feita em relação aos interesses do Estado que exerce a jurisdição universal. A princípio, o Estado não teria interesse direto em punir o perpetrador do ato ilícito penal, tendo em vista a ausência de conexão territorial ou de nacionalidade. Assim, não poderia agir como sub-rogado, pois a sub-rogação é um instituo reservado àquele que tem interesse direto na relação jurídica, ou seja, o Estado interessado. Analisando-se a situação de forma mais crítica, verifica-se que todo e qualquer Estado tem o interesse em contribuir com a punição dos crimes que ofendem a humanidade e, assim, estaria caracterizado o interesse estatal no exercício da jurisdição universal.

Essa reflexão somente será compreendida de forma mais ampla no capítulo em que o artigo trabalha os interesses da humanidade, em que o sujeito ativo da relação jurídica que se desdobra, quando há a prática do ato ilícito penal, ficará mais claro, ou seja, a humanidade, bem como a condição do Estado de terceiro interessado que o legitima a se valer da jurisdição universal.

Desde já pode-se afirmar que a jurisdição universal é um instituto jurídico *sui generis*, que demanda a redefinição de diversos temas que permeiam o exercício da jurisdição penal nacional. Logo, em se tratando de jurisdição universal, não se fala em soberania nacional, mas na transcendência dessa perspectiva, que se expressa por meio da assunção de que existem determinados valores e interesses que são comuns e aceitos pela comunidade internacional e que, assim, transcendem os valores e interesses nacionais, o que requer mecanismos de aplicação que transcendam a perspectiva nacional.

²³ BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: 25 out. 2020.

Referidos valores compartilhados pela comunidade internacional e que fomentam a Teoria da Jurisdição Universal Independente são materializados por meio das normas de natureza *jus cogens*, o que será aprofundado em capítulo apropriado.

No entanto, antes de aprofundar a análise no contexto dos interesses da humanidade e das normas de natureza *jus cogens*, é importante analisar o conceito e estabelecer quais são os elementos caracterizadores da jurisdição universal e, com esse objetivo, aponta-se, inicialmente, que a nomenclatura utilizada para se referir à jurisdição universal é variada, podendo-se verificar a utilização das seguintes expressões, além da jurisdição universal: Princípio da Universalidade, Princípio da Jurisdição Universal, Princípio da Justiça Global, todos usados como sinônimos²⁴.

A propósito do conceito de jurisdição universal²⁵, pode-se afirmar que o instituto jurídico pode ser compreendido como uma ferramenta essencial para a consecução da justiça global, uma vez que habilita os Estados a exercerem a jurisdição por meio de seus órgãos jurisdicionais, independentemente do local da prática do crime e do vínculo de nacionalidade com o perpetrador e com a vítima²⁶.

Nesse sentido, Anne-Marie Salughter assevera que:

²⁴ CORDERO, Isidoro Blanco. Universal Jurisdiction. General Report. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 79, p. 59-100, 2008. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2008-1-page-59.htm> Acesso em: 27 mar. 2022.

²⁵ O Instituto de Direito Internacional definiu jurisdição universal em 2005, por Resolução, artigo 1: “a jurisdição criminal para questões criminais, como um fundamento adicional da jurisdição, significa a competência do Estado para processar ofensas e punir os ofensores, independentemente do local em que o crime foi cometido e independentemente de haver uma conexão com a nacionalidade ativa ou passiva ou com outro tipo de jurisdição reconhecida pelo direito internacional.” SIENHO YEE. Universal Jurisdiction: concept, logic, and reality. *Chinese Journal of International Law*, p. 503-530, 2011. Disponível em: <https://watermark.silverchair.com/jmr041.pdf> Acesso em: 27 mar. 2022. O artigo 48 dos Artigos da Comissão de Direito Internacional também estabelece, em seu § 2º que outro Estado além do prejudicado tem a prerrogativa de invocar a responsabilização de outro Estado, o que anuncia o interesse de terceiro Estado, como foi o caso de Gâmbia v. Myanmar, da Corte Internacional de Justiça. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso Gâmbia v. Myanmar*. 2019. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/178> Acesso em: 18 out. 2020.

²⁶ SIENHO YEE. Universal Jurisdiction: concept, logic, and reality. *Chinese Journal of International Law*, p. 503-530, 2011. p. 504-505. Disponível em: <https://watermark.silverchair.com/jmr041.pdf> Acesso em: 27 mar. 2022.

By granting the power to prosecute to all states, universal jurisdiction purports to remove the need for a particular connection to any one. It stands alone among the five generally accepted bases for exercising jurisdiction in not requiring a link between any part of the offence and the state seeking to exercise jurisdiction. Universal jurisdiction is also unique in another respect: it ultimately depends on domestic courts for its application. While domestic legislatures and executives, together with international tribunals, all contribute to the definition and scope of universal jurisdiction, its final point of application will be the courtroom. It is domestic judges who must grapple with defining the relationship between international law and national law. It is domestic judges who must consider the procedural and substantive scope of universal jurisdiction in their courts. And it is domestic judges who must tell us how, when, and why universal jurisdiction is or is not applicable in a given case.²⁷

A jurisdição universal é, portanto, uma ferramenta essencial na luta contra a impunidade dos crimes internacionais mais graves, que afetam os interesses da humanidade, tendo seu fundamento no Direito Internacional Costumeiro, no Direito Internacional Convencional, na legislação nacional e na jurisprudência.

O poder-dever do Estado de exercer a jurisdição universal também tem fundamento no Princípio *Aut Dedere aut Judicare*, extraditar ou processar, ou seja, o Estado não pode proteger contra a jurisdição um indivíduo que praticou crimes hediondos sob a perspectiva do direito internacional, estando obrigado a exercer a jurisdição ou a extraditar a pessoa para um país que queira ou que tenha condições de processá-la.²⁸

A propósito da amplitude do instituto jurídico da jurisdição, Roger O’Keefe²⁹ afirma que a jurisdição se desdobra em duas acepções, ou seja, a prescritiva e a de aplicação. No primeiro caso, o Estado exerce o seu poder de legislar sobre determinados casos, tipificando determinadas condutas. No segundo caso, o Estado estabelece mecanismos para aplicar as consequências previstas no tipo penal. O autor, ainda, explica que a

jurisdição universal é, portanto, uma espécie de jurisdição prescritiva, afirmando que a legislação nacional necessita prever a possibilidade de o Estado exercer a jurisdição universal, mas esclarece que é necessário não confundir a jurisdição universal com a jurisdição nacional exercida extraterritorialmente, que são institutos diferentes, uma vez que a perspectiva universal poderá incidir mesmo que não haja nenhuma conexão territorial ou de nacionalidade.

A propósito da necessidade de se esclarecer o conceito de jurisdição universal, registra-se a passagem da obra de Roger O’Keefe³⁰:

It would seem sufficiently well agreed that universal jurisdiction amounts to the assertion of jurisdiction to prescribe in the absence of any other accepted jurisdictional nexus at the time of the relevant conduct. (It should again be stressed in this light that the term ‘universal jurisdiction’ is shorthand for ‘universal jurisdiction to prescribe’ or ‘universal prescriptive jurisdiction’ and that the point by reference to which one characterizes the head of prescriptive jurisdiction relied on in a given case is the moment of commission of the putative offence.) In positive and slightly pedantic terms, universal jurisdiction can be defined as prescriptive jurisdiction over offences committed abroad by persons who at the time of commission are non-resident aliens, where such offences are not deemed to constitute threats to the fundamental interests of the prescribing state or, in appropriate cases, to give rise to effects within its territory. This positive definition is, needless to say, a mouthful, and universal jurisdiction is probably more usefully defined in opposition to what it is not.

No que diz respeito à ideia de que para que a jurisdição universal possa ser exercida pelo Estado há a necessidade de previsão expressa em leis nacionais, há de se fazer uma observação importante, mesmo não havendo previsão nacional a respeito, o artigo compartilha da ideia de que é possível incidir a jurisdição universal. No Brasil, a explicação encontra-se na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, §§ 1º e 2º, que dizem respeito, respectivamente, à natureza autoexecutável dos direitos fundamentais e à natureza de norma materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Ora, se os tratados internacionais de direitos humanos são direitos fundamentais autoexecutáveis e constituem normas materialmente constitucionais, é possível

²⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. *Universal jurisdiction*: national courts and the prosecution of serious crimes under International Law. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004. p. 168.

²⁸ AMNESTY INTERNATIONAL. *Universal Jurisdiction*: a preliminary survey of legislation around the world: 2012 update. 2012. Disponível em <https://www.amnesty.org/en/documents/ior53/019/2012/en/> Acesso em: 27 mar. 2022.

²⁹ O’KEEFE, Roger. Universal Jurisdiction: clarifying the basic concept. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, p. 735-760, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3496574 Acesso em: 27 mar. 2022.

³⁰ O’KEEFE, Roger. Universal Jurisdiction: clarifying the basic concept. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, p. 735-760, 2004. p. 11. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3496574 Acesso em: 27 mar. 2022.

que a jurisdição universal seja exercida com base na relação da Constituição com os tratados internacionais que preveem e proíbem a tortura, o genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, não havendo de se falar na obrigatoriedade de uma lei ou da necessidade de incorporação do tratado internacional ao ordenamento jurídico interno³¹ nacional para que o Estado esteja autorizado a exercer a jurisdição universal, o que decorre, automaticamente, de sua natureza de sujeito de direito internacional³².

Ainda no contexto da diferença entre o exercício da jurisdição nacional por um Estado e da jurisdição universal, que pode ser exercida por qualquer Estado, é importante ressaltar que a jurisdição nacional do Estado pressupõe a territorialidade, admitindo-se a extraterritorialidade em alguns casos, como o artigo 7º do Código Penal brasileiro, que estabelece as hipóteses de extraterritorialidade limitada e ilimitada. No caso, evidencia-se um vínculo de territorialidade e de nacionalidade e até mesmo dos interesses da nação brasileira, o que é a expressão do Princípio da Soberania Estatal e difere da amplitude da jurisdição universal, que exige somente a análise da natureza do crime para a sua incidência³³.

A jurisdição universal deve ser exercida por qualquer Estado e, assim, pode-se afirmar que ela é mandatária, uma vez que o Estado tem o dever de processar ou de extraditar, o que pode decorrer do direito internacional convencional, do direito costumeiro ou do direito nacional.

A propósito, o tratado base para o exercício da jurisdição universal foi a Convenção de Genebra, de 1949, instituída para a proteção das vítimas de guerra, a exemplo dos artigos 49 (Convenção de Genebra I), 50 (Convenção de Genebra II), 129 (Convenção de Genebra III) e 146 (Convenção de Genebra IV)³⁴, bem como o

Protocolo Adicional I de 1977, da Convenção de Genebra de 1949, em seu artigo 85. Obrigação similar pode ser encontrada na Convenção de Haia, de 1954, sobre a Proteção da Propriedade Cultural em Conflitos Armados, além da Convenção contra a Tortura, de 1984 e da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Desaparecidas, de 2006.

No que diz respeito ao direito costumeiro, é possível afirmar que, enquanto as previsões dos tratados internacionais estão restritas às graves violações dos direitos humanos, no direito internacional costumeiro, elas podem estar ligadas a todas as violações de leis e costumes de guerra, podendo-se mencionar o artigo 3º da Convenção de Genebra e seu Protocolo II, de 1977, para os crimes cometidos em conflitos internacionais não armados.

Assim, a jurisdição universal pode ser compreendida como uma espécie de jurisdição para a defesa dos interesses da humanidade e para a luta contra a impunidade, exercida pelo sistema judicial nacional, uma vez que não há uma autoridade global que se destina à proteção desses interesses, um tratado internacional global, ou um tribunal global para o processamento dos crimes mais graves contra a humanidade. Como foi possível perceber, o primeiro passo é o reconhecimento da jurisdição universal pelos Estados, mas a dificuldade ainda reside em sua implementação³⁵.

Ainda é preciso acrescentar que o exercício da jurisdição e o Princípio da Complementaridade, previsto no Estatuto de Roma de 1998³⁶, se entrelaçam gerando consequências importantes no contexto do exercício da jurisdição universal. O Princípio da Complementaridade pode ser definido como um princípio funcional, que tem o objetivo de garantir o exercício da jurisdição por órgãos subsidiários, quando o principal órgão falhou no exercício da sua jurisdição primária. É um princípio que

³¹ SIENHO YEE. Universal Jurisdiction: concept, logic, and reality. *Chinese Journal of International Law*, p. 503-530, 2011. Disponível em: <https://watermark.silverchair.com/jmr041.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

³² SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³³ INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. Advisory Service on International Humanitarian Law. *Universal Jurisdiction over war crimes*. 2014. Disponível em <https://www.icrc.org/en/document/universal-jurisdiction-over-war-crimes-factsheet>. Acesso em: 27 mar. 2022.

³⁴ Os documentos podem ser encontrados em: COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *As convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais*. Disponível em: <https://www.icrc.org/>

<pt/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>. Acesso em: 27 mar. 2022.

³⁵ XAVIER, Phillippe. The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh? *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 862, p. 375-398, jun. 2006. Disponível em: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf. Acesso: 27 mar. 2022.

³⁶ BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso: 28 mar. 2021.

atua em benefício do exercício da jurisdição universal em primazia pelos Estados ³⁷.

Nesse sentido, referido princípio não é uma folha em branco para que o Tribunal Penal Internacional exerça a sua jurisdição em qualquer caso, mas o reflexo da cooperação internacional que deve existir entre o tribunal e os Estados no sentido de se concretizar a punição dos crimes hediondos cometidos contra os interesses da humanidade.

Em continuidade à análise da relação jurídica em estudo, pode-se afirmar que seu elemento objetivo está relacionado às normas de natureza *jus cogens*, tema que será analisado no capítulo seguinte.

4 Jus Cogens: o elemento objetivo da relação jurídica que fundamenta a jurisdição universal

As normas de natureza *jus cogens* constituem o elemento objetivo da relação jurídica que se revela como desdobramento da prática de crimes contra a humanidade, de crimes de guerra e da prática do genocídio, em razão do bem jurídico protegido pelas normas dessa natureza, ou seja, os interesses da humanidade. Referido elemento objetivo conecta-se diretamente ao instituto da jurisdição universal, que, por dizer respeito a normas obrigatórias para todos os Estados, enseja o exercício da ação popular por parte destes, tema que será abordado no capítulo.

O conceito de *jus cogens* foi definitivamente incorporado à perspectiva universal de direito internacional contemporâneo como normas peremptórias do direito internacional geral nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados ³⁸ e constitui o fundamento da ordem jurídica internacional.

³⁷ LOUREIRO, Claudia Regina de O. M. S. A jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional e o deslocamento forçado do Povo Rohingya: o caso Myanmar v. Bangladesh do Tribunal Penal Internacional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 59, p. 145-171, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1410>. Acesso em: 27 mar. 2022; XAVIER, Phillippe. The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh? *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 862, p. 375-398, jun. 2006. Disponível em: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf. Acesso: 27 mar. 2022.

³⁸ BRASIL. *Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a

O *jus cogens* internacional vai além dos tratados, estendendo-se para o direito de responsabilizar os Estados, e a todo o *corpus juris* do Direito Internacional Contemporâneo ³⁹, o que se projeta até mesmo no direito doméstico, invalidando qualquer medida ou ato incompatível com o *jus cogens*. É o fundamento do Direito Internacional Universal e do novo *jus gentium*, que se destina à proteção da pessoa humana em situação de adversidade ou de vulnerabilidade, consagrando valores fundamentais e superiores.

As normas de natureza *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* integram o universo conceitual do Direito Internacional Contemporâneo, que não se funda na vontade dos Estados, mas na consciência da humanidade, e contribui para a ressignificação do direito das gentes.

São normas fundadas na necessidade de leis que são obrigatórias para todos os Estados, se relacionam com os interesses de toda comunidade internacional, necessárias a toda a comunidade internacional, que estão fundadas na consciência internacional ⁴⁰ e que não existem para satisfazer a vontade e os interesses dos Estados ⁴¹, pois foram criadas com propósitos humanitários.

A propósito do tema, Cançado Trindade adverte que:

Jus cogens was definitively incorporated into the conceptual universe of contemporary International Law as from the inclusion, among the bases of invalidity and termination of treaties, of the peremptory norms of general International Law, in Articles 53 and 64 of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties. The Convention set forth the concept of *jus cogens*, without thereby adopting the thesis - defended in the past by A. McNair - that a treaty could generate a regime of objective character *erga omnes* in derogation of the classic principle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. The concept seems

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso: 27 mar. 2022.

³⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Jus Cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁴⁰ VERDROSS, Alfred. *Jus Dispositivum and jus cogens in international law*. *American Journal of International Law*, n. 1, p. 53-63, 1996. p. 57. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/3344.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

⁴¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/12>. Acesso em: 27 mar. 2022.

to have been recognized by the Vienna Convention of 1969 as a whole; if this latter did not adopt the notion of treaties establishing “legal regimes of objective character”, on the other hand it set forth the concept of *jus cogens*, i.e., of peremptory norms of general International Law. The provisions on *jus cogens* became the object of analysis of a wide specialized bibliography.⁴²

Assim, as normas de natureza *jus cogens* são consideradas cláusula aberta, cláusula geral, pois não constituem uma categoria fechada, mas sim um conceito em evolução e em expansão. Atualmente, consideram-se de natureza *jus cogens* as normas que proíbem a prática da tortura, do desaparecimento forçado, do genocídio, dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade.

São normas invocadas para assegurar a absoluta proibição da violação dos direitos fundamentais da pessoa humana e que se expandem de forma vertical e horizontal. De forma vertical, a concepção de uma norma de natureza *jus cogens* invalida qualquer medida administrativa, legislativa ou judicial, no âmbito doméstico, que autorize a tortura, por exemplo. Em sua expansão horizontal, é uma norma que se aplica a todos os Estados que compõem a comunidade internacional.

Dessa forma, as normas de natureza *jus cogens* representam o *new jus gentium* do Direito Internacional da Humanidade e se estendem para todo o *corpus juris* do Direito Internacional Contemporâneo, projetando-se para o direito doméstico e invalidando qualquer medida ou ato incompatível com ela. São normas que, pela sua natureza inderrogável, têm incidência sobre o fundamento de um Direito Internacional Universal, sendo a base do novo *jus gentium*.

Como cláusula aberta, as normas de natureza *jus cogens* estão sempre sujeitas à resignificação e, assim, nota-se que os tribunais internacionais vêm contribuindo, consideravelmente, para a construção da amplitude e da significação das normas *jus cogens*, podendo-se citar, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia como o tribunal que mais contribuiu para a evolução conceitual das normas *jus cogens*. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem contribuído para a expansão do conceito material de *jus cogens*, com o entendimento da absoluta proibição de tortura e

de tratamento desumano, cruel e degradante, seguida do Princípio da Igualdade e da Não Discriminação.⁴³

Para a proteção dos seres humanos, as normas *jus cogens* e as obrigações de natureza *erga omnes* integram o universo conceitual do Direito Internacional contemporâneo, consagrando a visão universalista de que as normas cogentes não derivam da vontade dos Estados, mas sim da consciência humana, ou seja, da *opinio juris communis* de todos os sujeitos de direito internacional, Estados, Organizações Internacionais, seres humanos e a humanidade como um todo, o que reflete a necessidade de humanização do Direito Internacional.⁴⁴

Assim, a humanização do Direito Internacional diz respeito à construção do novo *jus gentium*, orientada pelos princípios gerais de direito, pelas normas de natureza *jus cogens*, pelas obrigações *erga omnes* e pela perspectiva universalista do direito das nações e, nesse contexto, o exercício da jurisdição universal pode ser considerado como um mecanismo indispensável para consolidar referida humanização.

Ainda é importante acrescentar que o conteúdo das normas *jus cogens* atende à necessidade mínima de verticalização da ordem jurídica internacional, em especial da soberania estatal para efeito de se alcançar a proteção e a concretização dos direitos humanos. Referida verticalização se dá no sentido de transcendência do direito dos tratados e das regras de responsabilização dos Estados, alcançando o Direito Internacional Geral e os fundamentos da ordem jurídica internacional.⁴⁵

A propósito do tema, convém registrar, mais uma vez, o teor do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que prevê a nulidade do tratado internacional que conflitar com uma norma imperativa, que não admite derrogação ou que somente

⁴² TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Jus Cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf> Acesso em: 10 out. 2019.

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 18/03 sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf Acesso em: 14 dez. 2019.

⁴⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Jus Cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf> Acesso em: 10 out. 2019.

⁴⁵ A tese da fragmentação vertical da soberania estatal foi desenvolvida por Thomas Pogge em sua obra: POGGE, Thomas. *Cosmopolitanism and sovereignty*. *Ethics*, v. 103, n. 1, p. 48-75, 1992. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2381495> Acesso em: 16 dez. 2019.

pode ser modificada por norma posterior de Direito Internacional Geral da mesma natureza.⁴⁶

Na Opinião Consultiva, de 1951, emitida pela Corte Internacional de Justiça sobre as Reservas à Convenção contra o Genocídio⁴⁷, os princípios humanitários previstos na Convenção foram considerados obrigatórios aos Estados, até mesmo na ausência de vinculação convencional, o que denota certa incompatibilidade entre o conceito de *jus cogens* e a concepção voluntarista do Direito Internacional.

Além disso, na Opinião Consultiva n. 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados⁴⁸, consagrou-se o entendimento de que *jus cogens* não é uma categoria jurídica fechada, mas que está em constante evolução e expansão, estendendo a consciência jurídica universal para a proteção dos direitos inerentes a cada ser humano, em toda e qualquer situação, conforme se extrai da ideia de proibição de tortura, do desaparecimento forçado de pessoas e das execuções.⁴⁹

Assim, o conteúdo do *jus cogens* não está limitado aos tratados internacionais, mas, ao contrário dessa ideia, está se expandindo numa dimensão vertical, na interação entre as ordens legais internacional e nacional, invalidando todo e qualquer ato legislativo, administrativo ou medida judicial no âmbito do direito doméstico dos Estados que autorize ou tolere a tortura.

⁴⁶ Artigo 53 da CVDI/1969: “é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso: 27 mar. 2022.

⁴⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/12>. Acesso em: 27 mar. 2022.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 18/03 sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf Acesso em: 14 dez. 2019.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 18/03 sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf Acesso em: 14 dez. 2019.

Além disso, são normas que asseguram a absoluta proibição de violação dos direitos fundamentais da pessoa humana e que estão conectadas com os valores superiores compartilhados pela comunidade internacional. Por isso, o *jus cogens* emana da noção de ordem pública do Direito Internacional e da prevalência do *jus necessarium* sobre o *jus voluntarium*.^{50 51}

A propósito do tema, importante destacar que o artigo 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 estabelece que um tratado internacional que conflitar com uma norma peremptória de direito internacional geral será nulo, assim como os tratados internacionais mais recentes que conflitem com norma peremptória.⁵²

Ademais, as normas peremptórias geram obrigações *erga omnes* e acarretam a responsabilidade internacional dos Estados, de modo que até mesmo um Estado não prejudicado pode invocar a responsabilidade do outro, uma vez que a obrigação peremptória violada pertence a toda comunidade internacional, tornando-se uma obrigação multilateral.⁵³

Nesse sentido, o dever de respeitar e proteger os direitos humanos em particular em face das sérias violações de Direitos Humanos decorre de norma peremp-

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cantoral Benavides v. Peru. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_69_ing.pdf Acesso em: 4 dez. 2019; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Maritza Urrutia v. Guatemala. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf Acesso em: 4 dez. 2019; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hermanos Gomes v. Peru. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf Acesso em: 04 dez. 2019; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tibi v. Equador. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf Acesso em: 04 dez. 2019; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 8. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf Acesso em: 04 dez. 2019.

⁵¹ BASSIOUNI, Cherif Bassiouni. International crimes: *jus cogens* and obligatio *erga omnes*. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1996. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=lcp> Acesso em: 10 jul. 2019.

⁵² BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso: 27 mar. 2022.

⁵³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Barcelona Traction Case. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19640724-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2019.

tória de direito internacional, que cria obrigações *erga omnes*, que, por sua vez, geram o sentimento de que é inadmissível um Estado pratique crimes hediondos ou que se torne inerte diante de sua ocorrência.⁵⁴

Nesse contexto, afirma-se que alguns atos praticados pelos Estados sofrem a influência do regime jurídico oriundo das normas *jus cogens*, tais como: agressão, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, pirataria, escravidão e tortura e essa tese decorre da *opinio juris* internacional, dos preâmbulos dos tratados internacionais, do grande número de Estados que ratificaram tratados relacionados a esses crimes, dos tribunais internacionais *ad hoc* e dos processos internacionais que versam sobre referidos crimes.

Além disso, certos crimes e práticas dos Estados afetam os interesses da comunidade mundial porque ameaçam a paz e a segurança da humanidade, bem como porque chocam a consciência da humanidade e, se estes dois elementos estiverem presentes, pode-se dizer que o crime ou a norma tem natureza *jus cogens*.⁵⁵ Ademais, a norma é considerada *jus cogens* quando o princípio que a envolve é aceito universalmente, por meio da consistente prática acompanhada pela *opinio juris* manifestada pela maioria dos Estados.^{56 57 58}

Por isso, o traço marcante das normas de natureza *jus cogens* é gerar obrigações para os Estados e para toda comunidade internacional, uma vez que o dever de respeitar e proteger os direitos humanos, em particular, diante de sérias violações, é uma norma peremptória de

direito internacional que cria obrigações *erga omnes*. Portanto, é inaceitável que um Estado se torne inerte diante do dever de processar ou de extraditar.⁵⁹

Assim, as normas de natureza *jus cogens* constituem o fundamento do exercício da jurisdição universal pura e perfazem o contexto do elemento objetivo da relação jurídica instaurada com a prática de ofensas hediondas contra os interesses da humanidade.

Na sequência do estudo da relação jurídica em apreço, analisa-se a humanidade como parte do elemento subjetivo, no contexto dos interesses da humanidade.

5 Interesses da humanidade: elemento subjetivo da relação jurídica que fundamenta a jurisdição universal

Neste capítulo, os interesses da humanidade serão analisados pelo viés doutrinário, bem como com base no estudo do caso *Gâmbia v. Myanmar* que se desdobra na Corte Internacional de Justiça.

Sobre o caso, consigna-se que, em 23.01.2020, a Corte Internacional de Justiça, principal órgão jurisdicional das Nações Unidas, emitiu ordem em sede de medidas provisionais no caso relativo à aplicação da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, no caso *Gâmbia v. Myanmar*, crime internacional que se conecta com as normas de natureza *jus cogens* e com o contexto das obrigações *erga omnes*.

No caso, *Gâmbia* alegou que Myanmar cometeu o crime de genocídio contra o Povo Rohingya, descrito como grupo étnico, racial e religioso, que reside no Estado de Rakhine, em Myanmar. Há relatos de que militares, forças de segurança, indivíduos e entidades privadas agiram sob a direção e controle de Myanmar para matar, estuprar e praticar outras formas de violência sexual, tortura, tratamento cruel, bem como para negar acesso à comida, abrigo e a outros direitos essenciais à vida,

⁵⁴ PINGRAU, Antoni. Reflections on the effectiveness of peremptory norms and erga omnes obligation before international tribunals, regarding the request for an advisory opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands. *QIL, Zoom-out*, v. 55, p. 131-146, 2018. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/reflections-on-the-effectiveness-of-peremptory-norms-and-erga-omnes-obligations-before-international-tribunals-regarding-the-request-for-an-advisory-opinion-from-the-international-court-of-justice-on/> Acesso em: 12 ago. 2019.

⁵⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Opinião Consultiva Nicarágua v. EUA*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> Acesso em: 04 dez. 2019.

⁵⁶ SCHEUNER, Ulrich. *Conflict of treaty provisions with a peremptory norm of general international law and its consequences*. 1967. Disponível em: https://www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_520_532.pdf Acesso em: 2 jun. 2022..

⁵⁷ SCHEUNER, Ulrich. *Conflict of treaty provisions with a peremptory norm of general international law and its consequences*. 1967. Disponível em: https://www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_520_532.pdf Acesso em: 2 jun. 2022.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 51, 86.

⁵⁹ PINGRAU, Antoni. Reflections on the effectiveness of peremptory norms and erga omnes obligation before international tribunals, regarding the request for an advisory opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands. *QIL, Zoom-out*, v. 55, p. 131-146, 2018. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/reflections-on-the-effectiveness-of-peremptory-norms-and-erga-omnes-obligations-before-international-tribunals-regarding-the-request-for-an-advisory-opinion-from-the-international-court-of-justice-on/> Acesso em: 12 ago. 2019.

com a intenção de destruir o Povo Rohingya, no todo ou em parte ⁶⁰.

A solicitação de Gâmbia para dar início a procedimentos perante a CIJ em face de Myanmar foi fundamentada no artigo IX da Convenção para a Prevenção e para a Punição do Genocídio ⁶¹, Convenção do Genocídio, o que exige a existência de uma disputa entre as partes em relação à interpretação, aplicação ou ao cumprimento da Convenção e Myanmar afirmou que não existia uma disputa entre os países, pois Gâmbia fez a representação para dar suporte à Organização da Cooperação Islâmica. No entanto, a Corte afirmou que o fato de Gâmbia ter recebido suporte de organizações não governamentais não retira a existência de disputa entre as partes em relação à Convenção do Genocídio.

A respeito de debate sobre a existência de uma disputa entre as partes, é importante esclarecer que a Missão para encontrar provas, instituída pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, publicou um Relatório no qual consignou a conclusão prévia de que Myanmar incorreu em responsabilidade internacional em relação à proibição do genocídio e entendeu como salutar a iniciativa de Gâmbia, de Bangladesh e da Organização de Cooperação Islâmica de iniciarem um procedimento em face de Myanmar com fundamento na Convenção do Genocídio.

⁶⁰ A respeito do caso, conferir: “2. This Application concerns acts adopted, taken and condoned by the Government of Myanmar against members of the Rohingya group, a distinct ethnic, racial and religious group that resides primarily in Myanmar’s Rakhine State. These acts, which include killing, causing serious bodily and mental harm, inflicting conditions that are calculated to bring about physical destruction, imposing measures to prevent births, and forcible transfers, are genocidal in character because they are intended to destroy the Rohingya group in whole or in part. They have been perpetrated in manifest violation of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (the “Genocide Convention”). These acts are all attributable to Myanmar, which is thus responsible for committing genocide. Myanmar has also violated other fundamental obligations under the Genocide Convention, including by attempting to commit genocide; conspiring to commit genocide; inciting genocide; complicity in genocide; and failing to prevent and punish genocide.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Gambia v. Myanmar Case*. p. 4. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

⁶¹ BRASIL. *Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952*. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html. Acesso em: 01 maio 2021.

Conforme foi salientado, a Corte entendeu que o fato de Gâmbia ter recebido suporte de organizações não governamentais não retira a possibilidade da existência de uma disputa entre as partes para que seja possível a instauração de um procedimento perante o Tribunal de Haia.

A esse respeito, importante destacar que, em 26.09.2019, na 74ª Sessão da Assembleia Geral da ONU, Gâmbia afirmou, durante o debate geral, que estava pronta para envidar esforços no sentido de levar a situação do Povo Rohingya à Corte internacional de Justiça. Logo após a manifestação de Gâmbia, Myanmar deu uma declaração afirmando que a Missão para encontrar provas da ONU não se baseava em fatos, mas apenas em narrativas e que, portanto, não gozava de credibilidade ⁶².

Para a Corte, referidas declarações proferidas por ambas as partes caracterizam a existência de uma disputa, de uma divergência de visões sobre o caso do Povo Rohingya, o que possibilita a instauração de um procedimento perante a Corte, em consonância com o Artigo IX da Convenção do Genocídio.

⁶² A propósito do caso, conferir: “turning to the question of whether there was a dispute between the Parties at the time of the filing of the Application, the Court notes that, on 8 August 2019, the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar established by the Human Rights Council of the United Nations (hereinafter the “Fact-Finding Mission”) published a report which affirmed its previous conclusion “that Myanmar incurs State responsibility under the prohibition against genocide” and welcomed the efforts of The Gambia, Bangladesh and the OIC to pursue a case against Myanmar before the Court under the Genocide Convention. The Court further notes that, on 26 September 2019, The Gambia stated during the general debate of the seventy-fourth session of the General Assembly of the United Nations that it was ready to lead concerted efforts to take the Rohingya issue to the International Court of Justice, and that Myanmar delivered an address two days later, characterizing the Fact-Finding Mission reports as “biased and flawed, based not on facts but on narratives”. In the Court’s view, these statements suggested the existence of a divergence of views concerning the events which allegedly took place in Rakhine State in relation to the Rohingya. In addition, the Court takes into account The Gambia’s Note Verbale of 11 October 2019, in which it stated that it understood Myanmar to be in ongoing breach of its obligations under the Genocide Convention and under customary international law and insisted that Myanmar take all necessary actions to comply with these obligations. In light of the gravity of the allegations made in this Note Verbale, the Court considers that the lack of response may be another indication of the existence of a dispute between the Parties. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

Superada a discussão a respeito do requisito da existência prévia de uma disputa entre as partes, a Corte entendeu que teria jurisdição para apreciar a questão e que, por isso, não poderia acolher o pedido de Myanmar para retirada do caso da Lista Geral por manifesta falta de jurisdição. Myanmar ainda alegou que Gâmbia não teria legitimidade para iniciar um procedimento contra seu país por não ter sido afetada diretamente pela suposta violência perpetrada no caso do Povo Rohingya.

Nesse aspecto, a Corte considerou que, em razão das ideias que inspiraram a Convenção e na perspectiva dos valores compartilhados, todos os Estados partes da Convenção do Genocídio têm um interesse comum de garantir a prevenção dos atos de genocídio e de perseguir a punição de seus perpetradores, ideia que se conecta com a natureza *jus cogens* da norma que proíbe a prática do genocídio e, nesse sentido, o interesse comum faz com que as obrigações envolvidas sejam devidas por qualquer Estado parte aos demais Estados partes da Convenção, uma vez que as previsões da Convenção do Genocídio podem ser definidas como obrigações *erga omnes*, ou seja, se estendem a todos os Estados ⁶³.

⁶³ A respeito do caso, verificar: “the Court next examines the Respondent’s argument that The Gambia does not have standing to bring a case before the Court in relation to Myanmar’s alleged breaches of the Genocide Convention without being specially affected by such alleged violations. The Court begins by observing that, in light of the high ideals which inspired the Convention, and in view of their shared values, all the States parties to the Genocide Convention have a common interest to ensure that acts of genocide are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. It adds that this common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. As the Court observed in its Judgment in the case concerning Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), regarding similar provisions in the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the relevant provisions of the Genocide Convention may be defined as obligations *erga omnes* partes in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case. It follows, the Court adds, that any State party to the Genocide Convention, and not only a specially affected State, may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes* partes, and to bring that failure to an end. The Court concludes that The Gambia has *prima facie* standing to submit to it the dispute with Myanmar on the basis of alleged violations of obligations under the Genocide Convention.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf> Acesso em: 01 maio 2021.

Nesse sentido, qualquer Estado parte da Convenção e não somente o Estado afetado pode invocar a responsabilidade de outro Estado parte para preservar a eficácia das obrigações *erga omnes*, argumento que também pode ser utilizado para reforçar a ideia de que o Estado tem interesse em exercer a jurisdição universal, através da ação popular, no sentido de promover os interesses da humanidade.

Logo, a Corte concluiu que Gâmbia tem legitimidade para dar início ao procedimento em face de Myanmar perante a Corte Internacional de Justiça. No sentido de conferir eficácia às obrigações *erga omnes* previstas na Convenção do Genocídio, a Corte adotou as seguintes medidas provisionais:

(1) Unanimously,

The Republic of the Union of Myanmar shall, in accordance with its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in relation to the members of the Rohingya group in its territory, take all measures within its power to prevent the commission of all acts within the scope of Article II of this Convention, in particular:

(a) killing members of the group;

(b) causing serious bodily or mental harm to the members of the group;

(c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; and

(d) imposing measures intended to prevent births within the group; (2) Unanimously,

The Republic of the Union of Myanmar shall, in relation to the members of the Rohingya group in its territory, ensure that its military, as well as any irregular armed units which may be directed or supported by it and any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, do not commit any acts described in point (1) above, or of conspiracy to commit genocide, of direct and public incitement to commit genocide, of attempt to commit genocide, or of complicity in genocide;

(3) Unanimously,

The Republic of the Union of Myanmar shall take effective measures to prevent the destruction and ensure the preservation of evidence related to allegations of acts within the scope of Article II of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide;

(4) Unanimously,

The Republic of the Union of Myanmar shall submit a report to the Court on all measures taken to

give effect to this Order within four months, as from the date of this Order, and thereafter every six months, until a final decision on the case is rendered by the Court.⁶⁴

Apesar de terem sido adotadas as medidas provisionais acima elencadas, ainda é interessante destacar o voto separado do Juiz Cançado Trindade, devido às contribuições para a discussão a respeito dos interesses da humanidade, que consigna o entendimento que rejeita a visão voluntarista sobre o caso, enfatizando a prevalência da consciência humana sobre a vontade dos Estados. O Juiz ainda ressaltou que as medidas provisionais deveriam ter levado em consideração a extrema vulnerabilidade das pessoas envolvidas no caso do Povo Rohingya, demonstrando uma visão centrada na pessoa humana, a fim de preservar o direito fundamental à vida, com a razão da humanidade acima da razão do Estado⁶⁵.

O voto separado ainda ressaltou que é necessário resguardar os direitos fundamentais por meio das medidas provisionais, uma vez que referidos direitos estão inseridos no domínio das normas de natureza *jus cogens*, em consonância da Convenção do Genocídio⁶⁶ e com o direito internacional costumeiro⁶⁷. Além disso,

⁶⁴ As medidas provisionais podem ser verificadas em: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf> Acesso em: 01 maio 2021.

⁶⁵ Sobre o tema, conferir: “74. In the earlier parts of my dissents, I recalled the presence in the reasoning of many influential thinkers of the twentieth century (*inter alia*, in the middle of last century, Mahatma Gandhi and Stefan Zweig, among several others in distinct continents) warning against human wickedness with its numerous victims of the atrocities perpetrated at that time and before, and continuing nowadays. And I have stressed, in face of the persistence of human cruelty, the great need for a people-centred approach, keeping in mind the fundamental right to life, with the *raison d’humanité* prevailing over the *raison d’Etat*.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Voto separado do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade no caso Gâmbia v. Myanmar*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-02-EN.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

⁶⁶ BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm Acesso: 28 mar. 2021.

⁶⁷ A respeito, conferir: “81. As examined in a recent study of the developing international case law on the matter, provisional measures of protection are nowadays endowed with an autonomous legal regime of their own, which is of great significance for the protection of fundamental human rights. Such rights remain in the domain of *jus cogens*. This is a point which did not pass unperceived in the oral procedure before the ICJ: in the public hearing of 10 De-

ficou registrado que direito e justiça não são aspectos dissociados e que os princípios da igualdade e da não discriminação⁶⁸ repousam nos fundamentos protegidos pela Convenção do Genocídio e nas convenções de direitos humanos e que a missão da Corte é contribuir para a construção do direito humanizado das nações, no mundo desumano de nossos dias. Assim, em estudo apresenta uma importante contribuição para a consolidação da tese dos interesses da humanidade, que será abordada a seguir.

Os interesses da humanidade podem ser destacados como instituto jurídico central no caso em apreço e, por essa razão, merecem destaque no artigo que apresenta a humanidade como sujeito de direito pertencente ao pólo ativo da relação jurídica em estudo.

Para a compreensão a respeito do conceito e da amplitude dos interesses da humanidade, é necessário estabelecer a diferença entre *humaness* e *humankind*, e, nesse sentido, a primeira diz respeito à condição humana, à qualidade de ser humano e, a segunda, à junção de todos os seres humanos, ou seja, à humanidade⁶⁹.

Referida distinção pode ser verificada no contexto da caracterização dos crimes contra a humanidade, que ofendem todos os seres humanos e o *core* compartilhado pela humanidade, que a distingue dos demais seres da natureza. E, nesse sentido, humanidade conjugaria tanto a perspectiva da qualidade de ser humano como a perspectiva dos valores compartilhados pela humanidade como um todo.

Assim, os crimes contra a humanidade ofendem os valores relativos à condição humana e, por isso, distinguem-se de crimes praticados contra a pessoa, pois dizem respeito aos valores que os crimes contra a hu-

ember 2019, the delegation of The Gambia made a reference to such acknowledgment of *jus cogens*, an issue which could have been addressed by the ICJ in its present Order.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Voto separado do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade no caso Gâmbia v. Myanmar*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-02-EN.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

⁶⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Voto separado do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade no caso Gâmbia v. Myanmar*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-02-EN.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

⁶⁹ LUBAN, David. A theory of crimes against humanity. *Yale of International Law*, v. 29, p. 85-167, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1165&context=faqpub>. Acesso em: 27 fev. 2021.

manidade violam, ou seja, o *status* humano, a condição humana e a profunda natureza da espécie humana.

As ofensas dirigidas à humanidade ensejam os interesses da humanidade em punir e erradicar os crimes contra a humanidade e, no caso em apreço, o crime de genocídio, o que justifica o interesse de Gâmbia em levar adiante o procedimento em face de Myanmar perante a Corte Internacional de Justiça. Assim, os interesses de Gâmbia não se concentram, apenas, nos interesses da sociedade internacional em punir os crimes contra a paz, mas avançam para os interesses da humanidade em punir os crimes contra a humanidade e em punir as ofensas que atingem os valores compartilhados pela humanidade como um todo, o que independe da vontade e dos interesses dos Estados em sua perspectiva voluntarista.

Assim, a consideração dos interesses da humanidade gera consequências no âmbito do exercício da jurisdição universal⁷⁰, uma vez que as ofensas que atingem os interesses da humanidade, como o genocídio, podem ser processados em qualquer Corte constituída regularmente de acordo com os requisitos exigidos para a configuração da justiça natural e, nesse sentido, qualquer Estado ou qualquer indivíduo teria interesse e legitimidade para processar crimes contra a humanidade.

A propósito do tema, David Luban⁷¹ denomina a jurisdição universal relativa aos interesses da humanidade de jurisdição vigilante. O autor, ainda, adverte que, em que pese, por um lado, referida jurisdição causar um impacto quanto à subjetividade das escolhas feitas pelos Estados ou por indivíduos no que tange à persecução de crimes de interesse da humanidade, por outro lado, exige-se que, no mínimo, haja instituições democráticas constituídas dentro dos ordenamentos jurídicos domésticos e no âmbito do direito internacional para propiciar referida persecução de acordo com os critérios do devido processo legal.

A propósito do tema, importante destaque deve ser dado ao caso Yerodia⁷², já mencionado neste trabalho, que revelou a tensão existente entre os interesses dos Estados e os interesses da humanidade, uma vez que a Bélgica expediu mandado de prisão em face do Ministro das Relações Exteriores do Congo, sob a alegação da prática de crimes contra a humanidade.

O mandado de prisão emitido pelo magistrado belga tinha como fundamento a jurisdição universal de qualquer Estado para punir crimes de interesse da humanidade. No entanto, o Congo instituiu um procedimento contra a Bélgica na Corte Internacional de Justiça sob a alegação de ofensa à soberania estatal de seu país e às imunidades do Ministro.

Embora alguns juízes tivessem emitido posicionamentos favoráveis à consideração dos interesses da humanidade, a Corte decidiu em favor da imunidade do Ministro do Congo, o que demonstra como a discussão a respeito dos interesses da humanidade, ainda, é complexa no direito internacional.

A discussão sobre a mesma temática também ficou ressaltada no Caso Pinochet⁷³, também mencionado anteriormente no artigo. Embora o caso tivesse sido decidido nas Cortes do Reino Unido e não em sede de tribunais internacionais, evidenciou a dificuldade de se estabelecer a distinção entre interesses dos Estados e da humanidade. Apesar disso, em algumas instâncias da organização judiciária em apreço, houve decisões importantes no sentido de considerar que a prática de crimes contra a humanidade não pode ser justificada ou exonerada pelas imunidades estatais.

Nesse sentido, existem fundamentos para afirmar que as imunidades estatais se destinam aos Estados e não aos indivíduos e têm a finalidade de proporcionar a atuação dos Estados no âmbito das relações internacionais com segurança e respeito à sua soberania. Os interesses da humanidade ultrapassam a esfera dos interesses dos Estados no âmbito das relações internacionais por se referirem aos temas que interessam à humanidade como um todo, como a dignidade humana, a

⁷⁰ BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: 25 out. 2020.

⁷¹ LUBAN, David. A theory of crimes against humanity. *Yale of International Law*, v. 29, p. 85-167, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1165&context=facpub>. Acesso em: 27 fev. 2021.

⁷² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso República Democrática do Congo v. Bélgica*. 2000. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/121> Acesso em: 08 out. 2020.

⁷³ COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Crimen contra la humanidad: Pinochet ante la justicia*. Francia: Imprimerie Abrax, 1999. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1999/07/Chile-Pinochet-fact-finding-mission-report-1999-spa.pdf> Acesso em: 25 out. 2020.

vida, a proibição da prática do genocídio, a proibição à escravidão, dentre outras circunstâncias e, assim, não se sujeitam ou podem ser limitados pela razão do Estado.

Assim, os crimes de interesse da humanidade podem ser levados ao conhecimento de qualquer tribunal, seja nacional ou internacional, que esteja investido dos requisitos da justiça natural, ou seja, que tenha sido constituído por leis, com juízes naturais e imparciais.

Referida afirmação decorre da tese de que os interesses da humanidade afetam a humanidade como um todo e não o ser humano considerado em seus direitos individuais, anunciando-se a humanidade como sujeito de direitos em sua amplitude coletiva no direito internacional dos direitos humanos.

No caso em apreço, Gâmbia reflete a posição do terceiro Estado, que não é afetado diretamente pelas ofensas à humanidade, mas que tem o interesse e a responsabilidade em cooperar para a punição e prevenção do crime de genocídio, no contexto dos interesses da humanidade. Nesse sentido, é importante esclarecer como se dá a responsabilidade de terceiros Estados no contexto dos interesses da humanidade, conforme será feito a seguir.

Interessado ou terceiro Estado pode ser definido como aquele que não é diretamente afetado ou prejudicado por um ato ilícito internacional, mas que tem o interesse legal em contribuir para que os Estados respeitem as obrigações de interesse da humanidade, devido à importância dos direitos envolvidos⁷⁴.

É preciso esclarecer que tipo de ofensa justificaria o interesse de um terceiro Estado em responsabilizar outro Estado internacionalmente e, assim, somente as ofensas a normas peremptórias de direito internacional geral ou ofensas às obrigações devidas à comunidade internacional como um todo justificam a atuação de terceiros Estados, por envolverem sérias violações aos direitos humanos e, conseqüentemente, os interesses da humanidade.

A discussão se concentra, portanto, nos direitos e nas obrigações de terceiros Estados quando normas peremptórias e obrigações da comunidade internacional como um todo são violadas. A propósito, o artigo 53

da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969⁷⁵ traz um importante aporte para a compreensão da questão, uma vez que estabelece a nulidade absoluta de tratados internacionais incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral, de natureza *jus cogens*.

Nesse contexto, entende-se que a norma que veda e que pune o genocídio é uma norma imperativa, de natureza *jus cogens*, imposta a toda comunidade internacional e que não admite revogação a não ser por outra norma de estatura equivalente, por dizer respeito aos valores mais caros à comunidade internacional.

Assim, sérias violações das obrigações que emergem das normas peremptórias de direito internacional geral podem acarretar conseqüências adicionais não somente para a responsabilidade dos Estados perpetradores, mas também para todos os outros Estados, de modo que estes têm a prerrogativa de invocar a responsabilidade por violações das obrigações de interesse da comunidade internacional como um todo.

É nos fundamentos do Princípio da Cooperação que repousa um dos motivos ensejadores da responsabilidade de terceiros estados em invocar a responsabilização do agente causador do dano e parece ser esse o fundamento que justifica a atuação de Gâmbia contra Myanmar perante a Corte Internacional de Justiça, uma vez que a vedação ao crime de genocídio é de interesse da humanidade, norma de natureza *jus cogens*, e, assim, os Estados e a comunidade internacional não podem se omitir diante das ofensas aos direitos humanos pela prática do crime do genocídio, uma vez que sua repressão interessa à toda humanidade.

No mesmo sentido deveria ter se dado a decisão do caso Yerodia, uma vez que imunidades estatais não podem ser alegadas para exonerar o agente causador dos danos que afetam os interesses de toda humanidade, como crimes contra a humanidade, que ofendem a natureza humana, bem como a agregação dos seres humanos no contexto e na amplitude de crimes contra a humanidade.

⁷⁴ BIRD, Annie. Third state responsibility for human rights violations. *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 883-900, 2011. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/21/4/2118.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

⁷⁵ BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso: 27 mar. 2022.

O Princípio da Cooperação ⁷⁶ pode ser extraído do preâmbulo da Convenção do Genocídio, bem como de outros tratados internacionais de direitos humanos e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Assim, a cooperação dos Estados para a promoção do respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, no contexto da comunidade internacional, decorre do corpo normativo e principiológico do direito internacional, mas, apesar disso, os Estados e os tribunais internacionais são relutantes em cooperar para diminuir a violação dos direitos humanos.

Além do dever de cooperar, os Estados têm o dever de não dar suporte à prática de violações aos direitos humanos não reconhecendo como legais referidas práticas e, dessa forma, o terceiro Estado que invoca a responsabilidade internacional de outro pela prática de violações aos direitos humanos não atua de acordo com sua capacidade individual, mas como membro da comunidade internacional para proteger interesse da coletividade, ou seja, da humanidade como um todo.

Nesse contexto, a humanidade se apresentaria como sujeito de direito, considerada em seu aspecto coletivo, o que autoriza que terceiros Estados tomem medidas de caráter formal, como representar contra o Estado perante um tribunal internacional, como foi o caso de Gâmbia.

Considerando-se todo o raciocínio construído pelos aportes fornecidos pelo caso em andamento perante a Corte Internacional de Justiça, é possível afirmar que o exercício da jurisdição universal poderia se dar de acordo com os mesmos fundamentos, adaptando-se o contexto para a responsabilização criminal internacional individual, para fazer incidir a jurisdição universal dos Estados.

No próximo capítulo, o artigo analisará o estado da arte em relação ao regime jurídico da jurisdição universal, de acordo com as leis da Bélgica e da Espanha.

6 O regime jurídico da jurisdição universal na Bélgica e na Espanha

O regime jurídico da Bélgica e da Espanha a respeito da jurisdição universal pode ser considerado como paradigma na regulamentação do exercício da jurisdição universal, como será visto a seguir. Entretanto, a princípio, o que parece ser um avanço demonstra que as leis dos dois países ainda são influenciadas pelos critérios de nacionalidade, de territorialidade e dos interesses de seus países, ao invés de regulamentar a jurisdição universal pura e simples, o que também se deve às constantes pressões da comunidade internacional.

A lei belga ⁷⁷ sobre jurisdição universal foi promulgada em 1993, *Act of 16 June 1993 Concerning the Punishment of Grave Breaches of the Geneva Convention of 12 August, 1949* e emendada em 1999 ⁷⁸, *Act of 10 February, 1999 Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law*. Inicialmente, a lei se aplicava às graves violações ao direito internacional humanitário e, posteriormente, incluiu as ofensas contra os crimes contra a humanidade, o genocídio e os crimes de guerra.

A propósito do crime de genocídio, consigna-se que o Ato belga de 1999 passou a defini-lo em seu artigo 1º, como atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo racial, religioso, étnico ou nacional, conforme transcrição a seguir:

Article 1. § 1. The crime of genocide defined below, committed in peace time or in time of war, shall constitute a crime under international law and be punishable in accordance with the provisions of the present Act. In accordance with the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948 — without prejudice to the criminal provisions applicable to other breaches committed out of negligence — genocide means any of the following acts, committed with the intent to destroy in whole or in part, a national, ethnic, religious or racial group [...]⁷⁹

⁷⁷ As informações sobre a Lei Belga podem ser encontradas no seguinte endereço: <https://www.hrw.org/reports/2006/ij0606/6.htm>

⁷⁸ O Ato que alterou a lei de 1993 pode ser consultado em: BELGIUM. *Act of 1999 Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law*. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5934.html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

⁷⁹ O dispositivo pode ser consultado em: BELGIUM. *Act of 1999 Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law*. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5934.html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

⁷⁶ BIRD, Annie. Third state responsibility for human rights violations. *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 883-900, 2011. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/21/4/2118.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

Ademais, referido crime, regulado pela Convenção para a Prevenção e para a Repressão do Crime de Genocídio de 1948⁸⁰, é considerado norma de natureza *jus cogens*, o que provoca consequências importantes no contexto do exercício da jurisdição universal para a punição de referido crime, tema que foi tratado em capítulo apropriado.

Uma das maiores críticas da comunidade internacional ao Ato Belga de 1999 residia na impossibilidade de se alegar imunidades contra a aplicação do Ato, o que se extrai do § 3º do Artigo 5º de referido Ato:

Article. 5. § 1. No political, military or national interest or necessity, even on grounds or reprisals, can justify the breaches provided for in Articles 1, 3 and 4, without prejudice to the exceptions referred to in subparagraphs 9, 12 and 13 of paragraph 3 of Article 1.

§ 2. The fact that the defendant acted on the order of his/her government or a superior shall not absolve him/her from responsibility where, in the prevailing circumstances, the order could clearly result in the commission of a crime of genocide or of a crime against humanity, as defined in the present Act, or a grave breach of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and their Additional protocol I of 8 June 1977.

§ 3. The immunity attributed to the official capacity of a person, does not prevent the application of the present Act. (grifo nosso).⁸¹

Referida previsão está em consonância com o Estatuto de Roma de 1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, que também veda a alegação da imunidade em defesa. Além disso, percebe-se que a previsão em apreço era uma das grandes aliadas à aplicação da jurisdição universal pura e simples, revelando-se como um ponto favorável à efetividade do Ato e da jurisdição universal. No entanto, esse foi um dos pontos mais criticados pelos líderes internacionais, uma vez que poderia incidir sobre qualquer perpetrador, independentemente de sua condição oficial.

⁸⁰ BRASIL. *Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952*. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html. Acesso em: 01 maio 2021.

⁸¹ O dispositivo pode ser consultado em: BELGIUM. *Act of 1999 Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law*. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5934.html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

Na verdade, é preciso destacar que a imunidade de jurisdição e a punição dos crimes de interesse da humanidade dizem respeito a situações diversas, que não se confundem e isso ficou evidente no Caso Yerodia, analisado no trabalho. A imunidade de jurisdição é um instituto jurídico que se destina à proteção das prerrogativas estatais e que tem a finalidade de possibilitar que este possa exercer funções no território de outro Estado, sem que a segurança nacional esteja em risco. Diversamente, a prevenção e a punição dos crimes contra a humanidade, no contexto da jurisdição universal, dizem respeito ao indivíduo que praticou o delito que não pode ficar impune por desempenhar função que revista seu Estado de origem de imunidade. Logo, a imunidade é para o Estado e não para o indivíduo, embora exista algumas situações de imunidade material e processual, que se dão no sentido de proteger o Estado, repita-se.

Em decorrência da pressão oposta por oficiais de vários estados estrangeiros, a lei belga foi modificada novamente em 2003 para retirar de sua previsão o direito de as vítimas darem início ao processamento de referidos crimes, bem como para prever a aplicação das imunidades de acordo com o direito internacional. Com as modificações realizadas, as previsões relativas aos crimes internacionais foram incorporadas ao Código Penal belga⁸².

Nesse contexto, desde agosto de 2003, autoridades belgas podem exercer a jurisdição sobre crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra praticados por nacional ou residente na Bélgica, incluindo perpetradores que se tornaram nacionais ou residentes no país após a prática do crime⁸³.

Além dos dispositivos legais acima mencionados, pode-se afirmar que as cortes belgas exercem uma forma extensiva de personalidade ativa e passiva de jurisdição sobre crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio. A propósito, o artigo 12 do Código de Processo Penal belga conferiu ao Estado jurisdição sobre qualquer ofensa cometida fora da Bélgica, desde que haja uma imposição oriunda de um tratado ou convenção internacional para o desencadeamento do processo

⁸² REYDAMS, Luc. The rise and fall of universal jurisdiction. *Leuven Centre for Global Governance Studies*, working paper n. 37, jan. 2010. Disponível em: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2010/37Reydams. Acesso em: 2 jun. 2022.

⁸³ LANGER, Máximo. The diplomacy of universal jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes. *American Journal of International Law*, v. 105, p. 1-55, jan. 2011.

e, assim, historicamente esses crimes eram processados na Bélgica por uma Corte composta por um juiz e doze jurados. Para maior esclarecimento da afirmação, é salutar a transcrição do artigo 12 do Código de Processo Penal belga:

Art. 12bis. <L 17-04-1986, art. 5> [[Hormis les cas visés aux articles 6 à 11, les juridictions belges sont également compétentes] pour connaître des infractions commises hors du territoire du Royaume et visées par une [règle de droit international conventionnelle ou coutumière] [ou une règle de droit dérivé de l'Union européenne] liant la Belgique, lorsque [cette règle] lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice des poursuites.] <L 2001-07-18/43, art. 2, 013; En vigueur : 11-09-2001> <L 2003-08-05/32, art. 18, 016; En vigueur : 07-08-2003> <L 2003-12-22/42, art. 378, 018; En vigueur : 10-01-2004>⁸⁴

As Cortes belgas também podem exercer a jurisdição sobre crimes internacionais se as vítimas forem nacionais belgas ou se, ao tempo do crime, já viviam na Bélgica, há três anos. Assim, as Cortes belgas podem exercer a jurisdição relativa à nacionalidade passiva e ativa. Assim, verifica-se que é de longa data a inclinação da Bélgica para a institucionalização da jurisdição universal.

O Princípio da Subsidiariedade também foi uma modificação realizada em 2003 e, nesse sentido, é necessário que o caso seja submetido ao Tribunal Penal Internacional em primeiro lugar e, somente se esse tribunal entender que não é o caso de exercer a sua jurisdição e competência, a Bélgica poderá exercer a jurisdição universal.

O caso da jurisdição universal da Bélgica provoca algumas reflexões importantes. A princípio, o que é denominado de jurisdição universal reflete apenas a jurisdição extrajudicial, conectada com a nacionalidade das vítimas e dos perpetradores e com os interesses do país.

⁸⁴ O dispositivo legal pode ser conferido em: BELGIUM. *Loi Contenant le Titre Préliminaire du Code de Procedure Penale*. Disponível em: [https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&la=F&cn=1878041701&table_name=loi&&caller=list&F&fromtab=loi&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=\(text+contains+\(%27%27\)\)#Art.12](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&la=F&cn=1878041701&table_name=loi&&caller=list&F&fromtab=loi&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=(text+contains+(%27%27))#Art.12). Acesso em: 2 jun. 2022. Em tradução livre: [[In addition to the cases referred to in Articles 6 to 11, the Belgian courts shall also have jurisdiction] over offences committed outside the territory of the Kingdom and covered by a [treaty rule or customary rule of international law] [or a rule of secondary legislation of the European Union] binding on Belgium, where [this rule] requires it in any way to submit the case to its competent authorities for prosecution].

Assim, não há que se falar em jurisdição universal, mas sim em jurisdição em sua perspectiva tradicional.

Ao que parece, as pressões opostas pela comunidade internacional fizeram com que a lei belga se afastasse da jurisdição universal pura e simples, que incide, apenas, em razão da natureza do crime, ou seja, quando houver a prática de crimes que ofendem os interesses da humanidade e que se caracterizam como normas de natureza *jus cogens*.

Outro aspecto da lei belga que merece destaque é a possibilidade de se alegarem as imunidades do direito internacional diante desses crimes, o que contraria a natureza da jurisdição universal, que não se coaduna com a oposição das imunidades, tampouco com a anistia.

Apesar disso, a Bélgica trouxe uma importante contribuição para a construção jurídica do regime jurídico da jurisdição universal, principalmente na primeira fase da legislação, destacando-se o caso Butare Four. Durante a primeira fase da legislação belga, vítimas do genocídio em Ruanda provocaram a Bélgica a exercer a jurisdição universal, ideia que obteve suporte do Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁸⁵. Os acusados foram considerados culpados na Bélgica por crimes de guerra e contra a humanidade, praticados durante o genocídio em Ruanda, em 1994, em respeito à Convenção de Genebra de 1949 e seu Protocolo Adicional I, e o caso ficou conhecido como “Butare Four Case”.

Após, a Bélgica desencadeou outras investigações, inclusive a relativa ao Ministro das Relações Exteriores da República Democrática do Congo, o Sr. Yerodia, caso já analisado no artigo.

As previsões belgas a respeito da jurisdição universal representam um dos maiores exemplos do exercício da jurisdição universal em sentido estrito, apesar das sucessivas alterações que ocorreram naquele ordenamento jurídico no sentido de desnaturar a jurisdição pura e simples. Apesar disso, a Bélgica preconizou por um certo período, o exercício da jurisdição pura e simples com a possibilidade de processar crimes contra os interesses da humanidade praticados fora do país e sem a presença da conexão territorial ou pessoal.

O exemplo da Bélgica demonstra que a jurisdição universal é um instituto jurídico que tem aceitação e

⁸⁵ LANGER, Máximo. The diplomacy of universal jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes. *American Journal of International Law*, v. 105, p. 1-55, jan. 2011.

rejeição ao mesmo tempo e, apesar dessa ambiguidade que permeia o tema, a comunidade internacional já deu demonstrações de que é possível institucionalizar a jurisdição universal pura e simples e que, embora ela seja de difícil execução, não é impossível concretizá-la no sentido de responsabilizar internacionalmente os perpetradores de graves violações aos direitos humanos, apesar da tentativa de se politizar o tema, que permanece sendo um instrumento de proteção dos direitos humanos.⁸⁶

Por sua vez, a legislação da Espanha sobre jurisdição universal também é apontada como paradigma na construção do regime jurídico sobre a jurisdição universal, o que se desenvolveu em dois períodos, de 1985-2009 e após novembro de 2009.⁸⁷

Na formulação original da lei espanhola⁸⁸, o Ato Orgânico n.º 6/1985 reconheceu a jurisdição das cortes espanholas sobre o crime de genocídio e sobre outras ofensas cometidas fora do território espanhol, se as convenções internacionais autorizassem o procedimento na Espanha. As hipóteses de exercício da jurisdição universal pela Espanha se expandiram para o crime de tortura e para as ofensas previstas na Convenção de Genebra de 1949 e seu Protocolo Adicional I. Durante esse período, não havia a exigência de o ofensor estar no território espanhol e nem a de haver uma conexão com os interesses do país para se falar em exercício da jurisdição.

Em sua formulação original, o artigo 23, § 4º do Ato Orgânico n.º 6/1985, de 1º de julho, reconheceu a jurisdição das cortes espanholas sobre ofensas cometidas por nacionais espanhóis ou por estrangeiros, fora do território espanhol:

4. In the circumstances outlined below, the trying of acts perpetrated by Spanish citizens or foreigners outside Spanish territory will also fall under Spanish jurisdiction where they can be categorised as any of the following crimes, in accordance with Spanish law.⁸⁹

⁸⁶ KISSINGER, Henry. The pitfalls of universal jurisdiction: risking judicial tyranny. *Foreign Affairs*, jul./ago. 2001. Disponível em: <http://www3.nccu.edu.tw/~lorenzo/Kissinger%20Judicial%20tyranny.pdf> Acesso em: 2 jun. 2022.

⁸⁷ LANGER, Máximo. The diplomacy of universal jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes. *American Journal of International Law*, v. 105, p. 1-55, jan. 2011.

⁸⁸ As informações sobre a lei espanhola podem ser encontradas no seguinte endereço: https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/spain_e.pdf. Acesso: 27 mar. 2022.

⁸⁹ A legislação pode ser encontrada em: [https://www.legislation-](https://www.legislation-line.org/download/id/6791/file/Spain_law_judiciary_1985_am2016_en.pdf)

A passagem extraída do Ato Orgânico espanhol de 1985 demonstra que a Espanha positivou o exercício da jurisdição universal pelas cortes nacionais, competentes para julgar crimes sem conexão pessoal ou de territorialidade com o país.

A esse respeito, salienta-se, durante a primeira fase da legislação espanhola, que houve um caso de jurisdição universal envolvendo a Argentina⁹⁰, no qual o Capitão Argentino, Adolfo Scilingo, foi preso ao visitar a Espanha, por ordem do magistrado que exercia a investigação com base na jurisdição universal, sobre os crimes cometidos pelo capitão, que foi condenado.

Posteriormente, houve diversos pedidos de exercício da jurisdição universal na Espanha e o país se viu diante das pressões internacionais, principalmente dos EUA, o que levou o país a limitar o exercício de sua jurisdição universal a casos nos quais se verificasse um *link* com os interesses espanhóis. Assim, em 2009 a emenda ao Ato Orgânico de 1985 redefiniu o escopo do exercício da jurisdição universal naquele país, introduzindo restrições ao seu exercício e, assim, a Espanha passou a exercer a jurisdição universal em caráter subsidiário em relação a outro Estado com melhores condições de fazê-lo, diante da permanência do acusado em território espanhol e se houvesse um link do caso com os interesses espanhóis.⁹¹

Nesse contexto, embora os dois países sejam considerados paradigma na previsão da jurisdição universal, ainda estão muito distantes do real propósito do instituto jurídico, que é defender os interesses da humanidade independentemente de haver uma conexão com a nacionalidade, territorialidade ou com determinado Estado, que enseja a aplicação das regras da jurisdição tradicional e não universal.

Pode-se afirmar que tanto na Bélgica como na Espanha houve, inicialmente, a positivação da jurisdição

[line.org/download/id/6791/file/Spain_law_judiciary_1985_am2016_en.pdf](https://www.legislation-line.org/download/id/6791/file/Spain_law_judiciary_1985_am2016_en.pdf)

⁹⁰ LANGER, Máximo. The diplomacy of universal jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes. *American Journal of International Law*, v. 105, p. 1-55, jan. 2011.

⁹¹ UNITED NATIONS. *Contribution of Spain on the topic The scope and application of the principle of universal jurisdiction*. Disponível em: https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/spain_e.pdf Acesso: 27 mar. 2022.

⁹¹ HUMAN RIGHTS WATCH. *Universal jurisdiction in Europe. The state of the art*, v. 18, n. 5, jun. 2006. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ij0606web.pdf> Acesso em: 6 jun. 2022.

universal pura e simples, o que, posteriormente foi alvo de modificações devido às pressões da comunidade internacional, para exigir os requisitos da conexão relativa ao território e à personalidade das pessoas envolvidas, bem como a possibilidade de oposição das imunidades.

As modificações implantadas nas legislações dos dois países desnaturaram a jurisdição universal pura e simples, o que dificultou a punição dos crimes que ofendem os interesses da humanidade, o que reflete um aspecto negativo para a concretização dos interesses da humanidade. Por outro lado, as mesmas modificações operadas nas legislações de referidos países podem ser consideradas positivas, pois refletem uma reação da comunidade internacional em relação à jurisdição universal pura e simples que foi executada com êxito em alguns países.

É possível destacar ainda que a concentração de casos de jurisdição universal pura e simples na Europa pode refletir a perspectiva eurocêntrica da jurisdição universal, exercida pelo Norte Global, para processar crimes contra a humanidade cometidos em países do Sul Global. Nesse sentido, a jurisdição universal poderia evoluir para a punição de crimes praticados no Norte Global, caso as restrições não tivessem sido impostas pelas emendas às leis editadas nos dois países analisados no artigo.

A problemática já foi analisada por Gustavo Busman Ferreira:

Conforme já mencionado, tratar de *realpolitik* envolve questionar como as decisões foram tomadas e quais os interesses dos atores políticos preponderaram em determinadas situações. O termo foi cunhado, originalmente, em contraste à *idealtickets*, políticas ideais que acomodassem diplomacia internacional e aspirações democráticas. Dessa forma, a análise de um tratado ou de determinada ação política deve envolver as manobras de coalizão existentes nos bastidores, os jogos de poder, as forças sociais e as possibilidades políticas que dão forma e conteúdo ao direito internacional dos direitos humanos.

Há que se reconhecer, portanto, que existem mecanismos reguladores que atuam sobre a população global na intenção de que seja gerida a partir de saberes específicos. Assim, por meio da segurança, da economia política, soberania e controle, dentre inúmeras outras variáveis, o direito internacional dos direitos humanos se constrói e se forja.⁹²

⁹² FERREIRA, Gustavo Gussmann. A proteção da orientação sexual e a identidade de gênero diversas na Corte Penal Internacional: entre *realpolitik* e os direitos humanos. *Revista de Direito Inter-*

Apesar das críticas feitas pela comunidade internacional às leis da Bélgica e da Espanha, pode-se afirmar que estas foram benéficas, sob determinado aspecto, uma vez que corroboram a tese apresentada no artigo de que existe um sistema jurídico que dá suporte à jurisdição universal, ou seja, o direito cosmopolita. Além disso, os precedentes oriundos dos dois países analisados neste artigo evidenciaram a existência de uma relação jurídica que decorre desse sistema jurídico.

Assim, é plausível afirmar que a jurisdição universal em sentido estrito é um mecanismo viável para a proteção dos interesses da humanidade que precisa ser aperfeiçoado a fim de se tornar uma realidade para qualquer país interessado em rechaçar os crimes contra a humanidade, seja do lado de lá ou do lado de cá da linha abissal que divide o mundo entre países pobres e países ricos.⁹³

A vertente eurocêntrica e antropocêntrica da aplicação da jurisdição universal pode ser compreendida por meio da passagem de Henrique Weil Afonso:

A coordenação de esforços para resistir ao direito posto e modificá-lo para que atendesse às demandas do Terceiro Mundo, percebe-se que o processo de descolonização política da segunda metade do século XX abrangeu reformas que assegurassem não apenas o direito à autodeterminação dos novos Estados, como também a garantia de que a soberania dos mesmos se estenderia para o pleno controle dos recursos naturais. A tônica geral era garantir o direito ao desenvolvimento do Terceiro Mundo em uma matriz econômica mais favorável à equidade internacional.⁹⁴

Nesse sentido, a tese proposta no artigo é corroborada pelas experiências vivenciadas pela Bélgica e pela Espanha e contribuiu para a promoção do conhecimento a respeito da jurisdição universal em sentido estrito e de como ela poderia ser implantada pelos países em benefício dos interesses da humanidade. Isso também contribuiu para a resignificação da postura dos Estados nas relações internacionais, que percebem a necessidade de exercer suas prerrogativas como sujeitos de direito internacional para a defesa de seus interesses, bem como

nacional, v. 14, n. 2, p. 312-329, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4467> Acesso em: 6 jun. 2022.

⁹³ Boaventura....

⁹⁴ AFONSO, Henrique Weil. A era da humanidade: reflexões para a história do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 235-262, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4222> Acesso em: 6 jun. 2022.

para benefício da coletividade, ideia que também se conecta com a tese do direito cosmopolita, que é feito por cosmopolitas, ou seja, pessoas que não estão a serviço dos interesses dos Estados.

Dessa forma, é preciso abrir a “caixa de pandora” para compreender, assimilar e para revisitar as experiências sobre a jurisdição universal em sentido estrito com a finalidade de se escrever um novo capítulo sobre os interesses da humanidade, aproveitando-se os aspectos positivos das experiências vivenciadas, adaptando-os para a realidade contemporânea da comunidade internacional de ressignificação de seus institutos jurídicos em tempos pandêmicos, de conflitos armados e de mudanças climáticas.

7 Considerações finais

O sistema jurídico que dá suporte à jurisdição universal pura e simples ainda está em construção e entre várias tentativas frustradas pela pressão internacional, é possível apontar alguns elementos que fazem parte da relação jurídica desencadeada com a prática de crimes que ofendem normas de natureza *jus cogens*, consideradas de interesse da humanidade.

O sistema jurídico que dá suporte ao instituto jurídico da jurisdição universal é o cosmopolita. Referido sistema se desenvolve por meio dos elementos constitutivos da relação jurídica como o subjetivo, o objetivo, o formal e o vínculo de atributividade. Nesse contexto, verifica-se que o sujeito ativo dessa relação jurídica é a humanidade, compreendida como um todo, e o passivo é o agente causador do dano, o perpetrador. As normas de natureza *jus cogens* perfazem o elemento objetivo e as duas principais fontes, os tratados internacionais e o direito costumeiro, compõem o elemento formal da relação em estudo.

Como todo sistema jurídico, o da jurisdição universal não prescinde da perspectiva principiológica e, nesse sentido, o Princípio da Dignidade Humana, como valor ético global, e o Princípio da Jurisdição Universal são essenciais à consolidação do instituto jurídico denominado jurisdição universal, revelando-se como os dois valores-fonte que fundamentam as interpretações que se inclinam para a admissibilidade da incidência da jurisdição universal pura e simples, consagrada única e exclusivamente pela natureza do crime praticado e inde-

pendentemente de vínculo de territorialidade, de nacionalidade ou dos interesses do Estado que a exerce.

Os precedentes mencionados no artigo demonstram que os desafios a serem enfrentados pela comunidade internacional para a consolidação do instituto jurídico da jurisdição universal nesses termos são enormes. Entretanto, a comunidade internacional não pode permanecer inerte diante da prática de crimes que desumanizam e que coisificam os seres humanos em prol da soberania estatal e do ideal do conflito e da guerra.

Assim, os desafios se apresentam e devem ser enfrentados com o objetivo de erradicar a violência, a desumanização e a exclusão vivenciada nos conflitos na Ucrânia, no Iraque, no Afeganistão, no Iêmen, na Etiópia, na República Democrática do Congo, na Síria e em qualquer lugar do planeta Terra.

A princípio, pode parecer que a jurisdição universal libera as mazelas da comunidade internacional escondidas na caixa de pandora pelo viés dos países ricos do Norte Global. No entanto, a consolidação da jurisdição universal representa o caminho a ser percorrido para a concretização dos interesses da humanidade.

A consolidação da jurisdição universal pura e simples não será uma realidade a curto prazo por envolver questões relativas às cortes domésticas, à falta de vontade política e às expectativas das vítimas em relação aos resultados, além de outras circunstâncias. No entanto, a combinação de leis, políticas públicas adequadas, vontade política e comprometimento institucional podem contribuir para a consolidação desse instituto.

Assim, consigna-se que a relação jurídica de direito analisada no trabalho corrobora a tese de que o direito cosmopolita representa o sistema jurídico que propicia a consolidação da jurisdição universal em sentido estrito, como a que deve ser exercida por qualquer Estado considerando-se, apenas, a natureza do crime praticado.

Dessa forma, a jurisdição universal em sentido estrito pode ser concebida numa perspectiva crescente entre o ideal da caixa de pandora à consolidação dos interesses da humanidade se o instituto for ressignificado e reintroduzido na nova ordem global, por meio do direito cosmopolita, pois, ao mesmo tempo em que revela a complexidade das relações internacionais na atual ordem global, contribui para o reposicionamento do papel dos Estados nesse mesmo contexto.

Referências

- AFONSO, Henrique Weil. A era da humanidade: reflexões para a história do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 235-262, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4222> Acesso em: 6 jun. 2022.
- AMNESTY INTERNATIONAL. *Universal Jurisdiction: a preliminary survey of legislation around the world: 2012 update*. 2012. Disponível em <https://www.amnesty.org/en/documents/ior53/019/2012/en/> Acesso em: 27 mar. 2022.
- BASSIOUNI, Cherif Bassiouni. International crimes: *ius cogens* and *obligatio erga omnes*. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1996. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=lcp> Acesso em: 10 jul. 2019.
- BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: 25 out. 2020.
- BECK, Ulrich. Critical theory of world risk society: a cosmopolitan vision. *Constellations*, v. 16, n. 1, p. 3-22, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228042862_Critical_Theory_of_World_Risk_Society_A_Cosmopolitan_Vision. Acesso em: 27 fev. 2021.
- BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BECKER, M. A. Os desafios para a ICJ na dependência de relatórios de apuração de fatos da ONU no caso contra Mianmar. *EJIL:Talk!*, 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-challenges-for-the-icj-in-the-reliance-on-un-fact-finding-reports-in-the-case-against-myanmar/> Acesso em: 18 out. 2020.
- BIRD, Annie. Third state responsibility for human rights violations. *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 883-900, 2011. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/21/4/2118.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Crimen contra la humanidad: Pinochet ante la justicia*. Francia: Imprimerie Abrax, 1999. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1999/07/Chile-Pinochet-fact-finding-mission-report-1999-spa.pdf> Acesso em: 25 out. 2020.
- CORDERO, Isidoro Blanco. Universal Jurisdiction. General Report. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 79, p. 59-100, 2008. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2008-1-page-59.htm> Acesso em: 27 mar. 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benavides v. Peru*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_69_ing.pdf Acesso em: 4 dez. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Hermanos Gomes v. Peru*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf Acesso em: 04 dez. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Maritza Urrutia v. Guatemala*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf Acesso em: 4 dez. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Tibi v. Equador*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf Acesso em: 04 dez. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 18/03 sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf Acesso em: 14 dez. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 8*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf Acesso em: 04 dez. 2019.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso Gâmbia v. Myanmar*. 2019. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/178> Acesso em: 18 out. 2020.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso República Democrática do Congo v. Bélgica. 2000*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/121> Acesso em: 08 out. 2020.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Opinião Consultiva Nicarágua v. EUA*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> Acesso em: 04 dez. 2019.

DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno. *Revista Sociedade e Estado*, v. 3, n. 2, p. 373-388, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf> Acesso em: 22 fev. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y ciudadanía: um constitucionalismo global. *Isonomia: Revista de Teoria y Filosofía del Derecho*, n. 9, octubre, 1998, pp. 173-184. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-0/> Acesso em: 20 abr. 2020.

FERREIRA, Gustavo Gussmann. A proteção da orientação sexual e a identidade de gênero diversas na Corte Penal Internacional: entre realpolitik e os direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 312-329, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4467> Acesso em: 6 jun. 2022.

FERREIRA, Hugo Luís Pena. Direito internacional público no entreguerras (1919-39): a institucionalização dos projetos jurídicos de paz e manejo dos povos não soberanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 3, p. 353-370, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8010> Acesso em: 2 jun. 2022.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. Advisory Service on International Humanitarian Law. *Universal Jurisdiction over war crimes*. 2014. Disponível em <https://www.icrc.org/en/document/universal-jurisdiction-over-war-crimes-factsheet>. Acesso em: 27 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf> Acesso em: 01 maio 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. 2000. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/121> Acesso em: 27 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona Traction Case*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/>

[files/case-related/50/050-19640724-JUD-01-00-EN.pdf](https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19640724-JUD-01-00-EN.pdf). Acesso em: 04 dez. 2019.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/12>. Acesso em: 27 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Voto separado do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade no caso Gâmbia v. Myanmar*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-02-EN.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

KISSINGER, Henry. The pitfalls of universal jurisdiction: risking judicial tyranny. *Foreign Affairs*, jul./ago. 2001. Disponível em: <http://www3.nccu.edu.tw/~lorenzo/Kissinger%20Judicial%20tyranny.pdf> Acesso em: 2 jun. 2022.

LANGER, Máximo. The diplomacy of universal jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes. *American Journal of International Law*, v. 105, p. 1-55, jan. 2011.

LOUREIRO, Claudia Regina de O. M. S. A jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional e o deslocamento forçado do Povo Rohingya: o caso Myanmar v. Bangladesh do Tribunal Penal Internacional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 59, p. 145-171, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1410>. Acesso em: 27 mar. 2022.

LUBAN, David. A theory of crimes against humanity. *Yale of International Law*, v. 29, p. 85-167, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1165&context=facpub>. Acesso em: 27 fev. 2021.

MAINAK, Dibyojoyoti. Presidential immunity and the International Criminal Court's 'exception'- a critique. *Juris Gentium Law Review*, Bangalore, v. 1, p. 31-40, 2012. Disponível em: https://jurnal.ugm.ac.id/jurisgentiumlaw/issue/download/2175/pdf_6. Acesso em: 3 set. 2020.

NEEDHAM, Jessica. Protection or Prosecution for Omar Al Bashir? The Changing State of Immunity in International Criminal Law. *Auckland University Law Review*, Auckland, v. 17, n. 1, p. 219-248, ago. 2011. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/AukULawRw/2011/10.pdf> Acesso em: 25 out. 2020.

- O'KEEFE, Roger. Universal Jurisdiction: clarifying the basic concept. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, p. 735-760, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3496574 Acesso em: 27 mar. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução n. 73/264, 16 September 2019*. Disponível em: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/73/264> Acesso em: 25 out. 2020.
- PINGRAU, Antoni. Reflections on the effectiveness of peremptory norms and erga omnes obligation before international tribunals, regarding the request for an advisory opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands. *QIL, Zoom-out*, v. 55, p. 131-146, 2018. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/reflections-on-the-effectiveness-of-peremptory-norms-and-erga-omnes-obligations-before-international-tribunals-regarding-the-request-for-an-advisory-opinion-from-the-international-court-of-justice-on/> Acesso em: 12 ago. 2019.
- POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and sovereignty. *Ethics*, v. 103, n. 1, p. 48-75, 1992. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2381495> Acesso em: 16 dez. 2019.
- POGGE, Thomas. Qué és la justicia global? *Revista de Economía Institucional*, v. 10, n. 19, p. 99-114, 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/419/41901905.pdf> Acesso em: 13 set. 2021.
- REYDAMS, Luc. The rise and fall of universal jurisdiction. *Leuven Centre for Global Governance Studies*, working paper n. 37, jan. 2010. Disponível em: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2010/37Reydams Acesso em: 2 jun. 2022.
- SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCHEUNER, Ulrich. *Conflict of treaty provisions with a peremptory norm of general international law and its consequences*. 1967. Disponível em: https://www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_520_532.pdf Acesso em: 2 jun. 2022.
- SCHNEIDER, Eduardo Augusto da C. Pirataria marítima: a experiência Somália. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 301-320, 2015. Disponível em: www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3351 Acesso em: 2 jun. 2022.
- SIEBER, Ulrich. Legal order in a global world: the development of a fragmented system of national, international, and private norms. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 14, p. 1-49, 2010. Disponível em: https://www.mpg.de/50696/hm01_LegalGlobalObasetext.pdf Acesso em: 14 ago. 2020.
- SIENHO YEE. Universal Jurisdiction: concept, logic, and reality. *Chinese Journal of International Law*, p. 503-530, 2011. Disponível em: <https://watermark.silverchair.com/jmr041.pdf> Acesso em: 27 mar. 2022.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under International Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Jus Cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.IR.CV.3-30.pdf> Acesso em: 10 out. 2019.
- VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 167, p. 135-170, 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p135.pdf Acesso em: 14 ago. 2020.
- VERDROSS, Alfred. Jus Dispositivum and jus cogens in international law. *American Journal of International Law*, n. 1, p. 53-63, 1996. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/3344.pdf> Acesso em: 27 mar. 2022.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.
- XAVIER, Phillippe. The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh? *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 862, p. 375-398, jun. 2006. Disponível em: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf Acesso: 27 mar. 2022.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A ampliação da jurisdição

internacional: o surgimento de uma jurisdição internacional em matéria penal

The Expansion of International

Jurisdiction: the emergence of an international jurisdiction in criminal matters

Elizabeth Goraieb

Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo

VOLUME 19 • N. 2 • 2022

EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

A ampliação da jurisdição internacional: o surgimento de uma jurisdição internacional em matéria penal*

The Expansion of International Jurisdiction: the emergence of an international jurisdiction in criminal matters

Elizabeth Goraieb**

Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo***

Resumo

Propõe-se, neste artigo, analisar a ampliação da jurisdição internacional, fenômeno que caracteriza as relações jurídicas internacionais ao longo do século XX, com o crescimento da competência material da jurisdição das cortes internacionais. Num ambiente desprovido de uma autoridade hierarquicamente superior e centralizada, a atividade dos tribunais preenche uma lacuna que contribui para o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional. O surgimento das cortes internacionais foi marcado por uma concepção voluntarista de direito internacional: os tribunais deveriam ter jurisdição deferente à soberania dos Estados. Porém, depois da Segunda Guerra Mundial, um novo modelo de justiça internacional tem gradativamente erodido essa estrutura tradicional clássica, e a Corte Internacional de Justiça passa a ter um papel mais ativo do que a sua predecessora. O nascimento de uma jurisdição penal internacional emerge nesse novo cenário e consagra a responsabilidade penal individual o que supera a regra tradicional de que apenas os Estados seriam passíveis de responsabilidade internacional. Conclui-se que a justiça penal internacional integra este movimento de expansão da jurisdição internacional.

Palavras-chaves: jurisdição internacional; Corte Permanente de Justiça Internacional; Corte Internacional de Justiça; tribunais internacionais; Tribunal Penal Internacional.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the expansion of international jurisdiction, a phenomenon that characterizes international legal relations throughout the 20th century, by broadening the material competence of international courts. In an environment devoid of a hierarchically superior and centralised authority, the activity of courts fills a gap that contributes to the progressive development of international law. The emergence of international courts was marked by a voluntaristic approach of international law: courts should possess a jurisdiction respectful towards state sovereignty.

* Recebido em 26/05/2022
Aprovado em 05/10/2022

** Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora de Direito Internacional Privado do IBMEC e Professora de Direito Internacional Público e Privado da Universidade Cândido Mendes.
Email: egoraieb@hotmail.com

*** Possui graduação (1996), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002), doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2007) e pós-doutorado pelo Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (2016). Foi professor adjunto da Universidade Federal Fluminense e bolsista do CNPq PQ2-F. Atualmente, é professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Foi professor visitante na Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University (Polônia) e na Murdoch University (Austrália).
Email: borgesmacedo@hotmail.com

However, after World War II, a new model of international justice has gradually eroded the classical traditional structure, and the International Court of Justice now plays a more active role than its predecessor. The genesis of an international criminal jurisdiction emerges within this new scenario and enshrines individual criminal liability which surpasses the traditional rule that only states should be liable to international law. Hence, international criminal justice is part of this movement to expand international jurisdiction.

Keywords: international jurisdiction; Permanent Court of International Justice; International Court of Justice; international courts; International Criminal Court.

1 Introdução

Propõe-se, neste artigo, uma análise da expansão da jurisdição internacional, com o foco especial na jurisdição penal internacional. Inicia, portanto, com o surgimento da jurisdição da Corte Permanente Internacional de Justiça, baseada na facultatividade da jurisdição internacional como princípio na primeira metade do século XX. Nesse período, o Direito Internacional é marcado pela concepção clássica, que é impregnada de voluntarismo.

De fato, mesmo depois da segunda metade do século XX, com o advento da ONU, a substituição da CPJI pela Corte Internacional de Justiça e a crescente preocupação internacional com a proteção da pessoa humana começaram a afastar essa atmosfera voluntarista, a facultatividade da jurisdição internacional permanecia como princípio na cabeça de muitos juristas. Mas, aos poucos, esse princípio começou a erodir. A CIJ demonstra-se bem mais “ativa” do que a CPJI. Para ilustrar essa realidade, basta assinalar que, na CPJI, o pedido de consulta de um organismo internacional distinto da SDN deveria ser aprovado no Conselho. Na CIJ, no entanto, quem aprova é a Assembleia Geral, o que garante maior legitimidade democrática a essa decisão. Desse modo, revela-se muito mais fácil hoje para um organismo especializado promover uma consulta.

A partir da Segunda Guerra Mundial, a jurisdição internacional ampliou-se tanto de maneira quantitativa como qualitativa. A Corte Internacional de Justiça cedo passou a conviver com outros tribunais internacionais, como os tribunais internacionais de direitos humanos,

o Tribunal Internacional de Direito do Mar, os tribunais penais internacionais, e os tribunais criados no âmbito dos sistemas de integração econômica nos planos regionais. Com a criação de novos tribunais, atinentes às mais diversas áreas da atividade humana, também cresceu, consideravelmente, o número de casos justiciáveis em todos os continentes.¹

O fenômeno da multiplicidade dos tribunais internacionais é próprio de nossos tempos. E esse movimento de expansão do número de tribunais foi acompanhado da ampliação das questões que poderiam ser objeto dessa jurisdição internacional. Direitos humanos eram, anteriormente, considerados matéria de domínio reservado e, atualmente, se tornaram competência primária de diversas cortes internacionais. Em especial, o Direito Penal, que exprime, essencialmente, o *ius puniendi* do Estado, passa a integrar a jurisdição internacional, e a responsabilização internacional individual direta se torna uma realidade indiscutida.

Neste trabalho, procura-se demonstrar como o surgimento de uma jurisdição internacional, em matéria penal, resulta da expansão da noção original de jurisdição internacional. O artigo está dividido em quatro tópicos: a) a facultatividade da jurisdição como princípio na primeira metade do século XX, b) as regras sobre jurisdição e competência da CPJI e da CIJ, c) os limites da jurisdição internacional e d) o surgimento da jurisdição penal internacional.

2 Caracterização da facultatividade da jurisdição como princípio na primeira metade do século XX

A jurisdição da Corte Permanente Internacional de Justiça era baseada numa premissa considerada indiscutível: a da facultatividade da jurisdição internacional. O raciocínio era bastante simples: não havia um Estado mundial, a Sociedade das Nações certamente não cumpria esse papel; portanto, a Corte não poderia ser o Judiciário de um Estado que não existia. Como a soberania se encontrava nos Estados, a jurisdição da CPJI não poderia ser compulsória. Tal como nos procedimentos arbitrais, a sua jurisdição somente poderia ser facultati-

¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 23-24.

va. O estatuto da Corte, as suas regras de procedimento e os casos julgados, todos se inseriam nesse cenário.

Essa lógica apresentava-se tão sedimentada que ela poderia até mesmo impedir a Corte de exercer a sua função primordial, a de resolver conflitos, e de induzi-la a proferir um julgamento *non liquet*. Em 1923, o Conselho da SDN submeteu uma consulta sobre a autonomia da região da Carélia Oriental, como preconizado no Tratado de Dorpat, à jurisdição consultiva da CPJI. O problema era que isso consistia num caso real entre a Finlândia e a URSS, o qual não havia sido submetido à jurisdição contenciosa da Corte por deficiência de consentimento. Então, o Conselho pretendia valer-se da jurisdição consultiva (que ele podia mover sem a anuência dos interessados) para resolver essa controvérsia de maneira oblíqua. A Corte percebeu o ato como uma manobra e se recusou a emitir juízo. Ela foi retumbante: “é bem estabelecido em Direito Internacional que nenhum Estado será obrigado a submeter as suas controvérsias com outros Estados a qualquer procedimento de solução pacífica sem o seu consentimento”².

A facultatividade da jurisdição internacional foi erigida em princípio por diversos autores e juizes importantes como Dionísio Anzilotti e Max Huber. Não havia razão para duvidar de que se tratava de uma das normas mais basilares do Direito Internacional, o que estruturaria uma sociedade de Estados soberanos, que não conheceriam freios às suas ações senão aqueles determinados por suas próprias vontades. No início do século XX, entre estudiosos do Direito Internacional, vivia-se uma atmosfera intelectual bastante alimentada pelas mais diversas teorias voluntaristas. Uma das modalidades mais sofisticadas do voluntarismo remonta o final do século XIX. Em 1899, Carl Heinrich Triepel publicou a obra *Völkerrecht und Landerecht*, a qual desenvolve uma ideia que seria condensada um quartel de século depois no curso da Academia de Direito Internacional da Haia. O autor se tornou muito conhecido pelo debate que travou com Kelsen sobre as relações entre o Direito Nacional e o Direito Internacional, mas a discordância de ambos reside nas suas distintas premissas

² “ Il est bien établi en droit international qu’aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats à n’importe quel procédé de solution pacifique sans son consentement.» (CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Status da Carélia Oriental*. Opinião Consultiva de 23 de julho de 1923. Série B, n. 5. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 01 mar. 2022.). Esta e outras traduções são de inteira responsabilidade dos autores.

filosóficas³, e é Triepel, não Kelsen, quem encarnou o espírito do seu tempo. No curso da Haia, Triepel criticou a Teoria Monista que Kelsen desenvolveu no livro *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* e a reputou de anti-histórica. Imbuído do “estatocentrismo” hegeliano, Triepel afirma que o Estado consiste numa verdadeira pessoa, distinta da soma de suas partes, não um mero “ponto de imputação”, como queria o seu contendor⁴. *Grosso modo*, a vontade de um Estado singular criaria o direito interno, que se aplica aos homens, e a vontade dos Estados combinada, a famosa *Vereinbarung*, edificaria todo o direito internacional, que incide sobre as nações.

Mesmo depois da segunda metade do século XX, quando o advento da ONU e a crescente preocupação internacional com a proteção da pessoa humana começam a afastar essa atmosfera voluntarista, a facultatividade da jurisdição internacional permanecia como princípio na cabeça de autores muito relevantes. Paul Guggenheim, no seu curso na Haia em 1952, havia afirmado que a facultatividade da jurisdição internacional é regra bem estabelecida de Direito Internacional Geral⁵. Novamente a mesma concepção: não haveria um Estado mundial, tampouco hierarquia na sociedade internacional; portanto, o único modo pelo qual os Estados poderiam se comprometer seria por meio da própria vontade. Assim, os países mostram-se absolutamente livres para se submeterem ou não à jurisdição de um tribunal internacional. Ressalta-se que o jurista suíço era um intelectual bastante sofisticado e não esposava um voluntarismo tão simplista. Guggenheim, inclusive, concebeu a existência de normas que seriam permanentes e praticamente não se alterariam ao longo dos séculos⁶. Mas não conseguiu dar o passo seguinte e afirmar

³ Nem Kelsen nem Triepel conseguiam aceitar a noção de que seria lícito ao Estado não observar as disposições de um tratado por conta do seu Direito Nacional. Triepel denomina de normas de “direito interno imediatamente ordenadas” aquelas normas nacionais necessárias para o cumprimento das obrigações convencionais (TRIEPEL, Carl H. *Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International*. *RCADI*, 1925. p.112).

⁴ TRIEPEL, Carl H. *Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International*. *RCADI*, 1925. p. 87.

⁵ GUGGENHEIM, Paul. *Les principes de droit international public*. *RCADI*, v. 80, 1952. p. 150.

⁶ Para Guggenheim, o Direito Internacional era composto por três grupos de normas. Primeiro, existiriam as regras estruturais, como as da representação diplomática e consular, que seriam permanentes. Depois, haveria um conjunto de institutos, como o da neutralidade, cuja essência se revelaria estável, mas que se alteraria lentamente na história. Por fim, haveria um último grupo composto por normas

que essas normas se encontrariam fora da esfera volitiva dos Estados.

3 As regras sobre jurisdição e competência da CPJI e da CIJ

A Corte Internacional de Justiça sucedeu, em todos os aspectos, a sua predecessora. Herdou as suas instalações físicas, a estrutura de escolha e nomeação dos juízes, sucedeu-lhe nas obrigações convencionais e nas declarações de aceitação da jurisdição. Ficou, até mesmo, com a jurisprudência anterior. Não é de se estranhar que o seu estatuto tenha sido feito à imagem e semelhança daquele da Corte Permanente de Justiça Internacional. A ideia original parecia ser a de total continuidade.

Contudo, a CIJ demonstra-se mais “ativa” do que a CPJI. Além dos sinais de exaustão que as doutrinas voluntaristas apresentam na segunda metade do século XX, em virtude de diversos fatores tais como a irrupção de normas internacionais destinadas a proteger diretamente o ser humano, a consolidação convencional da noção de normas peremptórias, entre outros⁷, algumas sutis diferenças entre as normas de estabelecimento da competência das duas cortes também já denotam uma mitigação do chamado “princípio” da facultatividade da jurisdição internacional.

Diferentemente da CIJ, a CPJI não era órgão da Sociedade das Nações. No entanto, fazia parte do sistema da Liga: o art. 14 do Pacto previa a sua criação pelo Conselho⁸. Assim, em fevereiro de 1920, o Conselho da Liga apontou uma comissão de dez juristas das mais distintas nacionalidades para elaborar um projeto. Com poucas modificações, o projeto foi aprovado no Conse-

lho, em outubro do mesmo ano, e, com algumas emendas, foi aprovado por unanimidade na Assembleia em 13 de dezembro. Em 16 de dezembro, o texto foi convertido num Protocolo e aberto à ratificação dos Membros da SDN. Esse procedimento tornou o estatuto um tratado internacional, com força obrigatória e que não poderia ser modificado ou emendado senão pela vontade das partes. O número de ratificações necessárias foi obtido em setembro de 1921, o que possibilitou a eleição dos juízes na seção da Assembleia que estava em curso. A Corte começou a funcionar em janeiro de 1922. Posteriormente, ocorreu uma revisão do estatuto. O Conselho, em dezembro de 1928, nomeou nova comissão de juristas, conforme resolução da Assembleia. A revisão foi aprovada com poucas alterações e se tornou um novo Protocolo em 14 de setembro de 1929⁹.

O artigo 14 do Pacto da SDN também delimitou a jurisdição consultiva da CPJI. *Ratione personae* eram legitimados para submeter um pedido de parecer consultivo somente o Conselho e a Assembleia da SDN. Na Carta da ONU, o art. 96 amplia essa representação¹⁰: outros órgãos da ONU e demais agências especializadas também podem entrar com um pedido, se autorizados pela Assembleia Geral. Do ponto de vista formal, essa diferença parece quase irrelevante, pois, em última análise, os legitimados, ainda, seriam os mesmos dois organismos paralelos (a Assembleia da Liga e a Assembleia Geral, o Conselho da Liga e o Conselho de Segurança). De fato, na prática da CPJI, a OIT conseguiu formular diversas consultas por meio da SDN.

Ainda assim, há uma diferença sutil, mas nada desprezível de um ponto de vista político. Na CPJI, o pedido de consulta de um organismo internacional distinto da SDN deveria ser aprovado no Conselho. Na CIJ, como visto, quem aprova é a Assembleia Geral, o que garante maior legitimidade democrática a essa decisão. Conforme o art. 5(1) do Pacto da SDN, para solicitar uma opinião consultiva, exigia-se unanimidade de votos, enquanto na Carta da ONU, basta a maioria simples. Dessa maneira, revela-se muito mais fácil hoje para um

bastante conjunturais que refletiriam as tendências e preocupações de um determinado período e que simplesmente deixariam de existir em outro contexto (Guggenheim, Paul. *Les principes de droit international public*. *RCADI*, v. 80, 1952. p. 50).

⁷ Não é o propósito deste texto mostrar o esgotamento das doutrinas voluntaristas após a Segunda Guerra Mundial. Para maiores informações vide TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*. *RCADI*, v. 316, 2005.

⁸ “Art. 14. O Conselho será encarregado de preparar um projeto de Tribunal permanente de justiça internacional e de submetê-lo aos Membros da Sociedade. Esse Tribunal tomará conhecimento de todos os litígios de caráter internacional que as Partes lhe submetam. Dará também pareceres consultivos sobre toda pendência ou todo ponto que lhe submeta o Conselho ou a Assembleia.”

⁹ FACHIRI, Alexander P. *The Permanent Court of International Justice: its Constitution and work*. Farmington Hills: Gale, 2010. p. 21.

¹⁰ “Art. 96. (1) A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica.

(2) Outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades.”

organismo especializado promover uma consulta. É claro que, além da autorização da AGNU, esses outros organismos precisam, ainda, observar outros requisitos, como a consulta se restringir a uma questão jurídica e não de fato, e a matéria se encontrar dentro do seu escopo de competência¹¹. Mas, embora formalmente os órgãos competentes ainda sejam os mesmos, de fato, houve uma ampliação dos legitimados. Há um risco menor de o pedido sofrer entraves de ordem política. Por isso, a CIJ já se pronunciou sobre pedidos do ECOSOC, FAO, UNESCO, OMI, OIT, entre vários outros. Não há dúvidas de que existia uma variedade menor de organismos internacionais à época da SDN. Todavia, essa pequena distinção de competência é o que permite dar voz a esse maior número de organismos.

E há ainda outra diferença muito mais significativa. O art. 14 do Pacto da SDN previa que o Conselho e a Assembleia poderiam solicitar parecer consultivo sobre “qualquer disputa ou questão”. Já o art. 96 da Carta da ONU substituiu essa expressão por “qualquer questão de ordem jurídica”, e a prática da Corte entendeu essa última fórmula de maneira bastante ampla. Como visto, na OC sobre a Carélia Oriental, a CPJI deu importância fundamental ao consentimento dos Estados e, assim, não emitiu um parecer. Por esse motivo, alguns¹² consideram que essa Corte não exercia verdadeira jurisdição consultiva, mas uma espécie de “arbitragem consultiva” (*advisory arbitration*).

A CIJ, no entanto, apresenta mansa jurisprudência sobre a irrelevância do consentimento do Estado para que possa emitir uma opinião consultiva. O art. 83 do Regulamento da Corte de 1946 previa a possibilidade de se nomear um juiz *ad hoc* numa questão legal pendente na jurisdição consultiva da Corte. Portanto, de maneira implícita, sempre admitiu a possibilidade de proferir uma opinião consultiva sobre um caso real. No parecer sobre a Interpretação de Tratados entre Bulgária, Hungria e Romênia (decidido em 1950), esses países se opuseram ao pronunciamento visto que se tratava de uma questão pendente, o que contraria aquela regra estabe-

lecida no *Status* da Carélia Oriental. A CIJ pronunciou-se de modo a fazer verdadeira “terra arrasada” sobre o precedente:

esta objeção revela uma confusão entre os princípios que governam o procedimento contencioso e aqueles que são aplicáveis às Opiniões Consultivas.

O consentimento dos Estados, partes em uma disputa, é a base da jurisdição da Corte nos casos contenciosos. A situação é diferente em relação ao procedimento consultivo mesmo quando o pedido se refere a uma questão legal de fato pendente entre Estados. A resposta da Corte é apenas de caráter consultivo; como tal, não tem força vinculante. Por conseguinte, nenhum Estado, membro ou não das Nações Unidas, pode impedir o pronunciamento de uma Opinião Consultiva que as Nações Unidas considerem desejável a fim de obter clareza em relação ao curso de ação que pretende tomar.¹³

Mesmo depois, a CIJ nunca deixou de proferir opiniões consultivas sobre casos reais. Vide, entre outros, os Casos Bernadotte e a Construção do Muro na Palestina. Neste, a Corte estabeleceu obrigações a Israel o qual não poderia ser parte numa jurisdição consultiva e, ainda, impôs obrigações *erga omnes* de não reconhecimento do estado de coisas decorrentes da construção do muro. Para o Princípio Carélia Oriental, apresentar-se-ia inconcebível a imposição de obrigações a Estados na jurisdição consultiva, o que dizer de obrigações *erga omnes*. Como notou Shigeru Oda no seu curso da Haia de 1993, na CPJI, a falta de consentimento que impedia que a Corte se pronunciasse na jurisdição contenciosa era também o que impedia que ela exarasse uma opinião consultiva. Com a CIJ, a jurisdição consultiva é também empregada para aqueles casos em que não houve consenso suficiente para uma jurisdição contenciosa. O que

¹¹ A falta de interesse de agir de uma agência especializada já impediu uma consulta feita pela Organização Mundial da Saúde. Vide CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Licéité de l'Utilisation des Armes Nucléaires par un État dans un Conflit Armé*. Avis Consultatif du 8 Juillet de 1996. p. 72.

¹² LOBATO, Marina Olegovna. *Análise comparada da jurisdição consultiva na CPJI e na CIJ no que tange à solução de controvérsias entre os Estados*. 2019. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. p. 71.

¹³ “Cette objection procède d'une confusion entre les principes qui gouvernent la procédure contentieuse et ceux qui s'appliquent aux avis consultatifs. Le consentement des États parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse. Il en est autrement en matière d'avis, alors même que la demande d'avis, a trait à une question juridique actuellement pendante entre Etats. La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif: comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire. Il en résulte qu'aucun Etat, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis

dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Interpretação de Tratados entre Bulgária, Hungria e Romênia*. Opinião Consultiva de 30 de março de 1950, p. 10. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 01 mar. 2022. p. 10).

impedia uma Corte se tornou motivo para a outra se pronunciar.¹⁴

4 Os limites materiais da jurisdição internacional

Possivelmente o fenômeno mais significativo de ampliação da jurisdição internacional, após a II Guerra Mundial, foi a criação da jurisdição internacional sobre direitos humanos. Antes disso, direitos humanos integravam o domínio reservado da jurisdição nacional. Para se compreender toda a dimensão do que significou essa expansão, faz-se mister elucidar o que tanto a CIJ como a CPJI duas cortes interestatais clássicas entendiam por “controvérsia internacional”.¹⁵ De fato, a noção foi cunhada no antigo Caso *Mavrommatis*: “discordância sobre um ponto de Direito ou de fato, um conflito de pontos de vista legais ou de interesses entre duas partes”.¹⁶

Trata-se, no entanto, de uma fórmula muito vaga. As duas cortes nunca quiseram restringir esse conceito para que pudessem sempre abarcar todo o Direito Internacional. Mas essa prática nem sempre foi óbvia. Para tentar restringir o conteúdo dessa noção, as normas que estabelecem a competência material das duas cortes empregavam a técnica de enumeração. O art. 13, II do Pacto da SDN, incluía “os litígios relativos à interpretação de um Tratado, qualquer ponto de direito internacional, a realidade de qualquer fato que, se fosse determinado, constituiria rompimento de um com-

promisso internacional, ou a extensão ou natureza da reparação devida pelo mesmo rompimento”. E o art. 36(2) do ECIJ (com a mesma redação no antigo ECPJI) compreende “a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.” Ainda assim, visto que essa enumeração não é taxativa nem versa expressamente sobre matérias específicas, segundo Guggenheim, ela seria simplesmente “defeituosa”.¹⁷

Havia uma grande discussão, nos tratados de adjudicação do final do século XIX e início do século XX, sobre os limites da competência material da jurisdição internacional. Utilizavam-se fórmulas vagas, como “questões sobre a honra e a dignidade nacionais”, ou, ainda, “interesses vitais”.¹⁸ Para Hersh Lauterpacht, a ideia de que existiram limites materiais à jurisdição internacional seria muito mais antiga e remontaria até a Emmerich de Vattel, um dos pais fundadores do Direito Internacional.¹⁹ Mas não se tratava, somente, de uma discussão doutrinária: a Convenção da Haia de 1899 sobre Solução Pacífica de Disputas Internacionais deixa claro, no art. 9º, que a Comissão Internacional de Inquérito não poderia tratar de questões que envolvessem a “honra nacional” ou “interesses vitais”.²⁰

Além das exceções materiais pertinentes a elevados interesses nacionais, desenhou-se, também, ao final do século XIX, a distinção entre controvérsias jurídicas e políticas. De fato, essa distinção guarda relações muito estreitas com as fórmulas vagas referidas antes, mas,

¹⁴ Oda, Shigeru. The International Court of Justice viewed from the bench (1976-1993). *RCADI*, v. 244, 1993. p. 102.

¹⁵ As duas cortes nunca divergiram sobre esta noção, exceto talvez por um corolário muito recente, acrescido ao conceito original, com a inclusão do critério de “ciência objetiva” após o Caso dos Testes de Armas Nucleares: “On the basis of such statements, it cannot be said that the United Kingdom was aware, or could not have been unaware, that the Marshall Islands was making an allegation that the United Kingdom was in breach of its obligations. In this context, the conduct of the United Kingdom does not provide a basis for finding a dispute between the two States before the Court.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Obrigações relativas às Negociações sobre a Cessação da Corrida Armamentista Nuclear e do Desarmamento Nuclear (Ilhas Marshall v. Reino Unido)*. Jurisdição e Admissibilidade. Julgamento de 5 outubro de 2016. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 01 mar. 2022).

¹⁶ “[...] a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests” between parties (CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Caso Mavrommatis*: concessões na Palestina. Julgamento n. 2, 1924, Série A, n. 2, p. 11. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 01 mar. 2022).

¹⁷ Guggenheim, Paul. Les principes de droit international public. *RCADI*, v. 80, 1952. p. 152.

¹⁸ MU, He. The distinction between legal and political disputes in international adjudication. *Peking University Law Journal*, v. 2, n. 1, p. 202-225, 2014. p. 212.

¹⁹ LAUTERPACHT, Hersh. *The Function of Law in the International Community*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 7.

²⁰ Art. 9º. In differences of an international nature involving neither honour nor vital interests, and arising from a difference of opinion on points of fact, the Signatory Powers recommend that the parties, who have not been able to come to an agreement by means of diplomacy, should, as far as circumstances allow, institute an International Commission of Inquiry, to facilitate a solution of these differences by elucidating the facts by means of an impartial and conscientious investigation. (PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *1899 convention for the pacific settlement of international disputes*. Base de Tratados da Corte Permanente de Justiça Internacional. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/resources/pca-conventions-and-rules>. Acesso em: 01 mar. 2022.).

segundo Lauterpacht, chegaram a ser melhor desenvolvidas, intelectualmente, por autores como Kaltenborn, Lorimer e Westlake.²¹ Esses autores apenas traduziram para o Direito Internacional o pensamento militarista alemão do século XIX, denominado de “borussionismo”. Para os adeptos desse pensamento, a força é exaltada e se torna criadora do Direito e da Moral, e a guerra consistiria no verdadeiro teste da História que unificaria as hordas naturais em Estado.²² A guerra é um conflito de poderes, não um conflito de interesses jurídicos; ela teria causas sociológicas mais profundas do que as jurídicas e, portanto, transcenderia o Direito, para o qual só há controvérsias estáticas e atuais, rigorosamente circunscritas e previstas.²³ Por isso, constituiria uma impossibilidade racional tentar resolver conflitos que possam criar uma guerra por litígios jurídicos, os quais são pautados por normas de direito objetivo.

A artificialidade dessas distinções já foi suficientemente criticada, entre outros, por Kelsen, Hambro e Lauterpacht.²⁴ Cumpre mostrar o quão generalizadas elas se encontravam no início do século XX. Até mesmo pacifistas brasileiros como Alberto Torres e Clóvis Beviláqua acreditavam em alguma versão disso. O primeiro escreveu em francês duas obras para organizar a sociedade internacional: **Vers la paix** e **Le problème mondial**. Segundo ele,

soluções jurídicas não curam tão grave mal com raízes nas camadas mais profundas da História. [...] A paz não será o resultado da criação de um corpo judiciário nem, ainda menos, da promulgação de códigos internacionais, pela mesma razão que a ordem interna não nasceu do estabelecimento da justiça. Os juízes foram primitivamente instrumentos do poder, e o poder surgiu da força²⁵.

E Clóvis Beviláqua, à época, Consultor Jurídico do Itamaraty, quando foi convidado para ser um dos dez

juristas a ajudar a elaborar o estatuto da CPJI, publicou uma obra também em francês para este trabalho. O artigo 22 do seu projeto prescreve de modo claro que a Corte não deveria ter competência para conhecer as questões entre indivíduos, nem aquelas entre pessoas jurídicas de direito privado, de um lado, e pessoas de direito público, do outro. Mesmo as questões de Direito Internacional Privado deveriam permanecer com os tribunais nacionais.²⁶

Portanto, não sem oposição, optou-se por uma fórmula que, embora vaga, abrangesse qualquer controvérsia interestatal, sem qualquer restrição por expressões ainda mais vagas como “questões políticas” ou “dignidade nacional”. Mas, mesmo essa concepção iria ser revisada.

5 O surgimento da jurisdição penal internacional

Depois da segunda metade do século XX, as situações jurídicas individuais passaram a ingressar na jurisdição internacional. Atribuiu-se a Gustave Moynier um dos fundadores da Cruz Vermelha, em 1872, o projeto de criação de uma Corte Penal Internacional permanente, para julgar os crimes contra a humanidade, pois foi o primeiro a sugerir essa ideia, horrorizado com as crueldades cometidas durante a guerra franco-prussiana. Na ocasião do genocídio armênio, os governos da França, Grã-Bretanha e Rússia preveniram os turcos de que eles seriam, pessoalmente, responsabilizados por tal crime. Entretanto, a ideia de um código penal universal e de um tribunal criminal internacional pertence, essencialmente, ao século XX. Ela se manifesta não apenas em relação aos indivíduos, mas também em relação aos Estados e outras pessoas jurídicas.

Durante a primeira parte do século XX, sob o impulso das duas guerras mundiais, vários projetos, desenvolvidos no âmbito da Sociedade das Nações ou por outras associações interessadas em Direito Internacional, surgiram, na tentativa de codificar o Direito Penal universal, tanto sob o ponto de vista material como

²¹ LAUTERPACHT, Hersh. *The Function of Law in the International Community*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 12-15.

²² Confira ARAÚJO, Brenda; MACEDO, Paulo Emílio Borges de. A man against a war: Rui Barbosa and the struggle against a thought. *Journal of History of International Law*, v. 23, p. 282-309, 2020.

²³ SCHELER, Max. *Der Genius des Krieges und der Deutsche Krieg*. Leipzig: Verlag der Weissen Bücher, 1915. p. 121.

²⁴ Além do livro de Lauterpacht já citado, que é todo voltado a este problema, confira KELSEN, Hans. *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*. New York: Praeger, 1950. p. 477-483. HAMBRO, Edvard. The jurisdiction of the International Court of justice. *RCADI*, v. 76, p. 170-173, 1950.

²⁵ TORRES, Alberto. *A caminho da paz*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2006. feita pela ebooksBrasil.org, março 2006, s/p.

²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 61. Confira também BORGES DE MACEDO. MACEDO, Paulo Emílio Borges de. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, p. 422-443, 2016.

procedimental. Esses projetos constituem o substrato da codificação e, a partir da década de 1950, a ONU responsabilizou-se pela elaboração do Projeto de Código de crimes contra a paz e segurança da humanidade e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Em 1899, Franz Von Liszt lançou a ideia de um Código Penal universal. Essa inspiração foi retomada por Garofalo em suas “Máximas para servir na formação de um Código Penal universal” de 1905²⁷. No início do século XX, alguns escritores começam a admitir que a vontade criminosa e, doravante, a criminalidade pode ser encontrada e qualificada tanto na consciência coletiva quanto na consciência individual. A esse respeito, pronuncia-se o Professor Quintiliano Saldaña, no Curso ministrado na Academia da Haia, em 1928, ao tratar desse assunto, por uma justiça penal permanente²⁸. A obra de Ernest Hafter, *Die Delikte – und Straffähigkeit der Personenverbände*, publicada em 1903, também trata da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A Primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918, tem início com a violação deliberada da neutralidade da Bélgica, que desencadeia, ao mesmo tempo, um cataclismo de uma gravidade ainda desconhecida, pela agressão premeditada e pela violação de tratados formais e condução de operações com utilização sistemática de meios contrários às leis e convenções de guerra: emprego de gás, torpedo de navios desarmados e de sobreviventes, destruição de monumentos históricos e religiosos, deportação e massacre de civis e reféns.

Impõe-se a ideia, finalmente, que o princípio das necessidades da guerra não justifica nenhuma ação, mesmo criminosa, não mais a soberania do Estado e a imunidade de seus órgãos, colocariam os responsáveis por tais atos acima de qualquer lei, de qualquer julgamento ou de qualquer sanção²⁹. (Tradução livre)

Jean Graven não poupa críticas ao sistema, que consagra as concepções políticas de Maquiavel e suas trágicas consequências, constantemente renovadas e au-

mentadas para a humanidade, por causa da impunidade garantida aos culpados dos piores crimes³⁰. Em uma mensagem de 2 de abril de 1917 ao Congresso de Washington, o Presidente Wilson declara:

estamos no início de uma era que exige que as mesmas regras de conduta e responsabilidade para as más ações sejam observadas entre as nações e seus governantes, como entre os cidadãos privados dos Estados civilizados³¹. (Tradução livre)

Por outro lado, em uma nota endereçada em 5 de outubro de 1918 à Alemanha, o governo da França declarou que: “os autores e os organizadores desses crimes serão responsabilizados moralmente, criminalmente e financeiramente”³². A questão da repressão aos crimes de direito comum, cometidos pelos exércitos austríacos e alemães nos territórios ocupados, já havia sido debatida por especialistas, notadamente nas reuniões da *Société générale des Prisons*, entre 1915-1916.

O documento, a seguir, da referida Sociedade, demonstra a preocupação com a punição dos responsáveis por graves crimes do direito comum, inclusive com o extermínio dos armênios, sírios e gregos na Turquia; pelas perseguições e massacres de sérvios e gregos nos Balcãs; as expulsões, prisões e condenações arbitrárias de eslavos, de romenos e italianos no Império austro-húngaro, de poloneses, de dinamarqueses e de alsacianos-lorenos no Império alemão, de russos na Bélgica, de belgos na Bélgica e de franceses na França.

os abaixo-assinados convidam os governos de Quadrupla-Entente a declarar solenemente que, depois da paz, procurará e punirá todos os autores, insti-

²⁷ GAROFALO, R. *La criminologie*. Paris: Alcan, 1905.

²⁸ SALDAÑA, Quintiliano. La justice pénale internationale. *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, v. 10, 1925. p. 387- 422.

²⁹ GRAVEN, Jean. Les crimes contre l'humanité. *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, v. 1, 1950. p. 445. “L’idée s’est imposée alors enfin que le principe des nécessités de la guerre ne justifiait pas toute action, même criminelle, pas plus que celui de la souveraineté de l’Etat et de l’immunité de ses organes ne mettait les responsables de tels actes au-dessus de toute loi, de tout jugement et de toute sanction”.

³⁰ GRAVEN, Jean. Les crimes contre l'humanité. *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, v. 1, 1950. “L’erreur profonde du système, en honneur depuis le triomphe des conceptions politiques de Machiavel, et ses conséquences tragiques sans cesse renouvelées et accrues pour l’humanité, du fait de l’impunité assurée aux coupables des pires crimes, apparaissaient à tous les yeux i de la souveraineté de l’Etat et de l’immunité de ses organes ne mettait les responsables de tels actes au-dessus de toute loi, de tout jugement et de toute sanction”.

³¹ LA PAIX de Versailles: responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. La documentation internationale. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 54. “Nous sommes au début d’une époque qui exige que les mêmes règles de conduite et de responsabilité pour les 7 mauvaises actions soient observées aussi bien entre les nations et leurs gouvernements, qu’entre les citoyens privés des Etats civilisés”.

³² BULLETIN du jour: Menacer l’ennemi I: Les Desseins du Tsar Ferdinand. *Journal Le Temps*, 6 octobre 1918. p. 1. “Les auteurs et les ordonnateurs de ces crimes, en seront rendus responsables moralement, pénalement et pécuniairement”.

gadores ou cúmplices dos crimes mencionados, inclusive as mais altas autoridades³³. (Tradução nossa).

A Conferência Preliminar de Paz decide, em sua sessão plenária de 25 de janeiro de 1919, criar uma Comissão para investigar as responsabilidades dos autores da guerra e sanções – chamada Comissão dos Quinze³⁴ – para examinar:

a responsabilidade dos autores da guerra; os fatos relativos às violações das leis e costumes da guerra cometidos pelas forças do Império alemão e seus aliados no mar, na terra e no ar durante a guerra; o grau de responsabilidade por esses crimes visando os membros das forças inimigas, em particular, incluindo os membros do Estado-Maior, em geral, e outros individualmente, tão altamente situados; a constituição e o procedimento do Tribunal apropriado para o julgamento desses crimes³⁵.

Esse órgão, composto por quinze membros, nomeados pelas cinco grandes potências, na proporção de dois membros para cada Grande Potência (Estados Unidos da América, Império Britânico, França, Itália e Japão), e cinco membros eleitos pelas potências com interesses particulares, era responsável, especialmente, por informar sobre a constituição e os procedimentos de um tribunal adequado para julgar violações das leis e costumes de guerra cometidos pelas forças inimigas³⁶.

Como o Presidente Tardieu apontou ao abrir os trabalhos da Comissão, essa tarefa “vasta e difícil”, traduziu “em ação os princípios que temos a firme intenção de fazer prevalecerem: princípios de justiça, princípios de igualdade, princípios de paz”³⁷. O propósito da Comissão era, de fato, levar a julgamento as pessoas consi-

deradas culpadas, seja como autores da guerra, ou que, no decorrer da guerra tenham cometido crimes em violação das leis de guerra e da humanidade.

A Comissão, eleita pela Conferência de Paz, tem como objetivo estudar a responsabilidade dos autores da guerra, bem como dos indivíduos, referentes à violação dos costumes de guerra, com a finalidade de constituir um Tribunal apropriado para julgá-los.

Finalmente, cogitou-se a criação de um Tribunal para julgar os criminosos de guerra, identificados por listas fornecidas pelos aliados. Essa lista, chamada pelos alemães de ‘o Livro do Ódio’, compreendia inicialmente cerca de novecentos nomes. Após uma onda de protesto por toda a Alemanha reduziu-se a lista a 45 nomes. A reação alemã fez com que, dois anos após Versalhes, ainda não se tivesse avançado um passo quanto a essa parte do Tratado³⁸.

As Memórias da Delegação Sérvia³⁹, sobre as atrocidades búlgaras cometidas entre 24 de fevereiro e março de 1919, revelaram os pressupostos das acusações apresentadas ao Tribunal Militar Internacional de Nuremberg em 1945 – 1946 que os numerosos crimes cometidos e denunciados “ultrapassam o quadro das infrações comuns do Direito Internacional”, que “são crimes de direito comum, assassinatos, mortes, agressões, violências, estupros, ataques à liberdade individual, pilhagem, extorsão, incêndio”, que “todo o regime búlgaro possui essa marca criminosa” e que “a responsabilidade deve recair sobre o Governo búlgaro e o Quartel-General búlgaro”, embora as “autoridades locais e, sobretudo, as organizações dos *comitadjis*⁴⁰ foram os principais autores dos crimes”, pois, “eles não teriam dado um impulso total aos seus instintos criminosos se o governo não tivesse deixado suas mãos livres e nem os tivesse encorajado”⁴¹.

³³ REVUE pénitentiaire et de droit penal. Paris, 1916. p. 361. “Les soussignés demandent aux gouvernements de La Quadruple-Entente de déclarer solennellement qu’après la paix on fera rechercher et punir tous les auteurs, instigateurs ou complices des crimes énoncés, y compris les autorités les plus hautes”

³⁴ A Comissão dos Quinze, formada pelas Grandes Potências (Estados Unidos da América, Império Britânico, França, Itália e Japão), realizada entre 3 de fevereiro a 29 de março de 1919, promoveu trabalhos inovadores para a aplicação de um sistema repressivo, tanto para os crimes de guerra como para os atentados aos princípios elementares da Humanidade. ISRAEL, Jean-Jacques. *Direitos das liberdades fundamentais*. São Paulo: Manole, 2005. p. 398.

³⁵ LA PAIX de Versailles: responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. La documentation internationale. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 5.

³⁶ NATIONS UNIES. Assemblée générale. *Secrétaire général: mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949. p. 7.

³⁷ LA PAIX de Versailles: responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. La documentation internationale. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 9.

³⁸ GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-36.

³⁹ As Memórias das Delegações estão publicadas em La Paix de Versailles, LA PAIX de Versailles: responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. La documentation internationale. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 40-225.

⁴⁰ Os *Comitadjis* são insurgentes nacionalistas, na Bulgária e na Macedônia, na luta contra os Turcos ao longo dos séculos XIX e XX. Contestavam a divisão dos seus territórios entre a Bulgária e o Império Otomano no Congresso de Berlim (1878), depois entre a Bulgária, a Sérvia e a Grécia após as guerras balcânicas (1912-1913). (Nota da autora).

⁴¹ LA PAIX de Versailles: responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. La documentation internationale. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 115, 117, 204.

Então, não apenas o crime contra a paz (declaração da guerra de agressão) e os crimes de guerra (violações das leis da guerra e, em particular, as convenções de Haia, de 1889 e 1907, e Genebra, 1906) foram alvo; mas também, demonstraram as acusações das Memórias dos vários países, os “procedimentos atrozes” e “contrários às regras mais elementares da humanidade”, dizem a maioria deles, tais como a pilhagem e confisco de propriedades, incêndio sistemático após o saque, fome imposta, estupros e mutilações, ataques às pessoas e comunidades inimigas, deportações da população civil, incluindo mulheres e crianças, trabalho forçado, desnacionalização brutal, massacres de civis e “terrorismo sistemático”⁴².

Mas a questão é saber se existem meios legais para punir os responsáveis pelos crimes, assim como quais os textos legais que devem ser aplicados. Havia, na Terceira Subcomissão (responsável pelas violações às leis e costumes de guerra), discussão acerca da aplicação da lei. M. Rolin-Jaequemyns (Delegado da Bélgica), ressaltando que, quanto à lei, era necessário determinar “em favor das leis da humanidade em geral, ou, em um sentido mais restrito, a favor das leis e costumes de guerra, ou, ainda, em um sentido ainda mais restrito, apenas a favor das leis privadas dos países em que os fatos foram cometidos”⁴³.

O relatório apresentado na Conferência Preliminar de Paz pela “Comissão de Responsabilidades e Sanções” reconhece que, “apesar dos textos mais formais, os usos mais estabelecidos, as prescrições da humanidade mais certas”, a guerra havia sido conduzida pelas potências vencidas que eram responsáveis, “pelos métodos bárbaros ou ilegítimos, em violação das leis e costumes da guerra e dos princípios básicos da humanidade”. A Comissão conclui por duas categorias de atos culpáveis: a) os atos que provocaram a guerra mundial e que a acompanham desde seu início; b) violações das leis e costumes da guerra e dos princípios da humanidade⁴⁴.

⁴² GRAVEN, Jean. Les crimes contre l’humanité. *Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de la Haye*, v. 1, 1950. p. 448.

⁴³ LA PAIX de Versailles: responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. La documentation internationale. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 297.

⁴⁴ LA PAIX de Versailles: responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. La documentation internationale. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 400. Deux catégories d’actes coupables se présentent: a) Actes qui ont amené la guerre mondiale et qui ont accompagné sont début; b) Violaciones des lois et coutumes de la guerre et des principes de l’humanité.

Surgiu a ideia de criação de um Tribunal Internacional para julgar os responsáveis por tais crimes.

Após a Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes de 1919, estabelece o princípio da perseguição ao criminoso de guerra e ordena que o Kaiser Guilherme II seja julgado por Um Tribunal Internacional (artigo 227); ordena também à Alemanha que entregue aos Aliados todos os alemães acusados de crimes de guerra, a fim de serem julgados por tribunais militares (artigo 228); além disso, os aliados foram convidados a constituir para este fim tribunais militares nacionais (artigo 229). Um corpo especial foi criado para procurar pessoas que deveriam ser processadas e foi constituído uma ‘Comissão para se pronunciar sobre a responsabilidade dos autores de crimes de guerra e para a aplicação das sanções’. A Comissão publica um relatório em 03 de fevereiro de 1920, neste relatório os Aliados revelaram aos alemães os nomes de 896 criminosos de guerra, mas, por razões políticas, a lista foi limitada a 45, e, por último, a Alemanha somente julgou 12 pela Corte Suprema do Reich em Leipzig. (Tradução livre)⁴⁵.

Quanto à criação de um Tribunal Internacional, ansiosamente desejado pela opinião pública inglesa – que queria que o julgamento dos principais criminosos de guerra fosse um “caso típico”, bem como pela opinião francesa expressa frequentemente nas Memórias dos Professores F. Larnaude e A. de Lapradelle sobre a responsabilidade criminal e o julgamento do Imperador Guilherme II,⁴⁶ o sonho foi adiado, apesar do relatório da Conferência ter previsto a constituição de um “Tribunal apropriado”. Assim, as novas ideias de repressão internacional dos atos contrários às leis de guerra e às leis da humanidade já estavam previstas.

O Tratado de Versalhes, nos artigos 227 a 229, consagrou a responsabilidade penal, pela ofensa suprema

⁴⁵ BASSIOUNI, Chérif. Projet de code penal international. *Revue Internationale de droit public*, Toulouse, 1981. p. 55-56. “Après la première guerre mondiale, le traité de Versailles de 1919 posa le principe de la poursuite des criminels de guerre et ordonna que le Kaiser Guillaume II soit jugé par un tribunal international (Article 227); il ordonna aussi à l’Allemagne de livrer aux Alliés tous les Allemands accusés de crimes de guerre, afin d’y être jugés par des tribunaux militaires (Article 228); en outre, les alliés étaient priés de constituer à cet effet des tribunaux militaires nationaux (Article 229). Un corps spécial fut créé pour rechercher les personnes qui devaient être poursuivies et il fut constitué une ‘Commission pour statuer sur la responsabilité des auteurs de crimes de guerre et pour l’application des sanctions’. Cette commission publia un rapport le 3 février 1920, dans ce rapport les Alliés révélaient aux Allemands les noms de 896 criminels de guerre declares”.

⁴⁶ LA PAIX de Versailles: responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. La documentation internationale. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 313.

dos tratados, entretanto, o seu fracasso, ocorre devido, em grande parte, à oposição dos Estados Unidos, que excluía qualquer ideia de procedimento penal perante uma jurisdição internacional. Eles, simplesmente, pensavam que, e de forma simples e platônica, “os autores desta guerra atroz não deveriam passar diante da história sem serem varridos” e, além disso que, “deveriam ser chamados à barra da opinião pública universal para sofrer o veredicto pronunciado pela humanidade contra os autores do maior crime cometido contra o mundo”⁴⁷.

No final, Guilherme II, o “Senhor da guerra”, o “criminoso número 1” da época, não foi extraditado pelos Países Baixos, onde buscou refúgio. No entanto, o Tratado de Versailles, assinado em 28 de junho de 1919, no artigo 231, responsabilizou a Alemanha e seus aliados, por haver causado todas as perdas e danos durante a Primeira Guerra. O artigo 227 responsabiliza Guilherme II pela “ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos Tratados”, e os artigos 228 a 230 impõem as penas às “pessoas reconhecidas como culpadas”. Apesar da falta de aplicação, o Tratado constitui uma inovação repleta de consequências históricas e legais, reconhecendo, em um instrumento internacional, os princípios da responsabilidade criminal e da repressão de “atos contrários às leis e os costumes da guerra”, bem como “delitos supremos contra a moral e a autoridade dos tratados internacionais”⁴⁸.

Os artigos 11 a 16, do Pacto da Liga das Nações, adotado em abril de 1919, incluídos (os vinte e seis artigos) no Tratado de Versailles, mais especificamente, assim como os Tratados de Saint-Germain, de Trianon e de Neuilly, entre as potências aliadas e a Alemanha, todos da Conferência da Paz realizada em Paris, de 12 de janeiro a 28 de junho de 1919, consideraram uma guerra de agressão como uma violação *erga omnes*, para todos os Estados Partes no Pacto, e preveem um regime especial de sanções, em caso de agressão, aplicado por todos os Estados membros, tanto no caso de agressão externa

como de guerra interna. Dessa maneira, a ideia de crime de guerra foi sedimentada no Direito Internacional.

A Resolução adotada pela Assembleia Geral da Sociedade das Nações, em 24 de setembro de 1927, em sua oitava sessão ordinária, sobre a “Declaração concernente às guerras de agressão”, confirma a tendência, afirmando que “a guerra de agressão não deve jamais servir como meio de resolver as disputas entre Estados” e que, de fato, “constitui um crime internacional”⁴⁹.

Até a Segunda Guerra Mundial, as propostas de sanção para os Estados e indivíduos infratores do Direito Internacional são insignificantes para os primeiros e se restringem ao recurso do direito interno para os indivíduos considerados criminosos⁵⁰.

Embora a Liga das Nações não tenha incentivado mais o trabalho nessa área, os vários organismos científicos dedicaram esforços ao estudo da questão. As associações internacionais de advogados, penalistas e publicistas manifestam, de forma consistente, ao longo do período entre as guerras, o desejo urgente e unânime de criar um organismo criminoso internacional o mais rapidamente possível. A *União Interparlamentar*, a *International Law Association* e a *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP) têm sido particularmente ativas nesse sentido e adotaram, em um momento ou outro, um texto que apoiava o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional. No entanto, nenhum dos relatórios ou projetos de estatutos detalhou, nos raros casos em que são mencionados, as especificidades e garantias processuais do procedimento penal.

Em 1920 o Comitê Consultivo de Juristas da Sociedade da Liga das Nações, encarregado de preparar um Projeto para a constituição do CPJI, conforme previsto no artigo 14 do Pacto da Sociedade da Liga das Na-

⁴⁷ Ver as reservas formuladas pela delegação dos Estados Unidos, em particular sobre a recusa de aceitar o Tribunal Internacional. p. 546. Seus argumentos merecem consideração, pois eles se expressam novamente e quase da maneira idêntica quando da criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg – admitido desta vez pelos Estados Unidos – em 1945. LA PAIX de Versailles: responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. La documentation internationale. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 533-536.

⁴⁸ CONFERÊNCIA DE PAZ DE PARIS. *Traité de Versailles de 1919*. Paris: Librairie Militaire Berger-Levrault, 1919. p. 15-17; p. 108-119.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *Resolution adopted by the Assembly on September 24th, 1927*. Declaration concerning wars of aggression. A. 119. 1927. IX. Disponível em: <http://digital.library.northwestern.edu/league/le000045.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁵⁰ TAYLOR, Telford. *Procureur à Nuremberg*. Paris: Éditions du Seuil, 1992. p. 28 – 29. Em face ao gigantesco massacre que foi a Primeira Guerra mundial, a opinião pública exige a adoção de medidas capazes de impedir que tais massacres se renovem. Militares e diplomatas se interessam pela conclusão de novos tratados multilaterais, não somente para limitar os armamentos, mas para regulamentar sua utilização. Aviões, submarinos, gases tóxicos haviam profundamente modificado a condução da guerra e, é certo que as armas relativamente novas, em grande parte ignoradas pelas Convenções da Haia, se tornaram presentes e mereciam regulamentação. (Tradução livre).

ções, com base em proposta do seu Presidente, Barão Descamps, recomenda ao Conselho e à Assembleia da Liga a instituição de um “tribunal superior de justiça internacional” que deveria ser “competente para julgar crimes contra a ordem pública internacional e o direito internacional universal”⁵¹.

O Terceiro Comitê foi da opinião que ainda não existia um Direito Penal internacional reconhecido por todas as nações e que, se fosse possível encaminhar certos crimes a qualquer jurisdição, seria mais prático criar uma câmara especial dentro da Corte Internacional de Justiça. Portanto, acredita que não há necessidade de a Assembleia da Liga das Nações tomar qualquer resolução a esse respeito. Por fim, o Conselho e a Assembleia decidem que o assunto ainda não estava maduro e que seria melhor submetê-lo ao estudo de organizações especializadas em Direito Internacional com vistas à convocação de uma Conferência sobre o assunto:

a Assembleia da Liga das Nações convida o Conselho a abordar às instituições mais autorizadas que se dedicaram ao estudo do direito internacional e a solicitar-lhes que deliberem sobre os modos de trabalho e de colaboração que considerem mais adequados para assegurar a definição e coordenação mais precisas de normas de direito internacional lei a ser aplicada nas relações entre as Nações⁵². (Tradução livre)

Em 1925, com base em um relatório apresentado por Vespasien V. Pella, a XXIII Conferência da União Interparlamentar, reunida em Washington e Ottawa, adotou uma Resolução⁵³, instituindo uma Subcomissão encarregada de estudar as causas da guerra de agressão e de elaborar um Anteprojeto de Código mundial repressivo aos crimes internacionais. A Conferência anexa à Resolução os “Princípios Fundamentais para um Código Repressivo das Nações, que prevê o estabelecimento de uma Câmara Criminal dentro do CPJI”, responsável por julgar crimes de estados e indivíduos. Alguns desses princípios dizem respeito à jurisdição penal internacional. A responsabilidade penal tanto dos

indivíduos como dos Estados foi reconhecida em caso de violação da ordem pública internacional e do Direito Internacional. No entanto, esses crimes tinham de ser definidos com antecedência por textos precisos e a repressão internacional tinha que se basear no princípio *nulla poena sine lege*. Recomenda, ainda, a competência da Corte Permanente de Justiça Internacional para decidir sobre todos os crimes e delitos internacionais e que fosse organizado dentro da Corte um Ministério Público internacional e uma Câmara internacional de acusação. Os crimes cometidos pelos Estados deveriam ser julgados pelas câmaras combinadas com a Corte Permanente. E os casos de responsabilidade individual deveriam ser examinados por uma Câmara Penal especial criada de acordo com o artigo 26 do Estatuto da Corte. Essa Câmara teria jurisdição sobre todos os crimes internacionais cometidos por indivíduos.

Os projetos desenvolvidos pelas organizações especializadas que se seguiram previam o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional competente para julgar indivíduos juntamente aos Estados e a outras pessoas jurídicas. Cite-se o trabalho desenvolvido pela *International Law Association*, que discute questões relacionadas à justiça penal internacional e, em particular, com a criação de uma jurisdição penal internacional, nas sessões realizada em 1922 (Buenos Aires), 1924 (Estocolmo) e 1926 (Viena). A criação de uma jurisdição criminal internacional, bem como um projeto de estatuto, foi discutida em 1922 e 1924 sob a iniciativa do Professor Hugh Hale Bellot. Em 1926 (Viena), um Comitê de Estudo Especial da Associação considerou que a criação de um Tribunal Penal Internacional era não apenas muito útil, mas necessária. A razão para a decisão do Comitê foi que o julgamento de nacionais de um Estado pelos tribunais de outro Estado, por mais justo e imparcial que seja, é invariavelmente visto com suspeita. Em particular, a experiência mostrou que o julgamento de crimes de guerra pelos tribunais nacionais, seja do vencedor ou do vencido, dificilmente é satisfatório⁵⁴.

No seu primeiro congresso realizado em 1926 (Bruxelas), a *Association Internationale de Droit Pénal* considerou que a Corte Permanente de Justiça Internacional deveria ter jurisdição em matéria penal internacional para julgar os Estados responsáveis por agressão injus-

⁵¹ LA ROSA, Anne-Marie. *Juridictions pénales internationales: la procédure et la preuve*. Genève: Presses Universitaires de France, 2003. p. 12.

⁵² NATIONS UNIES. *Assemblée générale. Secrétaire general: mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949. p. 11.

⁵³ O texto dessa Resolução encontra-se no Anexo 5 do Memorando do Secretário Geral da ONU: In: NATIONS UNIES. *Assemblée générale. Secrétaire general: mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949. p. 75-79.

⁵⁴ NATIONS UNIES. *Assemblée générale. Secrétaire general: mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949. p. 12-13.

ta ou qualquer outra violação do Direito Internacional, bem como os indivíduos culpados de crimes internacionais; e, que as infrações deveriam ser definidas e a sentença fixada com antecedência. Um Projeto de estatuto para um Tribunal Penal Internacional preparado pelo Professor Pella foi aprovado pela Associação em 1928 e revisado em 1946⁵⁵. Esses Projetos, ao contrário dos textos oficiais da ONU, que tratam apenas da responsabilidade penal de indivíduos, consideram, ao mesmo tempo, a responsabilidade de indivíduos, Estados e pessoas jurídicas.

Somente após o assassinato do Rei Alexandre I da Iugoslávia e do Ministro das Relações Exteriores da França Jean Louis Barthou, em Marselha, em 9 de outubro de 1934, o governo francês dirigiu uma carta ao Secretário-Geral da Liga das Nações por meio da qual insistiu na necessidade de garantir uma repressão efetiva de crimes políticos em nível internacional e à qual foi anexada uma declaração de princípios que poderia constituir as bases de uma convenção internacional para a repressão ao terrorismo. A proposta também incluiu uma sugestão para a criação de um Tribunal Penal Internacional para julgar indivíduos acusados de atos de terrorismo.

O Conselho da Liga das Nações empreendeu o exame da questão e, em 10 de dezembro de 1934, adotou-se uma resolução dando instruções a um comitê de especialistas para redigir duas convenções, uma sobre terrorismo e outra sobre a criação de um Tribunal Penal Internacional para julgar os acusados deste crime⁵⁶. Essa última convenção contém 56 artigos que especificam a organização do Tribunal. Pela primeira vez, um instrumento internacional que cria um organismo penal internacional contém direitos de defesa, particularmente o direito de ser defendido por um advogado da sua escolha (artigo 29) e de receber a comunicação do processo (artigo 30). Prevê, também, que as audiências, interrogatórios e confrontos devem ter lugar na presença

do defensor do arguido durante as audiências públicas (artigos 34 e 35). Essas duas convenções foram discutidas na Conferência Internacional para a Supressão do Terrorismo em novembro de 1937 e, posteriormente, assinadas por 24 Estados. No entanto, nunca entraram em vigência por falta das necessárias ratificações.

Em 1943, a Assembleia Internacional de Londres, criada em 1941 sob os auspícios da União para a Liga das Nações, composta por membros nomeados pelos governos Aliados instalados em Londres, propôs um Projeto de Convenção sobre a criação de um Tribunal Criminal internacional, que previu o estabelecimento de uma jurisdição competente para julgar indivíduos culpados de crimes de guerra.

Em 1944, a Comissão da ONU, encarregada de investigar crimes de guerra, criada em 1943 por uma Conferência Diplomática em Londres, apresentou um Projeto de Convenção sobre a criação de um Tribunal de Crimes de Guerra das Nações Unidas, com jurisdição sobre pessoas físicas.

A Segunda Guerra confirmou a necessidade do estabelecimento de um sistema internacional de justiça independente de considerações políticas. Foi marcada não somente por inovações em termos de combate – as velhas trincheiras da I Guerra foram substituídas pela “guerra de velocidade”, a *Blitzkrieg*⁵⁷ – envolvendo, maciçamente, as populações civis nos confrontos, maiores vítimas; mas, sobretudo, pelas violações às garantias fundamentais da pessoa humana⁵⁸. Os aliados e representantes de governos exilados da Europa discutem, algumas vezes, ainda durante o conflito, qual seria o tratamento a ser dado aos líderes nazistas após a guerra. Inicialmente, muitos consideraram seus crimes além do alcance da justiça humana. Sob a ótica jurídica, salvo os

⁵⁵ Ver o texto do Projeto redigido pelo Professor V. V. Pella, no Anexo 7 do Memorando do Secretário Geral da ONU. In: NATIONS UNIES. Assemblée générale. *Secrétaire général*: mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949. p. 80-93.

⁵⁶ Ver **Convention de Genève pour la prévention et la répression du terrorisme**, 16 novembre 1937. **Convention de Genève pour la création d'une Cour pénale internationale**, 16 novembre 1937, Anexo 8 do Memorando do Secretário Geral da ONU. In: NATIONS UNIES. Assemblée générale. *Secrétaire général*: mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949. p. 94-104.

⁵⁷ Guerra relâmpago foi o nome dado pelos alemães a sua nova técnica de campanha. O nome, ao contrário do que se julga, não se devia somente a rapidez das operações, mas também ao elemento surpresa e à eficiência da política de ocupação. A teoria inicial deve-se ao tenente-coronel Fuller, teórico militar britânico, em 1917. Foi expandida pelo Capitão Liddell Hart. Seguindo esses conceitos, coube ao General Guderian, em 1935, na Alemanha, a criação das divisões blindadas (*Panzer*). WYKES, Alan. *Hitler*. Rio de Janeiro: Editora Renes, 1973. p. 157.

⁵⁸ Na administração dos territórios ocupados, os campos de concentração foram usados para destruir todos os grupos de oposição. Foram planejados para a destruição dos judeus. Estima-se que a perseguição policial resultou no assassinato de 6 milhões de judeus, dos quais 4 milhões foram mortos pelas instituições de extermínio. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 147.

crimes de guerra específicos, as novas e drásticas violações eram tão absurdas, que não havia tipificação destas no sistema jurídico internacional.

Após a Segunda Guerra Mundial, a opinião pública internacional estava chocada com os crimes cometidos durante o conflito, sobretudo com o genocídio dos judeus e a brutalidade da agressão japonesa contra a China. “Os crimes perpetrados ultrapassam no horror, e de muito longe, o que se conhece até agora sobre a barbárie⁵⁹”

Em decorrência desses fatores e com o papel determinante dos Estados Unidos, surgiu a ideia do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente em Tóquio para julgar os criminosos de guerra. A criação desses tribunais é um marco decisivo para o estabelecimento da responsabilidade criminal no plano do Direito Internacional. Na Declaração de Londres, de 8 de agosto de 1945, ingleses, franceses, americanos e soviéticos assinaram o Acordo que criou o Tribunal Militar de Nuremberg. Instalado com grande solenidade em Berlim, tendo como palco a cidade de Nuremberg⁶⁰, na Alemanha, seus trabalhos estendem-se de 20 de novembro de 1945 a 1º de outubro de 1946.

A Carta de Londres constitui a principal base jurídica do Tribunal, definindo as regras dos procedimentos de julgamento, jurisdição e enunciando os crimes que eram de sua competência. Composto de 30 artigos, o Estatuto estabeleceu o Tribunal Militar Internacional com o encargo de “julgar e punir, de modo apropriado, e sem demora, os grandes criminosos de guerra dos paí-

ses europeus do Eixo” (artigo 1º). O artigo 2º estipula que deve haver quatro juízes, a serem indicados por cada um dos quatro partícipes do Acordo e, que em caso de necessidade, poderiam ser criados outros tribunais, com composição, competência e procedimento idênticos aos de Nuremberg (artigo 5º). O Estatuto serve de base para a criação de outros Tribunais de guerra, como acontece ao Tribunal do Extremo Oriente. O artigo 6º estabelece os crimes sob a competência da Corte⁶¹.

Sem dúvida, a grande contribuição do Tribunal de Nuremberg foi implementar a ideia da responsabilidade penal dos indivíduos no plano internacional. Outro aspecto que Nuremberg inovou e que foi fundamental para a construção do novo sistema jurídico do pós-guerra refere-se à possibilidade de aplicação de sanções a organizações criminosas, o que permitiu o julgamento de sete organizações e de seus membros em conjunto⁶².

O Estatuto de Nuremberg estabeleceu, no artigo 9º, a possibilidade de o Tribunal declarar a culpabilidade de uma organização criminosa: “quando houver processo intentado contra qualquer membro de um grupo ou or-

⁶¹ Carta de Londres, de 08 de agosto de 1945.

^{Art. 6º} - O Tribunal instaurado pelo Acordo mencionado no artigo primeiro acima, para julgamento e punição dos grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo, terá competência para julgar e punir todas as pessoas que, agindo por conta dos países europeus do Eixo, cometeram, individualmente ou como membros de organizações, qualquer um dos seguintes crimes: a) Crimes contra a paz: isto é, a direção, a preparação, o desencadeamento ou a persecução de uma guerra de agressão ou de uma guerra de violação dos tratados, garantias ou acordos internacionais ou a participação num plano concertado ou em um complô para a perpetração de qualquer um dos atos precedentes; b) Crimes de guerra: isto é, violações de leis e costumes da guerra. Essas violações compreendem, sem serem limitadas nas leis e costumes, o assassinato, maus-tratos ou deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim, das populações civis nos territórios ocupados, assassinatos ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, execução de reféns, pilhagem de bens públicos ou privados, destruição sem motivo de cidades e aldeias, ou devastações que as exigências militares não justifiquem; c) Crimes contra a humanidade: isto é, assassinato, extermínio, redução à escravidão, deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra populações civis, antes ou durante a guerra; ou então, perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham ou não constituído uma violação do direito interno dos países onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em consequência de qualquer crime que entre na competência do Tribunal ou em ligação com esse crime. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/nuremberg/anexo.html>. Acesso em: 14 jul. 2021.

⁶² Além dos indivíduos, sete grupos ou organizações foram incluídos como réus: o Gabinete do *Reich*; o Corpo de Liderança do Partido Nazista; a *SS*; a *SD*; a *Gestapo*; as *SA*; o Estado-Maior-Geral e o Alto-Comando das Forças Armadas. A *Gestapo* e a *SD*, as *SS* e o *Corpo de Líderes do Partido Nazista* são declarados criminosos.

⁵⁹ BAZELAIRE, Jean-Paul ; THIERRY, Cretin. *La justice pénale internationale*. Paris: Press Universitaires, 2000. p. 19. (Tradução livre)

⁶⁰ Em Nuremberg, o Partido Nacional Socialista realizava suas reuniões anuais, sendo também naquela cidade promulgadas por Hitler as leis raciais de 1935. Para MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 440. “A conclusão que se pode apresentar é que, para mostrar a destruição do nazismo, escolheu-se para sede do seu julgamento a própria cidade que o simbolizava”.

^{KAHN}, Leo. *Julgamento em Nuremberg: epílogo da tragédia*. Rio de Janeiro: Renes, 1973. p. 44. O autor tem a mesma opinião: Jackson também encontrou o local certo para o julgamento, o que não fora muito fácil, dadas às condições caóticas predominantes na Alemanha, na época. Era o Palácio da Justiça em Nuremberg, um edifício imenso que oferecia espaço suficiente para acomodar não só o próprio tribunal, mas também os incontáveis escritórios necessários ao julgamento [...] Nuremberg tornara-se a ‘Cidade do Movimento’, onde o Partido realizava suas reuniões anuais. Dali, Hitler promulgara suas infames leis raciais – as Leis de Nuremberg – em 1935. [...] Podemos dizer que Nuremberg simbolizava ao mesmo tempo o melhor e o pior do caráter nacional alemão, e também isto fazia dela uma escolha adequada.

ganização, poderá o tribunal declarar (por ocasião de um ato qualquer em que fique reconhecida a culpabilidade desse indivíduo) que o grupo ou a organização à qual pertencia era uma organização criminosa”. É em função das atividades de um indivíduo que o grupo poderá ser considerado criminoso. A filiação a qualquer organização criminosa é considerada agravante do crime, mas por si só não constitui crime. Uma vez declarada criminosa a organização, os tribunais nacionais poderiam levar a julgamento qualquer dos seus membros, pois o caráter criminoso da organização não poderá jamais ser contestado⁶³.

Apesar de suas imperfeições, esses tribunais constituem uma importante base para conformação dos princípios essenciais da responsabilidade penal internacional, dentre os quais se destacam: (a) a afirmação da responsabilidade por crimes definidos pelo Direito Internacional independentemente de lei interna; (b) o não reconhecimento de imunidade de jurisdição para crimes definidos pelo Direito Internacional; (c) o não reconhecimento de ordens superiores como escusa de responsabilidade.

Quando da criação das Nações Unidas, a questão da constituição, no âmbito da Organização, de uma jurisdição penal internacional foi levantada em duas ocasiões. Na primeira, pela Resolução n.º 94/I de 11 de dezembro de 1946⁶⁴ da Assembleia Geral, quando criou a Co-

missão para o Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional e sua Codificação, composta por representantes de dezessete Estados membros e convida, pela Resolução n.º 95/I da mesma data, “a considerar como matéria de capital importância os projetos que visam a formular, no âmbito de uma codificação geral de crimes contra a paz e segurança da humanidade, ou no âmbito de um código penal internacional, os princípios reconhecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e nas sentenças do Tribunal”⁶⁵. A Resolução n.º 95 declara, ainda, o direito de Nuremberg parte do Direito Internacional geral.

Durante os debates da Comissão, o delegado francês, H. Donnedieu de Vabres, apresentou um memorando considerando a criação de uma Câmara Criminal dentro da CIJ, competente para julgar os Estados e seus governantes responsáveis por crimes contra o direito internacional, crimes de guerra e crimes contra a humanidade⁶⁶. Finalmente, em termos de direito substantivo, a Comissão formula sete princípios, consagrando a responsabilidade penal internacional do indivíduo, mesmo em casos de cumplicidade, por crimes contra a paz e contra a humanidade, excluindo a posição oficial, a ordem superior e o direito interno como causas de justificação. No plano processual, reconhece o princípio do direito a um julgamento justo. A Comissão se limita a recomendar à Assembleia Geral a possibilidade de criação de uma autoridade judicial internacional para implementar os princípios contidos no Estatuto e nas sentenças do Tribunal de Nuremberg e para garantir a punição de outros crimes possivelmente reconhecidos por convenções internacionais.

Na segunda Sessão, celebrada em 21 de novembro de 1947, a Assembleia Geral aprovou a Resolução n.º 177 (II), pela qual encarregou a Comissão de Direito Internacional de elaborar os princípios do Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto e pelas sentenças

dans le cadre d’un Code de droit criminel international, les principes reconnus dans le statut de la Cour de Nuremberg et dans l’arrêt de cette Cour”.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/95(I) de 11 de dezembro de 1946*. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/95\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/95(I)). Acesso em: 21 jul. 2021.

⁶⁶ Ver H. Donnedieu de Vabres, *Projet de création d’une juridiction criminelle internationale, Mémoire présenté à la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification*, In: NATIONS UNIES. *Assemblée générale. Secrétaire général. mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949. p. 126-128.

⁶³ **Carta de Londres, de 08 de agosto de 1945. Artigo 10** - nos casos em que o tribunal houver proclamado o caráter criminoso de um grupo ou de uma organização, as autoridades competentes de cada Signatário terão o direito de levar qualquer indivíduo perante os Tribunais nacionais, militares ou de ocupação, em razão de sua filiação a esse grupo ou organização. Nessa hipótese, o caráter criminoso do grupo ou da organização será considerado como estabelecido e não poderá mais ser contestado.

Artigo 11 – qualquer pessoa condenada pelo Tribunal Internacional poderá ser acusada por outro crime que não o de filiação a uma organização ou grupo criminoso, perante um Tribunal nacional, militar ou de ocupação, mencionada no artigo 10 acima, e o Tribunal competente poderá, depois de reconhecida a culpabilidade, infligir-lhe uma pena suplementar independente da imposta pelo Tribunal Internacional, por ter participado de atividades criminosas desse ou daquele grupo ou organização. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anhist/nuremberg/nuremberg/anexo.html>. Acesso em: 14 jul. 2021.

⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/94(I), de 11 de dezembro de 1946*. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/94\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/94(I)). Acesso em: 21 jul. 2021. “[...] Invite la Commission chargée de la codification du droit international, créée par la résolution de l’Assemblée générale en date du 11 décembre 1946, à considérer comme une question d’importance capitale les projets visant à formuler, dans le cadre d’une codification générale des crimes commis contre la paix et la sécurité dell’humanité ou

do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Durante exame preliminar, surgiu a questão de saber se a Comissão deveria ou não determinar em que medida os princípios contidos no Estatuto e no julgamento constituem princípios de Direito Internacional⁶⁷. A Comissão concluiu que, uma vez que os princípios de Nuremberg tinham sido reconhecidos pela Assembleia Geral, a tarefa confiada à Comissão nos termos da alínea “a” da Resolução n.º 177 (II) não era julgar esses princípios, mas apenas para formulá-los. A Comissão aprovou o texto naquela mesma Sessão.

Em um segundo momento, a questão foi levantada no âmbito das Nações Unidas quando a Assembleia Geral, pela Resolução n.º 96/I de 11 de dezembro de 1946, solicitou ao Conselho Econômico e Social um estudo para a redação de um Projeto de Convenção sobre o Crime de Genocídio⁶⁸. A Comissão se apoiou no curso de seus trabalhos, nos Projetos elaborados pela Secretaria Geral e pela Comissão especial sobre Genocídio, prevendo a possibilidade de jurisdição de um tribunal internacional, e apresentou um Projeto à Assembleia Geral, em 1948⁶⁹.

Tendo o projeto sido encaminhado à Sexta Comissão, alguns representantes previram a inserção de uma cláusula para tornar o CIJ competente em casos de genocídio envolvendo a responsabilidade dos Estados⁷⁰. Por fim, o texto adotado pela Sexta Comissão, aprovado pela Assembleia Geral pela Resolução n.º 260 (III) de 9 de dezembro de 1948 e que entrou em vigor como uma Convenção em 1951, previu a possibilidade de levar os

indivíduos acusados de genocídio a julgamento por um Tribunal Penal internacional (artigo VII) e a possibilidade de submeter à CIJ a controvérsia relativa à interpretação, aplicação, execução da Convenção ou à responsabilidade de um Estados quanto ao genocídio (artigo IX).

Após a Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral, por meio da Resolução n.º 260(III)B de 19 de dezembro de 1948, solicitou à Comissão de Direito Internacional um estudo sobre a viabilidade de criação de uma Jurisdição Penal Internacional encarregada de julgar pessoas acusadas de crimes de genocídio e de outros crimes que seriam da competência desse órgão em virtude de tratados internacionais. A razão desse estudo referiu-se, em grande parte, à adoção da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, naquela mesma Sessão, visto que, o seu artigo VI, previu o julgamento daquelas pessoas por um tribunal competente dos Estados ou por uma Corte Criminal Internacional⁷¹. Depois de decidir a favor de tal estabelecimento, a Comissão de Direito Internacional submeteu um relatório à Assembleia Geral⁷².

A Assembleia Geral constituiu, então, uma Comissão composta por representantes de dezessete Estados membros, cuja função é formular propostas concretas referentes à criação e ao estatuto de uma Corte Penal internacional⁷³. A Comissão se reuniu, em Genebra, em agosto de 1951, elaborou um projeto de estatuto de um organismo penal internacional com uma estrutura a ser complementada por outros instrumentos. O estatuto previu, em particular, que o tribunal deve ser um órgão permanente composto por nove juízes eleitos entre pessoas com reconhecida competência em Direito Internacional. Além disso, deve ter competência para julgar crimes internacionais e, para isso, deve garantir ao acusado um julgamento justo. O projeto da Comissão de 1951 considerou que a jurisdição do Tribunal deveria ter sido limitada às pessoas físicas, uma vez que a responsabilidade penal dos Estados era, na opinião dos seus membros, incerta e do domínio político mais do que jurídico, porquanto a responsabilidade de outras pessoas jurídi-

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/177(II)*. Résolutions et décisions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 2e session, 16 septembre - 29 novembre 1947. Disponível em: <http://research.un.org/fr/docs/ga/quick/regular/2>. Acesso em: 28 ago. 2017.

⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/96(I)*, de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/96\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/96(I)). Acesso em: 21 jul. 2021.

⁶⁹ Ver Extrait du projet de Convention sur le crime de génocide, préparé par le Secrétaire général (E/447). In: NATIONS UNIES. Assemblée générale. *Secrétaire général*: mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949. p. 128 – 141; Comité spécial du génocide, Projet de Convention préparés sur le crime du génocide (E/794). In: NATIONS UNIES. Assemblée générale. *Secrétaire général*: mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949. p. 148-151.

⁷⁰ Ver NATIONS UNIES. Assemblée générale. *Secrétaire général*: mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949. p. 43-44.

⁷¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/260(III) B*, de 9 de dezembro de 1948. Disponível em: [https://undocs.org/fr/A/RES/260\(III\)](https://undocs.org/fr/A/RES/260(III)). Acesso em: 16 jul. 2021.

⁷² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Law Commission. *Document A/CN.4/34*. Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 July 1950. v. 2.

⁷³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/489(V)*, de 12 de dezembro de 1950. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/489\(V\)](https://undocs.org/en/A/RES/489(V)). Acesso em: 18 jul. 2021.

cas não era uniformemente reconhecida pelos sistemas jurídicos do mundo. Consequentemente, o artigo 25 do Projeto, provisoriamente adotado em 1951, estabeleceu que: “o Tribunal julga exclusivamente as pessoas físicas, incluindo pessoas que tenham atuado como Chefe de Estado ou agente do governo” e a mesma jurisdição subjetiva está prevista no artigo 25 do Projeto de 1953⁷⁴.

O projeto de estatuto da Comissão de Genebra foi submetido à Assembleia Geral que, em 1952, decide criar uma Comissão também composta por representantes de dezessete Estados membros que deveria examinar: as implicações e consequências da criação de um órgão penal internacional; os procedimentos que devem ser adotados para tal fim; as relações entre esse Tribunal e as Nações Unidas e proceder a um novo exame do projeto de estatuto elaborado pela primeira Comissão⁷⁵.

Essa segunda Comissão (Comissão de Jurisdição Penal Internacional de 1953), que se reuniu em Nova York em julho e agosto de 1953, fez uma série de modificações no projeto da Comissão de 1951 e propôs variantes para várias disposições do projeto: uma no caso de o Tribunal ter vínculos estreitos com as Nações Unidas e outra no caso de ser decidido que o Tribunal seria independentemente das Nações Unidas⁷⁶.

No entanto, em 1954, a Assembleia Geral, pelas Resoluções n.ºs. 898 (IX) de 14 de dezembro de 1954 e 1187 de 11 de dezembro de 1957, decidiu adiar a questão do estabelecimento de uma jurisdição penal internacional, pois entendeu que está intimamente ligada ao Projeto de Código dos Crimes Contra a Paz e Segurança da Humanidade e à definição da agressão que lhe foi submetida⁷⁷.

Quase meio século foi necessário para que tal projeto fosse concretizado no seio do Estatuto de Roma com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. A Guerra Fria é tida como responsável por tal atraso, visto que, após a queda do Muro de Berlim, foram criados os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, Ruanda e, finalmente, o Tribunal Penal Internacional (em 1993, 1994 e 1998, respectivamente). Na verdade:

[...] imagina-se facilmente que cada um dos dois blocos não estava realmente propenso a promover uma justiça penal internacional capaz de lhe pedir que prestasse contas de suas próprias ações⁷⁸. (Tradução livre)

A Assembleia Geral voltou a recomendar à Comissão de Direito Internacional (em 1990), a elaboração de um projeto de Estatuto para o referido Tribunal. O último dos trabalhos na Comissão de Direito Internacional ganhou intensidade, considerando-se a decisão do Conselho de Segurança de criar tribunais internacionais *ad hoc*, para julgar crimes de guerra, de genocídio e contra a humanidade, cometidos na antiga Iugoslávia e em Ruanda.

Gerou-se, assim, a expectativa de criação de um Tribunal Penal Internacional, capaz de promover a punição dos crimes internacionais na ausência ou impossibilidade dos sistemas judiciários nacionais, frequentemente incapacitados ou intimidados pela destruição e pelo terror sistemático e maciço desencadeados pelos perpetradores de tais crimes. Afirma-se, assim, como princípio, que a humanidade, cujos interesses e valores essenciais são ameaçados e violados pela prática desses crimes é, em última instância, titular do direito de assegurar a sua repressão, devendo-se prever os meios adequados a garantir o exercício dessa titularidade⁷⁹.

O Secretário Geral da ONU, Kofi Annam, transmitiu o relatório da Comissão de Direitos Humanos, na 54ª Sessão da Assembleia Geral, em que relatou a situação dos direitos humanos na República Federal da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro), na República da Croácia e na Bósnia-Herzegovina. Sobre a região, descreve:

violações de direitos humanos foram cometidas no Kosovo contra etnia albanesa antes da chegada do

⁷⁴ KERNO, L. Le projet de statut de la cour criminelle internationale. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, n. 4, 1951. p. 363-366.

⁷⁵ Ver “Rapport du Comité pour une juridiction criminelle internationale sur les travaux de sa session tenue du 1er au 31 août 1951”. (Documents officiels de l’Assemblée générale, septième session, Supplément n° 11 [A/2136]), annexe I, “Projet de statut pour une cour criminelle internationale”.

⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/687(VII)*, de 5 de dezembro de 1952. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/687\(VII\)](https://undocs.org/en/A/RES/687(VII)). Acesso em: 24 jul. 2021.

⁷⁷ Ver “Rapport du Comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale, 27 juillet-20 août 1953”. (Documents officiels de l’Assemblée générale, neuvième session, Supplément n 12 [A/2645])

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/898(IX)*, de 14 de dezembro de 1954. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/898\(IX\)](https://undocs.org/en/A/RES/898(IX)). Acesso em: 24 jul. 2021.

⁷⁸ BAZELAIRE, Jean-Paul ; THIERRY, Cretin. *La justice pénale internationale*. Paris: Press Universitaires, 2000. p. 41.

⁷⁹ SABOIA, Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, ano 4, ago. 2000. p. 7.

pessoal da Missão de Administração Provisória das Nações Unidas no Kosovo e das tropas da presença de segurança internacional, a Força de Paz no Kosovo, como evidenciado por abundantes relatos de tortura, fuzilamento indiscriminado e sistemático, deslocamento forçado de um grande número de civis, execuções sumárias e detenção ilegal de albaneses do Kosovo perpetrada pela polícia e pelas forças armadas iugoslavas⁸⁰.

Diante das violações graves e repetidas das Convenções de Genebra e das leis humanitárias, o Conselho de Segurança da ONU, por meio das Resoluções n.ºs. 808, de 22 de fevereiro de 1993⁸¹ e 827, de 25 de maio de 1993⁸², decidiu criar o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, baseada no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, com o objetivo de julgar os responsáveis pelas graves violações aos direitos humanos cometidas no território da ex-Iugoslávia, a partir de 1991.

Em 1996, o Tribunal iniciou seu funcionamento, na cidade da Haia e, de acordo com seu Estatuto, teve competência para “perseguir e julgar as pessoas que cometeram ou ordenaram o cometimento de infrações graves às Convenções de Genebra de 1949” (artigo 2º), que violaram as leis ou costumes de guerra (artigo 3º), que praticaram o genocídio (artigo 4º) e outros crimes contra a humanidade (artigo 5º). A pena máxima que pode ser dada pelo Tribunal é a pena de prisão perpétua.

Outro caso de Tribunal *ad hoc* mais recente é o Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Entre abril e julho de 1994, Ruanda foi o palco de um genocídio de rara intensidade. Tratava-se de um acesso de ódio tribal entre as etnias hutu e tutsi. O número de mortos desse genocídio atingiu oitocentas mil pessoas. Em novembro de 1994, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou a Resolução n.º 955⁸³, estabelecendo o Tribunal

Penal Internacional para Ruanda. Assim, como no caso do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança agiu aplicando o Capítulo VII da Carta da ONU.

Criou-se o Tribunal de Ruanda para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e violações do artigo 3º, comum às Convenções de Genebra de 1949 e ao protocolo adicional dessas Convenções, cometidos no território de Ruanda e nos Estados vizinhos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994. As atividades do Tribunal iniciaram-se em novembro de 1995 e, em 1998. Pela primeira vez, desde a Segunda Guerra Mundial, um Tribunal Penal Internacional pronunciou condenações por genocídio.

Observa-se, dessa forma, que, pelo menos desde 1948, com a Resolução n.º 260, a Assembleia Geral das Nações Unidas já reconheceu a necessidade de Cortes Internacionais competentes para julgar crimes internacionais. Apenas em 1990, a Assembleia Geral voltou a requisitar à Comissão de Direito Internacional que retome os trabalhos sobre a questão. Após quatro anos, a Comissão encaminha à Assembleia um projeto de estatuto de criação de uma Corte Penal Internacional. Somente quatro anos depois, em 1998, os Estados se reuniram em Roma para a Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas sobre a criação de uma Corte Criminal Internacional. Dessa forma, em 17 de julho de 1998, adotou-se o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, a última etapa de um processo iniciado há cinquenta.

No que diz respeito à competência temporal desse novo Tribunal Penal Internacional, a ideia que prevalece é a da permanência. Ao contrário dos Tribunais *ad hoc* de Nuremberg, Tóquio, ex-Iugoslávia e Ruanda, o Tribunal Penal Internacional é uma Corte permanente. Para Díez de Velasco⁸⁴:

[...] se trata, em efecto, de dar um passo decisivo para estabelecer uma jurisdicción penal internacional de carácter permanente, dotada de poder para enjuiciar y sancionar a los individuos responsables de los crímenes más graves de trascendencia internacional.

Aprovado em 17 de julho de 1998, em Roma, o Estatuto de criação da Corte Criminal Permanente contou com a participação de 160 países, 120 Estados votaram

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *Resolution A/RES/54/183, de 29 de fevereiro de 2000*. Disponível em: <https://undocs.org/fr/A/RES/54/183>. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. *Resolution 808/1993 (S/RES/808 (1993), de 22 de fevereiro de 1993*. Disponível em: [https://undocs.org/en/S/RES/808\(1993\)](https://undocs.org/en/S/RES/808(1993)). Acesso em: 26 jul. 2021.

⁸² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. *Resolution 827/1993 (S/RES/827 (1993), de 25 de maio de 1993*. Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/827\(1993\)](https://undocs.org/S/RES/827(1993)). Acesso em: 27 jul. 2021.

⁸³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. *Resolution 955/1994 (S/RES/955), de 8 de novembro de 1994*. Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/955\(1994\)](https://undocs.org/S/RES/955(1994)). Acesso em: 26 jul. 2021.

⁸⁴ VELASCO, Manuel Díez de. *Instituciones de derecho internacional público*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 733.

a favor da adoção do Estatuto de Roma. Em 11 de abril de 2002, alcançou o número necessário de ratificações, entrando em vigor em 1º de julho de 2002. Um marco histórico para o Direito Internacional Penal. Há, atualmente, 123 Estados partes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Entre eles, 33 são membros do grupo de Estados africanos, 19 são da Ásia e do Pacífico, 18 são da Europa Oriental e 28 são da América Latina e do Caribe e 25 são membros do grupo da Europa Ocidental e de outros Estados⁸⁵. Todos os países da América do Sul são partes do Estatuto. A maioria dos Estados da Europa e África faz parte do Estatuto de Roma. No entanto, ainda, há grandes ausências no Oriente Médio, norte da África e Ásia em particular, e, até o momento, algumas das grandes potências do mundo, como China, Índia e Estados Unidos, não fazem parte do sistema.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional, de acordo com o previsto no Estatuto de Roma, tem caráter complementar às jurisdições nacionais, atuando somente quando estas não puderem ou não tiverem interesse em realizar o julgamento, ou quando não forem observados, pelos Estados julgadores, os procedimentos considerados fundamentais para o julgamento do suspeito.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional deverá observar as regras de competência em relação à matéria, ao tempo, a pessoa e ao lugar. A competência em relação à matéria está disciplinada do art. 5º ao art. 8º do Estatuto de Roma, que trata dos crimes de genocídio, de guerra, de agressão e contra a humanidade.

Os princípios gerais do Direito Penal são incorporados ao Estatuto de Roma, no Capítulo III, nos artigos 22 a 33. Trata-se de uma inovação, pois, no Estatuto dos Tribunais Penais para a antiga Iugoslávia e Ruanda, não há uma Parte Geral, ainda que contenha princípios gerais como o da responsabilidade pessoal por ação e participação, posição oficial, responsabilidade de comando e certas espécies de excludentes.

O Estatuto de Roma contém os princípios gerais *em sentido estrito*, ao lado do *nullum crimen e nulla poena* (arts. 22 - 24), essa categoria inclui previsões da Parte 2 do Estatuto (Jurisdição, Admissibilidade e Lei aplicável): a

regra do *ne bis in idem* (art. 20) e a previsão da Lei Aplicável (art. 21).

O artigo 11 do Estatuto de Roma trata, exclusivamente, da competência *ratione temporis* do Tribunal Penal Internacional. E o faz de forma simples, direta e objetiva: o parágrafo 1º estabelece que o Tribunal tem competência, apenas, sobre os crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto de Roma.

O artigo 12 do Estatuto de Roma, especialmente em seus parágrafos 1º e 2º (a) e (b), estabelece a competência *ratione loci* e *ratione personae* do Tribunal. Os artigos 13 a 16 do Estatuto de Roma e as regras 45 a 50 das Regras de Procedimento e Prova fornecem as condições sob as quais o Tribunal Penal Internacional exerce a sua jurisdição.

Os critérios de competência do Tribunal constituem seu quadro de ação, ou seja, apenas as situações referidas dentro dos critérios material, temporal e territorial ou pessoal, referidos nos artigos 5 a 8 *bis*, 11 e 12 do Estatuto, são de sua esfera de competência. Nesse contexto, o Tribunal somente pode iniciar uma investigação quando sua jurisdição for provocada, conforme um dos mecanismos previstos no Estatuto. Portanto, há sempre necessidade de um mecanismo de provocação a fim de ativar a sua jurisdição.

Há três formas ou mecanismos de ativação da jurisdição do Tribunal: 1) por denúncia de um Estado Parte ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; 2) quando Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; e 3) quando o Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15. O artigo 16, por sua vez, regula o poder do Conselho de Segurança de suspender o início ou curso de uma investigação ou de um procedimento criminal perante o Tribunal. Os artigos 15 *bis* e 15 *ter*, adicionados na Conferência de Revisão de Kampala em 2010, regulam o exercício da jurisdição do Tribunal em relação aos crimes de agressão.

Desde Nuremberg até a criação do Tribunal Penal Internacional, existe uma evolução da responsabilidade internacional criminal dos indivíduos. Esses Tribunais Internacionais, criados no século XX, não julgam Estados, mas os indivíduos responsáveis pelos crimes

⁸⁵ COUR PENALE INTERNATIONALE. *Les États parties au Statut de Rome*. 2013. Disponível em: https://asp.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx. Acesso em: 22 jan. 2022.

internacionais previstos por seus estatutos. Apesar de os Estados ainda não poderem ser julgados por esses Tribunais Penais Internacionais, a evolução do Direito Internacional Penal foi considerável na segunda metade do século XX. A justiça penal internacional começa a tomar forma e os crimes internacionais não mais ocorrerão impunes.

O expressivo aumento de delitos internacionais após a Segunda Grande Guerra fez com que a comunidade internacional estabelecesse uma meta voltada para dar fim ou ao menos diminuir tais condutas delitivas, evitando-se a impunidade, o que, com expressiva e predominante colaboração, foi alcançado com o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional permanente dotado de poder suficiente para aplicar o Direito Internacional àqueles acusados de cometerem crimes violadores do Direito Internacional Humanitário.

A multiplicidade de tribunais internacionais no Direito Internacional contemporâneo indica a expansão da jurisdição internacional, juntamente ao processo de descentralização da ordem jurídica internacional para além da ótica puramente interestatal. O processo de “jurisdicionalização” do direito internacional reforça a primazia do Direito Internacional sobre a força, confortando o jusinternacionalista sensato⁸⁶. O diálogo entre os tribunais internacionais é da maior relevância. Cada um, no âmbito de sua respectiva jurisdição cumpre com sua missão e contribui para a realização da justiça no plano internacional.

6 Considerações finais

Demonstrou-se, no presente trabalho, como a desenvolvimento do Direito Internacional conduziu para a ampliação da jurisdição internacional, desde seu nascimento, com a Corte Permanente Internacional de Justiça, no início do século XX, baseada em uma premissa da facultatividade da jurisdição internacional, até os dias atuais, com a expansão da sua competência material e a criação de uma jurisdição penal internacional.

A jurisdição internacional, no século XIX, deveria ser limitada por questões políticas e honra nacional e

circunscrever-se apenas a disputas interestatais. Mas a prática da CIJ não seria dócil com esses limites. Destacam-se os célebres Pareceres Consultivos sobre as *Reparações de Danos* (1949) e sobre a *Namíbia* (1971) proferidos pela CIJ. No caso do Parecer Consultivo de Folke Bernadotte, a decisão trouxe enormes mudanças para o cenário internacional, atribuindo personalidade jurídica às Organizações que contribuíram à evolução do direito internacional contemporâneo e, no caso da Namíbia, a Corte afirmou o Princípio da autodeterminação dos povos.

Ademais, em breve, passou a CIJ a conviver com outros tribunais internacionais, como os tribunais internacionais de direitos humanos, o Tribunal Internacional de Direito do Mar, os tribunais penais internacionais, e os tribunais criados no âmbito de esquemas de integração econômica nos planos regionais. O fenômeno mais significativo da expansão da jurisdição internacional, após a Segunda Guerra Mundial, foi a criação da jurisdição internacional sobre direitos humanos. Até então, as propostas de sanção para os Estados e indivíduos infratores do Direito Internacional são insignificantes para os primeiros e se restringem ao recurso do direito interno para os segundos.

A Segunda Guerra Mundial confirmou a necessidade do estabelecimento de um sistema internacional de justiça independentemente de considerações políticas. Todos os esforços para criar um organismo criminal internacional foram infrutíferos até 8 de agosto de 1945, quando foi concluído o Acordo de Londres para a criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente em Tóquio para julgar os criminosos de guerra, um marco decisivo para o estabelecimento da responsabilidade criminal no plano do Direito Internacional.

Os tribunais penais internacionais instituídos pelo Conselho de Segurança, nomeadamente o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, abriram caminho à criação do Tribunal Penal Internacional. A criação desses dois Tribunais *ad hoc*, por decisão do Conselho de Segurança, à luz do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, não somente atendeu às pressões públicas ante as atrocidades cometidas na ex-Iugoslávia e em Ruanda, como também contribuiu para a preservação da crença em um ordenamento jurídico internacional em que os responsáveis por violações graves dos direitos hu-

⁸⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. International Law for Humankind: towards a new jus gentium. *RCADI*, v. 316, 2005. p. 243-245.

manos e do Direito Internacional Humanitário sejam julgados e sancionados, prevenindo assim crimes futuro. A criação e o funcionamento dos dois Tribunais *ad hoc*, enfim, contribuíram para a luta contra a impunidade de criminosos de guerra e de responsáveis por atos de genocídio e crimes contra a humanidade, superando assim uma das carências do Direito Internacional clássico. Ademais, abriram caminho ao estabelecimento de uma jurisdição penal internacional permanente.

Ao lado do TPI, além dos supracitados Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, também têm operado em nossos dias os tribunais penais “internacionalizados” ou “híbridos” ou “mistos” (para Serra Leoa, Timor-Leste, Kosovo, Bósnia-Herzegovina, Camboja e Líbano), que contam com juízes internacionais e nacionais. Constituem uma experiência nova e criativa em busca da justiça internacional; cada um a seu modo, contribui para determinação da responsabilidade dos responsáveis por violações graves do direito internacional humanitário.

Os Estados Partes do TPI têm a responsabilidade primária de processar crimes internacionais graves e outras violações graves dos direitos humanos. Comprometeram-se em garantir que a impunidade por genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, bem como violações do direito internacional humanitário e graves violações dos direitos humanos não sejam toleradas, e que essas violações estão sujeitas a investigações e sanções apropriadas, em particular garantindo que os autores desses crimes ou violações sejam levados à justiça de acordo com o procedimento previsto na legislação nacional ou, se for o caso, de acordo com um mecanismo regional ou internacional, em conformidade com o Direito Internacional.

As concepções clássicas do Direito Internacional foram gradativamente substituídas por um novo modelo de justiça internacional, que penetra esferas de domínio reservado do direito nacional. Novos tribunais internacionais surgiram, e antigas cortes expandiram a sua competência material. A introdução das “situações jurídicas individuais” na jurisdição internacional foi muito significativa. A jurisdição internacional de direitos humanos criou mudanças ainda maiores, ao se voltar a perquirir sobre a personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano. Esse cenário impôs restrições ao voluntarismo estatal; não há mais espaço para limitações como “honra nacional” e “questões políti-

cas”, quando existe um tribunal internacional capaz de julgar chefes de Estado por seus crimes. e protegendo direitos humanos. O indivíduo é titular de direitos e de obrigações internacionais, dotado de capacidade ativa (*legitimatío ad causum*), perante tribunais internacionais de direitos humanos e sujeito passivo diante dos tribunais penais internacionais.

Referências

ARAÚJO, Brenda; MACEDO, Paulo Emílio Borges de. A man against a war: Rui Barbosa and the struggle against a thought. *Journal of History of International Law*, v. 23, p. 282-309, 2020.

BASSIOUNI, Chérif. *Projet de code penal international*. *Revue Internationale de droit public*, Toulouse, 1981.

BAZELAIRE, Jean-Paul; THIERRY, Cretin. *La justice pénale internationale*. Paris: Press Universitaires, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921.

CONFERÊNCIA DE PAZ DE PARIS. *Traité de Versailles de 1919*. Paris: Librairie Militaire Berger-Levrault, 1919.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Interpretação de Tratados entre Bulgária, Hungria e Romênia*. Opinião Consultiva de 30 de março de 1950, p. 10. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 01 mar. 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Licéité de l'Utilisation des Armes Nucléaires par un État dans un Conflit Armé*. Avis Consultatif du 8 Juillet de 1996. p. 72.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Obrigações relativas às Negociações sobre a Cessação da Corrida Armamentista Nuclear e do Desarmamento Nuclear (Ilbas Marshall v. Reino Unido)*. Jurisdição e Admissibilidade. Julgamento de 5 outubro de 2016. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 01 mar. 2022.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Caso Mavrommatis: concessões na Palestina*. Julgamento n. 2, 1924, Série A, n. 2, p. 11. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 01 mar. 2022.

CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Status da Carélia Oriental*. Opinião Consultiva

- de 23 de julho de 1923. Série B, n. 5. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 01 mar. 2022.
- COUR PENALE INTERNATIONALE. *Les États parties au Statut de Rome*. 2013. Disponível em: https://asp.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx. Acesso em: 22 jan. 2022.
- FACHIRI, Alexander P. *The Permanent Court of International Justice: its Constitution and work*. Farmington Hills: Gale, 2010.
- GAROFALO, R. *La criminologie*. Paris: Alcan, 1905.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GRAVEN, Jean. Les crimes contre l'humanité. *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, v. 1, 1950.
- Guggenheim, Paul. Les principes de droit international public. *RCADI*, v. 80, 1952.
- HAMBRO, Edvard. The jurisdiction of the International Court of justice. *RCADI*, v. 76, 1950.
- KAHN, Leo. *Julgamento em Nuremberg: epílogo da tragédia*. Rio de Janeiro: Renes, 1973.
- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direitos das liberdades fundamentais*. São Paulo: Manole, 2005.
- KELSEN, Hans. *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*. New York: Praeger, 1950.
- KERNO, L. Le projet de statut de la cour criminelle internationale. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, n. 4, 1951.
- LA PAIX de Versailles: responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. La documentation internationale. Paris: Les Éditions Internationales, 1930.
- LA ROSA, Anne-Marie. *Juridictions pénales internationales: la procédure et la preuve*. Genève: Presses Universitaires de France, 2003.
- LAUTERPACHT, Hersh. *The Function of Law in the International Community*. New York: Oxford University Press, 2011.
- LOBATO, Marina Olegovna. *Análise comparada da jurisdição consultiva na CPJI e na CIJ no que tange à solução de controvérsias entre os Estados*. 2019. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.
- MACEDO, Paulo Emílio Borges de. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, p. 422-443, 2016.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MU, He. The distinction between legal and political disputes in international adjudication. *Peking University Law Journal*, v. 2, n. 1, p. 202-225, 2014.
- NATIONS UNIES. Assemblée générale. *Secrétaire général: mémorandum: historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1. New York, 1949.
- Oda, Shigeru. The International Court of Justice viewed from the bench (1976-1993). *RCADI*, v. 244, 1993.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/96(I), de 11 de dezembro de 1946*. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/96\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/96(I)). Acesso em: 21 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/1187(XII), de 11 de dezembro de 1957*. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES1187\(XII\)](https://undocs.org/en/A/RES1187(XII)). Acesso em: 21 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/177(II)*. Résolutions et décisions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 2e session, 16 septembre - 29 novembre 1947. Disponível em: <http://research.un.org/fr/docs/ga/quick/regular/2>. Acesso em: 28 ago. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/260(III) B, de 9 de dezembro de 1948*. Disponível em: [https://undocs.org/fr/A/RES/260\(III\)](https://undocs.org/fr/A/RES/260(III)). Acesso em: 16 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/489(V), de 12 de dezembro de 1950*. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/489\(V\)](https://undocs.org/en/A/RES/489(V)). Acesso em: 18 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/687(VII), de 5 de dezembro de 1952*. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/687\(VII\)](https://undocs.org/en/A/RES/687(VII)). Acesso em: 24 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/898(IX), de 14 de dezembro*

- de 1954. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/898\(IX\)](https://undocs.org/en/A/RES/898(IX)). Acesso em: 24 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/94(I)*, de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/94\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/94(I)). Acesso em: 21 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *A/RES/95(I)* de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/95\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/95(I)). Acesso em: 21 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *Resolution A/RES/54/183*, de 29 de fevereiro de 2000. Disponível em: <https://undocs.org/fr/A/RES/54/183>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *Resolution adopted by the Assembly on September 24th, 1927*. Declaration concerning wars of aggression. A. 119. 1927. IX. Disponível em: <http://digital.library.northwestern.edu/league/le000045.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Law Commission. *Document A/CN.4/34*. Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 July 1950. v. 2.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. *Resolution 808/1993 (S/RES/808 (1993))*, de 22 de fevereiro de 1993. Disponível em: [https://undocs.org/en/S/RES/808\(1993\)](https://undocs.org/en/S/RES/808(1993)). Acesso em: 26 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. *Resolution 827/1993 (S/RES/827 (1993))*, de 25 de maio de 1993. Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/827\(1993\)](https://undocs.org/S/RES/827(1993)). Acesso em: 27 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. *Resolution 955/1994 (S/RES/955)*, de 8 de novembro de 1994. Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/955\(1994\)](https://undocs.org/S/RES/955(1994)). Acesso em: 26 jul. 2021.
- PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *1899 convention for the pacific settlement of international disputes*. Base de Tratados da Corte Permanente de Justiça Internacional. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/resources/pca-conventions-and-rules>. Acesso em: 01 mar. 2022.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- REVUE pénitentiaire et de droit penal. Paris, 1916.
- RIPOLLÉS, Antonio Quintano. Tecnicismo penal de la delincuencia de guerra. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 3, n. 1, 1950.
- SABOIA, Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, ano 4, ago. 2000.
- SALDAÑA, Quintiliano. La justice pénale internationale. *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, v. 10, 1925.
- SCHELER, Max. *Der Genius des Krieges und der Deutsche Krieg*. Leipzig: Verlag der Weissen Bücher, 1915.
- TAYLOR, Telford. *Procureur à Nuremberg*. Paris: Éditions du Seuil, 1992.
- TORRES, Alberto. *A caminho da paz*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2006.
- TRIEPEL, Carl H. Les Rappports entre le Droit Interne et le Droit International. *RCADI*, 1925.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. International Law for Humankind: towards a new jus gentium. *RCADI*, v. 316, 2005.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.
- VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de derecho internacional público*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- WYKES, Alan. *Hitler*. Rio de Janeiro: Editora Renes, 1973.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Closing the gap between
UNGPs and content regulation/
moderation practices**

**Fechando a lacuna entre o UNGPs
e as práticas de regulação/
moderação de conteúdo**

Sebastian Smart

Alberto Coddou McManus

VOLUME 19 • N. 2 • 2022

EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Closing the gap between UNGPs and content regulation/moderation practices*

Fechando a lacuna entre o UNGPs e as práticas de regulação/moderação de conteúdo

Sebastian Smart**

Alberto Coddou McManus***

Abstract

Both human-based and automated decisions are shaped by national legislation, international regulations as well as on platforms community guidelines or Terms of Service, a set of private rules that control what is allowed and what is not allowed on digital platforms. Such restrictions of what may or may not be deemed acceptable content are taking place in a context of increasing “digital authoritarianism” in which global internet freedom has declined for eleven consecutive years. Moreover, content moderation practices are currently shaped by corporate interests, within increasingly concentrated markets that are influenced by the network effects of the digital economy. Although it is well recognised that the same rights that people have offline must also be protected online, there are increasing examples of legislation and companies Terms of Service which are leading to restrictions on freedom of expression and other human rights. On the other hand, most of national regulations constitute fragmented regulatory attempts and do not touch upon several issues that could propel content moderation practices that could better respect human rights, such as design features or proceedings closer to responsive regulation models. In this paper we argue that, despite its limitations and its formal legal status, the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) offer a good starting point to address some of these problems and encourage rules and procedures for moderating user-generated online content that put human rights at the very centre of those decisions. In the first section, we briefly describe and analyse the features of UNGPs that we think make them an adequate normative framework to address the human rights challenges that arise in the context of regulating and moderating user-generated content in the online world. We argue that, despite the limitations of an experimental and polycentric approach, the UNGPs have supported some progress, especially when it comes to the recognition of human rights standards in the tech sector. In the second section, we provide the reader with a brief introduction to ways in which content regulation/moderation has negatively affected the human right to freedom of expression. The following section addresses the relationship between UNGPs and the duties or roles that each actor could play in addressing the issue: governments, corporations, civil society organizations and individuals. Finally, we end with some concluding remarks and future research questions. Arguing that go-

* Recebido em 21/03/2022
Aprovado em 04/07/2022

** Doctor por la University College London, actualmente docente de la facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile.
Email: sebastian.smart@alumni.ucl.ac.uk

*** Doctor por la University College of London, actualmente profesor titular de la facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile.
Email: alberto.coddou@uach.cl

vernments have not made too much when it comes to business and human rights in the digital environment. On the other hand, the developments that come from companies have been mostly reactive and not preventive. In this scenario, the current wave of transnational and national regulatory attempts of online content needs to start from a human rights-based approach, and the UNGPs serve as a good starting point.

Keywords: human rights; technology; content moderation; business and human rights.

Resumo

Tanto as decisões baseadas em humanos quanto as automatizadas são moldadas pela legislação nacional, regulamentos internacionais, bem como pelas diretrizes da comunidade de plataformas ou Termos de Serviço, um conjunto de regras privadas que controlam o que é permitido e o que não é permitido em plataformas digitais. Essas restrições do que pode ou não ser considerado conteúdo aceitável estão ocorrendo em um contexto de crescente “autoritarismo digital”, no qual a liberdade global na Internet diminuiu por onze anos consecutivos. Além disso, as práticas de moderação de conteúdo são atualmente moldadas por interesses corporativos, em mercados cada vez mais concentrados e influenciados pelos efeitos de rede da economia digital. Embora seja bem reconhecido que os mesmos direitos que as pessoas têm off-line também devem ser protegidos online, há exemplos crescentes de legislação e termos de serviço de empresas que estão levando a restrições à liberdade de expressão e outros direitos humanos. Por outro lado, a maioria das regulações nacionais constituem tentativas regulatórias fragmentadas e não abordam diversos temas que poderiam impulsionar práticas de moderação de conteúdo que melhor respeitassem os direitos humanos, como características de design ou procedimentos mais próximos de modelos de regulação responsivos.

Neste artigo, argumentamos que, apesar de suas limitações e de seu status legal formal, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (UNGPs) das Nações Unidas oferecem um bom ponto de partida para abordar alguns desses problemas e encorajar regras e procedimentos para moderar conteúdo online que coloca os direitos humanos no centro dessas decisões. De

fato, os UNGPs fornecem as bases para o desenvolvimento de uma estrutura normativa responsiva que seja consistente além das fronteiras, abordando problemas gerados por tentativas regulatórias fragmentadas e de corporações multinacionais operando em diversos contextos. Em uma área onde não há soluções fáceis ou claras, os UNGPs fornecem salvaguardas processuais para abordar coletivamente os problemas gerados na moderação de conteúdo. Além disso, o quadro normativo fornecido pelos UNGPs constitui a espinha dorsal para julgar os governos que estão adotando políticas públicas deficientes ou para abordar diferentes questões na ausência de regulamentação. Por fim, a maior inovação do UNGP é a criação de um dever independente de respeitar os direitos humanos para atores privados poderosos, como plataformas de mídia social que, em alguns casos, acumulam mais poder e capacidades institucionais do que uma parcela significativa dos governos em todo o mundo. Embora a literatura anterior já tenha adotado uma abordagem de direitos humanos para a moderação de conteúdo, tentamos aqui fornecer uma visão mais detalhada do papel específico que os UNGPs podem desempenhar ao enfrentar os desafios do que foi chamado de “indústria oculta” da moderação de conteúdo dentro “principalmente sistemas submersos de governança tecnológica”.

Na primeira seção, descrevemos e analisamos brevemente as características dos UNGPs que acreditamos torná-los uma estrutura normativa adequada para enfrentar os desafios de direitos humanos que surgem no contexto da regulamentação e moderação do conteúdo gerado pelo usuário no mundo online. Argumentamos que, apesar das limitações de uma abordagem experimental e policêntrica, os UNGPs têm apoiado alguns avanços, especialmente quando se trata do reconhecimento de padrões de direitos humanos no setor de tecnologia. Na segunda seção, fornecemos ao leitor uma breve introdução às maneiras pelas quais a regulamentação/moderação de conteúdo afetou negativamente o direito humano à liberdade de expressão. A seção seguinte aborda a relação entre os UNGPs e os deveres ou papéis que cada ator pode desempenhar ao lidar com o problema: governos, corporações, organizações da sociedade civil e indivíduos. Por fim, encerramos com algumas considerações finais e futuras questões de pesquisa.

Palavras-chave: Direitos Humanos, tecnologia, moderação de conteúdo, comércio e Direitos Humanos

1 Introduction

The internet is the most important global tool to access information, yet it can also be used for surveillance, to discriminate, to limit the right to freedom of expression and impinge on other fundamental rights. During the last 10 years we have seen an exponential growth in the usage of internet and access to content online; at the same time, governments and companies are deciding about the content that we can produce, share and access online. In 2012, journalist Adrian Chen published an article describing how outsourced workers removed content from online platforms that was otherwise considered acceptable, such as images of women breastfeeding or two men kissing¹. In recent years we have seen how platforms that moderate content online have increasingly used artificial intelligence to try to control the escalation in hate speech, disinformation and abuse that comes with the increasing use of internet. However, automated processes are extremely poor at making determinations relating to the nature of content given their inability to determine context, and the difficulties in defining terms such as “bullying” or “insult”². As the Facebook Papers revealed, algorithmic content moderation depends on integrity systems that are not well trained to discern between acceptable and non-acceptable forms of speech, especially in languages other than English³. Moreover, design features in several social media platforms have amplified speech in ways that run contrary to the idea of a digital public sphere: rather than debates that can subject to scrutiny the truth and opinion of a diverse audience, digital pla-

tforms have massified disinformation, reinforced division, impacted on mental health and affected privacy⁴.

Both human-based and automated decisions are shaped by national legislation, international regulations as well as on platforms’ community guidelines or Terms of Service, a set of private rules that control what is allowed and what is not allowed on digital platforms. Such restrictions of what may or may not be deemed acceptable content are taking place in a context of increasing “digital authoritarianism” in which global internet freedom has declined for eleven consecutive years⁵. Moreover, content moderation practices are currently shaped by corporate interests, within increasingly concentrated markets that are influenced by the network effects of the digital economy⁶. Although it is well recognised that the same rights that people have offline must also be protected online,⁷ there are increasing examples of legislation and companies’ Terms of Service which are leading to restrictions on freedom of expression and other human rights⁸. On the other hand, most of national regulations constitute fragmented regulatory attempts and do not touch upon several issues that could propel content moderation practices that could better respect human rights, such as design features or proceedings closer to responsive regulation models.

In this paper we argue that, despite its limitations and its formal legal status, the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) offer a good starting point to address some of these problems and encourage rules and procedures for moderating

¹ CHEN, A. *Inside Facebook’s outsourced anti-porn and gore brigade, where ‘camel toes’ are more offensive than ‘crushed heads’*. Available at: <http://gawker.com/5885714/inside-facebooks-outsourced-anti-porn-and-gore-brigade-where-camel-toes-are-more-offensive-than-crushed-heads>. Accessed on: 20 Nov. 2021.

² DUARTE, N.; LLANSO, E.; LOUP, A. *Mixed messages? the limits of automated social media content analysis*. 2018. Available at: <https://apo.org.au/sites/default/files/resource-files/2017-11/apo-nid240471.pdf>. Accessed on: 16 Mar. 2022.

³ HAUGEN, F. *Formal meeting (oral evidence session): draft online safety bill*. London: UK Parliament, 2021. Available at: <https://committees.parliament.uk/event/5594>. Accessed at: 28 Oct. 2021.

⁴ UK PARLIAMENT. *Joint Committee on the Draft Online Safety Bill*. London, 2021. Available at: <https://publications.parliament.uk/pa/jt5802/jtselect/jtonlinesafety/129/12902.htm>. Accessed on: 10 Mar. 2022.

⁵ FREEDOM HOUSE. *Freedom on the Net 2021: the global drive to control big tech*. 2021. Available at: <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2021/global-drive-control-big-tech>. Accessed on: 15 Nov. 2021.

⁶ See the challenges address by the DIGITAL MARKETS ACT. EU COMMISSION. *Europe fit for the digital age: new online rules for platforms*. 2021. Available at: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment/europe-fit-digital-age-new-online-rules-platforms_en. Accessed on: 15 Mar. 2022.

⁷ UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/RES/32/13*. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet: resolution. Human Rights Council, 2016.

⁸ UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018.

user-generated online content that put human rights at the very centre of those decisions. Indeed, UNGPs provide the foundations for the development of a responsive normative framework that is consistent across borders, addressing problems generated by fragmented regulatory attempts and of multinational corporations operating in diverse contexts. In an area where there are no easy or clear-cut solutions, UNGPs provide procedural safeguards to collectively address the problems generated in content moderation. Moreover, the normative framework provided by the UNGPs constitute the backbone against which to judge governments that are adopting deficient public policies or to address different issues in the absence of regulation. Lastly, UNGPs greatest innovation is the creation of an independent duty to respect human rights for powerful private actors such as social media platforms that in some cases accumulate more power and institutional capacities than a significant share of governments around the globe. Although previous literature has already adopted a human rights approach to content moderation,⁹ we here attempt to provide a closer look upon the specific role that UNGPs may play in addressing the challenges of what has been called the “hidden industry” of content moderation within “mostly submerged systems of technological governance”¹⁰.

In the first section, we briefly describe and analyse the features of UNGPs that we think make them an adequate normative framework to address the human rights challenges that arise in the context of regulating and moderating user-generated content in the online world. We argue that, despite the limitations of an experimental and polycentric approach, the UNGPs have supported some progress, especially when it comes to the recognition of human rights standards in the tech sector. In the second section, we provide the reader with a brief introduction to ways in which content regulation/moderation has negatively affected the

human right to freedom of expression. The following section addresses the relationship between UNGPs and the duties or roles that each actor could play in addressing the issue: governments, corporations, civil society organizations and individuals. Finally, we end with some concluding remarks and future research questions.

2 The origins and experimentalist governance of UNGPs

When the UNGPs were being drafted, the main sectors that grabbed attention were companies that operate through extended supply chains and extractive companies¹¹. Tech companies were usually considered only narrowly in the context of censorship and surveillance. In fact, during that period, and due to the occupy movement and the Arab Spring, tech companies, and the platforms they provided, were seen as enablers for democratic activism. During the Arab Spring, the internet and mobile technology was used to mobilise, organise, and campaign for political change. Some tech companies developed innovative tools to support dissidents, bloggers, and writers, such as encrypted technologies and ways to bypass restrictions by devising alternative routes, such as virtual private networks (VPNs). Tech companies were mostly seen as enablers of human rights, rather than threats to them¹². This narrative did not only affect the drafting of this international human rights instrument but created an environment where government regulations were seen as negative and counterproductive¹³.

According to John Ruggie, the late entrance of the tech sector within UNGPs’ discussions had to do with the low number of tech companies involved in allegations of adverse human rights impacts at that time. As of 2010, allegations were mainly targeted at the extractive sector, which accounted for 28 per cent of all such allegations. Retail and consumer products were not far behind; 20 per cent of allegations involved concerns around the long and complex supply chains used in the sector. The pharmaceutical and chemical industries’

⁹ ⁹ JØRGENSEN, R. F.; ZULETA, L. Private governance of freedom of expression on social media platforms: EU content regulation through the lens of human rights standards. *Nordicom Review*, Copenhagen, v. 41, n. 1, p. 51-67, 2020. LAIDLAW, E. B. (ed.). Myth or promise? the corporate social responsibilities of online service providers for human rights. In: TADDEO, M.; FLORIDI, L. *The responsibilities of online service providers*. Springer: Cham, 2017.

¹⁰ KLONICK, Kate. Law and technology: content moderation modulation. *Communications of the ACM*, [S.l.], v. 64, n. 1, p. 29-31, January 2021. Available at: <https://cacm.acm.org/magazines/2021/1/249450-content-moderation-modulation/full-text>. Accessed on: 15 Nov. 2021.

¹¹ RUGGIE, J. *Just Business: multinational corporations and human rights*. New York: Norton & Company, 2013.

¹² KHONDKER, H. H. Role of the New Media in the Arab Spring. *Globalizations*, v. 8 n. 5, p. 675-679, 2011.

¹³ COHEN, J. E. *Between truth and power*. [S.l.]: Oxford University Press, 2019.

third-place ranking reflected a combination of access to essential medicines and environmental hazards that impact the right to health. Infrastructure and utility companies, and the food and drinks industry also had a large number of allegations, mainly because of the impact on human rights of heavy water and fertiliser use. The tech sector had a small number of allegations, comprising only 5% of the total allegations studied by Ruggie and his team.¹⁴ The small number of allegations involving the Information and Communication Technology (ICT) sector can, to some extent, explain the lack of involvement of the industry during the discussions of the UNGPs. However, Ruggie also noted that due to user backlash when companies met demands from some governments, including during the Arab spring, to turn over user information or censor their services, the ICT sector started to be under scrutiny¹⁵.

In recent years, however, we have seen how companies and governmental activities in the ICT context have generated an increasingly adverse impact on human rights¹⁶. When it comes to content moderation, we have seen how governments have increasingly asked online platforms to remove content that they consider a threat. In other cases, governments have undertaken direct action to censor speech online, through imprisonment of political opponents or discrimination against minority groups¹⁷. On the opposite side, social media platforms have been negligent concerning their duties of care and contributed to human rights abuses. There are numerous examples of this side-effect on human rights, probably one of the latest and most notorious was the role of Facebook in Myanmar, where the company recognised that they had not done enough to help prevent their platform from being used to foment division and incite offline violence in the country.¹⁸ Ac-

ording to some authors, this lack of control resulted in Facebook contributing to the ethnic cleansing of that country's Muslim Rohingya population, including the forced displacement of over 700,000 people and as many as 25,000 killings.¹⁹

The growing awareness of adverse human rights impacts has resulted in more attention to the tech sector when it comes to business and human rights discussions. It has also led to the acknowledgement by investors, academics and governments of the growing governance gap between ICT practices and human rights standards. Such visibility has resulted in the creation of multi-stakeholder projects such as the Global Network Initiative (GNI), which place human rights at the centre. An international human rights law approach can provide a unifying framework to the diverse challenges that arise for the tech sector across diverse national contexts and a “normative baseline against illegitimate state restrictions” or in the absence of any regulation at all²⁰. While the UNGPs were not released until 2011, the GNI framework was influenced by the work developed by John Ruggie that served as the foundation of the UNGPs²¹. UNGPs are flexible enough to reflect changes in the business landscape, especially in this dynamic and forward-looking industry, which has disrupted traditional ways of “doing business”. Using the “Protect, Respect and Remedy” framework developed by the UNGPs, the GNI Principles recognise in its Preamble that:

the duty of governments to respect, protect, promote and fulfil human rights is the foundation of this human rights framework. That duty includes ensuring that national laws, regulations and policies are consistent with international human rights laws and standards on freedom of expression and privacy. ICT companies have the responsibility to respect

¹⁴ RUGGIE, J. *Just Business: multinational corporations and human rights*. New York: Norton & Company, 2013.

¹⁵ RUGGIE, J. *Just Business: multinational corporations and human rights*. New York: Norton & Company, 2013.

¹⁶ Vigeo Eiris. has identified 272 Software & IT Services controversies over the last four years, making this one of the most controversial sectors in its research universe. VIGEO EIRIS. *Human rights in a globalised world: why do companies need to pay more attention?* 2018. Available at: https://www.vigeo-eiris.com/wp-content/uploads/2018/11/2018_Human-rights-study_VFok.pdf. Accessed on: 10 Nov. 2021.

¹⁷ FREEDOM HOUSE. *Freedom on the Net 2018*. 2018. Available at: https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTN_2018_Final.pdf. Accessed on: 15 Oct. 2021.

¹⁸ DUNSTAN, A. Our Human Rights Impact Assessment of Facebook in Myanmar. November 2018. *Business for Social Responsibility*.

Available at: <https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/facebook-in-myanmar-human-rights-impact-assessment>. Accessed on: 10 Oct. 2021.

¹⁹ RUGGIE, J. *Facebook in the rest of the world*. 2018. Available at: https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/John_Ruggie_Facebook_15_Nov_2018.pdf. Accessed on: 5 Oct. 2021.

²⁰ JØRGENSEN, R. F. *A human rights-based approach to social media platforms*. 2021. Available at: <https://berkeleycenter.georgetown.edu/responses/a-human-rights-based-approach-to-social-media-platforms>. Accessed on: 10 Oct. 2021.

²¹ SAMWAY, M. The Global Network Initiative: how can companies in the information and communications technology industry respect human rights? In: BAUMANN-PAULY, D.; NOLAN, J. (ed.). *Business and human rights: from principles to practice*. London: Routledge, 2016. p. 136-140.

and promote the freedom of expression and privacy rights of their users²².

International human rights law is state-centric in nature in the sense that states – not individuals, not companies – are the primary duty bearers. Part of this obligation, as highlighted by the UNGPs, is a duty upon the state to ensure that private actors do not violate human rights, articulated as a general duty to protect human rights or referred to as the horizontal effect of human rights law. Whereas human rights law is focused on the vertical relation (state obligations to the individual), it recognises the horizontal effect that may arise between private parties²³. The horizontal effect implies a state duty to protect human rights in the realm of private parties, for example, via industry regulation²⁴. Within the tech sector, when social media platforms accumulate more private power and institutional capacities of many governments around the world, and when issues of scale and potential harm become acute, the horizontal effect of human rights highlight the state duty to protect. However, the ways in which the state can perform this duty is far from clear, especially when addressing the behaviour of corporations that may accumulate more information about their own citizens or influence in public affairs as never imagined before.

When it comes to corporate conduct, we can observe at least three types of governance systems that are interrelated: international public law, civil governance and corporate governance²⁵. The UNGPs have made good progress in unifying and aligning the discourses and rationales of these three governance sub-systems. To do so, the process led by John Ruggie started with the identification of a baseline of key issues in the field of business and human rights and tested these issues through

public consultations²⁶. During the six years before the adoption of the UNGPs, the office of the Special Representative for Business and Human Rights conducted forty-seven formal consultations around the world, made numerous visits to key businesses, and spoke with governments, Human Rights Council representatives, and other stakeholders such as local and international non-governmental organisations and academics²⁷. As Cesar Rodriguez-Garavito argues, understanding who participated in the UNGPs' creation, and how they participated are not simply empirical questions but rather sit at the heart of the theory of governance that inspired the UNGPs²⁸. The participation of multinational corporations and international organizations provides support for developing of a normative framework that is consistent across borders and flexible enough to acknowledge different institutional capacities. As opposed to a state-centric approach, the process of debating, creating and drafting these principles developed a gradual and polycentric approach²⁹. Within this approach, for example, it is possible to grasp how the standard of “due diligence” was appropriated by the human rights community and developed a new meaning beyond the corporate jargon.

The field of business and human rights is a clear example of what experimental governance identifies as global legal pluralism. Not just because it aims at regulating different business sectors of different scales in a globalised world, but also because it compounds a variety of human rights related issues that entails all categories of rights, from social to civil and political rights. Moreover, it is developed through national, international and transnational law, a mix of hard and soft law, most of which has been developed without a coordina-

²² GLOBAL NETWORK INITIATIVES. *GNI Principles on freedom of expression and privacy*. 2017. Available at: <https://globalnetworkinitiative.org/gni-principles/>. Accessed 10 Nov. 2021.

²³ VAN DIJK, P. *et al. Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Antwerp: Oxford, 2006.

²⁴ In relation to human rights exercised online, this could refer to state intervention through content regulation, surveillance or law enforcement in order to prevent or punish the infringement of human rights. See for example DEIBERT, R. *et al.* (eds.). *Access Controlled: the shaping of power, rights, and rule in cyberspace*. London: The MIT Press, 2010.; DEIBERT, R. *et al.* (eds.). *Access denied the practice and policy of global internet filtering*. London: The MIT Press, 2008.

²⁵ RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and human rights: beyond the end of the beginning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

²⁶ John Ruggie identifies three main issues: (a) ‘prevailing patterns of corporate-related human rights abuse’ (b) ‘existing legal standards and their application to states and business enterprises’ and (c) mapping out ‘the

attributes and rapid expansion of voluntary corporate social responsibility initiatives, pointing out their strengths as well as their shortcomings. RUGGIE, J. *Just Business: multinational corporations and human rights*. New York: Norton & Company, 2013.

²⁷ RUGGIE, J. *Just Business: multinational corporations and human rights*. New York: Norton & Company, 2013.

²⁸ RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and human rights: beyond the end of the beginning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

²⁹ DE BÚRCA, G.; KEOHANE, R. O.; SABEL, C. New modes of pluralist global governance. *International Law and Politics*, New York, v. 45, p. 723-739, 2013.

ted node or overarching framework³⁰. In this scenario, the UNGPs attempt to merge the state's general duty to protect human rights and the corporate responsibility to respect human rights into a single normative framework, sometimes dubbed as a principled and pragmatic approach towards finding solutions to human rights problems. The UNGPs elaborate the distinction between the state's duty to protect human rights and the corporate responsibility to respect human rights through three pillars, often called the "Protect, Respect, and Remedy" framework. The first pillar (Protect) focuses on the role of the state in protecting individuals' human rights against abuses committed by non-state actors; the second pillar (Respect) addresses the corporate responsibility to respect human rights; and the third pillar (Remedy) sets out the roles of state and non-state actors in securing access to remedy. As argued by experimental governance proponents, stakeholders' - mainly civil society - participation in these processes is an essential source of pressure for compliance³¹.

As we will address in what follows, current developments in the tech sector illustrate how the experimental and polycentric governance approach of UNGPs has unfolded³². The next sections illustrate the ability of the UNGPs to generate unity in a field that has been historically fragmented by different regulatory systems and approaches. As opposed to a classical state-centred approach, the UNGPs have been recognised and implemented by companies and states through their own awareness as well as by the pressure of other private

actors and civil society. The lack of focus on the tech sector in the initial development of the UNGPs does not mean necessarily that the industry was outside of these discussions. Quite the contrary: the creation of the GNI and of international organizations' initiatives such as the B-Tech Project show that there is an interest in the issue. However, there is a lack of literature analysing to what extent these standards are operationalised in practice by both governments and the tech sector, especially concerning one of the main challenges that arise for this sector: content regulation/moderation.

3 Content regulation/moderation practices and the right to freedom of expression

Whether in the spread of disinformation, or decisions about what content we are able (or most likely) to post and see, the activities of governments and platforms concerning content regulation/moderation are coming under scrutiny as never before. While content regulation entails the role of governments in governing online speech, content moderation refers to the actions or decisions adopted by private actors that allow for the publication of information or opinions in the online world. Although content regulation/moderation can be exercised before a publication is made or afterwards, what is important is that these practices entail the "screening, evaluation categorisation, approval or removal/hiding of online content"³³.

The role of platforms in relation to content has changed in recent years. Traditionally, it was understood that there was a distinction between those platforms which merely hosted content and publishers which make editorial decisions. Such a view is reflected in a number of legal regimes that exclude the liability of those platforms that simply host content³⁴. Yet, it could be argued that online platforms are no longer entirely

³⁰ See for example, the previous instruments on which UNGPs rely on: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. 2011 Edition. Available at: <http://mneguidelines.oecd.org/text/>. Accessed on: 5 Nov. 2021; INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*. International Labour Organization, 1998. Available at: www.ilo.org/declaration/lang-en/index.htm. Accessed on: 5 Nov. 2021. See also NOLAN, Justine. Hardening soft law: are the emerging corporate social disclosure laws capable of generating substantive compliance with human rights?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 64-83, 2018.

³¹ MELISH, T.; MEIDINGER, E. Protect, respect, remedy and participate: "New Governance" lessons for the Ruggie Framework. In: MARES, Radu (ed.). *The UN guiding principles on business and human rights: foundations and implementations*. Leiden: Brill-Nijhoff, 2012. See also CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Reparação de vítimas à luz de um tratado sobre empresas e direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 2-11, 2018.

³² RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and human rights: beyond the end of the beginning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

³³ FLEW, T.; MARTIN, F.; SUZOR, N. Internet regulation as media policy: rethinking the question of digital communication platform governance. *Journal of Digital Media & Policy*, [S.l.], v. 10, n. 1, p. 33-50, 2019.

³⁴ Art. 14. European Union's Directive on electronic commerce. Report n. 2000/31/EC. Establishes that service providers should not be held liable for content hosted unless (a) they have "actual knowledge" of its illegal nature or (b) upon obtaining such actual knowledge, they fail to act expeditiously to remove or to disable access to the content.

neutral in hosting and making available content online. In a world where participating in the online world has become almost indispensable, online platforms have been transformed into key gatekeepers of the content we can produce, share, and see and make decisions through their own logical architecture and rules³⁵. Companies might not generate original content but determine the manner and order of the available content and use algorithms to decide what content users see, which is a form of curation. Indeed, for Tarleton Gillespie, “moderation is, in many ways, the commodity that platforms offer”, especially in a digital landscape where the abundance of available information makes moderation necessary³⁶. Without governing content, it would be impossible to navigate in the seemingly endless world of online information.

In a world in which digital public spheres are controlled by a few gatekeepers, decisions regarding design features of the platforms have shaped what content is possible, community standards defined what is permissible and non-permissible online speech, and algorithms have generally influenced what kind of content is visible³⁷. Although social media platforms are built upon the premise of an unlimited expansion of speech, of making the marketplace of ideas bigger, corporate decisions may not necessarily coincide with the protection of the right to freedom of expression. As put by De Gregorio,

the interest of platforms is not just focused on facilitating the spread of opinions and ideas across the globe but establishing a digital environment where users feel free to share information and data that can feed commercial networks and channels and, especially, attract profits coming from advertising³⁸.

These decisions, frequently motivated by a logic of accumulation and data extraction, pose a serious risk to freedom of expression as exercised in the online world, which highlights its double dimension, both private

and public. Indeed, content moderation and regulation practices entail risks to both the privacy dimension that is necessary for freedom of expression and to a more public dimension, which entails considering freedom of expression as necessary to “foster a democratic culture”³⁹.

However, apart from the role of platforms, the conditions governing the relationship between online services and their users are defined also by state regulation. National governments are increasingly creating legislative and policy proposals which have led to greater regulation of online content and the imposition of increased liability on platforms⁴⁰. Upon this legal framework, content moderation is usually governed by Terms of Service or “law of the platform”, which is generally applicable in different jurisdictions⁴¹. While there are some examples of multi-stakeholder creation of these Terms of Service, in general, they are unilaterally defined - with the support of expert legal advice focused in preventing and mitigating any case of responsibility- and implemented by service providers. Apart from these explicit forms of public-private governance, “the techniques and organizational structures of content moderation are not neutral but affect how content is reviewed and which values are prioritized”⁴². Therefore, both content regulation and content moderation practices, either explicit or implicit, can limit access to information and condition the participation of users, ultimately limiting the right to freedom of expression and information.

While certain forms of content can be justifiably restricted (such as child sexual abuse imagery or incitement

³⁵ ZITTRAIN, J. A history of online Gatekeeping. *Harvard Journal of Law and Technology*, [S.l.], v. 19, n. 2, p. 253-298, 2006.

³⁶ GILLESPIE, T. Platforms are not Intermediaries. *Georgetown Law Technology Review*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 198-216, 2018.

³⁷ SANDER, B. Freedom of expression in the age of online platforms: the promise and pitfalls of a human-rights based approach to content moderation. *Fordham International Law Journal*, [S.l.], v. 43, n. 4, p. 939-1006, 2020.

³⁸ DE GREGORIO, G. Democratising online content moderation a constitutional framework. *Computer Law & Security Review*, [S.l.], v. 2, p. 105374, 2020.

³⁹ BALKIN, J. Free speech in the algorithmic society: Big Data, Governance, and new school speech regulation. *Davis Law Review*, [S.l.], v. 51, p. 1149-1210, 2020.

⁴⁰ FREEDOM HOUSE. *Freedom on the Net 2018*. 2018. Available at: https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOIN_2018-Final.pdf. Accessed on: 15 Oct. 2021. There has also been some action regarding national courts subjecting platforms’ decisions such as social media exclusion. CELESTE, E. Social media bans: what platforms can learn from National Courts? 2021. *Blog British Association of Comparative Law*. Available at: <https://british-association-comparative-law.org/2021/05/21/social-media-bans-what-platforms-can-learn-from-national-courts-by-edoardo-celeste/>. Accessed on: 18 Oct. 2022.

⁴¹ DE FILIPPI, P.; BELLI, L. The Law of the Cloud v the Law of the Land: challenges and opportunities for innovation. *European Journal of Law and Technology*, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 23, 2012.

⁴² SANDER, B. Freedom of expression in the age of online platforms: the promise and pitfalls of a human-rights based approach to content moderation. *Fordham International Law Journal*, [S.l.], v. 43, n. 4, p. 939-1006, 2020.

to violence) as in pursuance of legitimate aims (such as the prevention of crime or the protection of the rights of others), human rights organisations are increasingly concerned about risks of content being removed which is in fact protected by the right to freedom of expression⁴³. According to international human rights law, the right to freedom of expression “is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population”⁴⁴. Moreover, freedom of expression entails the broad protection of any form of speech and across national boundaries, and thus any restrictions to online content must be legal, proportionate, necessary, and legitimate⁴⁵. International human rights law provides an overall framework for both states and private corporations when addressing the complex issues of balancing the protection of freedom of expression and other fundamental rights. States have a general duty to protect human rights and, therefore, should ensure that any legislation which is of specific application to online platforms does not restrict freedom of expression explicitly or in its effects. Despite its contested legal status, there is a kind of consensus in international human rights law, according to which business enterprises should respect human rights, especially when they operate across borders⁴⁶. This means that platforms – in order to ensure a consistent degree of protection of human rights – have a responsibility not to restrict freedom of expression exercised via their technologies in a way which is inconsistent with international human rights law and standards.

In what follows, we argue that UNGPs provide the groundings for a human-rights based approach to one of the most hotly debated issues for governments, the

tech industry and probably the biggest challenge for social media platforms. In particular, we will base our analysis and examples on the particular harms that content regulation/moderation practices entail for the right to freedom of expression and the possible solutions that UNGPs survey for addressing the complex issues that arise when attempting to govern speech in the online world. In the last sub-section, we will provide the reader with a brief reflection about the role of individuals and civil society in protecting human rights in the context of content regulation/moderation practices.

4 UNGPs and content regulation/moderation

1. The State Duty to Protect Human Rights and Content Regulation

The “foundational” principle under pillar one of the UNGPs says that states must protect against human rights abuses by third parties (including business enterprises) within their territory and/or jurisdiction by taking appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective legislation, policies, regulation and adjudication. Additionally, the duty to protect human rights entails assessing the role of the state as an economic actor, beyond legal and policy measures, such as in public procurement activities or in the role of the State as an end-user of ICT⁴⁷. The state obligation to protect human rights entails both a positive and negative element. It requires the state to refrain from certain conduct, but also to take positive steps to ensure the enjoyment of the right in question. Freedom of expression, for example, requires that the state refrain from engaging in censorship, but also that it enables freedom of expression through diverse forms of regulation⁴⁸. A key question is how to apply these

⁴³ See summary of Special Rapporteur’s Consultations at David Kaye’s report on the issue. UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018.

⁴⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application No. 5493/7 Handyside v the United Kingdom*. 1976.

⁴⁵ HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Report n. CCPR/C/GC/34*. General Comment 34. United Nations, 2011, paragraph 12. See also: UN. Report n. A/HRC/38/35. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression - regulation of user-generated online content. 2018, paragraph 7.

⁴⁶ ARNOLD, D. G., Transnational corporations and the duty to respect basic human rights. *Business Ethics Quarterly*, [S.L.], v. 20, n. 3, p. 371-399, 2010.

⁴⁷ B-TECH FOUNDATION PAPER. *Bridging governance gaps in the age of technology*: key characteristics of the State duty to protect. 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/b-tech-foundational-paper-state-duty-to-protect.pdf>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

⁴⁸ The scope and potential limitations of the right to freedom of expression are developed in UN Human Rights Committee (HRC), note 35. At the regional level, in the ruling *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v Ukraine*. Application n. 33014/05, 2011. The European Court of Human Rights for the first time acknowledged that Article 10 imposes on states a positive obligation to create an appropriate regulatory framework to ensure effective protection of

regulatory frameworks to tech companies that are often global and not based in the jurisdiction of the government that is trying to prevent human rights abuses. In this regard, the UNGPs provide a normative universal baseline that “increases the chances that technology-oriented State policies and standards can become consistent across geographies, even while the exact form of these will be constructed to meet local realities”⁴⁹.

While the UNGPs say that states are not generally required to regulate the extraterritorial activities of businesses domiciled in their territory and/or jurisdiction, they also recognise that states are not generally prohibited from doing so, providing that there is a recognised jurisdictional basis (UNGP Principle 2)⁵⁰. The UNGPs recognise that there may be strong policy reasons for states to be clear about the expectations and behaviour of businesses abroad. However, considering the “dynamic dimension” of these principles, which “push the development of new norms and practices that go beyond the initial content of the UNGPs and improve companies” compliance with human rights standards⁵¹, there has been recent developments on the extraterritorial obligations of states regarding companies or businesses that may be deemed under their jurisdiction, authority or control⁵².

The main tool that governments have to protect human rights when it comes to impacts in the tech sector is legislation and administrative regulation. When it comes to the tech sector, most of the normative frameworks have been reactions to harms developed by

either states, companies and even users themselves. In the case of content regulation, legislation from government has evolved, as have companies’ concerns over such legislation, facing two main challenges. One the one hand, the pace of technological developments poses different kind of challenges for governments’ bureaucracies that lack the expertise and information that ICT companies have. On the other hand, most of the regulatory attempts are focused on the behaviour of the tech giants, which does not represent the diverse reality of the sector, and are mainly directed at redressing harms rather than promoting better environments⁵³.

At the beginning of the 2000s, the concerns of tech companies - mostly headquartered in the United States - were based on conflicts of law, especially when it comes to conflicts with restrictive laws such as those passed in China. By the mid 2000s China created what has been known as the “Golden Shield”, a technology used to create legal pressure to censor content online⁵⁴. This initiative led to Microsoft’s decision to remove the blog of the Chinese political journalist Michael Anti and Yahoo! to disclose the account data of Shi Tao, which ultimately resulted in his arrest⁵⁵. At the height of these scandals, Google decided to enter the Chinese market announcing that they would limit the display of certain search results based on Chinese censorship requirements, a decision that led to huge criticism from media and civil society⁵⁶. Nowadays, in a number of cases, despite the state’s intention to prevent potential negative consequences of technologies through legislation, they have ended up putting other human rights at risk. For example, the right to erasure, or the “right to be forgotten” that is now formalised in the European Union’s General Data Protection Regulation, has the potential to address legitimate privacy concerns but

journalists’ freedom of expression on the Internet.

⁴⁹ B-TECH FOUNDATION PAPER. *Bridging governance gaps in the age of technology*: key characteristics of the State duty to protect. 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/b-tech-foundational-paper-state-duty-to-protect.pdf>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

⁵⁰ CERQUEIRA, D.; MONTGOMERY, A. Extraterritorial obligations: a missing component of the UN Guiding Principles that should be addressed in a binding treaty on business and human rights. 2018. *Due Process Foundation Blog*. Available at: <https://dplf-blog.com/2018/02/08/extraterritorial-obligations-a-missing-component-of-the-un-guiding-principles-that-should-be-addressed-in-a-binding-treaty-on-business-and-human-rights/>. Accessed on: 20 Mar. 2022.

⁵¹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and human rights: beyond the end of the beginning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

⁵² COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *Report n. E/C.12/GC/24*. General comment No. 24. On State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities. 2017, paragraphs 25-28.

⁵³ UK PARLIAMENT. *Joint Committee on the Draft Online Safety Bill*. London, 2021. Available at: <https://publications.parliament.uk/pa/jt5802/jtselect/jtonlinesafety/129/12902.htm>. Accessed on: 10 Mar. 2022.

⁵⁴ QIANG, X. How China internet police control speech on the Internet. *Radio Free Asia*, [S.l.], v. 24, 2008. Available at: https://www.rfa.org/english/commentaries/china_internet-11242008134108.html. Accessed on: 29 Jan. 2019.

⁵⁵ SCHOFIELD, J. Microsoft takes down Chinese blogger. *The Guardian*, [S.l.], 2 January 2006. Available at: <https://www.theguardian.com/technology/blog/2006/jan/04/microsofttakes>. Accessed on: 24 Jan. 2019.

⁵⁶ THOMSOM, C. Google’s China problem (and China’s Google problem). *New York Times*, New York, 23 April 2006. Available at: <https://www.nytimes.com/2006/04/23/magazine/23google.html>. Accessed on: 24 Jan. 2019.

also has potential impacts upon the rights to freedom of expression and access to information⁵⁷.

As said before, operations of internet intermediaries are heavily influenced by the legal and policy environments of states⁵⁸. From an international human rights perspective, the state has an obligation to ensure enabling environments for freedom of expression and to protect its exercise⁵⁹. It also has a duty to ensure that private entities do not impair with the freedoms of opinion and expression⁶⁰. In specific cases, when the conditions of legality and necessity are met, the state can require intermediaries and online platforms to restrict content such as child sexual abuse, copyright infringement or incitement to violence⁶¹. In reality, as put by Peggy Hicks, Director of Thematic Engagement for UN Human Rights, “nearly every country that has adopted laws relating to online content has jeopardised human rights in doing so”⁶². Faced with periodical scandals, Governments have rushed to enact regulations without broad and public consultation with diverse stakeholders and experts, providing “simple solutions to complex problems”⁶³. Within this scenario, the role of state actors regarding content regulation has entailed different

forms of previous censorship, currently prohibited under human rights standards, or led to the unjustified restriction of freedom of expression or other fundamental rights.

In addition to ensuring that the broader legal framework, where it touches upon freedom of expression as it is exercised online, is consistent with international human rights law and standards, states should ensure that any legislation which is of specific application to platforms does not restrict freedom of expression explicitly or in its effects. Moreover, as put by article 13 of the American Convention of Human Rights, which recognizes the right to freedom of thought and expression, states must not restrict this right through “indirect methods or means”. Several commentators have argued that this international treaty provides textual grounding for the express prohibition of indirect restrictions such as private law regulations⁶⁴. Recently, there has been heightened scrutiny upon regulation that, with the purpose of protecting freedom of expression in the online world, may end up contributing to more concentrated digital markets, which in itself pose risks to this right⁶⁵. In this scenario, some regulatory frameworks have opted to distinguish online platforms on the grounds of their size, in order to prevent any “unintended impacts they could have on the pluralism of content and providers of consumers services that may be available”⁶⁶.

According to the UNGPs, the general duty to protect human rights entails adopting internal regulations that take into account the overarching human rights standards that may be applicable and not just the single issue or right at stake, which provides an opportunity for governments to justify complex issues where balancing and proportionality between different rights is required. Any regulatory proposal must incorporate human rights standards from the beginning of the policy debates and institutional design choices, anticipating

⁵⁷ FAZLIOGLU, M. Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet. *International Data Privacy Law*, [S.l.], v. 3, n. 3, p. 149-157, 2013.

⁵⁸ MACKINNON, R. *et al. Fostering freedom online: the role of internet intermediaries*. Paris: UNESCO Publishing, 2015.

⁵⁹ UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018.

⁶⁰ HUMAN RIGHTS COMITEE. *Report n. CCPR/C/GC/34*. General Comment 34. United Nations, 2011, paragraph 7.

⁶¹ Freedom of expression is not an absolute right, it may be restricted in accordance with the provisions of article 19, paragraph 3 and article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Specifically, restrictions should be provided by law and should set with ‘sufficient precision’ the difference between lawful and unlawful expression. Moreover, restrictions must be necessary and proportionate, in accordance with one of the enumerated ‘legitimate purposes’ in article 19 paragraph 3. UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018. paragraph 7.

⁶² UNITED NATIONS. *Moderating online content: fighting harm or silencing dissent?* 2021. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Online-content-regulation.aspx>. Accessed on: 12 Nov. 2021.

⁶³ UNITED NATIONS. *Moderating online content: fighting harm or silencing dissent?* 2021. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Online-content-regulation.aspx>. Accessed on: 12 Nov. 2021.

⁶⁴ CENTER FOR STUDIES ON FREEDOM OF EXPRESSION AND ACCESS TO INFORMATION [CELE]. *Submission to the UN SR on the Protection and Promotion of Freedom of Opinion and Expression*. Palermo, 2017.

⁶⁵ RAMÍREZ, I. *Online content regulation and competition policy*. 2020. Available at: <https://orgs.law.harvard.edu/antitrust/2020/12/03/online-content-regulation-and-competition-policy/>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

⁶⁶ GLOBAL NETWORKING INITIATIVE. *Content regulation and human rights: analysis and recommendations*. 2020. Available at: <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/2020/10/GNI-Content-Regulation-HR-Policy-Brief.pdf>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

and preventing any potential negative impact (UNGP Principle 2). Additionally, regulatory efforts should be careful enough to apply a single normative framework based on human rights while acknowledging the different sizes and scales of ICT companies. In a digital market characterized by excessive concentration, UNGPs may provide a comprehensive and practical approach to acknowledge the different risks and institutional capacities that are involved in each case, which range from ICT start-ups to multinational companies with different branches. By default, UNGPs may also provide a framework for addressing protection gaps that result from digital technologies that are constantly evolving and changing⁶⁷. Moreover, and following the idea of a “smart mix of measures” (UNGP Principle 3), states may refer to voluntary initiatives that could gain support in cases where the expected behaviour may be implemented without undermining the legitimacy of the overall normative framework.

For the B-Tech Project, and following UNGP Principle 8, “states must ensure that they have the necessary policy coherence – as well as capacity and ability- to effectively protect people against harms involving technology companies”. In this regard, in order to fulfil their obligations under the UNGP Protect pillar, states have begun to unify their regulatory attempts through their national human rights institutions and National Action Plans (NAPs) on business and human rights, which are generally debated, designed and implemented through open consultation processes with experts and diverse stakeholders⁶⁸. In doing so, we strongly believe that NAPs should include digital issues. However, not much has been done so far⁶⁹. Most NAPs’ commitments do not relate to specific forms of protection, responsibility and remedies, but just lay the ground

for potential developments on specific issues related to ICTs. For example, the Swedish government highlights in its NAP that internet freedom and privacy are among the great global issues of the future. It states that it is fundamental for Sweden that the human rights that apply offline also apply online, adding that as a result of a Swedish initiative, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises now call on companies to support human rights on the internet⁷⁰. Yet apart from these developments, the Swedish government does not highlight any action point or future development in the field. Similarly to Sweden, the Irish NAP highlights past actions such as providing a fourfold increase in the funding for the work of the Data Protection Commission, and the UK NAP highlights that the government has strengthened international rules relating to digital surveillance, including leading work in the Wassenaar Arrangement to adopt new controls on specific technologies of concern⁷¹. Other countries have developed action points. In particular, the Polish government has committed to draft a regulation to counteract restrictions on the freedom of speech⁷². Also, the Finnish government proposed to create a roundtable discussion on how to ensure the protection of privacy with the authorities, ICT companies and civil society⁷³. In terms of process, the government of the Netherlands undertook a Sector Risk Analysis in 2014 which identified the electronics sector as among those with the greatest risk of adverse human rights impacts⁷⁴. The Dutch government has committed to negotiating voluntary corporate social responsibility agreements that focus on transparency, dialogue with stakeholders, and monitoring of agreements with those sectors. As we have seen here, although NAPs have constituted interesting efforts at

⁶⁷ B-TECH FOUNDATION PAPER. *Bridging governance gaps in the age of technology*: key characteristics of the State duty to protect. 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/b-tech-foundational-paper-state-duty-to-protect.pdf>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

⁶⁸ For the role National Human Rights Institutions in achieving policy coherence in the tech sector, see UTLU, D. Public policy and digital technologies: the role of national human rights institutions in achieving policy coherence. *B-Tech*, [S.l.], May 2021. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/b-tech-blog-policy-coherence-nhris-tech.pdf>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

⁶⁹ DE FELICE, D.; GRAF, A. The potential of National Action Plans to implement human rights norms: an early assessment with respect to the UN Guiding Principles on Business and human rights. *Journal of Human Rights Practice*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 40-71, 2015.

⁷⁰ SWEDEN. Government Offices of Sweden. *Action plan for business and human rights*. Here and in the following footnotes, references to NAPs can be found in the OHCHR website. 2015. <https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/nationalactionplans.aspx>. Accessed on: Nov. 2021.

⁷¹ IRELAND. Government of Ireland. *National Plan on Business and human rights 2017-2020*. 2017. UNITED KINGDOM. Government of United Kingdom. *Good business: implementing the UN guiding principles on business and human rights*. 2016.

⁷² POLAND. Government of Poland. *Polish National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights 2017-2020*. 2017.

⁷³ FINLAND. Government of Finland. *National Action Plan for the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2014.

⁷⁴ NETHERLANDS. Government of Netherlands. *National Action Plan on Business and Human Rights*. 2013.

materializing the state's duty to protect human rights, they have not been precise enough to detail how the different stakeholders should handle the complex issues of freedom of expression and other fundamental rights in the online world.

Additionally, of particular concern is legislation which attaches liability to platforms for content that is available on them. Broadly speaking, intermediary liability laws are the “rules to protect intermediaries from liability for the content third parties publish on their platforms”⁷⁵. Yet, there is no universally accepted definition of an intermediary; rather, different entities and reports have defined the term differently, from definitions that expressly exclude content producers to broad definitions that include both content producers and hosts⁷⁶. For the reasons set out in the previous section, in this paper, we take a broad concept of intermediaries referring to platforms that both host content and make editorial decisions.

There are at least three categories of intermediary liability, as seen in Table 1: broad protections, conditional protections, and strict liability⁷⁷. Broad immunity regimes are those that exempt intermediaries from liability for a wide range of third-party content. Conditional protections are those liability mechanisms in which intermediaries are exempt from liability for third-party content if certain conditions are met; intermediaries will usually be liable when they have “knowledge” of infringing content. Finally, strict liability regimes are those where platforms are held liable for content, even if they are not aware of it; “they are most likely to result in overly broad restrictions of freedom of expression, as they require the platform proactively to monitor and remove content, even without notification”⁷⁸. Beyond

this different categories of intermediate liability, there is some consensus on those working in the field of content regulation and human rights that “lawmakers should resist the temptation to shift all legal liability from those generating illegal content to intermediaries”, placing in the state the primary responsibility for complying with human rights standards in this regard⁷⁹.

Table 1: Intermediary Liability Regimes

Apart from national legislation/regulation, states can limit freedom of expression through a series of other activities or actions. First, some states demand extraterritorial removal of links, websites and other content alleged to violate local law⁸⁰. One example is the ruling against Google, made by the Commission Nationale de L'Informatique et des Libertés in March 2016, which required the global takedown of links to search information banned in France under the European Union “right to be forgotten”⁸¹. This sets a precedent of state authorities banning search results not just inside their own jurisdictions, but also asserting that jurisdiction across the globe. On the other hand, state authorities are increasingly seeking content removals outside of legal processes or even through Terms of Service requests⁸². In some cases, government have created specialised offices to request content removal⁸³. These situations open a series of questions about the potential application of UNGPs - which openly does not regulate extraterritoriality - to address the increasingly sophisticated forms by which governments' actions may end up generating adverse human rights impacts, specifically in the issue of freedom of expression. In

⁷⁵ UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018. paragraph 14.

⁷⁶ MACKINNON, R. *et al. Fostering freedom online: the role of internet intermediaries*. Paris: UNESCO Publishing, 2015. GRASSER, U.; SCHULZ, W. *Governance of online intermediaries: observations from a series of national case studies*. Cambridge: The Berkman Center for Internet & Society Research Publication, [S.l.], v. 18, p. 283, 2015.

⁷⁷ Art. 19, *Internet intermediaries: Dilemma of Liability Q and A*. 2013. Available at: <https://www.article19.org/resources/internet-intermediaries-dilemma-liability-q/>. Accessed on: 10 November 2021. KUCZERAWY, A. Intermediary liability & freedom of expression: recent developments in the EU notice & action initiative. *Computer Law and Security Review*, [S.l.], v. 31, n. 1, p. 46-56, 2015.

⁷⁸ BRADLEY, C.; WINGFIELD, R. *A rights-respecting model of online content regulation by platforms*. London: Global Partners Digital, 2018.

⁷⁹ GLOBAL NETWORKING INITIATIVE. *Content regulation and human rights: analysis and recommendations*. 2020. Available at: <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/2020/10/GNI-Content-Regulation-HR-Policy-Brief.pdf>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

⁸⁰ PEN AMERICA. *Forbidden fees: government controls on social media in China*. 2018. Available at: https://pen.org/wp-content/uploads/2018/03/PENAmerica_Forbidden-Feeds-3.13-3.pdf. Accessed on: 18 Nov. 2021.

⁸¹ COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS [CNIL]. *Case n. C-507/17*. 2019.

⁸² UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018. paragraph 19.

⁸³ UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018. See the examples of the European Union Internet Referral Unit or specialized offices in Australia and South-East Asia.

any case, there are good reasons, either under a broad interpretation of UNGPs or within the interpretation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights made by its treaty body, to elaborate further on extraterritorial obligations regarding potential infringement of private actors on the right to freedom of expression abroad⁸⁴.

2. The Corporate Responsibility to Respect Human Rights and Content Moderation

Pillar two of the UNGPs outlines the independent corporate responsibility to respect human rights. The responsibility to respect human rights requires business enterprises to avoid infringing on human rights and to address any adverse human rights impacts with which they are involved, even in cases where states are unable or unwilling to protect human rights. This principle applies to all businesses of all sizes in all situations. According to Principle 15, in order to “know and show” that they respect human rights, businesses should have in place: (a) a policy commitment to respect human rights, (b) an ongoing process of human rights due diligence, and (c) processes to enable the remediation of any adverse human rights impacts they cause or to which they contribute.

Human rights due diligence needs to cover different types of adverse impacts on all internationally recognised human rights. This includes impacts that the business causes, impacts to which the business contributes, and impacts that are directly linked to business operations, products or services. In the ICT sector, although “Human Rights Due Diligence will look different in different organizations and processes”, they should all have a special consideration for the features of the industry⁸⁵. Actual and potential adverse human rights impacts should be avoided and addressed through human rights due diligence which includes four key steps (a) assessing adverse human rights impacts; (b) integrating and acting upon the findings in the impact assessment, and to do so, the company should integrate these

findings into the company policies and create internal capacity opportunities; (c) tracking and monitoring responses: this should be an ongoing process and it is important to involve affected right-holders and other stakeholders; and (d) communicating and reporting: information about due diligence and impact assessments should be publicly communicated that are accessible, provide sufficient and relevant information, and not pose risks to rights holders or others.

Since the endorsement of the UNGPs by the Human Rights Council in 2011, there has been an increasing commitment to human rights in tech companies’ policy statements. Using the database contained in the Business and Human Rights Resource Centre, we analysed 42 companies in the tech sector⁸⁶. 52% of the companies have available human rights policies and another 10% (including companies such as Facebook and Google), refer to their participation in the Global Network Initiative, and the GNI’s assessment of their policies and practice on human rights, without making public their human rights policies. The influence and experimentalist approach taken by the UNGPs becomes more evident when companies such as Microsoft, Ericsson, Telefonica and Yahoo!, have stated that since the adoption of the UNGPs in 2011, they have either created or adapted their companies’ policies in line with the “Protect, Respect, Remedy” framework.

What is perhaps more important is to evaluate how these statements have been developed in further commitments to respect human rights.⁸⁷ Again, as with states, there is contrasting evidence. Some companies have taken preventative action; others that have only acted reactively. Companies such as AT&T, HP, Telefonica, and Vodafone have argued that in order to act a priori, they have developed comprehensive human rights impact assessments; and CISCO, Deutschland Telekom Intel and Verizon have created formal governance structures such as internal cross-sector human rights

⁸⁴ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *Report n. E/C.12/GC/24*. General comment No. 24. On State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities. 2017, paragraphs 25-28.

⁸⁵ B-TECH FOUNDATION PAPER. *Key characteristics of business respect for human rights*. 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/key-characteristics-business-respect.pdf>. Accessed on: 12 Nov. 2021.

⁸⁶ The Resource Centre is an independent non-profit organization based in the United Kingdom and United States. According to their website, the researchers “draw global attention to the human rights impacts (positive and negative) of companies in their region, seek responses from companies when civil society raises concerns, and establish close contacts with grassroots NGOs, local businesspeople, and others.” Available at: <https://www.business-humanrights.org/en/>. Accessed on: 19 November 2021.

⁸⁷ SANTARELLI, Nicolás Carrillo. Declaraciones empresariales “voluntarias” sobre derechos humanos, y la necesidad de una regulación institucional (internacional e interna) externa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 23-49, 2019.

working groups, human rights executive committees, and human rights contact points. Companies such as CISCO, Deutschland Telekom, Orange, and Qualcomm have said that the UNGPs have allowed them to “deal with the topic of human rights in the greater business context”, to “align internally and provided for a more systematic approach to human rights risks and opportunities” and to “further enhance their approach to incorporate human rights throughout their company”.

Despite these positive developments, there are still important gaps in the ICT sector when it comes to their responsibility to respect human rights, especially freedom of expression and privacy. As the latest RDR corporate accountability index states, “Companies are improving in principle, but failing in practice⁸⁸. Though we have seen important developments and commitments from different ICT companies, RDR highlights that most of these companies do not have the appropriate mechanisms to mitigate the risks posed, for example, by government censorship, malicious activities from other non-state actors and their own business models. But perhaps more important for the focus of this paper, “companies do not adequately inform the public about how content and information flows are policed and shaped through their platforms and services” arguing that usually the decisions undertaken by companies lack accountability and reparation mechanisms⁸⁹. Although several companies have created redress mechanisms, there is no transparency regarding the way in which these remedies are addressed and handled by the companies. The recent creation of Facebook’s Oversight Board may be starting point of an innovative private governance approach that is embedded in broader framework of rule of law values⁹⁰.

When moderating content, companies need to comply with national legislation as well as with international human rights law. As Facebook puts it: “When content is reported as violating local law, but doesn’t go against our Community Standards, we may limit access to that content in the country where the local violation is

alleged”⁹¹. Yet when complying with content regulation requests, companies must be sure that they are meeting international human rights standards, especially when making decisions in national contexts that may have legislation that is vague, subject to varying interpretations or inconsistent with human rights law⁹². As previously explained, the UNGPs provide some preventive tools to minimise those conflicts, such as transparency reports and due diligence duties. Another good example is provided by the GNI Principles which, taking into consideration the UNGPs contain a set of recommendations to respect freedom of expression and privacy, when they deal with governments requests⁹³.

Some companies have gone further and regulated the way they manage content on their platforms, through policies for content moderation or Terms of Service. These can be defined as any rules (regardless of phrasing or format) established by a platform which set out the criteria according to which content will be removed or restricted, or a user’s account deleted or suspended. The repertoire of private rules includes “Community Standards”, “Participation Guidelines”, “Rules”⁹⁴. Yet, the evidence suggests that the relationship between these internal policies and respect for human rights, particularly freedom of expression, is not very encouraging. Taking into consideration international and regional human rights standards, the Center for Technology and Society of Fundação Getulio Vargas Rio de Janeiro Law School analysed the Terms of Service of 50 major online platforms in order to assess how they dealt with human rights, including the right to freedom of expression, privacy and due process. In terms of freedom of expression, the study concluded that 46% of the platforms contained clauses that allowed them to monitor content, without specifying which kind of content, and only 8% explicitly stated either that they will not monitor content, or that, they will do so only to the

⁸⁸ RANKING DIGITAL RIGHTS. *Corporate Accountability Index 2020*, 2020. Available at: <https://rankingdigitalrights.org/index2020>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

⁸⁹ RANKING DIGITAL RIGHTS. *Corporate accountability index 2018*. 2018. Available at: <https://rankingdigitalrights.org/index2018/report/executive-summary/>. Accessed on: 12 Nov. 2021.

⁹⁰ KLONICK, K., The Facebook Oversight Board: creating an independent institution to adjudicate online free expression. *The Yale Law Journal*, [s.l.], v. 129, p. 2418-2499, 2020.

⁹¹ PROGRESS on our commitment to transparency – META. 2021. Available at: <https://about.fb.com/news/2021/11/meta-transparency-report-h1-2021/>. Accessed on: 18 Nov. 2021.

⁹² UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018. paragraph 23.

⁹³ Ranking Digital Rights, note 87.

⁹⁴ BRADLEY, C.; WINGFIELD, R. *A rights-respecting model of online content regulation by platforms*. London: Global Partners Digital, 2018.

extent necessary to eliminate materials that violate their policies⁹⁵.

RDR have arrived at similar conclusions. In 2018, the Ranking Digital Rights corporate accountability index reviewed 22 major internet companies and found that internet and mobile ecosystem companies lack transparency about what their rules are and actions they take to enforce them. Their results show that while internet and mobile ecosystem companies disclosed at least some information about what types of content or activities are prohibited by their Terms of Service (Facebook, Kakao and Microsoft leading this indicator), most disclosed nothing about the actions they took to enforce these rules (Twitter and Microsoft being the best ranked, yet still below the 50% on a scale from 1 to 1000). Yet, the same Index recognise that there is some progress in the field, concluding that in 2015 no company disclosed any data about their content moderation. In 2016 three companies did so and four companies disclosed their data about the volume or nature of content or accounts restricted for violating their rules in 2017. In 2018, we can observe, at least five companies as shown in Table 2.

Table 2: Rule Enforcement data Provided

When analysing different content moderation policies, we can identify good and bad practices related to both its content and process. In terms of good procedural practices, companies are increasingly creating internal teams with varied expertise that regularly update these policies. Oath, for example, created a business and human rights team that participates in this process⁹⁶ and Facebook has created an internal team including individuals with experience in a range of sectors, including child safety, hate speech, and terrorism, including human rights lawyers or criminal prosecutors⁹⁷. In terms of content, there are also some platforms that have tailored their Terms of Service specifically for the audiences that use them. That is the case, for example, of the

children platform Scratch, which developed Community Guidelines which are short, clear and child-friendly⁹⁸.

Despite the examples provided before, Terms of Service are usually dense and formulated in language that is hard to be understood by anyone who does not have legal training. That is one of the reasons why people hardly ever read these contracts⁹⁹. When they do, they find them difficult to understand¹⁰⁰. Moreover, regarding clarity, Terms of Service are usually vague. Platforms should ensure that they provide sufficient detail – whether through accompanying documents or in the Terms of Service themselves – to enable users to know, with a reasonable degree of certainty, whether particular content is or is not restricted. This is especially true with terms such as “hate”, “harassment” or “abuse” or even certain counter-terrorism policies. Vague policies in these field carry the risk of excessive limitations to freedom of expression, which has proven to mainly affect “minorities while reinforcing the status of dominant or powerful groups”¹⁰¹.

Apart from the private rules of governance of online speech, and influenced by the increasing costs of content moderation, several platforms have resorted to algorithmic systems to comply with national regulations – such as short timelines for content takedowns- and, allegedly, to international human rights standards¹⁰². In the case of the biggest competitors in the market of online platforms, issues of scale have triggered a shift towards what has been called as “commercial content

⁹⁵ VENTURINI J. et al. *Terms of service and human rights: an analysis of online platform contracts*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 152.

⁹⁶ Oath is now branded as Verizon Media. However, during its short lifespan (2017-2019), this special team. OATH. *Our approach: built on seven pillars*. 2019. Available at: <https://www.oath.com/our-story/business-and-human-rights/our-program/>. Accessed on: 15 Jan. 2019.

⁹⁷ ZUCKERBERG, M. *A Blueprint for Content Governance and Enforcement*. 2018. Available at: <https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/>. Accessed on: 15 Jan. 2019.

⁹⁸ LOMBANA-BERMÚDEZ, A. *Moderation and sense of community in a youth-oriented online platform: Scratch's governance strategy for addressing harmful Speech*. 2017. Available at: <https://medium.com/berkman-klein-center/moderation-and-sense-of-community-in-a-youth-oriented-online-platform-scratchs-governance-eeac6941e9c9>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

⁹⁹ BYGRAVE, L. *Internet governance by contract*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

¹⁰⁰ BAKOS, Y.; MAROTTA-WURGLER, F.; TROSSEN, D. R. *Does anyone read the fine print? consumer attention to standard form contracts*. Law & Economics Research, paper series. 2009. Ideas. Available at: <https://ideas.repec.org/p/net/wpaper/0904.html>. Accessed on: 10 November 2021.

¹⁰¹ UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018. paragraph 27.

¹⁰² According to Expert Market Research, the industry of content moderation will reach a 12 billion dollars for 2027. CONSUMER NEWS AND BUSINESS CHANNEL. *Why content moderation costs billions and is so tricky for Facebook, Twitter, YouTube and others*. 2021. Available at: <https://www.cnb.com/2021/02/27/content-moderation-on-social-media.html>. Accessed on: 17 Nov. 2021.

moderation” or “algorithmic content moderation”, with the expectation that machine learning techniques could handle the delicate balance between freedom of expression and other important rights in the near future. If content moderation is part of the commodity that online platforms compete for, reducing the associated costs is an essential part of the evolving business strategies. However, the turn to AI-based content moderation, as pointed out by several CSOs, “has remained opaque, unaccountable and poorly understood”¹⁰³. For example, as the Facebook Papers revealed recently, most of the integrity systems that use AI systems within Facebook’s content moderation practices are not well trained in languages other than English, triggering several human rights risks¹⁰⁴. Within the normative framework of UNGPs, algorithmic content moderation must be integrated with accountability standards and transparency measures that could make clear when do online platform rely on algorithms for decisions that affect end-users, how are these decisions processed and adopted, and how to challenge those decisions before a human based system. For some critics, these human rights requirements may be under pressure when they entail touching upon “business models that involve the sale of human attention”¹⁰⁵.

Online platforms offer few guarantees in their policies on preserving the right to freedom of expression. There is a lack of clear and specific information in the Terms of Service on what content is allowed or not in the platform. There is also little commitment to offering users justification, notice and the right to be heard when content is removed by the platforms’ own initiative, after notification from third parties or through automated procedures. That is why in the concluding remarks we push for a model of content moderation for online platforms that fully reflects companies’ responsibilities under the UNGPs.

3. *The role of individual and civil society organisations*

¹⁰³ GORWA, R.; BINNS, R.; KATZENBACH, C. Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance. *Big Data & Society*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 15, 2020. Available at: <https://doi.org/10.1177/2053951719897945>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

¹⁰⁴ HAUGEN, F. *Formal meeting (oral evidence session)*: draft online safety bill. London: UK Parliament, 2021. Available at: <https://committees.parliament.uk/event/5594>. Accessed at: 28 Oct. 2021.

¹⁰⁵ SANDER, B. Freedom of expression in the age of online platforms: the promise and pitfalls of a human-rights based approach to content moderation. *Fordham International Law Journal*, [S.l.], v. 43, n. 4, p. 939-1006, 2020.

As previously highlighted, the UNGPs have undertaken an experimentalist and polycentric approach. This goes in line with the new governance approaches, which understand regulatory decision-making processes not as unidirectional or authoritative, but rather as one that incorporate “new mechanisms of stakeholder participation and public accountability as a way to retain democratic legitimacy and ensure community responsiveness” of these processes¹⁰⁶. In the ICT sector, which operates across national boundaries and within diverse digital ecosystems, top-down legal rule may prove hard to enforce and provide for its own effectiveness¹⁰⁷. Moreover, addressing human rights challenges in the online world entail multiple obligation bearers that could contribute to decentralized enforcement¹⁰⁸. While we have seen that different voices representing communities, academia, think tanks, companies and governments, participated in the formation of the UNGPs, their contribution during the implementation phase have not been equivalent to each other. In fact, since its adoption, civil society organisations (CSOs) have played only a marginal role in the implementation of the UNGPs¹⁰⁹. For authors such as Tara Melish, UNGPs should incorporate civil society as a key actor in the implementation of business and human rights principles, through the incorporation of a fourth pillar “Participation”. To support this statement, she argues that the “most vocal and consistent critics of the UNGPs are human rights organisations, precisely the groups that have been pushing the longest and hardest for a more effective,

¹⁰⁶ MELISH, T.; MEIDINGER, E. Protect, respect, remedy and participate: “New Governance” lessons for the Ruggie Framework. In: MARES, Radu (ed.). *The UN guiding principles on business and human rights: foundations and implementations*. Leiden: Brill-Nijhoff, 2012.

¹⁰⁷ LAIDLAW, E. B. (ed.). Myth or promise? the corporate social responsibilities of online service providers for human rights. In: TADDEO, M.; FLORIDI, L. *The responsibilities of online service providers*. Springer: Cham, 2017.

¹⁰⁸ SIKKIINK, K. *The hidden face of rights: towards a politics of responsibilities*. London: Yale University Press, 2020. v. 10.

¹⁰⁹ Ultimately, the experimentalist and polycentric approach proposed by the UNGPs reflect the power relations that exist between governments, companies and civil society organizations, usually leaving the last group as the most vulnerable and unattended one. That’s why some authors have proposed to incorporate a fourth pillar in the business and human rights field, the so called “civil society pillar”. MELISH, T.; MEIDINGER, E. Protect, respect, remedy and participate: “New Governance” lessons for the Ruggie Framework. In: MARES, Radu (ed.). *The UN guiding principles on business and human rights: foundations and implementations*. Leiden: Brill-Nijhoff, 2012.

non-business-as-usual approach to corporate human rights abuse”¹¹⁰.

As we have previously noted, the tech sector has been part of the polycentric governance approach developed by the UNGPs, yet such an approach also shows the need for a more open space for CSOs in the field. The polycentric and experimentalist approach on business and human rights field has allowed, for example, the creation of multi-stakeholder initiatives such as the GNI and the development of initiatives coming from government and companies, such as previously highlighted government and companies’ policies, statements, and plans. Yet, as it will be further developed, there is still a gap in the potential impact that the UNGPs may have in the implementation of these initiatives. We have discussed some explanations for this gap such as the late entry of the tech sector in the UNGPs discussions, and the lack of existing evidence when it comes to show the human rights impacts of tech companies. One potential solution to address these issues could be to give a more prominent role to civil society organisations when it comes to implement, discuss and think about UNGPs in the digital environment. In this scenario, it is important to highlight the purpose of the B-Tech Project, which is precisely to engage “diverse stakeholders as part of a global process to produce guidance, tools and practical recommendations to advance implementation of the UN Guiding Principles on business and Human Rights in the technology sector”¹¹¹.

CSOs - mainly human rights groups - have increased their pressure to be part of the implementation process of business and human rights initiatives. Most argue that “genuine social transformation occurs only when affected communities themselves have the power and voice to engage decision-making processes that affect their lives, as active subjects of law, not mere objects”¹¹².

From the perspective of civil society organisation, the lack of influence in the implementation of the UNGPs has to do with power relations, arguing that the interest of states and companies are too strong, and that they have tended to ignore and misrepresent CSOs voices¹¹³. The frustration of organised civil society has resulted in further commitments in the field. They have led, for example, to the creation of the “Treaty Alliance” comprising some 600 NGOs from around the world, who have been deeply engaged in the discussions on a binding treaty on business and human rights¹¹⁴. There are also examples where civil society organisations have been able to conduct impact studies, be involved in the creation of National Action Plans, review due diligence and grievances procedures, usually leading to better results than those processes that did not include their participation¹¹⁵.

However, apart from states, corporations and CSOs, individuals may also have some responsibility in cases where their performance as users of digital platforms may put at risk the rights to privacy, free speech or other rights of the rest of the population. As put by Kahtryn Sikkink, the Cambridge Analytica Scandal and the rise of fake news has highlighted cases where our lack of care may “leave our friends and contacts vulnerable”, or where “disinformation is the result of individuals retweeting, posting, and forwarding the news”¹¹⁶. Considering that regulation is sometimes slower than technological development, there are good reasons to ground a place for individual responsibility where corporate power is not willing to make changes. Of course, there are many challenges regarding digital education and training that depend on state regulation (“digital civics”), but one should not completely avoid individual responsibility in the face of complex decentralized problems such as misinformation or digital privacy, “where the

¹¹⁰ MELISH, T. Putting “human rights” back into the UN guiding principles on business and human rights: shifting frames and embedding participation rights. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and human rights: beyond the end of the beginning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

¹¹¹ B-TECH FOUNDATION PAPER. *Designing and implementing effective company-based grievance mechanisms*. 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/access-to-remedy-company-based-grievance-mechanisms.pdf>. Accessed on: 12 Nov. 2021.

¹¹² MELISH, T. Putting “human rights” back into the UN guiding principles on business and human rights: shifting frames and embedding participation rights. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and human rights: beyond the end of the beginning*. Cam-

bridge: Cambridge University Press, 2017.

¹¹³ MARTENS, J. *Corporate influence on the business and human rights agenda of the United Nations working paper*. Aachen: Bischöfliches Hilfswerk Misereor e.V., 2014.

¹¹⁴ DE SCHUTTER, O. Towards a New Treaty on Business and Human Rights. *Business and Human Rights Journal*, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 41-67, 2016.

¹¹⁵ MELISH, T. Putting “human rights” back into the UN guiding principles on business and human rights: shifting frames and embedding participation rights. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and human rights: beyond the end of the beginning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

¹¹⁶ SIKKIINK, K. *The hidden face of rights: towards a politics of responsibilities*. London: Yale University Press, 2020. v. 10.

concept of human rights doesn't take us very far"¹¹⁷. Although UNGPs do not address the role of individual users, its polycentric and experimentalist approach should consider what role individuals/users could play in a multi-stakeholder approach to content moderation policy.

5 Conclusions

Through this paper we have seen that there is a gap between the principles promoted by the UNGPs and current regulations in the tech sector, especially among internet platforms. The paper further demonstrates the increasing involvement and commitment of the tech sector in discussions related to business and human rights, as illustrated by initiatives such as GNI or B-Tech Project. These commitments are shown through companies' policies and transparency reports, through novel forms of private governance, through civil society engagement in these issues and governments' increasing interest in developing different forms of regulation. While these examples can be seen as progress in the field, there is still much to do when it comes to make the most of the polycentric approach of the UNGPs.

First, governments have not made too much when it comes to business and human rights in the digital environment. The latter has been demonstrated by a lack of attention to business and human rights issues in the tech sector in NAPs and in a somehow improvised intermediary liability legislation which, in some cases, has proven to be openly against freedom of expression. The current status of content regulation, which attempts to materialize the duty to protect human rights, can be described in an interesting way: paraphrasing the idea that some companies are "too big to fail", coined after the economic crisis of 2007-8, we can label the challenges that arise for online platforms as "too late to regulate". Indeed, current calls for "slowing down the platforms" or design platforms at a "human scale" seem out of touch with the size, scale and character of the business models of the big competitors in this market. On the other hand, the developments that come from companies have been mostly reactive and not preventive. The example of Facebook clarifies this

assertion: under pressure from diverse stakeholders, the recent creation of the Oversight Board "marks the first platform-scaled moment of transnational internet adjudication of online speech".¹¹⁸ However, these novel forms or private regulation seem to be impracticable when confronted with issues of scale, which are embedded in the design features of the biggest online platforms in an increasingly concentrated market. In this scenario, private regulatory attempts, although well-intended, could be deemed as desperate attempts to mitigate the risks of in-built features that were originally designed to harm the conditions of a "democratic culture", allegedly the modern purpose of free speech protection. Moreover, most of the efforts undertaken by platforms have focused on improving their Terms of Service and the quality of their decision-making, to the detriment of implementing ways of challenging wrongful decisions and, if appropriate, remedied.

If UNGPs are to be considered as a normative framework of universal character, applicable to online platforms of all sizes, which operate across national boundaries, there needs to be more research and initiatives on the ways in which these principles could be applied to the complex issues of content regulation/moderation. The non-binding nature of these principles has not been an obstacle for the development of a modern consensus that online platforms should definitely respect human rights, especially after periodical scandals that arise with the big competitors in this billionaire industry. The current wave of transnational and national regulatory attempts of online content needs to start from a human rights-based approach, and the UNGPs serve as a good starting point. However, at some point, as we have argued here, the human rights discourse needs to accommodate issues of personal and collective responsibility for a complex and decentralized problem such as global free expression, which has become even more complex after a global pandemic that has accelerated the digital revolution.

¹¹⁷ SIKKIINK, K. *The hidden face of rights: towards a politics of responsibilities*. London: Yale University Press, 2020. v. 10.

¹¹⁸ KLONICK, K. The Facebook Oversight Board: creating an independent institution to adjudicate online free expression. *The Yale Law Journal*, [S.l.], v. 129, p. 2418-2499, 2020.

Table 1 Intermediary Liability Regimes

Liability regime	Summary	Examples
Strict Liability	Platforms are liable for unlawful or harmful content made available by users, even if they are not aware of the content	Thailand (Section 15 of the Computer Crimes Act 2007) China Cybersecurity Law 2017
Conditional Liability	Platforms are not held liable for unlawful or harmful content made available by users on their platforms provided they do not have any knowledge of the content or, if they do have knowledge, have acted expeditiously to remove it.	European Union's E-Commerce Directive (2000) United States (Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act 1998) South Africa's (Chapter XI of the Electronic Communications and Transactions Act 2002)
Broad Liability	Platforms are, as a general rule, not held liable for unlawful or harmful content made available on their platforms, even if they are aware of the content. Some limited exceptions may exist, such as for certain specified crimes or intellectual property.	United States (Section 230 of the Communications Decency Act)

Source: Charles Bradley and Richard Wingfield, "A Rights-Respecting Model of Online Content Regulation by Platforms" (Global Partners Digital, 2018).

Table 2: Rule Enforcement data Provided

Twitter	Facebook	Google	YouTube	Oath
Reporting of data on the enforcement of community guidelines was published for the first time in 2018.	Data provided on enforcement of policies related to: Adult Nudity and Sexual Activity Hate Speech Terrorist Propaganda (ISIS, al-Qaeda and affiliates) Fake Accounts Spam Violence and Graphic Content	Reporting on enforcement of community standards is confined to YouTube (see YouTube section). Reporting of content removal appears to be confined to that required under law. Reporting on application of internal content regulation policy does not seem to be present.	Reporting of the enforcement of YouTube's community standards is structured by content type (Channel, video or comment) and removal reason. The report gives an overview of the source of "flags" about problematic content and provides case studies of the enforcement of the enforcement of YouTube's policies on violent extremism and child safety.	Oath's transparency reporting is very limited and only covers government requests for data and the removal of content as well as data on content removal for copyright and trademark infringement. It does not provide any detail regarding the enforcement of their internal content regulation policies.

Source: own creation.

References

ARNOLD, D. G., Transnational corporations and the duty to respect basic human rights. *Business Ethics Quarterly*, [S.l.], v. 20, n. 3, p. 371-399, 2010.

BAKOS, Y.; MAROTTA-WURGLER, F.; TROSSEN, D. R. *Does anyone read the fine print?* consumer attention to standard form contracts. Law & Economics Research, paper series. 2009. Ideas. Available at: <https://ideas.repec.org/p/net/wpaper/0904.html>. Accessed on: 10 November 2021.

BALKIN, J. Free speech in the algorithmic society: Big Data, Governance, and new school speech regulation. *Davis Law Review*, [S.l.], v. 51, p. 1149-1210, 2020.

BRADLEY, C.; WINGFIELD, R. *A rights-respecting model of online content regulation by platforms*. London: Global Partners Digital, 2018.

B-TECH FOUNDATION PAPER. *Bridging governance gaps in the age of technology*: key characteristics of the State duty to protect. 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/b-tech-foundational-paper-state-duty-to-protect.pdf>. Accessed on: 10 Nov. 2021.

B-TECH FOUNDATION PAPER. *Designing and implementing effective company-based grievance mechanisms*. 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/access-to-remedy-company-based-grievance-mechanisms.pdf>. Accessed on: 12 Nov. 2021.

B-TECH FOUNDATION PAPER. *Key characteristics of business respect for human rights*. 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/key-characteristics-business-respect.pdf>. Accessed on: 12 Nov. 2021.

BYGRAVE, L. *Internet governance by contract*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Reparação de vítimas à luz de um tratado sobre empresas e direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 2-11, 2018.

CELESTE, E. Social media bans: what platforms can learn from National Courts? 2021. *Blog British Association of Comparative Law*. Available at: <https://british-association-comparative-law.org/2021/05/21/social-media->

bans-what-platforms-can-learn-from-national-courts-by-edoardo-celeste/. Accessed on: 18 Oct. 2022.

CENTER FOR STUDIES ON FREEDOM OF EXPRESSION AND ACCESS TO INFORMATION [CELE]. *Submission to the UN SR on the Protection and Promotion of Freedom of Opinion and Expression*. Palermo, 2017.

CERQUEIRA, D.; MONTGOMERY, A. Extraterritorial obligations: a missing component of the UN Guiding Principles that should be addressed in a binding treaty on business and human rights. 2018. *Due Process Foundation Blog*. Available at: <https://dplfblog.com/2018/02/08/extraterritorial-obligations-a-missing-component-of-the-un-guiding-principles-that-should-be-addressed-in-a-binding-treaty-on-business-and-human-rights/>. Accessed on: 20 Mar. 2022.

CHEN, A. *Inside Facebook's outsourced anti-porn and gore brigade, where 'camel toes' are more offensive than 'crushed heads'*. Available at: <http://gawker.com/5885714/inside-facebooks-outsourced-anti-porn-and-gore-brigade-where-camel-toes-are-more-offensive-than-crushed-heads>. Accessed on: 20 Nov. 2021.

COHEN, J. E. *Between truth and power*. [S.l.]: Oxford University Press, 2019.

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS [CNIL]. *Case n. C-507/17*. 2019.

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *Report n. E/C.12/GC/24*. General comment No. 24. On State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities. 2017, paragraphs 25-28.

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *Report n. E/C.12/GC/24*. General comment No. 24. On State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities. 2017, paragraphs 25-28.

CONSUMER NEWS AND BUSINESS CHANNEL. *Why content moderation costs billions and is so tricky for Facebook, Twitter, YouTube and others*. 2021. Available at: <https://www.cnbc.com/2021/02/27/content-moderation-on-social-media.html>. Accessed on: 17 Nov. 2021.

DE BÚRCA, G.; KEOHANE, R. O.; SABEL, C. New modes of pluralist global governance. *International Law and Politics*, New York, v. 45, p. 723-739, 2013.

DE FELICE, D.; GRAF, A. The potential of National Action Plans to implement human rights norms: an early assessment with respect to the UN Guiding Principles on Business and human rights. *Journal of Human Rights Practice*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 40-71, 2015.

DE FILIPPI, P.; BELLI, L. The Law of the Cloud v the Law of the Land: challenges and opportunities for innovation. *European Journal of Law and Technology*, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 23, 2012.

DE GREGORIO, G. Democratising online content moderation a constitutional framework. *Computer Law & Security Review*, [S.l.], v. 2, p. 105374, 2020.

DE SCHUTTER, O. Towards a New Treaty on Business and Human Rights. *Business and Human Rights Journal*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 41-67, 2016.

DEIBERT, R. *et al.* (eds.). *Access Controlled: the shaping of power, rights, and rule in cyberspace*. London: The MIT Press, 2010.

DEIBERT, R. *et al.* (eds.). *Access denied the practice and policy of global internet filtering*. London: The MIT Press, 2008.

DIGITAL MARKETS ACT. EU COMMISSION. *Europe fit for the digital age: new online rules for platforms*. 2021. Available at: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment/europe-fit-digital-age-new-online-rules-platforms_en. Accessed on: 15 Mar. 2022.

DUARTE, N.; LLANSO, E.; LOUP, A. *Mixed messages? the limits of automated social media content analysis*. 2018. Available at: <https://apo.org.au/sites/default/files/resource-files/2017-11/apo-nid240471.pdf>. Accessed on: 16 Mar. 2022.

DUNSTAN, A. Our Human Rights Impact Assessment of Facebook in Myanmar. November 2018. *Business for Social Responsibility*. Available at: <https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/facebook-in-myanmar-human-rights-impact-assessment>. Accessed on: 10 Oct. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application No. 5493/7 Handyside v the United Kingdom*. 1976.

- FAZLIOGLU, M. Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet. *International Data Privacy Law*, [S.l.], v. 3, n. 3, p. 149-157, 2013.
- FINLAND. Government of Finland. *National Action Plan for the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2014.
- FLEW, T.; MARTIN, F.; SUZOR, N. Internet regulation as media policy: rethinking the question of digital communication platform governance. *Journal of Digital Media & Policy*, [S.l.], v. 10, n. 1, p. 33-50, 2019.
- FREEDOM HOUSE. *Freedom on the Net 2018*. 2018. Available at: https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTN_2018_Final.pdf. Accessed on: 15 Oct. 2021.
- FREEDOM HOUSE. *Freedom on the Net 2021: the global drive to control big tech*. 2021. Available at: <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2021/global-drive-control-big-tech>. Accessed on: 15 Nov. 2021.
- GILLESPIE, T. Platforms are not Intermediaries. *Georgetown Law Technology Review*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 198-216, 2018.
- GLOBAL NETWORK INITIATIVES. *GNI Principles on freedom of expression and privacy*. 2017. Available at: <https://globalnetworkinitiative.org/gni-principles/>. Accessed 10 Nov. 2021.
- GLOBAL NETWORKING INITIATIVE. *Content regulation and human rights: analysis and recommendations*. 2020. Available at: <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/2020/10/GNI-Content-Regulation-HR-Policy-Brief.pdf>. Accessed on: 10 Nov. 2021.
- GORWA, R.; BINNS, R.; KATZENBACH, C. Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance. *Big Data & Society*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 15, 2020. Available at: <https://doi.org/10.1177/2053951719897945>. Accessed on: 10 Nov. 2021.
- GRASSER, U.; SCHULZ, W. *Governance of online intermediaries: observations from a series of national case studies*. Cambridge: The Berkman Center for Internet & Society Research Publication, [S.l.], v. 18, p. 283, 2015.
- HAUGEN, F. *Formal meeting (oral evidence session): draft online safety bill*. London: UK Parliament, 2021. Available at: <https://committees.parliament.uk/event/5594>. Accessed at: 28 Oct. 2021.
- HUMAN RIGHTS COMITEE. *Report n. CCPR/C/GC/34*. General Comment 34. United Nations, 2011, paragraph 12. See also: UN. Report n. A/HRC/38/35. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression - regulation of user-generated online content. 2018, paragraph 7.
- HUMAN RIGHTS COMITEE. *Report n. CCPR/C/GC/34*. General Comment 34. United Nations, 2011, paragraph 7.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*. International Labour Organization, 1998. Available at: www.ilo.org/declaration/lang-en/index.htm. Accessed on: 5 Nov. 2021.
- IRELAND. Government of Ireland. *National Plan on Business and human rights 2017-2020*. 2017.
- JØRGENSEN, R. F. *A human rights-based approach to social media platforms*. 2021. Available at: <https://berkeleycenter.georgetown.edu/responses/a-human-rights-based-approach-to-social-media-platforms>. Accessed on: 10 Oct. 2021.
- JØRGENSEN, R. F.; ZULETA, L. Private governance of freedom of expression on social media platforms: EU content regulation through the lens of human rights standards. *Nordicom Review*, Copenhagen, v. 41, n. 1, p. 51-67, 2020.
- KHONDKER, H. H. Role of the New Media in the Arab Spring. *Globalizations*, v. 8 n. 5, p. 675-679, 2011.
- KLONICK, K. The Facebook Oversight Board: creating an independent institution to adjudicate online free expression. *The Yale Law Journal*, [S.l.], v. 129, p. 2418-2499, 2020.
- KLONICK, Kate. Law and technology: content moderation modulation. *Communications of the ACM*, [S.l.], v. 64, n. 1, p. 29-31, January 2021. Available at: <https://cacm.acm.org/magazines/2021/1/249450-content-moderation-modulation/fulltext>. Accessed on: 15 Nov. 2021.
- KUCZERAWY, A. Intermediary liability & freedom of expression: recent developments in the EU notice & action initiative. *Computer Law and Security Review*, [S.l.], v. 31, n. 1, p. 46-56, 2015.
- LAIDLAW, E. B. (ed.). *Myth or promise? the corporate social responsibilities of online service providers*

- for human rights. In: TADDEO, M.; FLORIDI, L. *The responsibilities of online service providers*. Springer: Cham, 2017.
- LAIDLAW, E. B. Myth or promise? the corporate social responsibilities of online service providers for human rights (ed.). In: TADDEO, M.; FLORIDI, L. *The responsibilities of online service providers*. Springer: Cham, 2017.
- LOMBANA-BERMÚDEZ, A. *Moderation and sense of community in a youth-oriented online platform*: Scratch's governance strategy for addressing harmful Speech. 2017. Available at: <https://medium.com/berkman-klein-center/moderation-and-sense-of-community-in-a-youth-oriented-online-platform-scratchs-governance-eea-c6941e9c9>. Accessed on: 10 Nov. 2021.
- MACKINNON, R. *et al. Fostering freedom online*: the role of internet intermediaries. Paris: UNESCO Publishing, 2015.
- MARTENS, J. *Corporate influence on the business and human rights agenda of the United Nations working paper*. Aachen: Bischöfliches Hilfswerk Misereor e.V, 2014.
- MELISH, T. Putting “human rights” back into the UN guiding principles on business and human rights: shifting frames and embedding participation rights. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and human rights*: beyond the end of the beginning. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- MELISH, T.; MEIDINGER, E. Protect, respect, remedy and participate: “New Governance” lessons for the Ruggie Framework. In: MARES, Radu (ed.). *The UN guiding principles on business and human rights*: foundations and implementations. Leiden: Brill-Nijhoff, 2012.
- NETHERLANDS. Government of Netherlands, *National Action Plan on Business and Human Rights*. 2013.
- NOLAN, Justine. Hardening soft law: are the emerging corporate social disclosure laws capable of generating substantive compliance with human rights?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 64-83, 2018.
- OATH. *Our approach*: built on seven pillars. 2019. Available at: <https://www.oath.com/our-story/business-and-human-rights/our-program/>. Accessed on: 15 Jan. 2019.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*: 2011 Edition. Available at: <http://mneguidelines.oecd.org/text/>. Accessed on: 5 Nov. 2021
- PEN AMERICA. *Forbidden fees*: government controls on social media in China. 2018. Available at: https://pen.org/wp-content/uploads/2018/03/PENAmerica_Forbidden-Feeds-3.13-3.pdf. Accessed on: 18 Nov. 2021.
- POLAND. Government of Poland. *Polish National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights 2017-2020*. 2017.
- PROGRESS on our commitment to transparency – META. 2021. Available at: <https://about.fb.com/news/2021/11/meta-transparency-report-h1-2021/>. Accessed on: 18 Nov. 2021.
- QIANG, X. How China internet police control speech on the Internet. *Radio Free Asia*, [S.l.], v. 24, 2008. Available at: https://www.rfa.org/english/commentaries/china_internet-11242008134108.html. Accessed on: 29 Jan. 2019.
- RAMÍREZ, I. *Online content regulation and competition policy*. 2020. Available at: <https://orgs.law.harvard.edu/antitrust/2020/12/03/online-content-regulation-and-competition-policy/>. Accessed on: 10 Nov. 2021.
- RANKING DIGITAL RIGHTS. *Corporate accountability index 2018*. 2018. Available at: <https://rankingdigital-rights.org/index2018/report/executive-summary/>. Accessed on: 12 Nov. 2021.
- RANKING DIGITAL RIGHTS. *Corporate Accountability Index 2020*, 2020. Available at: <https://rankingdigital-rights.org/index2020>. Accessed on: 10 Nov. 2021.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and human rights*: beyond the end of the beginning. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- RUGGIE, J. *Facebook in the rest of the world*. 2018. Available at: https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/John_Ruggie_Facebook_15_Nov_2018.pdf. Accessed on: 5 Oct. 2021.
- RUGGIE, J. *Just Business*: multinational corporations and human rights. New York: Norton & Company, 2013.
- SAMWAY, M. The Global Network Initiative: how can companies in the information and communications technology industry respect human rights? In: BAUMANN-PAULY, D.; NOLAN, J. (ed.). *Business*

- and human rights: from principles to practice. London: Routledg, 2016. p. 136-140.
- SANDER, B. Freedom of expression in the age of online platforms: the promise and pitfalls of a human-rights based approach to content moderation. *Fordham International Law Journal*, [S.l.], v. 43, n. 4, p. 939-1006, 2020.
- SANTARELLI, Nicolás Carrillo. Declaraciones empresariales “voluntarias” sobre derechos humanos, y la necesidad de una regulación institucional (internacional e interna) externa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 23-49, 2019.
- SCHOFIELD, J. Microsoft takes down Chinese blogger. *The Guardian*, [S.l.], 2 January 2006. Available at: <https://www.theguardian.com/technology/blog/2006/jan/04/microsofttakes>. Accessed on: 24 Jan. 2019.
- SIKKIINK, K. *The hidden face of rights: towards a politics of responsibilities*. London: Yale University Press, 2020. v. 10.
- SWEDEN. Government Offices of Sweden. *Action plan for business and human rights*. Here and in the following footnotes, references to NAPs can be found in the OHCHR website. 2015. <https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/nationalactionplans.aspx>. Accessed on: Nov. 2021.
- THOMSOM, C. Google’s China problem (and China’s Google problem). *New York Times*, New York, 23 April 2006. Available at: <https://www.nytimes.com/2006/04/23/magazine/23google.html>. Accessed on: 24 Jan. 2019.
- UK PARLIAMENT. *Joint Committee on the Draft Online Safety Bill*. London, 2021. Available at: <https://publications.parliament.uk/pa/jt5802/jtselect/jtonlinesafety/129/12902.htm>. Accessed on: 10 Mar. 2022.
- UNITED KINGDO. Government of United Kingdo. *Good business: implementing the UN guiding principles on business and human rights*. 2016.
- UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018.
- UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/RES/32/13*. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet: resolution. Human Rights Council, 2016.
- UNITED NATIONS. *Moderating online content: fighting harm or silencing dissent?* 2021. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Online-content-regulation.aspx>. Accessed on: 12 Nov. 2021.
- UTLU, D. Public policy and digital technologies: the role of national human rights institutions in achieving policy coherence. *B-Tech*, [S.l.], May 2021. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/b-tech-blog-policy-coherence-nhris-tech.pdf>. Accessed on: 10 Nov. 2021.
- VAN DIJK, P. *et al. Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Antwerp: Oxford, 2006.
- VENTURINI J. *et al. Terms of service and human rights: an analysis of online platform contracts*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- VIGEO EIRIS. *Human rights in a globalised world: why do companies need to pay more attention?* 2018. Available at: https://www.vigeo-eiris.com/wp-content/uploads/2018/11/2018_Human-rights-study_VFok.pdf. Accessed on: 10 Nov. 2021.
- ZITTRAIN, J. A history of online Gatekeeping. *Harvard Journal of Law and Technology*, [S.l.], v. 19, n. 2, p. 253-298, 2006.
- ZUCKERBERG, M. *A Blueprint for Content Governance and Enforcement*. 2018. Available at: <https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/>. Accessed on: 15 Jan. 2019.
- RUGGIE, J. *Just Business: multinational corporations and human rights*. New York: Norton & Company, 2013.
- SAMWAY, M. The Global Network Initiative: how can companies in the information and communications technology industry respect human rights? In: BAUMANN-PAULY, D.; NOLAN, J. (ed.). *Business and human rights: from principles to practice*. London: Routledg, 2016. p. 136-140.
- SANDER, B. Freedom of expression in the age of online platforms: the promise and pitfalls of a human-rights based approach to content moderation. *Fordham International Law Journal*, [S.l.], v. 43, n. 4, p. 939-1006, 2020.

- SANTARELLI, Nicolás Carrillo. Declaraciones empresariales “voluntarias” sobre derechos humanos, y la necesidad de una regulación institucional (internacional e interna) externa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 23-49, 2019.
- SCHOFIELD, J. Microsoft takes down Chinese blogger. *The Guardian*, [S.l.], 2 January 2006. Available at: <https://www.theguardian.com/technology/blog/2006/jan/04/microsofttakes>. Accessed on: 24 Jan. 2019.
- SIKKIINK, K. *The hidden face of rights: towards a politics of responsibilities*. London: Yale University Press, 2020. v. 10.
- THOMSOM, C. Google’s China problem (and China’s Google problem). *New York Times*, New York, 23 April 2006. Available at: <https://www.nytimes.com/2006/04/23/magazine/23google.html>. Accessed on: 24 Jan. 2019.
- UK PARLIAMENT. *Joint Committee on the Draft Online Safety Bill*. London, 2021. Available at: <https://publications.parliament.uk/pa/jt5802/jtselect/jtonlinesafety/129/12902.htm>. Accessed on: 10 Mar. 2022.
- UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/38/35*. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye. Human Rights Council, 2018.
- UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report n. A/HRC/RES/32/13*. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet: resolution. Human Rights Council, 2016.
- UTLU, D. Public policy and digital technologies: the role of national human rights institutions in achieving policy coherence. *B-Tech*, [S.l.], May 2021. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/b-tech-blog-policy-coherence-nhris-tech.pdf>. Accessed on: 10 Nov. 2021.
- VAN DIJK, P. *et al. Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Antwerp: Oxford, 2006.
- VENTURINI J. *et al. Terms of service and human rights: an analysis of online platform contracts*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- VIGEO EIRIS. *Human rights in a globalised world: why do companies need to pay more attention?* 2018. Available at: [ads/2018/11/2018_Human-rights-study_VFok.pdf](https://www.vigeo-eiris.com/wp-content/uplo-ads/2018/11/2018_Human-rights-study_VFok.pdf). Accessed on: 10 Nov. 2021.
- ZITTRAIN, J. A history of online Gatekeeping. *Harvard Journal of Law and Technology*, [S.l.], v. 19, n. 2, p. 253-298, 2006.
- ZUCKERBERG, M. *A Blueprint for Content Governance and Enforcement*. 2018. Available at: <https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/>. Accessed on: 15 Jan. 2019.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Teaching and research of international law in an expanded world: understanding from the indian perspective

Ensino e pesquisa de Direito Internacional em um mundo expandido: compreensão a partir da perspectiva indiana

Shuvro Prosun Sarker

Prakash Sharma

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Teaching and research of international law in an expanded world: understanding from the indian perspective*

Ensino e pesquisa de Direito Internacional em um mundo expandido: compreensão a partir da perspectiva indiana

Shuvro Prosun Sarker**

Prakash Sharma***

Abstract

The teaching and research of international law in India is affected in a manner, which is in many respects, occur different from that of the developed world. There exist salient differences in attitude, focus, approach, interpretation, and resources. Presently, the teaching of international law in India has been essentially Eurocentric, with course of study acquiescent to western anecdotes, and research which is largely detached from the relevant content. Such an approach was further strengthened by the adoption of “positivist methodology in both teaching and research”, which in a way rejected any excursions into the world of deep structures. For a greater part of Indian legal education there has been a sense of lack of relatability, particularly in addressing local legal issues. This has impacted students, the discipline, and legal pedagogy alike. Furthermore, because of the complexity of Indian society engendered by its own internal contradictions, one finds interesting disparities of substance and methodology adopted for dispersing knowledge. In this milieu, this paper discusses teaching and research methods of international law in India amidst a backdrop that provides context within which the newer approach can be centered around. This will be followed by an attempt to strengthen the teaching and research of international law in India, particularly in the light of Global North’s hegemonic dominance over the “form and content of treaties and institutions.” The paper while tries to examine the ongoing neo-liberal model, argues for injecting the process with equity. The paper concludes with a suggestion that in view of severe social and economic limitations, coupled with changing foreordination in knowledge and power, the subject of international law should really be given high priority.

Keywords: colonialism; critical international law; eurocentric; globalization; hegemony; imperial; TWAAIL.

* Recebido em 17/07/2022
Aprovado em 03/10/2022

** PhD from WB National University of Juridical Sciences, Kolkata, India. Assistant Professor, Law School, Indian Institute of Technology, Kharagpur, India.
Email: shuvro@rgsoipl.iitkgp.ac.in

*** PhD in Law at University of Delhi. Professor at Vivekananda Institute of Professional Studies, New Delhi, India.
E-mail: prakash.sharma@vips.edu

Resumo

O ensino e a pesquisa do direito internacional na Índia são afetados de uma maneira que, em muitos aspectos, é diferente da do mundo desenvolvido. Existem diferenças marcantes em atitude, foco, abordagem, interpretação e recursos. O ensino do direito internacional na Índia tem sido predominantemente eurocêntrico, com currículo dominado por narrativas ocidentais e pesquisa que é amplamente destacada do conteúdo relevante. Para uma grande parte da educação jurídica indiana, houve uma sensação de falta de identificação, particularmente na abordagem de questões jurídicas locais. Isso tem impactado os alunos, a disciplina e a pedagogia jurídica. Além disso, devido à complexidade da sociedade indiana engendrada por suas próprias contradições internas, encontram-se disparidades interessantes de substância e metodologia adotadas para a dispersão do conhecimento. Este artigo discute os métodos de ensino e pesquisa do direito internacional na Índia com uma nota de fundo que fornece o contexto no qual a abordagem será centrada. Isso será seguido por uma tentativa de justificar a necessidade de ensino e pesquisa de direito internacional na Índia. O documento conclui com uma sugestão de que, em vista das severas limitações sociais e econômicas, assuntos de direito internacional devem realmente receber alta prioridade.

Palavras-chave: Colonialismo, Eurocentrismo, Globalização, Imperialismo, TWAIL

1 Introduction

There are two perspectives *apropos* the state of international law in India, one, that suggest that not much has changed over the years,¹ against the other which suggest that significant advancement to its understanding has been made.² In recent years, there are emergence of

¹ DHOKALIA, R. P. The Teaching of International Law and International Institutions in the Indian Universities. *Journal of Indian Law Institute*, v. 13, n. 3, p. 305-325, 1971. See also LAUTERPACHT, Elihu. International Law in India: some notes on teaching and research. *International Studies*, v. 3, n. 3, p. 318, 1961.

² CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 368-387, 2001; SINHA, Manoj Kumar. *Implementation of Basic Human Rights*. New Delhi: Manak Publications Pvt. Ltd, 1999; SINGH, Prabhakar. *Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist*. *Leiden*

institutions maintaining exclusive claim over international law courses. These claims have some authenticity, particularly when the world community is undergoing fundamental, political, social, economic and technological changes. In this manner, law making indeed demands plurality of processes, arenas and actors representing different ethnic-cultural and ideological systems, and congeries of different legal relationships.

At the same time, since legal studies can never be insular, and requires informed global perspectives, supported with critical legal thinking of contemporary issues. The question is how much of plurality is appreciated or acknowledged, especially when international institutions are “dominated *by* and located *in* the global North.”³ Further, the manner in which international law is “constructed or reconstructed”, appear “predominantly to protect, project and promote the interest of the West.”⁴ Also, the framers have been successful in establishing narratives, standards, and expectations—against the legitimate interest of the global South.⁵

Such domination by narratives and accounts, does also support use of positivist methodology in both teaching and research of international law in global South. This continuing use of positivist western text books to teach international law or use of positivist methodology to research appears incomprehensible, at least on two counts. *First*, it prevents “excursions into the

Journal of International Law, v. 23, n. 1, p. 79-103, 2010; SEN, Rohini. International Law in Indian Law Schools—What Remains Invisible. *RGNUL Student Research Review Blog*, 2020. Available at: rsrr.in/2020/12/24/international-law-in-indian-law-schools/. Access on: 02 June 2022.

³ ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; See also IKEJIYAKU, Brian-Vincent. International Law is Western Made Global Law: The Perception of Third-World Category. *African Journal of Legal Studies*, v. 6, p. 337-356, 2013; ANGHIE, Anthony; CHIMNI, B. S.; MICKELSON, Karin; OKAFOR, Obiora. (ed.). *The Third World and International Order: law, politics and globalisation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

⁴ CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 499-515, 2007. See also SINGH, Prabhakar. International Law as Intimate Enemy. *Oregon Review of International Law*, v. 14, n. 2, p. 377-429, 2012.

⁵ See ANAND, R. P. *International Law and Developing Countries: confrontation or cooperation*. Dordrech: Kluwer, 1987; RAJAGOPAL, B. *International Law from Below: development, social movements and third world resistance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003; and CHIMNI, B. S. International Institutions Today: an imperial global state in the making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 1-37, 2004.

world of deep structures”, confines domain to merely “addressing the normative phenomena”, and pervades a belief that any concern with the “world beyond rules” is reckoned spurious.⁶ And *secondly*, while positivism assumes that rules of law can be “objectively identified and interpreted”, yet the practice of North remains “diverged from the ideal of the rule of law”, and generates “avoidable cynicism and pessimism.”⁷ As a consequence, the study of international law is undermined, and a pool of international lawyers is prepared with a “high degree of detachment, disinterest, and cognitive dissonance from the content.”⁸

In this perspective, the present paper examines teaching and research of international law in India. Currently, the subject of international law is taught at undergraduate and post graduate level in nearly 1,721 law schools and universities across the country.⁹ Having said this, in undergraduate level the range of the syllabus covered is quite wide, and at post-graduate level the range is somewhat narrowed down. Interestingly, at both level study of international law is not covered in depth. It also acknowledges the suggestions made for internationalization of legal education,¹⁰ designing of multi-

-disciplinary courses,¹¹ and adoption of unique methods of pedagogy.¹² This in turn brings newer threats to the teaching and research of international law in India, which is making ardent efforts to make legal education distinctive, globalized and inclusive.

2 The partisan narrative of international law

The journey of development of international law saw no such existence of global North-South divide, and nation-States were more or less at similar position. In this sense history testifies co-existence of the States (of course with varying degree of autonomy). However, the approach changed significantly, particularly during the colonial period, which saw dominating western States base international law to legitimize or justify acts of exploitation and subjugation.¹³ In this process, what was conceived as a universal, it became Eurocentric, having religious inspiration (or aspiration) “as the basis for civilization, capitalism as innate in humans, and imperialism as a necessity.”¹⁴ The colonial period justified practices of slavery, exploitation, plunder, *etc.*, and completely ignored the autonomy of the colonized States.

The experience of colonial rule encouraged West to develop a stealthy, complex and cumulative process of principles and norms. As a result, some of the principles or norms established were superimposed upon colonized States. There are also efforts to re-write origin of international law and accordingly center it around the notion of sovereignty to “justify, manage and legitimize colonialism.”¹⁵ For instance, trade negotiations often reveal apparent reflections of colonial racism and post-colonial paternalism, wherein the North conni-

⁶ CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 371, 2001.

⁷ CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 372, 2001.

⁸ SEN, Rohini. International Law in Indian Law Schools—What Remains Invisible. *RGNUL Student Research Review Blog*, 2020. Available at: rsrr.in/2020/12/24/international-law-in-indian-law-schools/. Access on: 02 June 2022.

⁹ See Bar & Bench. 1,721 law schools in India; more than twice as many private law colleges than government law colleges: Law Minister. 2022. Available at: <https://www.barandbench.com/news/lawschools/1721-law-schools-in-india-more-than-twice-as-many-private-law-colleges-than-govt-law-colleges-law-minister>. Access on: 02 June 2022. The Bar Council of India recognize International Law as a mandatory subject. See Bar Council of India, Part-IV: Rules of Legal Education. Available at: <http://www.barcouncilofindia.org/wp-content/uploads/2010/05/BCIRulesPartIV.pdf>. Access on: 15 June 2022. Rules on standards of legal education and recognition of degrees in law for the purpose of enrolment as advocate and inspection of Universities for recognizing its degree in law are prepared under Sections 7(1)(h) and (i), 24(1)(c)(iii), and (iiiia), 49(1)(af),(ag),and (d) of the Advocates Act, 1961 made by the Bar Council of India in consultation with Universities and State Bar Councils

¹⁰ PANDEY, Abhishek Kumar. The Transnational Legal Practitioner: a case for connecting legal research instruction with current legal research practices. In: SIVAKUMAR, S; SHARMA, Prakash; PANDEY, Abhishek Kumar (ed.). *Clinical and Continuing Legal Education: a roadmap for India*. Gurgaon: Commonwealth Legal Education As-

sociation and Thomson Reuters, 2021. p. 200-213.

¹¹ CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 380, 2001.

¹² CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 368-387, 2001.

¹³ CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, v. 8, p. 3-27, 2006.

¹⁴ BEDJAQUI, Mohamed. Poverty of the International Order. In: FALK, Richard A. *et al.* (ed.). *International Law: a contemporary perspective*. Boulder: Westview Press, 1985. p. 153

¹⁵ MUTUA, Makau W. What Is TWAIL? *ASIL Proceedings*, v. 94, p. 33, 2000. Available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/236359788.pdf>. Access on: 18 June 2022.

ve negotiations around benevolence and empathy, yet offer unfavourable terms, and an opportunity to project South as obstreperous and unwilling.

The processes of adaptation of the international normative system in the public order appear partisan. Although, theatrically all sovereigns are equal yet in practice, there exist unfair power-sharing struggle. This is reflected well with the establishment of five world powers as permanent members of United Nations Security Council. With the rules of so-called global order, this partisan infrastructure highlights the post-colonial subjugation of the South that allows inferior sovereigns to “cross-fertilization, or cultivating and contributing to modern international law.”¹⁶ Further, when International of Law Commission (ILC) or for that matter International Court of Justice (ICJ) were established, there were expectations in respect of reshaping, reformulation and interpretation of international law in an order to meet new conditions. Here, a narrative was given to the world that with the creation of an imaginative initiative to bring about an authentic juridical order, the global community will develop a positive network to advance the quest for a more just global order. In this process, the global institutions, in particular to those occupying “unified global economic space” like the World Bank, the World Trade Organization (WTO), and the International Monetary Fund (IMF), have dubiously impacted equitable participation, social justice, and accountability.¹⁷ The result is quite opposite and few allege that with the politicization of elections to these bodies, and with their composition comprising mostly foreign ministry legal advisers rather than politically more independent legal luminaries, how universal standards of just world could be arrived at.¹⁸

The application of international law via the policies and actions of international financial institutions to dominate economic relations with least developed States (LDS) is transparent too. How successful or ignoble

this narrative is a matter of serious debate. Philip McMichael argued that international trade is not grounded upon “comparative advantage”, rather “comparative access to subsidies.”¹⁹ For instance, over the years, the WTO and other international economic institutions have developed a mechanism/scheme that not just control but also manipulates schemes arising from emerging sectors in global South. As a consequence, the richer nations continue to negotiate exemptions and pursue indefinite subsidisation or exclusion of horizontal non-specific subsidies. This not only explains the dominance but also explains West’s ability to both push and promote favourable conditions to facilitate inequitable economic growth. Recently, a study reveals that a significantly greater bulk of research, especially on economic development, does not “involve researchers based in the global South.”²⁰ There are multiple reasons including limited access to research funding, research skills, English proficiency, travel grants, migration of qualified researchers, *etc.*²¹ This alone however, cannot be an excuse to adequate representation, particularly when such researches have potential to affect future.

The impact could be foreseen in the manner in which international institutions have acquired significant control over the social, economic, and political scheme of things. B.S. Chimni examines this phenomenon in details and argues that there exist “a nascent global state whose function is to realise the interests of transnational capital and powerful states,”²² at the expense of

¹⁶ SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 80, 2010.

¹⁷ CHIMNI, B. S. A Just World Under Law: A View from the South. *American University International Law Review*, v. 22, n. 2, p. 200-01, 2007. See also, SINHA, Manoj Kumar (ed.). *Business and human rights*. New Delhi: SAGE Publications India Pvt. Ltd., 2013.

¹⁸ MCWHINNEY, Edward. *United Nations Law Making—Cultural and Ideological Relativism and International Law Making for an Era of Transition*. Paris: United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, 1984.

¹⁹ MCMICHAEL, Philip. Global food politics. *Monthly Review*, v. 50, n. 3, p. 97-111, 1998.

²⁰ See AMARANTE, Veronica *et al.* Underrepresentation of Developing Country Researchers in Development Research. *Applied Economics Letters*, v. 28, 2021. Available at: <https://ddrn.dk/wp-content/uploads/2021/11/Underrepresentation-of-developing-country-researchers-in-development-research.pdf>. Access on: 20 June 2022. The study reveals that “research on economic issues in developing countries is almost exclusively led by researchers who live not in these countries but mainly in the US and Europe.” Previously, there was another research finding on similar issue, see CUMMINGS, Sarah; HOENINK, Paul. Representation of Academics from Developing Countries as Authors and Editorial Board Members in Scientific Journals: DOES THIS MATTER TO THE FIELD OF DEVELOPMENT STUDIES? *The European Journal of Development Research*, v. 29, p. 369-383, 2017.

²¹ It is worthy to acknowledge the importance or advantage of the first-hand knowledge, see AMARANTE, Veronica *et al.* Underrepresentation of Developing Country Researchers in Development Research. *Applied Economics Letters*, v. 28, 2021. Available at: <https://ddrn.dk/wp-content/uploads/2021/11/Underrepresentation-of-developing-country-researchers-in-development-research.pdf>. Access on: 20 June 2022.

²² CHIMNI, B. S. International Institutions Today: An Imperial

global South—who loses autonomy. This has been only been possible because of the decisive State intervention without which “globalization could not have taken place.”²³ The North takes control of both form and content of international instruments to initiate the process of “deregulation, liberalisation, and privatisation,” both at domestic as well as at international level to pave the “way for new business strategies with a global reach.”²⁴ For instance, following the Uruguay Round, one crucial area which has been left unfair to the interest of Developing and LDS has been the agriculture agreement.²⁵ With unfavorable trade terms, followed with power asymmetries, there is greater likeliness towards constructing asymmetric trade rules. Consequently, such inequitable measure results in the growing concentration of corporate power in local businesses—at the cost of global South’s interest.

Even with such apparent biases, the global South not only continues to participate but also emerge pioneer to the development of the modern international law. Reform rather than repudiation is the strategy adopted. It acknowledges the fact that contemporary international law, although imperial in spirit, does have the potential to correct.²⁶ In fact since 1947, India has somehow been successful in expanded its regional and global relations. Its Non-Aligned Movement (NAM) had significant support from the newly formed Asian, African and Latin-American sovereign States.²⁷ Through *Panchsheel* Agreement (or good-neighbor policy), India presented new principles of international law, which was quite different

from the then dominant western vocabulary.²⁸ Besides contributing to the development of global agencies, India has supported regional, diplomatic, economic and strategic platforms to establish spirit of friendship, trust and understanding.²⁹ Commenting on this Indian *avatar*, Prabhakar Singh writes:³⁰ Globalization has clearly taught India the tricks of economy-and security-related symbiotic strategy in a world that is threatened by terrorism and financial insecurity. India has, there is no doubt, turned out to be a fast learner.

This aspect is further strengthened from the outcome of the recently held 12th Ministerial Conference (MC12) of the WTO, wherein India not only played a crucial role in averting institutional crisis, but also ensured that WTO will live to see another day.³¹ Throughout the negotiations India maintained that it is fighting to protect livelihoods in developing nations.³² Such approach has presented a unique opportunity for global South to only seize the moment through collective strengths, advocacy, and favorable concessions, but also reject narrative of elitist.

Global State in the Making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 2-3, 2004.

²³ CARNOY, Martin; CASTELLS, Manuel. Globalisation, the knowledge society, and the network State: Poulantzas at the Millennium. *Global Networks*, v. 1, n. 1, p. 5, 2001.

²⁴ CARNOY, Martin; CASTELLS, Manuel. Globalisation, the knowledge society, and the network State: Poulantzas at the Millennium. *Global Networks*, v. 1, n. 1, p. 5, 2001.

²⁵ MARGULIS, Matias E. The Forgotten History of Food Security in Multilateral Trade Negotiations. *World Trade Review*, v. 16, n. 1, p. 25-57, 2016. See also, SINGH, J. P. *Sweet Talk: paternalism and collective action in North-South trade relations*. Stanford: Stanford University Press, 2017. The author argues that Developed nations strive to create the impression that their hearts and pockets bleed for the developing world. Yet, the global North continues to offer unfavorable trade terms to the global South.

²⁶ CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 369, 2001.

²⁷ SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 82, 2010.

²⁸ SINGH, Alakh Niranjani; SINGH Prabhakar. What Can International Law Learn from Indian Mythology, Hinduism and History? *Journal of East Asia and International Law*, v. 2, n. 1, p. 263, 2009. Prabhakar Singh argues that “The communist Chinese arrogance born of Security Council permanent membership, in the Sino-Indian war of 1962, however, killed the opportunity that the democratic India presented to the Third World in teaching how to alter the dominant vocabulary and offer resistance to the strong domination of language in modern international law.” See SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 83, 2010.

²⁹ These include: G4; G20; IORA (Indian Ocean Rim Association); South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC); BIMSTEC (Bay of Bengal Initiative for Multi-Sectoral Technical and Economic Cooperation); Mekong-Ganga Cooperation, Shanghai Cooperation Organisation (SCO); Financial Action Task Force (FATF); Quadrilateral Security Dialogue (QUAD). The group of BRIC countries (Brazil, Russia, India, and China); BBIN countries (Bangladesh, Bhutan, India and Nepal); BCIM countries (Bangladesh-China-India-Myanmar); IBSA (India-Brazil-South Africa).

³⁰ SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 83, 2010.

³¹ GHOSH, Saptaparno. Indian interests at the WTO Ministerial Conference. *The Hindu*, June, 2022. Available at: <https://www.thehindu.com/news/international/indian-interests-at-the-wto-ministerial-conference/article65526701.ece>. Access on: 21 June 2022.

³² RANJAN, Prabhash; SAWAL, Sunayana. The WTO Agreement on Fisheries is Flawed but Significant. *The Indian Express*, June 2022. Available at: <https://indianexpress.com/article/opinion/columns/the-wto-agreement-on-fisheries-is-flawed-but-significant-7985390/>. Access on: 21 June 2022.

Following these examples, one can fairly assume that global South is now maintaining two perspectives, *first*, wherein it accepts the past and thereafter make efforts towards establishing a new world order, and *secondly*, it avoids past and brings the idea of global law of welfare.³³ Here, both perspective demand 3R's i.e., recognition, redistribution and representation. Simply put, these 3R's anticipate that within the rules of new international law, the collective cause of nation-states could be fittingly served. This new narrative acknowledges efforts of all (an important prerequisite to make international law work), through stable domestic regimes. Under the new narrative the global South tries to plead its cause by referring to international law from a fresh perspective. It provokes global community to develop and identify *ways* and *means* to democratize knowledge production through equitable dissemination.

3 Treatment of international law and research in India

India possesses a rich history of eminently contributing to the cause of international law. In fact, alongside the framing of Indian Constitution, the world was witnessing the early years of the promising international body i.e., the United Nations, and the formulation of essential human rights document i.e., the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). These developments had hugely influenced the text of the Constitution, so much so that its provisions not only explain how "to interact with the emerging international order", but also to "the norms of international law."³⁴ Further, the Indian judiciary appears to be acquiescent to international law, withal its usage is to assist constitutional hiatus or constitutional void, but not to override the Constitution.³⁵

³³ CHIMNI, B. S. A Just World Under Law: A View from the South. *American University International Law Review*, v. 22, n. 2, p. 199-220, 2007.

³⁴ Constitution of India, 1950, Part III and IV.

³⁵ See *Vishaka v. State of Rajasthan*, (1997) 6 SCC 241; *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*, (1997) 3 SCC 433; *Apparel Export Promotion Council v. A.K. Chopra*, (1999) 1 SCC 759; *The Chairman, Railway Board v. Chandrima Das*, (2000) 2 SCC 465; *Kuldip Nayar v. Union of India*, (2006) 7 SCC 1; *Bhavesh Jayanti Lakhani v. State of Maharashtra*, (2009) 9 SCC 551. In certain cases, Indian Supreme Court has also "channeled international law through fundamental rights provisions, while determining the constitutionality of statutory provisions in light of India's international

Since the adoption of the Constitution, India acted dualist with regards to her engagements and establishment of her relationship between international law and municipal law. The position has significantly changed over the years, to an extent that in practice it even exhibits monist inclination.³⁶ It is interesting to note here that changes are witnessed in the North's approach too.³⁷ These developments are quite revealing and explain shift in global dominance. For instance, the process of globalization has hugely impacted historic hegemonic predominance by following 4Ds: deregulation, denationalization, disinvestment, and digitalization. Post-1991 liberalisation phase, India has managed to caught world's imagination following rapid economic transformation. This has significantly enhanced her bargaining capabilities and an skill to defend against established western powers. However, at the same time, it has provoked several contradictory responses too. Commenting on this change, Surya Deva observes:³⁸

Whether globalization is about removing borders or strengthening the existing ones is not clear; it has removed borders regarding trade but not regarding several other important issues such as access to life-saving drugs, labor movement, employment, and immigration. The question of whether globalization, which is celebrated and resisted at the same time both in the West and in the "Rest", is inevitable/irreversible, or is an example of Western imperialism in an era of neo-liberalism and therefore reversible is a moot problem.

There have been remarkable changes in the pattern of people's lifestyle, habits and culture, followed by bit-by-bit departure of the State from public services. The role of states in the process of globalization has become "complex and full of difficult choices."³⁹ There

commitments." See *P.N. Krishna Lal v. Govt of Kerala*, 1995 Supp (2) SCC 187; and *John Vallamattom v Union of India*, (2003) 6 SCC 611.

³⁶ CHANDRA, Aparna. India and International Law: formal dualism, functional monism. *Indian Journal of International Law*, v. 57, n. 1-2, p. 25-45, 2017.

³⁷ See KOSKENNIEMI, Martti. Fate of Public International Law: Between Techniques and Politics. *Modern Law Review*, v. 70, p. 1-30, 2007.

³⁸ DEVA, Surya. Human Rights Realization in an Era of Globalization: the indian experience. *Buffalo Human Rights Law Review*, v. 12, p. 93-94, 2006.

³⁹ DEVA, Surya. Human Rights Realization in an Era of Globalization: the indian experience. *Buffalo Human Rights Law Review*, v. 12, p. 15, 2006. Laureen Snider observes, "States will do as little as possible to enforce health and safety laws. They will pass them only when forced to do so by public crises or union agitation, strengthen them reluctantly, weaken them whenever possible, and enforce them in a manner calculated not to seriously impede profitability." See

are pertinent issues *vis-à-vis*. Has globalization only shifting the location of the hegemon and not the form? Will it result in welfare of all? Does it accommodate alternate voices? Responding to these issues demands better understanding of new economic world order. There are concerns of alienation, lack of global homogeneity, and wider economic disparity, which seriously test existing international arrangement/order. Therefore, the *au courant* assessment demand building of an arrangement/order that would be honestly comprehensive and indubitably ensue extensive conformality from nation-states to appropriately apprehend the ongoing and eventual challenges. This would demand capability to observe and understand the different perspectives of new international law. Such careful insight will not only be crucial but also helpful in developing methods to use State systems in responding to threats so posed.

Thus far, this understanding appears limited with enduring search for strategies. There are also concerns over the attitude of teachers who teach and research in international law. Today, the world has moved beyond the question of whether international law is true law? or whether international is a vanishing point of jurisprudence? The need of hour is not only to discuss strengths, but also the future of international law. While these are pressing concerns for States to address; the teaching of international law in India (predominantly) only reflects “narratives and accounts of the West.”⁴⁰ Resultantly, there appear higher scale of disunion, impassivity and perceivable variance against the subject. For learners the subject of international law appears to be what Rohini Sen argues as a “boutique subject”—outside the immediate domain of relevance—and limited to sheer “academic opportunities and scholarship.”⁴¹ In fact, a narrative is created wherein western ideas backed by “money, access to institutional resources, relationships to underlying patterns of hegemony, and influence” were given greater dominance in law profession.⁴²

SNIDER, Laureen. The Regulatory Dance: UNDERSTANDING REFORM PROCESSES IN CORPORATE CRIME. *International Journal of Sociology of Law*, v. 19, p. 220, 1991.

⁴⁰ CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 369, 2001.

⁴¹ SEN, Rohini. International Law in Indian Law Schools—What Remains Invisible. *RGNUL Student Research Review Blog*, 2020. Available at: rsrr.in/2020/12/24/international-law-in-indian-law-schools/. Access on: 02 June 2022.

⁴² KENNEDY, David. What is New Thinking in International Law. *Proceedings of the American Society of International Law*, v. 121, 2000.

In sum, the shortcoming of international law teaching and learning in India is *in built*, and reflects absence of thorough engagement, appropriate construction, and advanced understanding *vis-a-vis* the content in the law schools.⁴³ For significant past, Indian scholars have often ignored the subaltern and tribal struggle.⁴⁴ Nevertheless, in recent years, there has been novel resistance coming, which rejects elite’s modernity with non-elite realities of India. Professor Chimni argues “why I should look up to someone who has nothing to say to the situation of my people.”⁴⁵ Following subaltern and tribal defiance against the existing international model of governance (which is largely affected by globalization and post-globalization effects), India of lately has been successful in not just capturing historical guilt but also in developing a scholarship to address epistemic injustices. It allows law scholars to explore the uncharted or imprecise sources in international law. This has in turn resulted in development of Indian version of the Third World approaches to international law (TWAIL).

4 Understanding TWAIL in India

TWAIL was conceived out of the factual empiricism of the prevailing state of affairs. While it tries to offer perceivable alternate dialogues, it also exhibits a critical approach to international law. It goes beyond Eurocentrism, traces heterogeneity in the study of international law, and exposes how international law was conceived to advance colonial methods. Of course, in modern times, the colonial methods are replaced with asymmetric imperialist dominance.⁴⁶ It is through this neo-colonial form, the imperialistic ideals are expanded,⁴⁷ which ulti-

⁴³ SEN, Rohini. International Law in Indian Law Schools—What Remains Invisible. *RGNUL Student Research Review Blog*, 2020. Available at: rsrr.in/2020/12/24/international-law-in-indian-law-schools/. Access on: 02 June 2022.

⁴⁴ SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 103, 2010.

⁴⁵ CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 376, 2001.

⁴⁶ SHAHABUDDIN, Mohammad. Introduction or a Preclude to Stories of an Ambivalent Relationship. In: SHAHABUDDIN, Mohammad (ed.). *Bangladesh and International Law*. New York: Routledge, 2021.

⁴⁷ CHIMNI, B. S. International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 7-9, 2004.

mately relocates economic sovereignty of Third World in international institutions. The current pool of international institutions not only dubiously defend but also aid in establishing “an emerging global state backed by the armed might of the advanced capitalist states.”⁴⁸

According to B.S. Chimni, TWAIL encounters two-fold challenges wherein it, *first*, probes nuances of “new imperial, social, and political formation” as well as “the ways in which it is shaping international laws and institutions”; and *secondly*, unravels “preferred normative futures” to foretell a scheme for restructuring “the global capitalism, international laws, and institutions” *apropos* universal welfare.⁴⁹ Hereof, TWAIL represents a belief, inveigled by critical legal discourse on public international law; portraying an approach to transform international law into law *of* emancipation. It argues a case for “shaping and reshaping” of “international law as international legal norms that offer a life of dignity for the poor, deprived, oppressed and subjugated.”⁵⁰ That being said, does it mean TWAIL is a recent phenomenon? Makau Mutua argues it is not and “stretches back to the decolonization movement that swept the globe after World War-II.”⁵¹ He observes that the third world approach movement draws inspiration from the Asian and Latin American opposition to their domination by industrialized West and is both reactive and proactive.⁵²

Does TWAIL gives up on international law? The answer is negative; and within its broad dialectic a case is built to argue existing scheme rather opposing it altogether. In fact, historical traces are in abundance which suggest how global South continued its support to the

disciple with conceivable innovative ways that somehow held its relevance to make it work for marginalized sections of global society.⁵³ This in fact leads to the asseverated demand of rules-based principles with outright rejection to imperialism. For instance, the movement of decolonization,⁵⁴ non-alignment,⁵⁵ self-determination,⁵⁶ domestication of international criminal law,⁵⁷ new international economic order,⁵⁸ sovereignty over natural resources,⁵⁹ *etc.* compelled global North to alter the then prevalent legal arrangements and conform to the struggles of subaltern groups, peoples and nations.⁶⁰ It urges West to reread past by discarding arrogant elitist narrative.

This leads to another question: Is there any difference in attitude amongst TWAIL scholars? Here, B.S. Chimni classifies TWAIL movement in Indi into “TWAIL-I and TWAIL-II.”⁶¹ In another paper, along with Anthony Anghie, Prof. Chimni explains the difference in attitude. They argued that the TWAIL-I scholars “critiqued the genealogy of international law and its Eurocentric assumptions”, whereas TWAIL-II scholars followed a “framework critical of the deference paid by the TWAIL-I generation to the newly independent post-colonial state and its right to non-intervention.”⁶²

⁴⁸ CHIMNI, B. S. Capitalism, Imperialism, and International Law in the Twenty-First Century. *Oregon Review of International Law*, v. 14, n. 1, p. 18, 2012.

⁴⁹ CHIMNI, B. S. Capitalism, Imperialism, and International Law in the Twenty-First Century. *Oregon Review of International Law*, v. 14, n. 1, p. 20, 2012.

⁵⁰ CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 499-515, 2007. See also IKEJIAKU, Brian-Vincent. International Law is Western Made Global Law: the perception of third-world category. *African Journal of Legal Studies*, v. 6, p. 339, 2013.

⁵¹ MUTUA, Makau W. What Is TWAIL? *ASIL Proceedings*, v. 94, p. 33, 2000. Available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/236359788.pdf>. Access on: 18 June 2022.

⁵² Makau Mutua observes that it is reactive in the sense that “it responds to international law as an imperial project”, and is proactive because “it seeks the internal transformation of conditions in the Third World.” See MUTUA, Makau W. What Is TWAIL? *ASIL Proceedings*, v. 94, p. 33, 2000. Available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/236359788.pdf>. Access on: 18 June 2022.

⁵³ CHIMNI, B. S. A Just World Under Law: A View from the South. *American University International Law Review*, v. 22, n. 2, p. 211, 2007.

⁵⁴ DESIERTO, Diane A. Postcolonial International Law Discourses on Regional Developments in South and Southeast Asia. *International Journal of Legal Information*, v. 36, n. 3, p. 387-431, 2008.

⁵⁵ HARSHE, Rajen. India’s Non-Alignment: an attempt at conceptual reconstruction. *Economic and Political Weekly*, v. 25, p. 399-405, Feb. 1990.

⁵⁶ NANDA, Ved P. Self-Determination Outside the Colonial Context: the birth of Bangladesh in retrospect. *Houston Journal of International Law*, v. 1, n. 2, p. 71-93, 1979.

⁵⁷ RAJAN, Sanoj. Domestication of International Criminal Law: international crimes Tribunal of Bangladesh. A Case Study. *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, v. 12, p. 132-155, 2014.

⁵⁸ BEDJAOU, Mohammed. *Towards a New International Economic Order*. Londres: London, Holmes & Meier, 1979.

⁵⁹ SRIVASTAVA, Nidhi. State, Courts and Energy Resources in India: revisiting permanent sovereignty over natural resources. *Indian Journal of International Law*, v. 59, n. 2, p. 209-228, 2021.

⁶⁰ CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 503, 2007.

⁶¹ CHIMNI, B. S. Towards a radical third world approach to international law. *International Center for Comparative Law & Politics Review*, v. 5, n. 2, p. 23, 2002. Prabhakar Singh brings another set of scholars i.e., TWAIL-III, see SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 99-101, 2010.

⁶² ANGHIE, Antony; CHIMNI, B. S. Third world approaches to

Reflecting upon the contribution of TWAIL-I scholar, particularly of Professor R.P. Anand's, Prabhakar Singh argues that certain western doctrines are in a way "reproduction of archived Indian knowledge."⁶³ He writes:⁶⁴

Such a discovery was important not only for a cultural resurrection of the Indian self-image but also for the rest of the Third World, from which the North has learnt and reproduced so much, primarily due to a colonial conjugation of cultures. Colonization educated the colonizer as much as it harmed the colonized

Similarly, TWAIL-II while critiquing structural bias in international law argued for its reform. This aspect went missing in the work of TWAIL-I scholars.⁶⁵ In this perspective, TWAIL-II scholars made a case for a meaningful "lived experiences of ordinary people of the third world"⁶⁶ that can survive the "dire confrontations of the politics of knowledge creation."⁶⁷ As a result, they brought inter-disciplinary approach to complete missing element in the teaching and research of new international law. This, in fact, has brought international law closer to India.

5 Teaching Critical International Law

Since TWAIL, reshapes the "process and application of international law", it not only brings a "criti-

international law and individual responsibility in internal conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 79, 2003.

⁶³ SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 86, 2010. While recollecting Professor R.P. Anand's work, the author explains how Grotian international law was in fact retrieved from the Dutch archives on the ancient Indian treatise.

⁶⁴ SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 86, 2010.

⁶⁵ Prof. Chimni writes "The failure of the first generation of third world scholars to capture the intimate relationship between colonialism and international law also meant...the omission to critique the post-colonial state as it was only imagined as an agent of emancipation", see CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 502, 2007.

⁶⁶ CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 500, 2007.

⁶⁷ SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 87, 2010.

cal approach that gives meaning to international law" but also tries to "transforms it into international law of emancipation."⁶⁸ TWAIL has therefore ignited need for studying progressive critical approach towards international law, invoked by "a particular political geography, a set of affiliations and personalities, dispositions of the times, and outlooks."⁶⁹ Here, B.S. Chimni suggests "the geographical location of an author has an important influence on how different theories of international law and world order are received and evaluated."⁷⁰ It also reveals informed proclivity, predilection, perspicacity, together with perceptibility "in the process of knowledge production."⁷¹ In this perspective, adopting critical perspectives in the classrooms in fact, offers a unique opportunity for teachers to engage with students on various dimensions connected with international law.

The study of critical international law gives students an opportunity to interrogate Eurocentric character of international law. Antony Anghie suggests "in order to address Eurocentrism we need to focus on local history and its relationship to international law when teaching in a particular country."⁷² Similarly, the potential for research is immense. With West neglecting issues of the global South,⁷³ critical scholarship could be developed

⁶⁸ IKEJIAKU, Brian-Vincent. International Law is Western Made Global Law: The Perception of Third-World Category. *African Journal of Legal Studies*, v. 6, p. 339, 2013.

⁶⁹ CHIMNI, B. S. *International Law and World Order: a critique of contemporary approaches*. Delhi: Cambridge University Press, 2017. p. xi.

⁷⁰ CHIMNI, B. S. *International Law and World Order: a critique of contemporary approaches*. Delhi: Cambridge University Press, 2017. p. xi.

⁷¹ BURRA, Srinivas. Teaching Critical International Law: reflections from the periphery. *TWAILR*, Mar. 2021. Available at: <https://twailr.com/teaching-critical-international-law-reflections-from-the-periphery/#easy-footnote-bottom-24-3588>. Access on: 23 June 2022.

⁷² ANGHIE, Antony. Critical Pedagogy Symposium: critical thinking and teaching as common sense—random reflections. *OpinioJuris*, Aug. 2020. Available at: <http://opiniojuris.org/2020/08/31/critical-pedagogy-symposium-critical-thinking-and-teaching-as-common-sense-random-reflections/>. Access on: 23 June 2022.

⁷³ Interestingly, because of economic success, there has been efforts made on behalf of western institutions and scholars to study developments interested in Asia. See ANGHIE, Antony. Critical Pedagogy Symposium: critical thinking and teaching as common sense—random reflections. *OpinioJuris*, Aug. 2020. Available at: <http://opiniojuris.org/2020/08/31/critical-pedagogy-symposium-critical-thinking-and-teaching-as-common-sense-random-reflections/>. Access on: 23 June 2022. The call for research to trace historical developments were not new and was already argued earlier, see ALEXANDER, C. H. International Law in India. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 1, n. 3, p. 289, 1952.

that establishes linkages between global South-North concerns like, Palestine, *dalits*, blacks, feminism, access to food, *etc.* Srinivas Burra argues that “drawing these links would make critical scholarship truly attentive to the realities and struggles of the Third World and, therefore, a more organic presence in the Third World classroom.”⁷⁴

With such array of opportunities, there exist a paradoxical situation, wherein the international law does effectually frame all prospects for global community, yet contribution to such changes scarcely comes from the global South. The fact that global South produces fewer international lawyers, who have the expertise to deal with complex international agreements and regimes, perhaps reflects upon the future direction of the international legal order too.⁷⁵ Of course, the blame lies upon West that continues to disregard or even acknowledge Third World lawyers; *per contra*, a part of the blame rest upon the global South too, in the sense that the *praxis* of teaching of international law has still not gained significant foothold in Asian countries. This aspect was highlighted by the Teaching and Researching International Law in Asia (TRILA) Report,⁷⁶ which reveals that “teachers of international law in Asia have great difficulty in getting their students interested in the subject.”⁷⁷ Antony Anghie observes that “a country only becomes capable of engaging effectively with international law when it develops a bar with real depth in the subject.”⁷⁸

⁷⁴ BURRA, Srinivas. Teaching Critical International Law: reflections from the periphery. *TWAILR*, Mar. 2021. Available at: <https://twailr.com/teaching-critical-international-law-reflections-from-the-periphery/#easy-footnote-bottom-24-3588>. Access on: 23 June 2022.

⁷⁵ LANGE, Felix. Hard Times for Voices from the Global South: decolonization and the validity of existing treaties. *Voelkerrechtsblog*. Available at: <https://voelkerrechtsblog.org/de/hard-times-for-voices-from-the-global-south/>, access on: 23 June 2022.

⁷⁶ TEACHING and Researching International Law in Asia (TRILA) Project: 2020 Report. Singapore: NUS Centre for International Law. Available at: <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2020/06/TRILA-Project-Report-Final-compressed-v2.pdf>, access on: 23 June 2022.

⁷⁷ TEACHING and Researching International Law in Asia (TRILA) Project: 2020 Report. Singapore: NUS Centre for International Law. Available at: <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2020/06/TRILA-Project-Report-Final-compressed-v2.pdf>, access on: 23 June 2022.

⁷⁸ ANGHIE, Antony. Critical Pedagogy Symposium: critical thinking and teaching as common sense—random reflections. *OpinioJuris*, Aug. 2020. Available at: <http://opiniojuris.org/2020/08/31/critical-pedagogy-symposium-critical-thinking-and-teaching-as-common-sense-random-reflections/>. Access on: 23 June 2022.

There are multiple reasons, including the manner in which syllabus of international law is created. Part of the issue owes to the over-reliance on both classical and modern Western textbooks that inexorably boast Eurocentric foresight. Further, the march of progressive development of Indian legal studies has been towards creating corporate lawyers.⁷⁹ Although there has been some success, yet inequality persists.⁸⁰ The neo-liberal model of education has created a pool of elitist lawyers whose focus is to partner the most remunerative growth in Indian corporate sector. In this process the concept of inclusiveness went missing and the emergence of Two India validated. This perhaps leads to the question: whether this divide will be cured? Upendra Baxi argues that we have failed to create social soldiers,⁸¹ who can bring or initiate law reforms, deliver legal aid and services to underprivileged and vulnerable sections of society, and launch critique of unconstitutional governance policies.⁸² Unfortunately, with the rise of premier institutions there exists serious issues of manifest injustice which the contemporary international lawyers fail to address similar to the colonial international lawyers.⁸³ They do teach lofty ideals, yet manifest a culture of diversity deficit. The lack of diversity effectively translates into underrepresentation and exclusion from opportunities and use of resources. This explains the preferential character of the globalization that supports certain kinds of institutions, modes of business, information,

⁷⁹ WILKINS, David B.; KHANNA, Vikramaditya S.; TRUBEK, David M. An Introduction to Globalization, Lawyres, and Emerging Economies: the case of India. In: WILKINS, David B.; KHANNA, Vikramaditya S.; TRUBEK, David M. (ed.). *The Indian Legal Profession in the Age of Globalization*. New Delhi: Cambridge University Press, 2018. p. 3-35.

⁸⁰ BAXI, Upendra. Enculturing Law? Some Unphilosophic Remarks. In: JOHN, Mathew; KAKARALA, Sitharaman (ed.). *Enculturing Law: new agendas for legal pedagogy*. New Delhi: Tulika Books, 2007. p. 3.

⁸¹ BAXI, Upendra. Notes Towards a Socially Relevant Legal Education. *Journal of the Bar Council of India*, v. 5, n. 1-3, p. 1-33, 1976.

⁸² BAXI, Upendra. Enculturing Law? Some Unphilosophic Remarks. In: JOHN, Mathew; KAKARALA, Sitharaman (ed.). *Enculturing Law: new agendas for legal pedagogy*. New Delhi: Tulika Books, 2007. p. 16-17. See also SARKER, Shuvro Prosun. Empowering the Underprivileged: The Social Justice Mission for Clinical Legal Education in India. *International Journal of Clinical Legal Education*, v. 13, p. 321-339, 2013.

⁸³ BASHEER, Shamnad *et al.* The Making of Legal Elites and the IDIA of Justice. In: WILKINS, David B.; KHANNA, Vikramaditya S.; TRUBEK, David M. (ed.). *The Indian Legal Profession in the Age of Globalization*. New Delhi: Cambridge University Press, 2018. p. 578.

knowledge, and culture.⁸⁴ Commenting on this phenomenon, Antony Anghie observes:⁸⁵

Education, and in particular the neo-liberal model of education that is now so pervasive and dominant has become one of the means by which inequality—epistemological, representational, economic—is being accelerated and intensified.

Perhaps, for above-mentioned reasons the need for developing critical approaches becomes so essential and crucial. There is a belief that critical teaching might ignite or “further the struggle against inequality and injustice.”⁸⁶ Presently, the concept of critical legal education is nascent in India and we haven’t acknowledged its importance fully. There were piece-meal efforts made to sensitize legal education, however, progress remains scattered. Recently, Delhi High Court Judge, C. Hari Shankar reflected on this aspect, he observed:⁸⁷ Law, with all its legalese, is worth tinsel, if the underprivileged cannot get justice. At the end of the day, our preambular goal is not law, but justice with all its legalese, is worth tinsel, if the underprivileged cannot get justice.

6 Contemporary themes and imperatives: possibilities for future

The contemporary international law is divided with self-enclosed legal regimes. In a recent report by the Climate Change and Resilience Information Centre (CARE), it was found that despite promises made during 2009 Copenhagen Accord,⁸⁸ the global North has

not committed new and additional funds to help South in dealing with climate change.⁸⁹ The Report uncovers yet another classical case wherein North ignores promises,⁹⁰ which was reaffirmed in Paris Agreement.⁹¹ Now, because of lack of funds, the impact could be realized by world altogether with reports confirming dangers of climate change as imminent and irreversible.⁹² Besides, such indifferent attitude has affected the interest of global South in achieving specific Sustainable Development Goals (SDGs), particularly with various developmental works initiated on behalf of governments kept in jeopardy. This perhaps, explains their obscure position wherein the concern is demonstrated as global, yet accountability

Take another example, since the collapse of the Doha Round,⁹³ the global North has brought a narrative that the “WTO is no longer relevant”, and accordingly made every possible effort to keep it paralyzed.⁹⁴ This

gen-climate-change-conference-december-2009. Access on: 23 June 2022.

⁸⁹ HATTLE, Andrew; NORDO, John. That’s Not New Money: Assessing how much Public Climate Finance has been “new and additional” to Support for Development. *Parkstraat*. CARE, 2022. Available at: https://careclimatechange.org/wp-content/uploads/2022/06/Thats-Not-New-Money_FULL_16.6.22.pdf. Access on: 27 June 2022.

⁹⁰ SHARMA, Prakash. Climate Change, Technology Transfer and Access to Clean Energy: The Role of Intellectual Property Rights in the Transfer of Environmentally Sustainable Technologies. In: RAO, T. V. Subba; MALLAR, V.S.; ANUJA, S. Anuja (ed.). *Socio-Legal Dimensions of Climate Change*. Bengaluru: ENVIS Centre on Environmental Law and Policy, National Law School of India University, 2018. p. 51-71.

⁹¹ Art. 9, Paris Agreement.

⁹² The Working Group I contribution to the 6th Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC. *Climate Change 2021: the physical science basis*. 2021. Available at: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf, access on: 27 June 2022. See also RAO, R. Venkata; SHARMA, Prakash. Linking Climate Change and Sustainable Development Goals: India’s Responsive Efforts. *Indian Bar Review*, v. 48, n. 3-4, p. 17-27, 2021.

⁹³ WTO. *Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration WT/MIN(01)/DEC/1*. 20 November 2001. Available at: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm. Access on: 27 June 2022.

⁹⁴ There were continues efforts to submit proposals, however “United States responded with disinterest to the proposed amendments, although it provided little reasoning as to why the proposals were unacceptable or unworkable.” See UNITED STATES Continues to Block New Appellate Body Members for the World Trade Organization, Risking the Collapse of the Appellate Process. *American Journal of International Law*, v. 113, n. 4, p. 822-831, 2019. Commenting on use of unilateralism and protectionism, People’s Republic of China said, “It is therefore not surprising that someone attempts to use its might rather than WTO adjudications to change trade policies

⁸⁴ *Id.* at 580. See also BAGCHI, Amiya Kumar. Globalisation, liberation and Vulnerability: India and third world. *Economic and Political Weekly*, v. 34, p. 3219, 1999.

⁸⁵ ANGHIE, Antony. Critical Pedagogy Symposium: critical thinking and teaching as common sense—random reflections. *OpinioJuris*, Aug. 2020. Available at: <http://opiniojuris.org/2020/08/31/critical-pedagogy-symposium-critical-thinking-and-teaching-as-common-sense-random-reflections/>. Access on: 23 June 2022.

⁸⁶ ANGHIE, Antony. Critical Pedagogy Symposium: critical thinking and teaching as common sense—random reflections. *OpinioJuris*, Aug. 2020. Available at: <http://opiniojuris.org/2020/08/31/critical-pedagogy-symposium-critical-thinking-and-teaching-as-common-sense-random-reflections/>. Access on: 23 June 2022.

⁸⁷ *Samarpal v. Union of India*, 2022 LiveLaw (Del) 605. <https://www.livelaw.in/news-updates/delhi-high-court-sensitize-justice-for-underprivileged-jhuggi-dwellers- eviction-rehabilitation-article-21-202956>, access on: 23 June 2022.

⁸⁸ UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. *Conference, Copenhagen Climate Change Conference-December 2009*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/conferences/past-conferences/copenhagen-climate-change-conference-december-2009/copenha>

perhaps signifies that the *punctilio* of international trade has been consistently altered by power politics. Nonetheless, the establishment of Geneva-based WTO it was argued that it will secure a rules-based multilateral trade regime. Interestingly, while it served western interest for long, it was contravened to flounder the moment the rules of game changed when the emerging economies demand equitable share in the trade proceedings. For instance, since 2016 the United States had blocked the reappointment of WTO's Appellate Body members, and has rejected over a dozen proposals to launch selection processes that could fill the vacancies.⁹⁵ This strangulation of the Appellate Body is a reflection of unilateralism and protectionism that are on a sharp rise. It raises serious concerns on the future of multilateralism. Further, its impact on the interest of global South, appears to be regressive. Consequently, the scheme of governance through rules-based dispute settlement would probably be replaced by bilateral negotiations, which in a way, appears to be prejudicial to the interests of developing countries that have consistently been disadvantaged during bilateral negotiations and fared better in multilateral proceedings.⁹⁶

This was expected and if at all any scholar from Third world held otherwise, they must be in some delusion. With shift in power dynamics, West is bound to act discordantly. On the other hand, rather than supporting global cause and work towards unity, West fear formation of new center of power. To counter such power dynamics, global North has created a narrative of pre-determined expectations wherein the global South is expected to (a) help in the process of democratizing the global governance, and (b) usher in a more equitable and progressive global order to make global institutions work for all. From the outset such expectations appear to be too big to fill; particularly alongside the existing global institutions. Further there are questions raised

of other Members." See KANTH, D. Ravi. Explained: Why has the U.S. crippled the functioning of the WTO? *The Hindu*, Jan. 2020. Available at: <https://www.thehindu.com/business/Economy/why-has-the-us-crippled-the-functioning-of-the-wto/article30480585.ece>, access on: 28 June 2022.

⁹⁵ DAUGIRDAS, Kristina; MORTENSON, Julian Davis. Contemporary Practice of the United States. *American Journal of International Law*, v. 110, n. 2, p. 573-576, 2016.

⁹⁶ MOHAN, M. P. Ram; RAJ, Vishakha. Appellate Body Crisis at the World Trade Organization: view from India. *Journal of World Trade*, v. 55, n. 5, p. 829-852, 2021.

against the notion of "rise of rest",⁹⁷ by arguing whether it is the *rest* or a *handful few*?⁹⁸

Be that as it may, it is beyond dispute that diverse participation in global institutes helps in its greater acceptance. Sarvepalli Radhakrishnan opined the "need is to treat world as a unit"⁹⁹ Therefore, rather than focusing on fragmentation of international law, perceived as a "threat to its perceived virtues of unifying humankind to achieve order and justice", focus must be towards attaining unity, which is "based on solidarity that understands the alienation and pain of victims of fragmented international law."¹⁰⁰ Clearly, with much not improved and there are few tasks of transformation to perform. *First*, revisit history of international law;¹⁰¹ *secondly*, teach international lawyers the grammar of global justice;¹⁰² *thirdly*, replace violence with humanity;¹⁰³ and *fourthly*, replace diversity of unity with diversity of diversity.¹⁰⁴

7 Efforts from India

Till today no earnest effort is made to survey teaching and research of international law, which may give full and authentic account of their state in India. The available reports like TRILA are only Asia specific and didn't disclose much. In another recent survey conducted with Indian law school, 75.9% of the students who

⁹⁷ See ZAKARIA, Fareed. *The Post-American World*. New York: Norton, 2008. The term West vs Rest was coined earlier by Professor Surya Deva, see DEVA, Surya. Human Rights Realization in an Era of Globalization: the indian experience. *Buffalo Human Rights Law Review*, v. 12, p. 94, 2006.

⁹⁸ HOPEWELL, Kristen. Heroes of the Developing World? Emerging Powers in WTO Agriculture Negotiations and Dispute Settlement. *Journal of Peasant Studies*, v. 49, n. 3, p. 561-584, 2021.

⁹⁹ RADHAKRISHNAN, S. *Eastern Religions and Western Thought*. New Delhi: Oxford University Press, 1940.

¹⁰⁰ CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 509-510, 2007.

¹⁰¹ CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 512, 2007.

¹⁰² CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 513, 2007.

¹⁰³ CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 514, 2007.

¹⁰⁴ CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 515, 2007.

participated in the survey had not heard of critical international law (CIL).¹⁰⁵ Interestingly while responding to another question: *do you think CIL should be taught in Indian law schools?*, merely 50% students answer in affirmation. These are revealing responses and reflect upon the state of international law teaching in India.

For India, it is necessary to realise that international law is no longer a law which concerns itself with issues of war and diplomacy alone. In modern times, it aspires to control and regulate core aspects of economic and political life inside a sovereign State. B.S. Chimni observes that “imperialism did not die a natural death with the end of colonialism” and with talks “of re-colonisation”, international law could act as a “chosen instrument for the spatial extension of capital.”¹⁰⁶ This perhaps, call for reforms based on set agenda. The initial effort must bring interaction between international law scholars and government, and other with other fields. Thereafter, measures must be adopted to articulate international law in a manner which makes it accessible and relevant to the ordinary public.

Further, there is a felt need to reflect inward too. For significant period of time, India has been imparting knowledge of international law, yet it has not been able to have well recognized law-school based international law journals.¹⁰⁷ At the organization level, the *Indian Journal of International Law* (IJIL),¹⁰⁸ and the *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law* are significant additions.¹⁰⁹ Further, with the explosion of new

international law scholarship, Indian scholars are contributing in various international law journals and are recognized as members of the boards of international law journals as well. And with the arrival of online journals, the speed and opportunity of academic publications has also expanded.¹¹⁰ Be that as it may, international law education in India is still student driven with minimum faculty involvement. Thus far law schools have miserably failed in promoting high-quality and interdisciplinary international law scholarship. We were successful in terms of offering market-oriented education, however, lagged behind in imparting socially relevant education. There are successful law schools like, National Law School at Bangalore, Kolkata, and Hyderabad; Rajiv Gandhi School of Intellectual Property Law at Kharagpur; and certain private law schools like Jindal Global Law School at Sonapat, Vivekananda School of Law and Legal Studies at New Delhi, Symbiosis Law School at Pune, KIIT School of Law at Bhubaneswar, *etc.* who have developed excellent physical and intellectual infrastructures to become the laboratory for such experiments.

Another major concern is the quality of publication coming from Indian journals. Of course, there are significant Indian contributions to the reputed journals, including R.P. Anand,¹¹¹ Upendra Baxi,¹¹² B.S. Chimni,¹¹³

yearbook.htm.

¹⁰⁵ SHARMA, Prakash. Legal Research via Digital Access: Analysis and Implications for Scholarship in a Networked Age. In: NIRMAL, B.C.; SINGH, Rajnish Kumar; NIRMAL, Arti. (ed.). *Legal Research and Methodology: perspectives, process and practice*. New Delhi: Satyam Law International, 2019. p. 459-476.

¹¹¹ See ANAND, R. P. Role of the ‘New’ Asian–African Countries in the Present International Legal Order. *American Journal of International Law*, v. 56, n. 2, p. 383-406, 1962; and ANAND, R. P. Maritime Practice in South East Asia until 1600 AD and Modern Law of the Sea. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 30, n. 2, p. 440-454, 1981. Professor Anand’s major contribution is his pioneering work in the area of the law of the sea, see SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 86, 2010.

¹¹² See BAXI, Upendra. *Human Rights in a Post-human World: Critical Essays*. New Delhi: Oxford University Press, 2007; and BAXI, Upendra. *The Future of Human Rights*. New Delhi: Oxford University Press, 2008. See also SHARMA, Prakash; MITRA, Partha Pratim; SHARMA, Aaditya Vikram. Upendra Baxi and Legal Education: an open reflection of illustrious career. In: SIVAKUMAR, S; SHARMA, Prakash; PANDEY, Abhishek Kumar (ed.). *Clinical and Continuing Legal Education: a roadmap for India*. Gurgaon: Commonwealth Legal Education Association and Thomson Reuters, 2021. p. 417-456.

¹¹³ ALSTON, Philip. Remarks on Professor CHIMNI, B. S. A Just World Under Law: A View from the South. *American University International Law Review*, v. 22, n. 2, p. 221-236, 2007. Also, of all the

¹⁰⁵ SEN, Rohini. International Law in Indian Law Schools—What Remains Invisible. *RGNUL Student Research Review Blog*, 2020. Available at: rsrr.in/2020/12/24/international-law-in-indian-law-schools/. Access on: 02 June 2022.

¹⁰⁶ CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 374, 2001.

¹⁰⁷ There is no international law dedicated law school journal, however, few law schools have started international law quality journals. The West Bengal National University of Juridical Sciences (NUJS), in collaboration with the SAGE Publications has started the Scopus-Indexed *Asian Journal of Legal Education* (AJLE), information available at: <https://journals.sagepub.com/description/ale>. Similarly, the Jindal Global Law School has Scopus-Indexed journal *Jindal Global Law Review* (JGLR), information available at: <https://jgu.edu.in/jindal-global-law-review-becomes-scopus-indexed-journal/>.

¹⁰⁸ The quarterly journal of the Indian Journal of International Law (IJIL) has been published by the Indian Society of International Law (ISIL) since 1960. The contents of publications are available at: <https://www.isil-aca.org/contents.htm>.

¹⁰⁹ The Yearbook was introduced in 2001 and focus on the development of international humanitarian law (IHL) and refugee law. The contents of publication are available at: <https://www.isil-aca.org/>

and B. Rajagopal,¹¹⁴ etc., however, others are considered “well below the international interdisciplinary academic standards.”¹¹⁵ This perhaps explains the reason why international law community in India is still small. While the present focus is on reforms of modern international law,¹¹⁶ there is a vast potential that remains unexplored. For instance, there is limited literature is available on how emerging powers are affecting interests of the rest of global South.¹¹⁷ To conclude, we need to advance the global democratic project by “bringing collective imagination to bear on it”¹¹⁸ against the obstacle of uneven distribution of “resources for learning, teaching and cultural criticism which are most vital for the formation of democratic research communities which could produce a global view of globalization.”¹¹⁹

8 Conclusion

Currently, we live in a divided world, wherein powerful states continue to hijack opportunities and bring newer challenges to the world. In order to maintain their hegemony, manipulated international law is cons-

tructed to nurture inequality and domination. The manifest and latent international legal norms, doctrines, principles, policies and the structural relationships between powerful and less powerful countries, in a way, influence knowledge production and its dissemination at global level. Further, the continuing adherence to mainstream Eurocentric international law in Indian law schools will hugely impact students, the discipline, legal pedagogy and the law teachers. At the same time, there has been some piece-meal effort (through TWAIL, feminist critique, critical international law, etc.) to question the sole narrative of the international legal discipline; yet these counter narratives are rarely assembled or critically evaluated or reimaged within the contours of teaching and research of existing public international law discourse in India. A question therefore arises as to how such an approach be corrected? The answer is through: (I) more collaborations, (II) equal partnerships, and (III) increased representation from nation-states. Such an approach would accommodate needs and demands, create more inclusive environment, and let the avenue for change open to all. In this manner, there will be exhibit of plurality and richness of dialogues amongst nations. This will reject culture of exclusivity, which ultimately encourages nations to not emit West. In this direction, the role of teaching and research of international law becomes crucial, particularly in present testing times, wherein we have to realize it sooner than later that the more divided we are, the less we talk about what divides us. In this perspective, international law can be used to serve the cause of world. Such an approach, would perhaps encourage *esprit d’escalier* on the current global relationship.

References

Indian TWAIL-II scholars, Martti Koskenniemi mentions only B.S. Chimni, see KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

¹¹⁴ See RAJAGOPAL, B. *International Law from Below: development, social movements and third world resistance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

¹¹⁵ SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 101, 2010. See also PANDEY, Abhishek Kumar. UGC Regulation on Plagiarism: What Does it Mean for Indian Academia and Research? In NIRMAL, B.C.; SINGH, Rajnish Kumar; NIRMAL, Arti (eds.). *Legal Research and Methodology: Perspectives, Process and Practice*. New Delhi: Satyam Law International, 2019. p. 447-456.

¹¹⁶ Here Prabhakar Singh argues that the novel resistance to contemporary international law coming from India “ought to emerge from the subaltern periphery and tribal meta-periphery” and here the TWAIL from India must capture its historical guilt,” see SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 103, 2010.

¹¹⁷ The “existing scholarship on the impact of the rising powers” has overwhelmingly focused only on People’s Republic of China, “its manufacturing exports, demand for resources, or overseas investment and aid”, see BRÄUTIGAM, Deborah. *The Dragon’s Gift*. Oxford: Oxford University Press, 2009; CHIN, Gregory. The State of the Art: trends in the study of the BRICS and multilateral organizations. In: LESAGE, Dries; GRAAF, Thijs Van de (ed.). *Rising Powers and Multilateral Institutions*. London: Palgrave, 2015. p. 19-41.

¹¹⁸ CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 387, 2001.

¹¹⁹ APPADURAI, Arjun. Globalization and the Research Imagination. *International Social Science Journal*, v. 51, n. 160, p. 229, 1999.

ALEXANDER, C. H. International Law in India. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 1, n. 3, p. 289, 1952.

ALSTON, Philip. Remarks on Professor B.S. Chimni’s A Just World under Law: a view from the South. *American University International Law Review*, v. 22, n. 2, p. 221-236, 2007.

AMARANTE, Veronica *et al.* Underrepresentation of Developing Country Researchers in Development Research. *Applied Economics Letters*, v. 28, 2021. Available at:

- <https://ddrn.dk/wp-content/uploads/2021/11/Underrepresentation-of-developing-country-researchers-in-development-research.pdf>. Access on: 20 June 2022.
- ANAND, R. P. *International Law and Developing Countries: confrontation or cooperation*. Dordrech: Kluwer, 1987.
- ANAND, R. P. Maritime Practice in South East Asia until 1600 AD and Modern Law of the Sea. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 30, n. 2, p. 440-454, 1981.
- ANAND, R. P. Role of the 'New' Asian–African Countries in the Present International Legal Order. *American Journal of International Law*, v. 56, n. 2, p. 383-406, 1962.
- ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- ANGHIE, Anthony; CHIMNI, B. S.; MICKELSON, Karin; OKAFOR, Obiora. (ed.). *The Third World and International Order: law, politics and globalisation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- ANGHIE, Antony. Critical Pedagogy Symposium: critical thinking and teaching as common sense—random reflections. *OpinioJuris*, Aug. 2020. Available at: <http://opiniojuris.org/2020/08/31/critical-pedagogy-symposium-critical-thinking-and-teaching-as-common-sense-random-reflections/>. Access on: 23 June 2022.
- ANGHIE, Antony; CHIMNI, B. S. Third world approaches to international law and individual responsibility in internal conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 79, 2003.
- APPADURAI, Arjun. Globalization and the Research Imagination. *International Social Science Journal*, v. 51, n. 160, p. 229, 1999.
- BAGCHI, Amiya Kumar. Globalisation, liberation and Vulnerability: India and third world. *Economic and Political Weekly*, v. 34, p. 3219, 1999.
- BASHEER, Shamnad *et al.* The Making of Legal Elites and the IDIA of Justice. In: WILKINS, David B.; KHANNA, Vikramaditya S.; TRUBEK, David M. (ed.). *The Indian Legal Profession in the Age of Globalization*. New Delhi: Cambridge University Press, 2018.
- BAXI, Upendra. Enculturing Law? Some Unphilosophic Remarks. In: JOHN, Mathew; KAKARALA, Sitharaman (ed.). *Enculturing Law: new agendas for legal pedagogy*. New Delhi: Tulika Books, 2007.
- BAXI, Upendra. *Human Rights in a Post-human World: critical essays*. New Delhi: Oxford University Press, 2007.
- BAXI, Upendra. Notes Towards a Socially Relevant Legal Education. *Journal of the Bar Council of India*, v. 5, n. 1-3, p. 1-33, 1976.
- BAXI, Upendra. *The Future of Human Rights*. New Delhi: Oxford University Press, 2008.
- BEDJAOUI, Mohamed. Poverty of the International Order. In: FALK, Richard A. *et al.* (ed.). *International Law: a contemporary perspective*. Boulder: Westview Press, 1985.
- BEDJAOUI, Mohammed. *Towards a New International Economic Order*. Londres: London, Holmes & Meier, 1979.
- BRÄUTIGAM, Deborah. *The Dragon's Gift*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BURRA, Srinivas. Teaching Critical International Law: reflections from the periphery. *TWAILR*, Mar. 2021. Available at: <https://twailr.com/teaching-critical-international-law-reflections-from-the-periphery/#easy-footnote-bottom-24-3588>. Access on: 23 June 2022.
- CARNOY, Martin; CASTELLS, Manuel. Globalisation, the knowledge society, and the network State: Poulantzas at the Millennium. *Global Networks*, v. 1, n. 1, p. 5, 2001.
- CHANDRA, Aparna. India and International Law: formal dualism, functional monism. *Indian Journal of International Law*, v. 57, n. 1-2, p. 25-45, 2017.
- CHIMNI, B. S. A Just World Under Law: A View from the South. *American University International Law Review*, v. 22, n. 2, p. 199-220, 2007.
- CHIMNI, B. S. Capitalism, Imperialism, and International Law in the Twenty-First Century. *Oregon Review of International Law*, v. 14, n. 1, p. 18, 2012.
- CHIMNI, B. S. International Institutions Today: an imperial global state in the making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 2-3, 2004.
- CHIMNI, B. S. *International Law and World Order: a critique of contemporary approaches*. Delhi: Cambridge University Press, 2017.

- CHIMNI, B. S. Teaching, research and promotion of international law in India: past, present and future. *Singapore Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 368-387, 2001.
- CHIMNI, B. S. The Past, Present and Future of International Law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 8, p. 499-515, 2007.
- CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: a manifesto. *International Community Law Review*, v. 8, p. 3-27, 2006.
- CHIMNI, B. S. Towards a radical third world approach to international law. *International Center for Comparative Law & Politics Review*, v. 5, n. 2, p. 23, 2002.
- CHIN, Gregory. The State of the Art: trends in the study of the BRICS and multilateral organizations. In: LE-SAGE, Dries; GRAAF, Thijs Van de (ed.). *Rising Powers and Multilateral Institutions*. London: Palgrave, 2015.
- CUMMINGS, Sarah; HOENINK, Paul. Representation of Academics from Developing Countries as Authors and Editorial Board Members in Scientific Journals: DOES THIS MATTER TO THE FIELD OF DEVELOPMENT STUDIES? *The European Journal of Development Research*, v. 29, p. 369-383, 2017.
- DAUGIRDAS, Kristina; MORTENSON, Julian Davis. Contemporary Practice of the United States. *American Journal of International Law*, v. 110, n. 2, p. 573-576, 2016.
- DESIERTO, Diane A. Postcolonial International Law Discourses on Regional Developments in South and Southeast Asia. *International Journal of Legal Information*, v. 36, n. 3, p. 387-431, 2008.
- DEVA, Surya. Human Rights Realization in an Era of Globalization: the indian experience. *Buffalo Human Rights Law Review*, v. 12, p. 93-94, 2006.
- DHOKALIA, R. P. The Teaching of International Law and International Institutions in the Indian Universities. *Journal of Indian Law Institute*, v. 13, n. 3, p. 305-325, 1971.
- GHOSH, Saptarno. Indian interests at the WTO Ministerial Conference. *The Hindu*, June, 2022. Available at: <https://www.thehindu.com/news/international/indian-interests-at-the-wto-ministerial-conference/article65526701.ece>. Access on: 21 June 2022.
- HARSHE, Rajen. India's Non-Alignment: an attempt at conceptual reconstruction. *Economic and Political Weekly*, v. 25, p. 399-405, Feb. 1990.
- HATTLE, Andrew; NORDO, John. That's Not New Money: Assessing how much Public Climate Finance has been "new and additional" to Support for Development. *Parkstraat: CARE*, 2022. Available at: https://careclimatechange.org/wp-content/uploads/2022/06/Thats-Not-New-Money_FULL_16.6.22.pdf. Access on: 27 June 2022.
- HOPEWELL, Kristen. Heroes of the Developing World? Emerging Powers in WTO Agriculture Negotiations and Dispute Settlement. *Journal of Peasant Studies*, v. 49, n. 3, p. 561-584, 2021.
- IKEJIAKU, Brian-Vincent. International Law is Western Made Global Law: the perception of third-world category. *African Journal of Legal Studies*, v. 6, p. 337-356, 2013.
- IPCC. *Climate Change 2021: the physical science basis*. 2021. Available at: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf, access on: 27 June 2022.
- KANTH, D. Ravi. Explained: Why has the U.S. crippled the functioning of the WTO? *The Hindu*, Jan. 2020. Available at: <https://www.thehindu.com/business/Economy/why-has-the-us-crippled-the-functioning-of-the-wto/article30480585.ece>, access on: 28 June 2022.
- KENNEDY, David. What is New Thinking in International Law. *Proceedings of the American Society of International Law*, v. 121, 2000.
- KOSKENNIEMI, Martti. Fate of Public International Law: Between Techniques and Politics. *Modern Law Review*, v. 70, p. 1-30, 2007.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- LANGHE, Felix. Hard Times for Voices from the Global South: decolonization and the validity of existing treaties. *Voelkerrechtsblog*. Available at: <https://voelkerrechtsblog.org/de/hard-times-for-voices-from-the-global-south/>, access on: 23 June 2022.
- LAUTERPACHT, Elihu. International Law in India: some notes on teaching and research. *International Studies*, v. 3, n. 3, p. 318, 1961.
- MARGULIS, Matias E. The Forgotten History of Food Security in Multilateral Trade Negotiations. *World Trade Review*, v. 16, n. 1, p. 25-57, 2016.

- MCMICHAEL, Philip. Global food politics. *Monthly Review*, v. 50, n. 3, p. 97-111, 1998.
- MCWHINNEY, Edward. *United Nations Law Making—Cultural and Ideological Relativism and International Law Making for an Era of Transition*. Paris: United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, 1984.
- MOHAN, M. P. Ram; RAJ, Vishakha. Appellate Body Crisis at the World Trade Organization: view from India. *Journal of World Trade*, v. 55, n. 5, p. 829-852, 2021.
- MUTUA, Makau W. What Is TWAIL? *ASIL Proceedings*, v. 94, p. 33, 2000. Available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/236359788.pdf>. Access on: 18 June 2022.
- NANDA, Ved P. Self-Determination Outside the Colonial Context: the birth of Bangladesh in retrospect. *Houston Journal of International Law*, v. 1, n. 2, p. 71-93, 1979.
- PANDEY, Abhishek Kumar. The 'Transnational Legal Practitioner: a case for connecting legal research instruction with current legal research practices. In: SIVAKUMAR, S; SHARMA, Prakash; PANDEY, Abhishek Kumar (ed.). *Clinical and Continuing Legal Education: a roadmap for India*. Gurgaon: Commonwealth Legal Education Association and Thomson Reuters, 2021.
- PANDEY, Abhishek Kumar. UGC Regulation on Plagiarism: What Does it Mean for Indian Academia and Research? In: NIRMAL, B. C.; SINGH, Rajnish Kumar; NIRMAL, Arti (ed.). *Legal Research and Methodology: Perspectives, Process and Practice*. New Delhi: Satyam Law International, 2019.
- RADHAKRISHNAN, S. *Eastern Religions and Western Thought*. New Delhi: Oxford University Press, 1940.
- RAJAGOPAL, B. *International Law from Below: development, social movements and third world resistance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- RAJAN, Sanoj. Domestication of International Criminal Law: international crimes Tribunal of Bangladesh. A Case Study. *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, v. 12, p. 132-155, 2014.
- RANJAN, Prabhash; SAWAL, Sunayana. The WTO Agreement on Fisheries is Flawed but Significant. *The Indian Express*, June 2022. Available at: <https://indianexpress.com/article/opinion/columns/the-wto-agreement-on-fisheries-is-flawed-but-significant-7985390/>. Access on: 21 June 2022.
- RAO, R. Venkata; SHARMA, Prakash. Linking Climate Change and Sustainable Development Goals: India's Responsive Efforts. *Indian Bar Review*, v. 48, n. 3-4, p. 17-27, 2021.
- SARKER, Shuvro Prosun. Empowering the Underprivileged: The Social Justice Mission for Clinical Legal Education in India. *International Journal of Clinical Legal Education*, v. 13, p. 321-339, 2013.
- SEN, Rohini. International Law in Indian Law Schools—What Remains Invisible. *RGNUL Student Research Review Blog*, 2020. Available at: rsrr.in/2020/12/24/international-law-in-indian-law-schools/. Access on: 02 June 2022.
- SHAHABUDDIN, Mohammad. Introduction or a Preclude to Stories of an Ambivalent Relationship. In: SHAHABUDDIN, Mohammad (ed.). *Bangladesh and International Law*. New York: Routledge, 2021.
- SHARMA, Prakash. Climate Change, Technology Transfer and Access to Clean Energy: The Role of Intellectual Property Rights in the Transfer of Environmentally Sustainable Technologies. In: RAO, T. V. Subba; MALLAR, V.S.; ANUJA, S. Anuja (ed.). *Socio-Legal Dimensions of Climate Change*. Bengaluru: ENVIS Centre on Environmental Law and Policy, National Law School of India University, 2018.
- SHARMA, Prakash. Legal Research via Digital Access: Analysis and Implications for Scholarship in a Networked Age. In: NIRMAL, B.C.; SINGH, Rajnish Kumar; NIRMAL, Arti. (ed.). *Legal Research and Methodology: perspectives, process and practice*. New Delhi: Satyam Law International, 2019.
- SHARMA, Prakash; MITRA, Partha Pratim; SHARMA, Aaditya Vikram. Upendra Baxi and Legal Education: an open reflection of illustrious career. In: SIVAKUMAR, S; SHARMA, Prakash; PANDEY, Abhishek Kumar (ed.). *Clinical and Continuing Legal Education: a roadmap for India*. Gurgaon: Commonwealth Legal Education Association and Thomson Reuters, 2021.
- SINGH, Alakh Niranjani; SINGH Prabhakar. What Can International Law Learn from Indian Mythology, Hinduism and History? *Journal of East Asia and International Law*, v. 2, n. 1, p. 263, 2009.
- SINGH, J. P. *Sweet Talk: paternalism and collective action in North-South trade relations*. Stanford: Stanford University Press, 2017.

SINGH, Prabhakar. Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 79-103, 2010.

SINGH, Prabhakar. International Law as Intimate Enemy. *Oregon Review of International Law*, v. 14, n. 2, p. 377-429, 2012.

SINHA, Manoj Kumar (ed.). *Business and human rights*. New Delhi: SAGE Publications India Pvt. Ltd., 2013.

SINHA, Manoj Kumar. *Implementation of Basic Human Rights*. New Delhi: Manak Publications Pvt. Ltd, 1999.

SNIDER, Lauren. The Regulatory Dance: UNDERSTANDING REFORM PROCESSES IN CORPORATE CRIME. *International Journal of Sociology of Law*, v. 19, p. 220, 1991.

SRIVASTAVA, Nidhi. State, Courts and Energy Resources in India: revisiting permanent sovereignty over natural resources. *Indian Journal of International Law*, v. 59, n. 2, p. 209-228, 2021.

TEACHING and Researching International Law in Asia (TRILA) Project: 2020 Report. Singapore: NUS Centre for International Law. Available at: <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2020/06/TRILA-Project-Report-Final-compressed-v2.pdf>, access on: 23 June 2022.

UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. *Conference, Copenhagen Climate Change Conference-December 2009*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/conferences/past-conferences/copenhagen-climate-change-conference-december-2009/copenhagen-climate-change-conference-december-2009>. Access on: 23 June 2022.

UNITED States Continues to Block New Appellate Body Members for the World Trade Organization, Risking the Collapse of the Appellate Process. *American Journal of International Law*, v. 113, n. 4, p. 822-831, 2019.

WILKINS, David B.; KHANNA, Vikramaditya S.; TRUBEK, David M. An Introduction to Globalization, Lawyres, and Emerging Economies: the case of India. In: WILKINS, David B.; KHANNA, Vikramaditya S.; TRUBEK, David M. (ed.). *The Indian Legal Profession in the Age of Globalization*. New Delhi: Cambridge University Press, 2018.

ZAKARIA, Fareed. *The Post-American World*. New York: Norton, 2008.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Legal response to protection
of right to communicate e
appropriate adults during
process of arrest or detention**

**Resposta legal à proteção do
direito de se comunicar e adultos
apropriados durante o processo
de prisão ou detenção**

Bassim Jameel Almusawi

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Legal response to protection of right to communicate e appropriate adults during process of arrest or detention*

Resposta legal à proteção do direito de se comunicar e adultos apropriados durante o processo de prisão ou detenção

Bassim Jameel Almusawi**

Abstract

The present paper is undertaken to assess the progress that has been made regarding protection of basic legal rights during arrest or detention in English Law (England and Wales) & the European Convention on Human Rights. In so doing, it will, inter alia, deal in some depth with the right of a suspect to inform someone of his or her arrest or detention, and the right of a suspect who is a vulnerable or chilled to be accompanied by an appropriate adult during facing criminal proceedings. The paper evaluates the existing law and practice with regard to these two identified rights during arrest or detention in England & Wales and then evaluating these rights from the standpoint of European convention on human rights. The materials used in this study were relevant statutes such as legal articles, journals, international reports, case law, regulations, seminar papers, and electronic resources. The result showed that for the fulfillment of obligations under European Convention of Human Rights, such protection for these two identified rights is recognized & guaranteed under criminal justice system in England & Wales. Such recognition is often followed by specific provisions of laws or judicial decisions and level of proceedings is inviolable.

Keywords: criminal justice system; arrest; detention; due process; vulnerable suspect.

Resumo

O presente artigo é realizado para avaliar o progresso feito em relação à proteção dos direitos legais básicos durante a prisão ou detenção na lei inglesa (Inglaterra e País de Gales) e na convenção europeia sobre direitos humanos. Ao fazê-lo, abordará, inter alia, com alguma profundidade o direito de um suspeito informar alguém sobre a sua prisão ou detenção, e o direito de um suspeito vulnerável ou resfriado a ser acompanhado por um adulto adequado durante o processo penal. O artigo avalia a lei e a prática existentes em relação a esses dois direitos identificados durante a prisão ou detenção na Inglaterra e no País de Gales e, em seguida, avalia esses direitos do ponto de vista da convenção europeia sobre direitos humanos. Os materiais utili-

* Recebido em 15/03/2022
Aprovado em 01/10/2022

** PhD of Law at Bangor University, United Kingdom. Professor and Head of School of Law at Wasit University, Iraq.
E-mail: balmusawi@uowasit.edu.iq

zados neste estudo foram estatutos relevantes, como artigos jurídicos, periódicos, relatórios internacionais, jurisprudência, regulamentos, documentos de seminários e recursos eletrônicos. O resultado mostrou que, para o cumprimento das obrigações decorrentes da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, tal proteção para esses dois direitos identificados é reconhecida e garantida pelo sistema de justiça criminal na Inglaterra e no País de Gales. Esse reconhecimento é muitas vezes seguido por disposições específicas de leis ou decisões judiciais e o nível do processo é inviolável.

Palavras-chave: Sistema de justiça criminal; Prisão; Detenção; Devido Processo

1 Introduction

People detained or arrested by police officers have a certain protection that include various safeguards during police procedures such as right to have someone informed of their arrest, and other legal rights protected by law. However, it is problematic that people with disabilities frequently need for increased protection in law and practice and it is a little attention may be given to how law enforcement officials treat people with disabilities during arrest and detention. Hence, they should be given additional legal protection, including the presence of an appropriate adult with them during criminal proceedings.

The safeguards of informing someone of an arrest or detention, and to have an appropriate adult have a cross-cutting influence on other rights during criminal justice system. The present paper will offer an analysis of these basic legal rights during arrest, detention in English Law (England and Wales) & the European Convention on Human Rights. In so doing, it will, *inter alia*, undertake to verify the adequacy of English criminal legal system in dealing with these identified rights to examine the extent to which there is compatibility between the procedural rights governing these rights and legal provisions under international standard entrenched under the European Convention on Human Rights.

The topic is relevant to International Law, because there is a common international requirement that the protection of a suspected person should be protected, particularly a person who is a vulnerable or with disa-

bilities. These rights are crystallized internationally, especially by the European Convention on Human Rights and the reflexes of how the subject, whether or not it is provided for in the Convention, has been operationalized by English law and the courts. In the same vein, present study may provide a review of the legal regime for protection a person facing criminal proceedings during an arrest & detention particularly a vulnerable suspect in English law & the European Convention on Human Rights to show better linking between national and global instruments under the protection due process efforts. The present paper also may motivate debate among legal experts and comparative legislation on the most effective criminal procedures that can be activated in protection human rights during criminal justice systems

These indicated rights were concern of the law & jurisprudence in England & Wales and the European Convention on Human Rights since many years ago. This article seeks to examine whether these rights have obtained due protection during operation of the criminal justice system in England and Wales. Then it will examine the European legal rules governing these rights during arrest or detention. For a full understanding of these rights emphasis will be laid on the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR), which is illustrative and interprets the notion of human rights during criminal charge in very wide scope and provide full interpretations to the provision of the convention. These jurisdictions have been selected as they offer a rich option of main legal resources to assist a full analysis & purports an evaluation of these couple safeguards.

This article uses the model of legal analysis. It also evaluates the studies of scholars and publications that are appropriate to the topic, such as, rules, regulations, articles, seminar papers, and electronic materials and journals. The work examines primary sources, such as English law, and subjects them to analytical study the primary source on which the work basically relies is the European Convention on Human Rights, which is binding on England & Wales as a State Party. Critical analysis methods of the English law and the convention standards and the guidance of the European Court of Human Rights are adopted throughout this research.

The method of analysis of the cases is based on the development of criminal justice in the field of protec-

tion of persons with disabilities during the process of arrest and detention. This criterion has also been used in selecting certain relevant cases for the approach and the argumentative support whenever a person with disabilities involves with the criminal justice system as a person suspected. Statutory standards (relevant law: The police & Criminal Evidence Act, (PACE) 1984) have been conducted to test how criminal justice system protect people with disabilities during arrest and detention. it is concluded that From examining the legal norms in the European Convention on Human rights & English Law, it emerges that the rights of suspects particularly vulnerable persons in the Criminal Procedure are based on this notion of respect human rights, which were routinely infringed by criminal law enforcement personnel.

2 England and Wales

The scope of present paper is limited to examining the right of informing someone of an arrest or detention, and the right to have an appropriate adult during the process of arrest & detention. It should be made clear that, the rights during arrest and detention are not encompassed only these two rights considered in this paper. It is, however, not practical to attempt to investigate all these rights comprehensively. Rather, the discussion will focus on the extent to which these identified rights of a person under arrest or detention comply with the substantive commitments of England and Wales under the European Convention on Human Rights.

2.1 Right to communicate with someone during arrest or detention

A suspect whom police arrest may be kept in solitary confinement, and isolated from the outside world. Therefore, English and Walsh law provides that any person facing criminal proceedings has right to inform someone informed of their arrest and whereabouts “such right is often known as the right of intimation”.¹ By virtue

of this right, whilst at police station suspected persons could contact with any person who is likely to take an interest in their welfare a friend or relative or other persons known to them to be informed about their arrest and detention.² The right is available to any suspect as soon as possible, and hence a legal duty that lies on the shoulder of custody officer is that must promptly inform the suspect about the right to communicate. The custody officer should ask a suspect whether he wishes to exercise this right at public expense.³

Only one communication is allowed, however, if the suspect’s request with a called person is failed, up to two alternatives are allowed, then if either failed, the custody officer would have a discretion in this respect to take a decision thereby the suspect may be allowed to use further attempts.⁴ Likewise, if the police transfers the suspect to another place whom may be entitled same right again.⁵ Moreover, when the visitor comes at police station to meet the suspect, the custody officer has discretion about accepting or refusing such meeting.⁶ As well as, the code of practice draw attention the police about the necessity of answering positively suspect’s family member, his friend or like that whose question is related to the suspect’s whereabouts.⁷

The Police & Criminal Evidence Act (PACE Act) covered exercising delay of suspect’s right to intimation by police.⁸ It can be permitted by an officer of at least the rank of inspector who may authorise it for up to 36 hours from relevant time, in cases where a detainee in police station for an indictable offence. The delay must be confirmed in writing as soon as possible, even though was given orally at first. There are conditions justify the delay where the officer has reasonable grounds for believing that telling named person of the arrest would lead to one of bellow-

- Interference with or harm to evidence connected with an indictable offence;
- Interference with or physical injury to other person;
- The altering of other person suspected of

¹ DIXON, David; BOTTOMLEY, Keith; COLEMAN, Clive; GILL, Martin; WALL, David. Safeguarding the rights of suspects in police custody. *Policing and Society: An International Journal*, v. 1, n. 2, p. 114-140, jun. 1990. p. 116; CAP, Ed; LUQMANI, Jawaid. *Defending suspects at police station: the practitioner’s guide to advice and representation*. 3. ed. United Kingdom: Legal Action Group, 1999. p. 75.

² The police & Criminal Evidence Act, (PACE) s.56 (1).

³ Code of Practice, Code C para. 3.1.

⁴ Code of Practice, Code C para. 5.1.

⁵ PACE s.56(8).

⁶ Code of Practice, Code C para. 5.4.

⁷ Code of Practice, Code C para 5.5.

⁸ PACE s,56(2)(7).

having committed such an offence but not yet arrest for it; or

- Hindrance of the recovery of any property obtained as a result of such an offence.

If delay is authorised the detained person should be told a reason for it and that reason should be recorded on his custody record, then if that reason ceases to exist the custody office must enable him to use such right.

The arrested person has the right to talk to another person of his choice, over the phone for a reasonable period, and has the right to write messages or text messages to any other person. However, this right may be denied or delayed when an officer of the rank of inspector or above in an indictable offence considers that the use of this right may lead to one or more of the consequences listed in the Code of practice.⁹ In this respect, if communication is allowed, the detainee must be told that the letter or telephone call could be listened or read by police and it may be later used as evidence against him during forthcoming proceedings.¹⁰ The same provision would be followed where appropriate adult or an interpreter may make the telephone call or write the letter on behalf of the detained person.¹¹

By virtue of Code of practice any delay or deny to such suspect's right of communication which mentioned above must be justified and no longer than necessary.¹²

2.2 Appropriate adults

The Police & Criminal Evidence Act (PACE Act) affords a suspect at police station who is a juvenile, mental disordered or mentally handicapped the right to have appropriate adult that must be provided by police as soon as practicable.¹³ In addition, according to the

⁹ Code C, annex B, para.1 and 2 (Code C, para 5.6).

¹⁰ Code C para 5.7.

¹¹ Code C Note for Guidance 5A.

^{CAP} Ed; LUQMANNI, Jawaid. *Defending suspects at police station: the practitioner's guide to advice and representation*. 3. ed. United Kingdom: Legal Action Group, 1999. p. 75.

¹² Code C para. 5.7A.

¹³ The Police and Criminal Evidence Act 1984 Code C states that: "the police custody officer or custody staff shall determine whether the detainee is a juvenile and/or vulnerable and therefore requires an appropriate adult" (paragraphs 3.5); DEHAGHANI, Roxanna; BATH, Chris. Vulnerability and the appropriate adult safeguard: examining the definitional and threshold changes within PACE Code C. *Criminal Law Review*, n. 3, p. 213-233, 2019.; Miller v DPP [2018]

s. 38 of the Criminal Disorder Act 1998 (CDA), the sufficient appropriate adult must be provided by local authorities for their area. This section examines roll of appropriate adult, and who is eligible to occupy the position of the appropriate adults.

2.2.1 The appropriate adult for Juveniles

Qualified people: the definition of a person who can be an appropriate adult as Prof. Cape claims that 'amount to a hierarchy'.¹⁴ By virtue of PACE Act and CDA¹⁵, the person who can be appropriate adult may be:

- The parent or guardian of juvenile suspect, and if the juvenile in care, the appropriate adult will be care authority or voluntary organisation.
- A social worker;
- Failing either of the above, another responsible adult aged 18 or over who is neither a police officer nor employed by the police.

The above hierarchy is certainly correct so long as aims to looking after at juvenile suspect's welfare. As a result, whenever the members of family (parent or guardian) of the juvenile suspect most the others can reach to his welfare, they have priority to act as an appropriate adult. Thus, many of judicial decisions have recognised that, when considered the juvenile's family who could not attend to suspect's welfare disqualified to act as appropriate adult.¹⁶ Hence, the parent or guardian should attend at police station as appropriate adult and then a social worker if their attendance is not possible. After that if both unavailable, then could be a tend to third category that is adult aged 18 or over as noted above. In this connection, it is accurate in saying that parents should be provided to be acted as appropriate with their juvenile suspect at the police station to help him understand what is going on. However, there are exceptio-

EWHC 262 (Admin); [2018] Crim. L.R. 472.

¹⁴ CAP, Ed; LUQMANNI, Jawaid. *Defending suspects at police station: the practitioner's guide to advice and representation*. 3. ed. United Kingdom: Legal Action Group, 1999. p. 393.

¹⁵ Code C para. 1.7(a). the CDA s. 65(7).

¹⁶ R v Palmer, UK, the time September 1991. R v Morse [1991] Crime LR. 195.

nal conditions & situation render the appropriate adult might be other persons rather than his relative.¹⁷

The emergence of situations that could render the attendance of parents to be acted as appropriate adult with their juvenile suspect are inapplicable may lead to look at another alternative. The appropriate adult might be juvenile career or a trained person. In these situations police may favorite professional appropriate adult such as social workers. In this sense, during absence of juvenile's parents, a custody officer to protect the juvenile welfare wishes to cooperate with a professional appropriate adult particularly when taking into account the allowance time of detention. Another point in favor of a social worker to be acted as appropriate adult instead of juvenile's parents is that Sometimes the presence of parents at the police station may for some reasons take long time, which may negatively prolong the duration of detention as reported in many cases during process of arrest and detention.¹⁸

It could be claimed that in such situation, it is imperative to strike right balance between the welfare of a suspect and the right of parents to support their child when in trouble. Some studies have argued that, in many cases in which parents were deemed ineligible to exercise their right to be with their children at the police station, there was a clear infringement of their rights in this regard because their right to support their child when in trouble would be neglected.¹⁹

Whereas, one of the main arguments against above claim is that, the criterion of selecting who may act as appropriate adult may rely on choosing the right person to be on the side of the juvenile suspect to properly achieve his interest & welfare more than other persons.

Thus, it may be a valid decision by the police whenever they choose social workers to act as appropriate adults rather than parents without compromising their

rights when they are not ready to act as appropriate adults, as some studies have shown that family members sometimes express high levels of hostility and distress.²⁰ As well as, another obstacle that may be straggled by authorities is that parents are often unfamiliar with legal system due to a lack of knowledge with police procedures or police interviews. Furthermore, what is surprising is that family members sometimes assist police against the juvenile. What follows is, even in case of family members are present, may be prohibited from act as appropriate adults as long as they appear unsuitable. In light of the aforesaid, Buck et al are true when they claim that "social workers were more supportive and co-operative when acting as appropriate adult compared to family members".²¹

The rationale behind the concept inappropriate people is to create deterrence in society from the activities that may harm a juvenile suspect during facing criminal proceeding, as pointed out, even if people who are nominated to be appropriate adults are available may be prevented from doing so. That claim makes the PACE Act indicates the following examples that include but not exclusively people who are disqualified from act as appropriate adults, are either prevented or unsuitable:

- Estranged parents - an estranged parent who is objected from the juvenile, is not suitable to be appropriate adult.²²
- Interested parties - all persons nominated to be acting as appropriate adult should submit admissions in police station before acting as appropriate adult, including that not having a conflict of interest or involvement in a crime for which the juvenile is under arrest or detention at the police station.²³

¹⁷ DRAKEFORD, M. The Appropriate Adult. *Probation Journal*, v. 41, n. 3, p. 135-139, 1994; PIERPOINT, Harriet Louise. *Appropriate practice? a study of the role and co-ordination of volunteer appropriate adult for young suspects*. 2005. Thesis (Doctor of Philosophy) - College of Law, University of Plymouth, Plymouth, 2005. p. 45.

¹⁸ CAP, Ed; LUQMANI, Jawaid. *Defending suspects at police station: the practitioner's guide to advice and representation*. 3. ed. United Kingdom: Legal Action Group, 1999. p. 393-394.

¹⁹ DIXON, David; BOTTOMLEY, Keith; COLEMAN, Clive; GILL, Martin; WALL, David. Safeguarding the rights of suspects in police custody. *Policing and Society: an International Journal*, v. 1, n. 2, p. 114-140, jun. 1990. p. 119; WALINETS, S. You're on duty and you get a call from the police. *Social Work Today*, v. 30, p. 14-15, 1985.

²⁰ BUCKE, T.; BROWN, D. *In police custody: police powers and suspects' rights under the revised PACE codes of practice*. London: Home Office Research Study, 1997. p. 5-18; PIERPOINT, Harriet Louise. Reconstructing the role of the appropriate adult in England and Wales. *Criminology & Criminal Justice*, London, v. 6, n. 2, p. 219-237, 2006; BROWN, D.; ELLIS, T.; LARCOMBE, K. *Changing the code: police detention under the revised PACE: codes of practice*. London: Home Office Research Study, HMSO, 1992. p. 129.

²¹ BUCKE, T.; BROWN, D. *In police custody: police powers and suspects' rights under the revised PACE codes of practice*. London: Home Office Research Study, 1997. p. 18.

²² Code C Note for Guidance 1C. See also, DPP v Blake, 19 DPP v Blake [1989] 1 WLR 432.

²³ Code C Note for Guidance 1 C; Code C Note for Guidance 1 D; Code D Note for Guidance 1 A. for more details see Dpp v

- Lawyer who is at the police station to doing his official missions should not be appropriate adult because that is not same function or role of legal advice.²⁴

In light of the aforesaid, it could be submitted that, the notion of appropriate adult in English legal system is based on the argument that preservation of the rights of a juvenile suspect under the proceedings of arrest and detention is first important thing to be protected and preserved.

Role of the appropriate adult: the reason for the argumentative development from the discrimination of the concepts is that a person who is a juvenile suspect during arrest and detention has the same rights to the protection and assistance of the law as any other person, but often with taking into account his special needs in the field of juvenile justice.

All the laws and rules do not seem to fill in the vacuum of a general role of appropriate adult.²⁵ The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) & its codes of practice that regulate all police powers and protect persons facing criminal proceedings and public rights do not elaborate the role of the appropriate adult for a juvenile suspect during arrest and detention. However, the role of the appropriate adult for a juvenile suspect during arrest and detention could be generally divided according to phases of investigation for two categories at interview stage and other stages of investigations. In relation to the interview stage, the Code of Practice stipulates that, the appropriate adult should be available whenever the juvenile suspect is interviewed or asked to present or sign a written statement.²⁶ The police must inform the appropriate adults that they should assist and advise the juvenile, so they could meet juvenile in private if they wish²⁷. During the interview, they must observe whether it is conducted adequately and fairly. Further, they should facilitate communication between the juvenile and interviewer. Hence, one may well sub-

mitted that the role of appropriate adult is during facing criminal proceedings in police station not be restricted by merely observation.²⁸

As mentioned above, the main intent of attending appropriate adult with juvenile suspect during process of arrest and detention is to reduce the risk of miscarriage of justice as a result of obtaining evidence from vulnerable suspects that, by virtue of their vulnerability, led to unsafe and unfair convictions. Therefore, in addition to their role at the interview stage, the role of appropriate adults extends to another stages of investigations. In general, they should note that juvenile suspect must not be questioned by an investigator without being instructed of his rights and to have legal assistance during presence appropriate adult.²⁹ They must be present during juvenile is cautioned by police.³⁰ In this regard it should be clear that legal advice cannot be given by appropriate adults but they can note the conduct of police in regard with providing help to get a solicitor. They have the role to speak to the juvenile suspect confidentially and in private. The police must facilitate such connections. Further, they must attend any procedures that are relevant with the Code D that specifically include criminal procedures of investigations and detention.³¹ Presence of appropriate adults is also one of the most significant rights of the juvenile in the event of charging whenever there are sufficient evidences against him.³²

2.2.2 The appropriate adult for mentally disordered and handicapped

Special provisions which appropriate adult is most notable of them, must be used if the Custody Officer has any suspicion, or is told in good faith that an adult suspect may be mentally disordered and handicapped.³³ A person who can act as appropriate adults should be qualified person to take his or her role to safeguard the interests of mentally disordered and handicapped persons detained or questioned by police officers.

MORRIS time 8th October 1990 in this case, it has been held that social worker who acted as the appropriate adult, involving in case as notified the police about theft for which the juvenile in detention. Therefore, he is disqualified to be appropriate adult.

²⁴ Code C Notes for Guidance 1F; Code D Note for Guidance ID.

²⁵ CAP, Ed; LUQMANI, Jawaid. *Defending suspects at police station: the practitioner's guide to advice and representation*. 3. ed. United Kingdom: Legal Action Group, 1999. p. 395.

²⁶ Code C para 11.14.

²⁷ Code C para 3.12.

²⁸ Code C para 11.6. In this respect, see DPP v Blake [1989] 1 WLR 432.

²⁹ Code C para. 3.11.

³⁰ Code C para. 10.6.

³¹ Code D paras. 1.13; 1.14.

³² Code C para. 16.1.

³³ Code C, para. 1.4.

Qualified people: Interpretation of law regarding the appropriate adult may illustrate that he or she is one of the following³⁴:

- A relative, guardian or other person responsible for the care or custody of the mentally disordered and handicapped suspect;
- Someone who has experience of dealing with mentally disordered or mentally handicapped people but is not a police officer or employed by the police (such as an approved social worker as defined by the Mental Health Act 1983 or specialist social worker); or
- Failing either of the above, some other responsible adults aged 18 or over who is not police officer or employed by the police.³⁵

The definition of a person who can be an appropriate adult as with juvenile 'amount to hierarchy'.³⁶ Similarly, the persons who cannot be appropriate adult of juvenile the same as for mentally disordered and handicapped.

Role of the appropriate adult: As with juvenile suspect, according to PACE with accompanying Codes of practice appropriate adult must be present with the adult suspect who is mentally disordered and handicapped when interviewed by police or implicated in every criminal proceedings. Therefore, the custody officer should unless there are exceptional circumstances, notify the appropriate adult reasons and ground of arrest and detention of suspect and whereabouts, to present at police station to doing his role. Such information may assist an appropriate adult to participate effectively & adequately doing their task, namely: assisting a suspect to understand and use their rights. Assisting police in doing their task by any communication needs. In some cases, it may be necessary to appoint a eligible specialist (such as a mediator) to engaging with police to perform a formal valuation and possibly provide additional

communication support in the interests of protecting a suspect's rights.³⁷

Lastly, police could interrogate vulnerable groups whether juvenile and mentally handicapped or disorder, without attend appropriate adult so long as there are reasonable grounds which stand behind that. Hence, this delay may be legitimated if the rank of superintendent or higher thought that the delay could maintain persons from immediate risk of harm, or property from serious loss or damage.³⁸ In light of the foresaid, it could be submitted that the reform is crucial to improving protection for vulnerable groups who are children & mentally disordered & to treat them in a manner substantially different from a normal adults in the field of justice system.

3 The European Convention on Human Rights

The jurisprudence of the European Court on Human Rights (ECtHR) benefits from a rich store of case law dealing with the protection of a person facing criminal proceedings & his or her human rights. The continuing development of human rights in criminal procedurals under Strasbourg case-law can be devoted and arrayed as a guideline for criminal justice systems in order to identify the weaknesses for further improvements in these identified rights to be taken place in the future.

3.1 Interpretation of European Convention regarding right to communicate

The European Convention On Human Rights, is one of the significant an international instrument regarding the treatment of a suspect who is detained in police custody & kept incommunicado whose meaning is isolating the detainee from access to outside the world even from contacting with member of family or friends.

³⁴ *Crime and Disorder Act 1998 s.38(4)*; Codes of practice.

³⁵ Code C para. 1.7(b) and Code D para. 1.6(b).

³⁶ CAP, Ed; LUQMANI, Jawaid. *Defending suspects at police station: the practitioner's guide to advice and representation*. 3. ed. United Kingdom: Legal Action Group, 1999. p. 411.

³⁷ GUDJONSSON, Gisli. Psychological vulnerabilities during police interviews: why are they important? *Legal and Criminological Psychology, the British Psychological Society*, v. 15, p. 161, 2010.

³⁸ Code C paras. 11, 18; FENWICK, Helen. *Civil liberties and human rights*. 4. ed. United Kingdom: Routledge Cavendish Publisher, 2007. p. 1190; ZANDER, Michael. *Cases and materials on the english legal system*. 10. ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007. p. 190-191.

However, it does not put particular text in this point in which one could recognize specific details about protecting a suspect's right to communication with his or her family during detention time. The illegality of preventing a detainee from access to outside the world and informing the other in fact of detention stems from different guarantees under contexts of the European Convention on Human Rights, most importantly is article (3) that concerns with treatment of a suspect, as well article (6) that concerns the right of fair trial as Nicola Duckworth claimed that:

Incommunicado detention denies detainees the right to fair trial. Such detention in itself may constitute cruel, inhuman or degrading treatment. It does not comply with international human rights standards [emphasis added] Allow all detainees to have their families notified of their detention and location.³⁹

The convention might cope the violence against present right under various its texts because indeed, a person facing criminal proceedings needs the right to communicate with other to obtain fairness of criminal procedure such as in respect of prepare to defense and to endure the interrogation. As long as the interesting here concerning with notification of the fact of detention to the suspect's family or friends, the sufficient article whose essence is to protect this right is article (8) of the convention which states that:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

The present author with the view that international instrument should not hesitate to put procedures by which international community can ensure that national governments action meet international standard of human rights, and oversee fully implement provisions included in the law on the rights of a person facing criminal proceedings.

³⁹ AMNESTY INTERNATIONAL. *Europe and Central Asia program director, time to end incommunicado detention in Spain*. 2009. Available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2009/09/spain-incommunicado-detention-e28093-out-sight-out-mind-20090915/>. Access in: 1 Apr. 2022.

However, it is suggested that even though the convention does not focus on the details of protecting the right to communicate during detention but by whose judicial body that is the European Court of Human Rights, made clear that the right of detainee for notification his family or friend is the binding nature. In most comprehensive indication, it has been recognised that relatives of detainee should be informed of the arrest and place of detention. Thusly, article (8) whose purpose is to guarantee the right to respect for private and family life and correspondence is breached whenever the detainee is prevented from his right to communicate with his partner meanwhile under detention.⁴⁰

In light of the aforementioned, even though the right of detainee to communicate with family or friends is not expressly texted in the convention it is implicitly guaranteed by the convention. It is made clear that procedure whose mission is to protect this right should be granted by member of states like the context of Anglo-Welsh law done when is expressly stated on this right of a suspect, as has already been seen above.⁴¹

The authorities must take care to respect right to communicate of a person under an arrest or detention in a manner that also respects the rights and freedoms of the communicated persons. In spite of that right is generally guaranteed by Convention, it is not absolutely. In other word, the right of detainee to contact with his

⁴⁰ Mc Veigh, O ' Neil and Evans v UK, 18 March 1982.

⁴¹ Section 56 of PACE Act. The Declaration of the Principle of Detention Adopted by the United Nations General Assembly on December 9, 1988, Principle 16 expressly indicates that: "1. Promptly after arrest and after each transfer from one place of detention or imprisonment to another, a detained or imprisoned person shall be entitled to notify or to require the competent authority to notify members of his family or other appropriate persons of his choice of his arrest, detention or imprisonment or of the transfer and of the place where he is kept in custody. 2.If a detained or imprisoned person is a foreigner, he shall also be promptly informed of his right to communicate by appropriate means with a consular post or the diplomatic mission of state of which he is a national or which is otherwise entitled to receive such communication in accordance with international law or with the representative of the competent international organization, if he is a refugee or is otherwise under the protection of intergovernmental organization. 3.If a detained or imprisoned person is a juvenile or is incapable of understanding his entitlement, the competent authority shall on its own initiative undertake the notification referred to in the present principle. Special attention shall be given to notifying parents or guardians. 4. Any notification referred to in the present principle shall be made or permitted to be made without delay. The competent authority may, however, delay a notification for a reasonable period where exceptional needs of the investigation so require".

family or friends could be fettered for reasonable period of time by public authority on reasonable grounds such as national security. In respect of these reasons which stand behind the delay of the suspect's right of communication, the convention in the article (8) made clear that the suspect's right of communication could be restricted. It has been pointed out that:

in accordance with the law and necessary in a democratic society in the interest of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.⁴²

As well, it is worth to take into account the possibility of omitting communication upon suspect's own reasons, for example such notifying may harm his reputation. The European Court of Human Rights also considers that the suspect's right to notify a third person can be subject to some delay whenever such notification may raise some caveats such as alerting accomplices in the investigated crime especially terrorism crimes, removing or destroying evidence or causing the commission of more crimes.⁴³

Although the Convention sometimes accepts delaying in periods of the suspect's right to notify a third person in such circumstances it is noteworthy that in the case of delay this right must be surrendered with following guarantees, the public authority should mention grounds that stand behind of such delay, the period of delay should be precluded at no longer than absolutely necessary, the delay of the right of suspect to contact with his relative or friend must be looked at as exceptional under urgent circumstances. Also, an authority or a person who is in duty to take such a decision of delay should clearly indicate all reasons in written form. Lastly, on the first appearance to the detainee before the court the decision not to permit notification should be promptly reviewed by the judicial authority.⁴⁴

⁴² ECHR art.3 and 6; for details see: Otamendi v Spain, App no 47303/08 (ECtHR, Judgment 16 October 2012); WILSHER, Daniel. Right to liberty e security. In: PEERS, Steve; HERVEY, Tamara; KENNER, Jeff; WARD, Angela (ed.). *The EU charter of fundamental rights: a commentary*. Oxford: Hart publishing, 2014. p. 121-152.

⁴³ Mc Veigh, O 'Neil and Evans v UK, 18 March 1982, para. 238-239.

⁴⁴ EVANS, Malcolm D; MORGAN, Rod. *Preventing torture: a study of the European Convention for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 265.

3.2 Interpretation of European Convention regarding right to Appropriate Adult

The European Convention on Human Rights in relation with providing a vulnerable suspect who cannot understand or cope the criminal proceedings during an arrest or detention due to his age or status such as juvenile or suffering from mental disordered or mentally handicapped, with right to have appropriate adult during criminal proceedings, does not explicitly or specifically stipulate on this right within its body. However, it is noteworthy that such provisions can be invoked through different contexts of the convention such as protection of the freedom and liberty by article (5), right to fair trial by article (6), protecting a suspected person from torture and other degrading and inhumane treatment, by article (3), and the right of family in article (8). All these articles throughout the convention support any protection well-being of indicated suspect within criminal proceedings.

In the view of the present author, the convention empowers the national laws across members' states for supporting any welfare regarding vulnerable suspects. In other word, the European Convention on Human Rights by virtue of foregoing articles adopts adequate protection to those who are a vulnerable suspect and also the convention promotes policies relating to respect these fundamental rights. Currently, in its case law the European Court of Human rights deems it is essential that vulnerable suspects have the right to have appropriate adult during criminal proceedings, who are not solely presence but also must involve in hearing and following the procedures through effective participation.⁴⁵ Accordingly, vulnerable suspects' participation in procedures probably cannot be done or achieved unless the investigation authority must provide them with assisted appropriate adult who can be a social worker or a member of family.⁴⁶ More specifically, in respect of juveniles or children could be held accountable for their criminal or illegal actions and of the ambit parental obligations and liability. In this context, attention should be paid to Children's rights within criminal jus-

⁴⁵ ECtHR, 16 December 1999, T. v United Kingdom, (no. 24724/94). ECtHR 5 June 2004, S.C v United Kingdom, (no. 60958/00).

⁴⁶ SPRONKEN, Taru; ATTINGER, Marelle. *Procedural rights in criminal proceedings: existing level of safeguards in the European Union*. 2009. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1440204>. Access in: 1 Apr. 2022.

tice. It has been rightly pointed out that “Children may only be deprived of their liberty as a last resort and for the shortest appropriate period of time”.⁴⁷ Thus coordination between public authority and parents or local administration must provide protection to a vulnerable suspect against denying his rights throughout criminal proceedings. The refusal of the investigation authorities to allow a detainee to receive visits by, family members, may violate provisions of the convention towards endorsing vulnerable suspect’s rights which have been promoted by the jurisdiction of the European Court of Human rights.

In many cases, the court considered the United Nation Convention on the Rights of Child (UNCRC) which came into force on 2 September 1990 as “a tool in making judgments on the European Court of Human rights”.⁴⁸ As a result, even if there are no specific articles provide special support to vulnerable suspects regarding appropriate adults, it can be submitted that provisions established within national and international laws to respect rights of vulnerable suspect in the criminal justice system would be promoted under the jurisprudence of the convention, and most obviously of these is an obligation to provide appropriate adults during proceedings.

4 Conclusion

This work has argued that the two identified rights have been adopted full protection under the European Convention on Human Rights & criminal justice system in England & Wales. The present paper comprises two sections which concern the two identified guarantees of a person facing criminal proceedings under criminal justice system in England & Wales, and then, an attempt has been made to focus on particular issues in light of the European Convention on Human Rights and recent developments of the due process standard under the European Court of Human Rights. The rights of

a person facing investigation authorities in the pre-trial stage of criminal proceedings: the right to inform someone of an arrest or detention, third party access right (the appropriate adults) that focuses specifically on the rights and interests of children during facing criminal charge have been focused on, in present work.

The paper reaches the conclusion that a progress in the human rights of a person facing criminal proceedings is an important milestone in England & Wales towards enhancement of the rule of law including provisions of law & case law relevant to the right to inform someone of an arrest or detention and third party access right that is the appropriate adults. The role of the appropriate adult in spite of the fact that it facing a number of practical obstacles it has been built on the welfare of the vulnerable suspect while coping criminal proceedings and such practical obstacles have been overcome.

A right of detainee to communicate with family or friends is not expressly texted in the European Convention on Human Rights, and yet the research has identified that the right is implicitly guaranteed by the convention. It is important to note that international instruments are silent on concepts. In this sense, it would be interesting to insert a suggestion that it has been previously seen under the cited jurisprudence of the Convention a suspect, in general, shall have a right to due process of law.

In the same vein, vulnerable suspects shall have a right to due process with notable recognition being given to their degree of vulnerability. They shall have the right to have appropriate adult during criminal proceedings, who are not solely presence but also must involve in hearing and following the procedures through effective participation & participation in procedures cannot be achieved unless the investigation authority must provide appropriate adult who can be a social worker or a member of family to assisting the suspect to cope the criminal proceedings. The preceding sections of this article have detailed the provision of the two identified rights in English criminal justice system. The system cannot work in harmony with binding international standards under European Convention on Human Rights unless

⁴⁷ THE COUNCIL OF EUROPE. *Handbook on European law relating to the rights of the child*. Luxembourg: European Union, 2017. Available in: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ecthr-2015-handbook-european-law-rights-of-the-child_en.pdf. Access in: 10 Apr. 2022.

⁴⁸ NACRO. *Proportionality in the youth justice system: reducing offending by looked after children*. 2012. Available at: <https://www.nacro.org.uk/wp-content/uploads/2012/05/reducing-reoffending-by-looked-after-children.pdf>. Access in: 9 Apr. 2022.

these human rights of persons facing criminal proceedings are respected.

References

- AMNESTY INTERNATIONAL. *Europe and Central Asia program director, time to end incommunicado detention in Spain*. 2009. Available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2009/09/spain-incommunicado-detention-e28093-out-sight-out-mind-20090915/>. Access in: 1 Apr. 2022.
- BROWN, D.; ELLIS, T.; LARCOMBE, K. *Changing the code: police detention under the revised PACE: codes of practice*. London: Home Office Research Study, HMSO, 1992.
- BUCKE, T.; BROWN, D. *In police custody: police powers and suspects' rights under the revised PACE codes of practice*. London: Home Office Research Study, 1997.
- CAP, Ed; LUQMANI, Jawaid. *Defending suspects at police station: the practitioner's guide to advice and representation*. 3. ed. United Kingdom: Legal Action Group, 1999.
- DEHAGHANI, Roxanna; BATH, Chris. Vulnerability and the appropriate adult safeguard: examining the definitional and threshold changes within PACE Code C. *Criminal Law Review*, n. 3, p. 213-233, 2019.
- DIXON, David; BOTTOMLEY, Keith; COLEMAN, Clive; GILL, Martin; WALL, David. Safeguarding the rights of suspects in police custody. *Policing and Society: An International Journal*, v. 1, n. 2, p. 114-140, jun. 1990.
- DRAKEFORD, M. The Appropriate Adult. *Probation Journal*, v. 41, n. 3, p. 135-139, 1994.
- EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union*. Brussels, 28 Apr. 2004.
- EVANS, Malcolm D.; MORGAN, Rod. *Preventing torture: a study of the European Convention for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- FENWICK, Helen. *Civil liberties and human rights*. 4. ed. United Kingdom: Routledge Cavendish Publisher, 2007.
- GUDJONSSON, Gisli. Psychological vulnerabilities during police interviews: Why are they important? *Legal and Criminological Psychology, the British Psychological Society*, v. 15, p. 161, 2010.
- HENRICSON, Clem; BAINHAM, Andrew. *The human rights obligations and policy supporting children and families*. 2005. Available at: <https://www.jrf.org.uk/report/human-rights-obligations-and-policy-supporting-children-and-families>. Access in: 10 Mar. 2021.
- NACRO. *Proportionality in the youth justice system: reducing offending by looked after children*. 2012. Available at: <https://www.nacro.org.uk/wp-content/uploads/2012/05/reducing-reoffending-by-looked-after-children.pdf>. Access in: 9 Apr. 2022.
- PIERPOINT, Harriet Louise. *Appropriate practice? a study of the role and co-ordination of volunteer appropriate adult for young suspects*. 2005. Thesis (Doctor of Philosophy) - College of Law, University of Plymouth, Plymouth, 2005.
- PIERPOINT, Harriet Louise. Reconstructing the role of the appropriate adult in England and Wales. *Criminology & Criminal Justice*, London, v. 6, n. 2, p. 219-237, 2006.
- SPRONKEN, Taru; ATTINGER, Marelle. *Procedural rights in criminal proceedings: existing level of safeguards in the European Union*. 2009. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1440204>. Access in: 1 Apr. 2022.
- THE COUNCIL OF EUROPE. *Handbook on European law relating to the rights of the child*. Luxembourg: European Union, 2017. Available in: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ecthr-2015-handbook-european-law-rights-of-the-child_en.pdf. Access in: 10 Apr. 2022.
- WALINETS, S. You're on duty and you get a call from the police. *Social Work Today*, v. 30, p. 14-15, 1985.
- WILSHER, Daniel. Right to liberty e security. In: PEERS, Steve; HERVEY, Tamara; KENNER, Jeff; WARD, Angela (ed.). *The EU charter of fundamental rights: a commentary*. Oxford: Hart publishing, 2014. p. 121-152.
- ZANDER, Michael. *Cases and materials on the english legal system*. 10. ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Is investment facilitation a substitute or supplement? a comparative analysis of China and Brazil practices

A facilitação de investimentos é um substituto ou suplemento? Uma análise comparativa das práticas da China e do Brasil

Dan Wei

Ning Hongling

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Is investment facilitation a substitute or supplement? a comparative analysis of China and Brazil practices*

A facilitação de investimentos é um substituto ou suplemento? Uma análise comparativa das práticas da China e do Brasil

Dan Wei**

Ning Hongling***

Abstract

While traditional investment protection regime is at the crossroad of reform, investment facilitation, which tackles ground-level obstacles to FDI and has no substantial challenges to regulatory space, is emerging as a new trend of global governance. Meanwhile, the content and method to implement investment facilitation are still evolving. The purpose of this article is to find the appropriate way to facilitate investment through comparative legal research between Brazil and China. Brazil and China share many similarities but adopt different approaches towards investment facilitation. Due to traditional resistance to BITs network, Brazilian developed a new model of investment treaty, i.e., Cooperation and Investment Facilitation Agreement (CIFA), focusing on investment facilitation rather than investment protection. China is a practitioner of investment facilitation as well as a proponent of IIAs with a balanced ISDS mechanism. It contends that the policy of investment facilitation is complementary to existing international investment regime. On the one hand, while investment protection and liberalization system are essential part of good business environment, IIAs don't necessarily lead to friendly regulatory environment to attract FDI inflows. On the other hand, access to justice is still important to foreign investors, the policy of investment facilitation can't act as a total substitute of traditional BITs worldwide. Therefore, it is suggested that China draws some experiences from Brazil in terms of institutional governance and establishing a similar and effective dispute prevention system, and China's open and liberal policies are worth learning for Brazil considering the Brazilian investors' increasing outbound investment and the growing needs of investment protection.

Key words: investment facilitation; investment protection; CIFA; FDI.

Resumo

A facilitação de investimentos, que aborda os obstáculos básicos ao IDE e não apresenta desafios substanciais ao espaço regulatório, está emergindo como uma nova tendência da governança global. Enquanto isso, o conteúdo

* Recebido em 31/05/2022
Aprovado em 13/10/2022

** Full Professor and Associate Dean of Faculty of Law of University of Macau. Doctor of Law at Coimbra University.
Email: danwei@um.edu.mo

*** Dr. Hongling Ning got her doctoral degree of international law from Wuhan University, China and did post-doc researches in University of Macau. She had been a visiting researcher in Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg. Her research areas mainly focus on international investment law, and the interplay of international law and domestic law.
E-mail: 2015101060085@whu.edu.cn

e o método para implementar a facilitação de investimentos ainda estão evoluindo. Tanto como principais destinos de IED quanto como maiores países emergentes na América do Sul e na Ásia, respectivamente, o Brasil e a China adotaram abordagens um tanto diferentes em relação à facilitação de investimentos. Devido à tradicional resistência à rede de BITs, o Brasil desenvolveu um novo modelo de tratado de investimento, ou seja, Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (CIFA). Os CFIA se concentram principalmente na facilitação do investimento por meio da cooperação institucional, mas o escopo e o grau de proteção ao investimento são bastante insuficientes. As abordagens da China em relação ao regime de investimento são inclusivas, ou seja, é um praticante de facilitação de investimento, bem como um proponente de IIAs com um mecanismo ISDS equilibrado. Por um lado, embora a proteção do investimento e o sistema de liberalização sejam parte essencial de um bom ambiente de negócios, os IIAs não levam necessariamente a um ambiente regulatório favorável para atrair fluxos de IDE. A este respeito, a política de facilitação do investimento é complementar ao regime de investimento internacional existente. Sugere-se que a China extraia algumas experiências do Brasil em termos de governança institucional e estabelecimento de um sistema similar e eficaz de prevenção de disputas. Por outro lado, o acesso à justiça ainda é importante para os investidores estrangeiros, a política de facilitação de investimentos não pode substituir totalmente os BITs tradicionais em todo o mundo. Considerando o crescente investimento externo dos investidores brasileiros e as crescentes necessidades de proteção do investimento, sugere-se que vale a pena aprender com o Brasil as políticas abertas e liberais da China.

Palavras-chave: facilitação de investimento; proteção de investimento; CIFA; FDI

1 Introduction

It is undoubted that Foreign Direct Investment (FDI) is crucial for sustainable development, especially for developing countries. According to the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), about \$3.9 trillion is needed per year over the period 2015-2030 to fully meet the Sustainable Development

Goals (SDGs) in developing countries alone.¹ But growth in investment levels towards the SDGs has not been happening at the necessary scale or pace. The outbreak of COVID-19 pandemic has made it even harder to secure the needed sustainability financing.²

Traditional tool to promote FDI is international investment agreement (IIA) featured with Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanism. However, whether traditional IIAs have substantial positive impact on FDI inflows is inconsistent and uncertain. Research shows that IIAs have been found to be less important than domestic regulatory environment, beyond economic fundamentals such as market size, infrastructure and labor.³ Market access oriented IIAs may be somewhat different. Moreover, ISDS mechanism faces increasing criticisms. Some of them are perceptions, some of them are realities.⁴ According to an empirical research, public criticisms are triggered by the nature of substantive rights that IIAs confer upon investors, institutional design of ISDS mechanism, and other factors such as discrimination against domestic investors.⁵ While reform discussions primarily focus on the role of states in and states' expectations towards ISDS,⁶ a fundamental question that whether ISDS is a feature worth keeping in IIAs remains.⁷

A new tool to promote FDI and sustainable development is emerging. The Brazilian model of Cooperation and Investment Facilitation Agreement (CIFA)

¹ UNCTAD. *World Investment Report* 2014. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2014_en.pdf. Access on: 12 Oct. 2022. p. 140.

² UNCTAD. *Promoting Investment in the Sustainable Development Goals*. 2021. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2021d1_en.pdf. Access on: 12 Oct. 2022. p. 6-7

³ WORLD BANK. *Global Investment Competitiveness Report 2017/2018: Foreign Investor Perspectives and Policy Implications*. Washington, DC, 2018.

⁴ See WAIBEL, Michael *et al.* (ed.). *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

⁵ MARCEDDU, Maria Laura; ORTOLANI, Pietro. What Is Wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioural Experiments. *European Journal of International Law*, v. 31, n. 2, p. 405-428, 2020.

⁶ MARCEDDU, Maria Laura; ORTOLANI, Pietro. What Is Wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioural Experiments. *European Journal of International Law*, v. 31, n. 2, p. 405-428, 2020.

⁷ See e.g. BRONCKERS, Marco. Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements? *Journal of International Economic Law*, v. 18, n. 3, p. 655-677, 2015.

departs from traditional IIAs. Its predominant feature is facilitating investment without ISDS mechanism. Ever since 2015, Brazil has played a leading role in investment facilitation at the national, regional and international level.

As of October 2022, Brazil has concluded CIFAs with some Latin American countries, African countries and Asian countries,⁸ all of which are developing countries. Notably, the EU launched negotiations for a first-ever Sustainable Investment Facilitation Agreement (SIFA) with the Republic of Angola on 22 June 2021. As of October 2022, the negotiators have completed three rounds of negotiations on basis of EU textual proposal.⁹ The SIFA, similar to Brazilian CFIA, focusing on investment facilitation, could represent a strong orientation toward investment facilitation.

Investment facilitation refers to series of practical measures that make FDI flow more smoothly and easily without necessarily causing substantive challenges to domestic regulatory policies.¹⁰ In other words, facilitating investment is for countries to tackle ground-level obstacles to FDI, and is easier for countries to accept. Its main objective is to build a transparent, predictable and efficient regulatory and administrative framework. Investment facilitation contributes to good governance on FDI, and thus helps to attract FDI and promote sustainable development. Therefore, some recently concluded IIAs, such as Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (RCEP), integrate investment facilitation provisions. Which approach is better? Will the investment facilitation dominated model be a substitute or just a supplement to investment protection dominated model?

Brazil and China share many similarities, both as top FDI destinations and largest emerging countries in South America and Asia respectively. But Brazil and China

have adopted completely different approaches to IIAs, locating at opposite sides of a spectrum.¹¹ Therefore, it is worthwhile to compare the practices of the two typical countries in investment facilitation and find what can China and Brazil learn from each other. For this purpose, this article first describes the state of the art concerning the trend of investment facilitation. Then, it summarizes Brazil's unique and China's traditional practices respectively. At last, on basis of comparison, it concludes that investment facilitation is complementary to existing international investment protection regime, rather than a total substitute thereof. It is suggested that China should learn from Brazil in respect of institutional governance and establishing a similar and effective dispute prevention system and Brazil should learn from China in respect of open and liberal policies.

2 Investment facilitation: a new trend

The landscape of traditional IIAs seems to have come to a turning point. According to UNCTAD, as in 2017, for the first time, the number of effective treaty terminations exceeded the number of new treaty conclusions; in 2019, the number of IIA terminations in a year exceeded the number of treaty conclusions for the second time.¹² Meanwhile, the content and style of investment-related treaty are changing. It is widely recognized that investment flow expansion depends more on a transparent, efficient and investment-friendly business climate. Unnecessary red tape, bureaucratic overlap or complex procedures can become impediments to domestic and foreign investments.

In 2008, Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) adopted an Investment Facilitation Action Plan (IFAP).¹³ It defines investment facilitation as follows: 'Investment facilitation refers to actions taken by governments designed to attract foreign investment and maximize the effectiveness and efficiency of its administration through all stages of the investment cycle.' According to IFAP, the principles of investment facili-

⁸ See UNCTAD. *Investment Policy Hub-Brazil*. Available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>. Access on: Oct.12, 2022.

⁹ EUROPEAN COMMISSION. *EU-Angola negotiations on a Sustainable Investment Facilitation Agreement*. Available at: <https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/southern-african-development-community-sadc/eu-angola-negotiations-en>. Access on: 12 Oct. 2022.

¹⁰ AXEL, Berger *et al.* Investment Facilitation for Development: A New Route to Global Investment Governance. *Briefing Paper, No.5/2019, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), Bonn*. Available at: <http://dx.doi.org/10.23661/bp5.2019>. Access on: 12 Oct. 2022.

¹¹ WEI, Dan. Bilateral Investment Treaties: An Empirical Analysis of the Practices of Brazil and China. *European Journal of Law and Economics*, v. 33, p. 663–690, 2012.

¹² UNCTAD. *World Investment Report (2020)*. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_en.pdf. Access on: 12 Oct. 2022. p. 106-107.

¹³ APEC. *Investment Facilitation Action Plan*. Available at: http://www.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/-/media/Files/Groups/IEG/08_mrt_r_004.doc. Access on: 12 Oct. 2022.

tation include promoting accessibility and transparency in administrative policies, enhancing investments protection, enhancing predictability and consistency in investment-related policies, improving the efficiency and effectiveness of investment procedures, building constructive stakeholder relationships, utilizing new technology to improve investment environments, establishing monitoring and review mechanisms for investment policies, and enhancing international cooperation. The aim of IFAP is improving investment climates, encouraging and facilitating investment, and finally strengthening regional economic integration.

In 2016, UNCTAD released its first version of Global Action Menu for Investment Facilitation. It proposes 10 action lines for investment facilitation to guide individual countries and international collaboration. In the 2017 updated version, investment facilitation is defined as ‘the set of policies and actions aimed at making it easier for investors to establish and expand their investments, as well as to conduct their day-to-day business in host countries’. Besides, UNCTAD published ‘Investment Facilitation: A Review of Policy Practices’ in 2017, which provides an overview of domestic and international policy practices, especially the use of online information portals and single windows.¹⁴

The Group of 20 (G20) is an important forum raising attention on investment facilitation. The non-binding G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking adopted at the G20 Hangzhou Summit in 2016 regards investment facilitation as a key dimension of investment policy. ‘Policies for investment promotion should, to maximize economic benefit, be effective and efficient, aimed at attracting and retaining investment, and matched by facilitation efforts that promote transparency and are conducive for investors to establish, conduct and expand their businesses’.¹⁵

Investment facilitation is getting more and more attention in countries and international institutions. The current model of global governance in investment facilitation is setting up common guidelines for countries

and promoting international cooperation to reduce practical barriers to FDI flows. In addition, rules of investment facilitation are evolving from non-binding principles to binding agreements.

Ever since 2017, multilateral discussions on investment facilitation have been proceeding at the World Trade Organization (WTO). Due to the entry into force of Trade Facilitation Agreement in 2017, some members began seeking to put investment facilitation on WTO agenda. Proposals on investment facilitation were submitted by Argentina, Brazil, China, Kazakhstan, and Russia respectively. In addition, the MIKTA group (Mexico, Indonesia, Korea, Turkey and Australia) and Friends of Investment Facilitation for Development (FIFD) also engaged in informal dialogue at the WTO. At the 11th Ministerial Conference in Buenos Aires in December 2017, 70 WTO members signed the Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development, calling for the start of ‘structured discussions with the aim of developing a multilateral framework on investment facilitation’. The Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development in 2017 identified and developed the elements of a multilateral framework. The second Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development, issued by 98 WTO Members in November 2019, excludes market access, investment protection and ISDS that are well established in IIAs.¹⁶ Formal negotiation for a multilateral investment facilitation agreement started on 25 September 2020, and text-based negotiations may be concluded within 2022. Meanwhile, the European Commission (EC) started a first round of negotiations with the Republic of Angola for a Sustainable Investment Facilitation Agreement (SIFA) on 22 June 2021, which focused on investment facilitation. The SIFA, similar to Brazilian CFIA, is ‘the first-ever bilateral agreement on investment facilitation that the EU is negotiating’, which could represent a new model with a strong orientation toward investment facilitation.

To achieve the objective of facilitating investments, the first step is to identify elements of investment facilitation. Consensus has been reached on core aspects of investment facilitation, i.e., transparent and efficient administrative procedures. In practice, numerous countries are streamlining or simplifying administrative pro-

¹⁴ UNCTAD. *Global Action Menu for Investment Facilitation*. 2017. Available at: https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Action%20Menu%202023-05-2017_7pm_print.pdf. Access on: 12 Oct. 2022.

¹⁵ G20. *G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking*. 2016. Available at: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Guiding-Principles-for-Global-Investment-Policymaking.pdf>. Access on: 12 Oct. 2022.

¹⁶ WTO. *Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development*, WT/L/1072. 2019.

cedures.¹⁷ Still, questions remain.¹⁸ Notably, what is the relationship between the policy of investment facilitation and existing international investment regime? How could agreements of investment facilitation coordinate with traditional IIAs featured with ISDS?

3 Brazilian model: investment facilitation as a substitute

3.1 Resistance to BITs

Brazil is the second largest economy in the Western Hemisphere behind the United States. According to UNCTAD, Brazil is the world's ninth largest FDI recipients in 2018 with inflows of \$60 billion and the sixth largest FDI recipient in 2019 with inflows of \$72 billion, which increased 20 percent.¹⁹ But on the other hand, FDI outflow was minus \$16 billion and \$16 billion in 2018 and 2019 respectively, ranking 160th and 20th respectively in the world. In 2020, due to the impact of COVID-19, FDI flows to Brazil fell drastically by 50%.²⁰

Before 2000, Brazil's outbound investments were low, thus Brazil was mainly a net FDI recipient.²¹ Brazil was deeply influenced by Calvo Doctrine. In 1990s, Brazilian government signed several Bilateral Investment Treaties (BITs), but Brazilian Congress ratified none of them. In 2002, Brazil declared that ISDS was unconstitutional.²² Specific reasons of non-ratifications of BITs mainly lie in three aspects: firstly, concerns of

sovereignty and hostility to the inequality of BITs between home countries and host countries; secondly, unclear effect of BITs on attracting FDI inflows; thirdly, conflicts between some BIT clauses and domestic legal order of Brazil.²³ Beside resistance to BITs, Brazil remains out of ICSID Convention.

An empirical investigation reveals that BITs act more as complements than as substitutes for regulatory quality and domestic rule of law in attracting FDI inflows.²⁴ There are many signatory countries received little FDIs. By contrast, Brazil continuously ranks among top FDI recipients in the world. The Brazilian experiences seem to prove BITs are not determinant factors for attracting FDI, other factors such as market factors, domestic institutions may be more important. Isolated from BITs networks, Brazil endeavored to give international investments effective protection by Brazilian law, e.g., Arbitration Law No.9307 in 1996.

More and more Brazilian companies invested abroad after 2000. Brazil's outward FDI was about \$52 billion, \$149 billion and \$181 billion in 2000, 2010 and 2015 respectively, which increased more than 3 times from 2000 to 2015.²⁵ Brazil increasingly became a home state of FDI. Consequently, there was growing need for effective mechanisms of investment protection. However, Brazil remained resistant to ISDS and BITs. It is proposed that there are mainly two reasons, one is the model of Brazilian state capitalism, the other is the possibility of treaty shopping for Brazilian investors.²⁶

3.2 Practices on investment facilitation

1 Bilateral and Regional Effort: CIFAs

In 2013, Brazil developed a new model of international investment rule-making, namely, CIFA. Brazil has concluded several CFAs since 2015 with: Mozambique

¹⁷ UNCTAD. *World Investment Report (2020)*. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_en.pdf. Access on: 12 Oct. 2022. p. 102.

¹⁸ See GHOURI, Ahmad. What Next for International Investment Law and Policy? A Review of the UNCTAD Global Action Menu for Investment Facilitation. *Manchester Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 2, p. 190-213, 2018.

¹⁹ UNCTAD. *World Investment Report (2020)*. p. 12.

²⁰ UNCTAD. *Investment Trends Monitor*. 2021. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeiainf2021d1_en.pdf. Access on: 12 Oct. 2022. p. 3.

²¹ See MONEBHURUN, 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, p. 79-100, 2017.

²² U.S. DEPARTMENT OF STATE. *2020 Investment Climate Statements: Brazil*. Available at: <https://www.state.gov/reports/2020-investment-climate-statements/brazil/>.

²³ WEI, Dan. Bilateral Investment Treaties: An Empirical Analysis of the Practices of Brazil and China. *European Journal of Law and Economics*, v. 33, p. 663-690, 2012.

²⁴ HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite*. Available at: http://documents1.worldbank.org/curated/en/113541468761706209/105505322_20041117160010/additional/multi0page.pdf. Access on: 12 Oct. 2022.

²⁵ UNCTAD. *World Investment Report (2016)*, Annex, Table 2.

²⁶ REIS, Marcelo Simões dos; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. Revisiting Brazilian Aversion towards the Investor-State Clause: Capitalism of State and Treaty-shopping. *Brazilian Journal of International Law*, v. 16, n. 1, 2019.

(2015), Angola (2015), Mexico (2015), Malawi (2015), Colombia (2015), Peru (2015), Chile (2015), Iran (2016), Azerbaijan (2016), Armenia (2017), Ethiopia (2018), Suriname (2018), Guyana (2018), the United Arab Emirates (2019), Morocco (2019), Ecuador (2019) and India (2020).²⁷ The following CFAs are in force: Mexico, Angola, Armenia, Azerbaijan, and Peru. In 2017, Brazil signed with MERCOSUR an Intra-MERCOSUR Cooperation and Facilitation Investment Protocol and ratified it in 2019.²⁸ Notably, CFAs concluded are different from each other in some aspects.²⁹ The features of CFAs are as follows.³⁰

Firstly, CFAs focus on regulatory power of states and investment facilitation. Different from IIAs imposing obligations on host states, CFAs put emphasis on regulatory power of states. For example, transfers clause stipulates some restrictions for capital transfer. The host state could prevent transfer in circumstances of bankruptcy or insolvency, criminal infractions, enforcement of judicial or administrative decisions, serious difficulties in the balance of payments and external financial difficulties or threat.³¹ Notably, CFAs contain an agenda for further investment cooperation and facilitation, to address topics such as transfers, visas and so on.

Secondly, CFAs emphasize institutional governance to promote intergovernmental dialogues and cooperation. CFAs establish institutions, a Joint Committee and Focal Points or Ombudspersons, to ensure continued communication between foreign investors and host states. The Joint Committee is a political decision-making treaty organ, composed of government representatives of both parties to the treaty, acting jointly and responsible for administering the relevant agreement.

Focal Points are domestic governmental institutions of the parties that comply with directives issued by the Joint Committee. Moreover, Focal Points give investors support and hear their complaints, serving as points of first contact for foreign investors in the host state.

Thirdly, CFAs establish substantive obligations for investors to ensure sustainable development. CFAs reaffirm the obligations of investors to comply with all local laws of the host state in all stages of investments, particularly the obligations concerning anti-corruption and taxation. CFAs set up guidelines and standards for responsible business conduct, such as respecting human rights, protecting environment, and so on.

Fourthly, the most distinctive feature of CFAs is the dispute prevention mechanism and dispute settlement mechanism without ISDS. Unlike traditional IIAs, CFAs do not include ISDS mechanism. Instead, CFAs establish a mechanism of dispute prevention through institutional governance, which include: 1) an Ombudsman and a Joint Committee act as mediators to amicably settle any dispute; 2) the Joint Committee hears the parties, evaluates the submission presented and issues report about the dispute if amicable settlement fails; 3) the Joint Committee calls for special meetings to review matters that have been submitted. During the procedure, the Joint Committee may invite the specific investor affected or other interested stakeholders to present views. If the dispute remains unsettled within the Joint Committee, one party may initiate interstate arbitration. Similar to existing interstate arbitration, the objective of CFIA state-state arbitration is to rectify non-confirming measures. CFAs confer the power of granting compensation on interstate arbitral tribunal only upon specific agreement of the parties. It is advocated that the compliance-oriented interstate adjudication mechanism of CFAs is inspired by WTO rules.³²

2 Multilateral Effort

Brazil participated in the submission of the Proposal for a WTO Informal Dialogue on Investment Facilitation for Development in 2017 as a member of FIFD. Besides, Brazil submitted a proposal Possible Elements of a WTO Instrument on Investment Facilitation to

²⁷ UNCTAD. *Investment Policy Hub*. Available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>. Access on: 12 Oct. 2022.

²⁸ MERCOSUR. *Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra Mercosur*. Available at <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5548/download>. Access on: 12 Oct. 2022.

²⁹ See NATHALIE, Bernasconi-Osterwalder; MARTIN, Dietrich Brauch. Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CFAs) with Mozambique, Angola, Mexico and Malawi. *International Institute for Sustainable Development*, p. 1-16, 2015.

³⁰ See WEI, Dan; TANG, Yanyan. From the Outsider to the Pioneer of International Investment Rules: On Brazil CFIA Model. *Wuhan University International Law Review*, v. 5, p. 63-83, 2019.

³¹ See CFIA, Article 10.

³² GERALDO, Vidigal; BEATRIZ, Stevens. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the future? *Journal of World Investment & Trade*, v. 19, n. 3, p. 488, 2018.

gether with Argentina in 2017.³³ The elements of investment facilitation include transparency, requirements and process, single electronic window, National Focal Point or Ombudsperson, and so on. In January 2018, Brazil submitted a draft multilateral Investment Facilitation Agreement, which covers similar elements.³⁴

3 Domestic Reform

Except bilateral, regional and multilateral efforts, Brazil continues domestic reform on investment facilitation. The Brazilian Trade and Investment Promotion Agency (APEX) plays a leading role in attracting FDI to Brazil. APEX is not a one-stop-shop for foreign investors, but the agency can assist free of charge in all steps of the investor's decision-making process, include identifying and contacting potential industry segments, sector and market analyses, and general guidelines on legal and fiscal issues.³⁵ In 2019, the Ministry of Economy created the Ombudsman's office to provide foreign investors with a single point of contact for concerns related to FDI. The plan seeks to eventually streamline foreign investments in Brazil by providing investors, foreign and domestic, with a simpler process for the creation of new businesses and additional investments in current companies. Currently, the Ombudsman's office is not operating as a single window for services, but rather as an advisory institute for FDI.³⁶

The Economic Freedom Law 13.874 adopted in September 2019 includes several regulatory simplification provisions. Since 2019, it has been easier for foreign investor to get investment permission from the Brazilian federal government. Foreign companies can make request for establishment on government's Portal. According to World Bank's Doing Business Report from 2019 to 2020, some Brazilian states (São Paulo

and Rio de Janeiro) made starting a business easier by allowing expedited business registration and by decreasing the cost of the digital certificate.

Brazil is in the process of setting up a 'one-stop-shop' for international investors. In May 2020, Government of Brazil published No.43 Resolution (RESOLUÇÃO NO 43 DE 4 DE MAIO DE 2020) which carries further reform on the Direct Investments Ombudsman (DIO) Mechanism. Initially, the service scope of Ombudsman's office was limited to foreign investors covered by CFIA's. No.43 Resolution expands the mandate of DIO to all foreign investors in Brazil, regardless of their nationality. The DIO is a 'single window' for investors, provided by the Executive Secretariat of CAMEX. The DIO is responsible for receiving requests and inquiries about investments, to be answered jointly with the public agency responsible for the matter at the Federal, State and Municipal levels involved in each case (the Network of Focal Points).³⁷

On basis of factors outlined above, Brazil offers an innovative model of international investment treaty, and an alternative model of international investment governance. CIFAs create a new regime for protecting foreign investment excluding ISDS and establishing a hybrid system of dispute prevention mechanisms and state-to-state arbitration.³⁸ Moreover, Brazilian practices reflect a new trend of international investment law and policy. It seems FDI policy is shifting from investment protection and investment liberalization to investment facilitation. Nonetheless, CIFAs may not necessarily perform the same role as BITs but act as a complementary.³⁹

There is still much room for Brazil to improve on facilitating investments. In World Bank Doing Business Report 2020, Brazil ranked 124th out of 190 countries in terms of overall conveniences of doing business in 2019. Brazil's lowest score was in annual administrative burden for a medium-size business to comply with Brazilian tax codes at an average of 1,501 hours, much

³³ WTO. *Possible Elements of a WTO Instrument On Investment Facilitation, Communication From Argentina And Brazil*. 2017. JOB/GC/124 □ WTO Documents. Available at: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?CatalogueIdList=236414,236189,236149,235996,235960,235961,235962,235526,235438&CurrentCatalogueIdIndex=6. Access on: 12 Oct. 2022.

³⁴ WTO. *Structured Discussions Investment Facilitation: Communication from Brazil*. Available at: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=241891&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullT. Access on: 12 Oct. 2022.

³⁵ U.S. DEPARTMENT OF STATE. *2020 Investment Climate Statements: Brazil*. Available at: <https://www.state.gov/reports/2020-investment-climate-statements/brazil/>.

³⁶ U.S. DEPARTMENT OF STATE. *2020 Investment Climate Statements: Brazil*. Available at: <https://www.state.gov/reports/2020-investment-climate-statements/brazil/>.

³⁷ See DIO's website. Available at: <http://oid.economia.gov.br/en/menus/8>. Access on: 12 Oct. 2022.

³⁸ GERALDO, Vidigal; BEATRIZ, Stevens. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the future? *Journal of World Investment & Trade*, v. 19, n. 3, p. 487, 2018.

³⁹ TITI, Catharine. International Investment Law and The Protection of Foreign Investment in Brazil. *Transnational Dispute Management*, v. 2, Special Issue on Latin America, 2016. v. 1.

higher than the 160.7 hour average of OECD high-income economies. Business managers often complain of not being able to understand complex and sometimes contradictory tax regulations.

4 China's practices: investment facilitation as a supplement

4.1 Follower of Investment Treaty regime

In 1978, the Chinese government adopted 'open door policy', which altered China's development strategy from one based on closed economy to one of active participation in world economy.⁴⁰ Since 2001, China has pursued a 'going-out' investment policy. China continues to be one of the top host economies and top home economies in the world in recent years. According to UNCTAD, China was the fourth largest economy of outbound FDI and the second largest economy of inbound FDI in 2019.⁴¹ China has concluded more than 100 IIAs since 1980s, most of which include ISDS mechanism. China's attitude towards ISDS has shifted from 'cautious' to 'proactive'.⁴² It could be concluded that China's current policy toward IIAs backed with ISDS mechanism has evolved to a balanced one.

China's approaches to IIAs echoed with the main trend of IIAs revolution worldwide. It is contended that China's investment treaty-making practice is largely inspired by its partner countries, which result in the inconsistency of China's approaches to international investment rule-making.⁴³ As more and more ISDS cases initiated against China and by Chinese mainland investors, China is unsatisfactory to the current ISDS system.⁴⁴ On 28 December 2018, China submitted writ-

ten comments on the proposed amendments of ICSID Arbitration Rules, addressing issues of treaty interpretation, conflict of interest of arbitrators, parallel proceedings, third-party funding and so on.⁴⁵ On 31 July 2020, China submitted further comments.⁴⁶ On 19 July 2019, China submitted a proposal on ISDS reform to the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group III.⁴⁷ Under this proposal, China reaffirmed its commitment to ISDS as an important mechanism for resolving investor-state disputes while admitted the necessity to reform ISDS mechanism and made recommendations thereto.

On 30 December 2020, China and the EU concluded in principle negotiations on the Comprehensive Agreement on Investment (CAI). CAI didn't cover ISDS mechanism, but relegate it to future negotiations. Perhaps due to the EU's proposal on Multilateral Investment Court, the parties have to take into account the work undertaken in the context of UNCITRAL on a Multilateral Investment Court. It is contended that China is open to possible proposals to improve ISDS mechanism and may vary its position when necessary.⁴⁸

4.2 Practices on investment facilitation

China is a positive participant of global governance of investment facilitation. Declaration on the Establishment of the Shanghai Cooperation Organization (SCO) and Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road both mentions promoting investment facilitation and reducing barriers to investments. International cooperation on investment facilitation would reduce the barriers to and costs of Chinese outbound investments and

⁴⁰ HUAN, Guocang. China's Open Door Policy, 1978-1984. *Journal of International Affairs*, v. 39, n. 2, p. 1-18, 1986.

⁴¹ UNCTAD. World Investment Report (2020). p. 12-15.

⁴² CHI, Manjiao. The Evolution of ISA Clauses in Chinese IIAs and Its Practical Implications: The Admissibility of Disputes for Investor-State Arbitration. *Journal of World Investment & Trade*, v. 16, p. 869-898, 2015.

⁴³ BERGER, Axel. Hesitant Embrace: China's Recent Approach to International Investment Rule-Making. *Journal of World Investment & Trade*, v. 16, p. 843-868, 2015.

⁴⁴ See NING Hongling; QI Tong. A Chinese Perspective on the Investment Court System in the Context of Negotiating EU-China BIT. *Tsinghua China Law Review*, v. 11, p. 91-127, 2018.

⁴⁵ CHINA. *Comments on the Proposed Amendments to the ICSID Rules Submitted by China*. Available at: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/state-input/China_Comments_12.28.18.pdf. Access on: 12 Oct. 2022.

⁴⁶ CHINA. *Comments submitted by China on ICSID Secretariat Working Paper #4*. Available at: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/state-input/20200731-%20China%20on%20ICSID%20Secretariat%20Working%20Paper%20%234.pdf>. Access on: 12 Oct. 2022.

⁴⁷ CHINA. *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Submission from the Government of China*, A/CN.9/WG.III/WP.177, Jul. 2019.

⁴⁸ KATIA, Fach Gomez. EU-China Negotiations on Investor State Dispute Settlement within the Cai Framework: Are We on the Right Track? *Revista General de Derecho Europeo*, v. 55, 2021. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3947782>. 12 Oct. 2022.

foreign investments. An empirical study shows that an increase of 1% in the level of investment facilitation of the host state can generally bring a 2.173% increase of China outward FDI along the Belt and Road.⁴⁹

1 Multilateral Effort

On 4 April 2017, China participated in the submission of WTO Informal Dialogue on Investment Facilitation for Development as an initial member of FIFD. On 21 April 2017, China proposed a Possible Elements of Investment Facilitation, which mainly included enhancing transparency, improving efficiency, and responding to developing and least-developed members' needs. On 31 August 2017, Outlines for BRICS Investment Facilitation was approved at the 7th Meeting of the BRICS Trade Minister held on in Shanghai, China. It identifies some good practices, including enhancing transparency, improving efficiency and promoting cooperation.

2 Bilateral and Regional Effort

Besides multilateral participation, China also promotes investment facilitation at bilateral and regional level. Unlike Brazil, bilateral agreements focusing on investment facilitation are very rare and limited. In 2015, China and Australia signed Memorandum of Understanding between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China on an Investment Facilitation Arrangement, which focuses primarily on the issue of visas to Chinese companies investing in Australia.

Nonetheless, China is still a proponent of traditional IIAs. Investment facilitation provisions are incorporated in traditional IIAs. For example, in the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (RCEP) signed in 2020, Article 10.17 of the investment chapter deals with rules of investment facilitation, its content is as follows:

1. Subject to its laws and regulations, each Party shall endeavour to facilitate investments among the Parties, including through:

(a) creating the necessary environment for all forms of investment;

(b) simplifying its procedures for investment applications and approvals;

(c) promoting the dissemination of investment information, including investment rules, laws, regulations, policies, and procedures; and

(d) establishing or maintaining contact points, one-stop investment centres, focal points, or other entities in the respective Party to provide assistance and advisory services to investors, including the facilitation of operating licences and permits.

2. Subject to its laws and regulations, a Party's activities under subparagraph 1(d) may include, to the extent possible, assisting investors of any other Party and covered investments to amicably resolve complaints or grievances with government bodies which have arisen during their investment activities by:

(a) receiving and, where appropriate, considering referring or giving due consideration to complaints raised by investors relating to government activities impacting their covered investment; and

(b) providing assistance, to the extent possible, in resolving difficulties experienced by the investors in relation to their covered investments.

3. Subject to its laws and regulations, each Party may, to the extent possible, consider establishing mechanisms to make recommendations to its relevant government bodies addressing recurrent issues affecting investors of another Party.

4. The Parties shall endeavour to facilitate meetings between their respective competent authorities aimed at exchanging knowledge and approaches to better facilitate investment.

5. Nothing in this Article shall be subject to, or otherwise affect, any dispute resolution proceedings under this Agreement.

3 Domestic Reforms

Domestic reforms relating to investment facilitation is ongoing. In 2013, the State Council announced the Shanghai Pilot Free Trade Zone to provide more open and higher standard trade and investment services to foreign companies. In the same year, China published the first Special Management Measures for Foreign Investment Access (Negative List). For industries not included in the Negative List, foreign investors would receive national treatment with regard to the establish-

⁴⁹ CHEN, Jiyong *et al.* Investment Facilitation and China's Outward Foreign Direct Investment along the Belt and Road. *China Economic Review*, v. 61, p. 1-16, 2020.

ment and approval requirements and process. China gradually scaled up its Pilot Free Trade Zone to 18 Pilot Free Trade Zones. Experiences and good practices would be shared by all Pilot Free Trade Zones.⁵⁰ Meanwhile, the Negative List in Pilot Free Trade Zone is updated annually, becoming shorter and shorter.

In 2018, the General Office of the Ministry of Commerce(MOC) and the General Office of the State Administration for Industry and Commerce jointly issued the Notice on the Implementation of the Acceptance of the Single Window and Single Form for Business Filing and Industrial and Commercial Registration of Foreign-Invested Enterprises in order to simplify the procedures for the establishment of foreign-funded enterprises and to further enhance the facilitation of the foreign investment throughout the country.

In March 2019, the National People's Congress passed the new Foreign Investment Law that effectively replaced previous laws governing foreign investment. It came into force on 1 January 2020. The Foreign Investment Law intends to abolish the case-by-case review and approval system on market access for foreign investment and standardize the regulatory regimes for foreign investment by including the Negative List management system, a foreign investment information reporting system, and a foreign investment security review system all under one document. In addition, it establishes a complaint mechanism for investors to report administrative abuses.

In October 2019, the State Council approved the Regulation on Optimizing the Business Environment, which was intended to provide investors with a transparent, equitable, predictable and efficient regulatory and administrative framework. Accordingly, several rounds of 'reform, abolish, and interpretation' of current laws and regulations have been carried out, and a number of relevant laws and regulations have been formulated and issued. The list of powers and responsibilities of the three-level government departments of provinces, cities and counties and the list of approval items of the State Council have been announced to the public.

Online service platforms are established to facilitate investments. The State Council established a new

and user-friendly website in English to assist foreign investors looking to do business in China. In December 2019, China also launched a Chinese-language nationwide government service platform on the State Council's official website. The platform connected 40 central government agencies with 31 provincial governments, providing information on licensing and project approvals by specific agencies. The central government published the website under its 'improving the business climate' reform agenda, claiming that the website consolidates information and offers cross-regional government online services. On 24 February 2021, a Chinese-language National Laws and Regulations Database opened, which make available all of the national and local laws and regulations to the public.⁵¹

From the above-mentioned practices, it could be found that China's policy towards international investment regime is inclusive. Without a unique style, China's approaches to IIAs are influenced by contracting partners and thus inconsistent to some extent. As a top FDI recipient and home state, China is determinate to improve domestic business environment by protecting, liberalizing, promoting and facilitating investments. Except the proposal to WTO, investment facilitation measures are not clearly departed from investment liberalization and protection measures. Instead, investment facilitation policies are incorporated in IIAs. In other words, investment facilitation is regarded as a supplement rather than a total substitute for existing investment regime.

In 2019, China climbed more than 40 spots in the World Bank's Ease of Doing Business Survey to 31st place out of 190 economies. This was partly due to regulatory reforms that helped streamline some business processes, including improvements to addressing delays in construction permits and resolving insolvency. Of course, there is still much room for improvement. The World Bank Global Indicators of Regulatory Governance gave China a composite score of 1.75 out of 5 points, attributing China's relatively low score to the futility of foreign companies appealing administrative authorities' decisions to the domestic court system; not having easily accessible and updated laws and regulations; the lack

⁵⁰ See CHINA STATE COUNCIL. *Notice on Replication and Promotion of the Sixth Batch Pilot Experiences by State Council on 7 July 2020*. Available at: http://www.gov.cn/zhengce/content/2020-07/07/content_5524720.htm. Access on: 12 Oct. 2022.

⁵¹ The website is available at: <https://flk.npc.gov.cn/>. Access on: 12 Oct. 2022.

of impact assessments conducted prior to issuing new laws; and other concerns about transparency.⁵²

5 What can China and Brazil learn from each other?

China and Brazil share many common elements on investment facilitation, such as transparency, efficiency, establishment of focal points, amicable resolution of complaints and so on. Meanwhile, there are some obvious distinctions between China and Brazil. Brazil's proposal and Brazilian model covers a wider range of measures, including corporate social responsibility and anti-corruption, while China's proposal involves only limited issues. In a broader context, China is still a proponent of traditional IIAs, which is different significantly from Brazil. By comparison of elements of the Brazilian model of investment facilitation and the practice of China, it could be found that China and Brazil could draw some lessons from each other.

5.1 Brazilian experiences: investment prevention mechanism

Cooperation, openness and inclusiveness are three fundamental features of The Belt and Road Initiative. Chinese culture cherishes the idea 'a bad compromise is better than a good lawsuit'. Chinese mainland investors are generally reluctant to make use of ISDS mechanism to protect their rights. Meanwhile, the number of ISDS cases against China is rising. So, it is for China's benefit to prevent investment disputes. It is suggested that China should draw lessons from Brazil, and enhance international coordination and cooperation to prevent investment disputes.⁵³

Article 26 of the new Foreign Investment Law stipulates that 'the State establishes a complaint and settlement mechanism for foreign-invested enterprises, with a view to promptly handling problems raised by foreign-invested enterprises or their investors, and coordinating and improving relevant policies and measures'. In

August 2020, MOC issued the rules on handling complaints from foreign-invested enterprises, i.e., Measures for Processing Complaints of Foreign-invested Companies (hereinafter referred to as Measures), which came into force on 1 October 2020. Article 26 of the Foreign Investment Law and the Measures reflect the willingness of China to establish a prevention mechanism for investment disputes.

However, obvious distinctions exist between the complaint system of China and the dispute prevention mechanism of Brazil. CFAs prevent disputes through institutional governance. Focal Points or Ombudsmen combine two types of functions. The first function is to provide support and assistance for foreign investors. The second function is to investigate and hear complaints from investors as well as from local governments, to prevent the emergence of formal disputes. Easing tension among stakeholders early on in an investment project can avoid their escalation to a legal dispute.⁵⁴ Responsibilities of Focal Points or Ombudspersons include:

- a) Endeavour to follow the recommendations of the Joint Committee and interact with the National Focal Point of the other Party, in accordance with this Agreement;
- b) Follow up on requests and enquiries of the other Party or of investors of the other Party with the competent authorities of the Party and inform the stakeholders on the results of its actions;
- c) Assess, in consultation with relevant government authorities, suggestions and complaints of the Party received from the other Party or investors of the other Party and recommend to the Joint Committee, as appropriate, actions to improve the investment environment;
- d) Seek to prevent differences in investment matters, in collaboration with government authorities of the Party and relevant private entities and report to the Joint Committee;

⁵² See Global Indicators of Regulatory Governance. Available at: <https://rulemaking.worldbank.org/en/data/explorecountries/china#>. Access on: 12 Oct. 2022.

⁵³ QI Tong, On the Prevention Mechanism of Investment Disputes along the Belt and Road. *Law Review*, v. 3, p. 86, 2018.

⁵⁴ NATHALIE, Bernasconi-Osterwalder; MARTIN, Dietrich Brauch. Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico and Malawi. *International Institute for Sustainable Development*, p. 6, 2015.

e) Provide timely and useful information on regulatory issues, which could affect general investment or specific projects; and

f) Report its activities and actions to the Joint Committee, when appropriate.

Different types of functions require different degrees of independence. For the second function, it will be important to ensure that the National Focal Point be independent as far as possible, and broadly represented in terms of interests.⁵⁵ National Focal Point, or Ombudsman is a single and neutral agency or authority assessing complaints from foreign investors. In Brazil, the National Focal Point is CAMEX, which is part of the Government Council of the Presidency of the Federative. CAMEX's main body is the Council of Ministers, which is an inter-ministerial body. The structure supporting the Ombudsman involves a network of focal points across different levels and branches of governmental agencies.⁵⁶

By contrast, the institutions handling complaints from foreign investors in China are less independent. According to the Measures, the mandate of National Center for Complaints of Foreign-Invested Enterprises only includes handling complaints from foreign investors against ministerial bodies or provincial governments. Other complaints have to be submitted to local or regional level institutions. Whether this system would provide for consistent application in cases handled across the country remain to be seen. Moreover, as the complaint center is buried within MOC which has little influence over the complaint process, it is doubted that it could not do much apart from passing the complaint to the relative authority.⁵⁷ In addition, local or regional institutions lack independence because they are affiliated to local government.

⁵⁵ NATHALIE, Bernasconi-Osterwalder; MARTIN, Dietrich Brauch. Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico and Malawi. *International Institute for Sustainable Development*, p. 6, 2015.

⁵⁶ DROUBI, Sufyan. Investment Facilitation Mechanisms and Access to Justice in Brazilian Investment Agreements. *ASIL Insights*, v. 24, n. 9, 2020.

⁵⁷ GIOLZETTI, Don. China's New Complaint Measures for Foreign Companies: Substance or Style? *China Business Review*, Feb. 2021. Available at: <https://www.chinabusinessreview.com/chinas-new-complaint-measures-for-foreign-companies-substance-or-style/>. Access on: 12 Oct. 2022.

Though the Measures broaden the scope of complaints, making it clear that foreign companies could air grievances, as well as report problems in the investment environment and make suggestions to improve relevant policies and measures, the function of the complaint system is still limited. It may not prevent the investment dispute at an early stage. Therefore, it is suggested that China draws some experiences from Brazil in terms of institutional governance, establishing a similar single national focal point capable of providing comprehensive assistances to foreign investors to facilitate investments and enhance coordination among different shareholders.

Joint Committee exists in many Free Trade Agreements. The Joint Committee established under the CFIA is similar to that in U.S. FTAs which are also responsible for supervising the implementation of the FTA.⁵⁸ In addition, in U.S.-Korea FTA, the Joint Committee shall also seek to resolve disputes that may arise regarding the interpretation or application of this Agreement.⁵⁹ The Joint Committee in CFIA is mandated with preventing, managing and resolving any dispute regarding investments. The Joint Committee in CFIA examines the dispute, hear the parties and issue a report on the dispute, seeking to resolve any issues or disputes concerning investments of investors from the other Party in an amicable manner. This could lead to more constructive solutions, especially if the search for solutions is implemented more broadly, extending to a range of stakeholders.⁶⁰ Furthermore, before initiating state-state arbitration, the parties must first submit their dispute to the Joint Committee. The pre-arbitration procedure may reduce the number of formal disputes.

The Joint Committee and National Focal Points interact with each other, creates a chain of communication linking investors and authorities of state parties. This mechanism creates opportunities for them to speak at strategic points in time (before the adoption of a new

⁵⁸ See e.g. U.S.-Korea FTA, Article 22.2. Available at: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text>. Access on: 12 Oct. 2022.

⁵⁹ U.S.-Korea FTA, Article 22.2.

⁶⁰ NATHALIE, Bernasconi-Osterwalder; MARTIN, Dietrich Brauch. Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico and Malawi. *International Institute for Sustainable Development*, p. 6, 2015.

regulation or a line of action), which may prevent the formation of certain disputes.⁶¹

5.2 Chinese experiences: inclusive investment policies

Brazil's approaches focus heavily on investment facilitation, rather than on investment protection and market access. The Brazilian model is obviously less protective for investors. Substantive obligations of CFIA include national treatment, Most-Favored-Nation treatment, direct expropriation, (not full) compensation for losses and so on. Typical clauses in traditional BITs, such as fair and equitable treatment, indirect expropriation, are absent. Particularly, CFIA emphasize the obligation of investors to comply with domestic law, which may result in the lack of protection by international standards. If damages to investors are caused by unreasonable domestic legislations, investors may find no remedies.

Access to justice may not be guaranteed. The excessive bureaucratization and formalism may aggravate inefficiency and affect legitimacy, especially when the amount of work increases significantly. It is unclear how the Ombudsman will manage the complexities of interacting with other authorities and the network of domestic focal points in a complex federal system.⁶² The Joint Committee is a good platform to conduct dialogue and bilateral consultations. While it is likely that the Joint Committee might be able to prevent disputes to some extent, it will be more difficult for it to resolve disputes, since it is composed of representatives of the parties rather than third-party mediators.⁶³ The Joint Committee entrusted with a large role would bring back an element of diplomacy to the investment protection regime.⁶⁴ Particularly, the Joint Committee,

with an important role in dispute settlement involving affected investors, may even cause high tensions between state parties when state parties have direct involvement in a dispute. Moreover, the remedies provided in CFIA are prospective rather than retrospective, which seems meaningless for affected investors. The compliance obligations in CFIA may make expropriation without compensation *de facto* permissible when carried out through a one-time taking. This could generate a perverse incentive for host state to extract rent from foreign investors.⁶⁵ In this sense, CFIA are viewed as a return to the pre-BIT phase of politicized investment protection.⁶⁶ In a word, despite the value of mechanisms in CFIA, it is necessary to take a critical approach towards the role and functioning of Focal Point and the Joint Committee.⁶⁷

Structured discussions at the WTO exclude investment protection, market access and ISDS due to WTO's limited mandate. ISDS is also explicitly excluded in UNCTAD's initiative because it is another complex issue dealt with by specific working group. The focus of multilateral effort on investment facilitation does not mean investment facilitation policies can be isolated from other investment policies. Investment protection is the foundation of international investment regime. Without a predictable and safe business environment, foreign investors may refrain from investing in a state with weak rule of law, even if administrative procedures are efficient. Otherwise, they would face unpredictable risks. Market access is another important factor to foster international investment. Restrictions on market access could reduce directly a number of FDI inflows. In practice, the delineation between investment facilitation on the one hand, and investment liberalization and protection on the other hand is blurry. For example, mandatory time limits for government decisions on the admission of proposed investments go directly

⁶¹ DROUBI, Sufyan. Investment Facilitation Mechanisms and Access to Justice in Brazilian Investment Agreements. *ASIL Insights*, v. 24, n. 9, 2020.

⁶² DROUBI, Sufyan. Investment Facilitation Mechanisms and Access to Justice in Brazilian Investment Agreements. *ASIL Insights*, v. 24, n. 9, 2020.

⁶³ NATHALIE, Bernasconi-Osterwalder; MARTIN, Dietrich Brauch. Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFA) with Mozambique, Angola, Mexico and Malawi. *International Institute for Sustainable Development*, p. 14, 2015.

⁶⁴ GERALDO, Vidigal; BEATRIZ, Stevens. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the future? *Journal of World Investment & Trade*, v. 19, n. 3, p.

489, 2018.

⁶⁵ GERALDO, Vidigal; BEATRIZ, Stevens. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the future? *Journal of World Investment & Trade*, v. 19, n. 3, p. 497, 2018.

⁶⁶ GERALDO, Vidigal; BEATRIZ, Stevens. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the future? *Journal of World Investment & Trade*, v. 19, n. 3, p. 511, 2018.

⁶⁷ TITI, Catharine. Non-adjudicatory State-State Mechanisms in Investment Dispute Prevention and Dispute Settlement: Joint Interpretations, Filters and Focal Points. *Brazilian Journal of International Law*, v. 14, n. 2, p. 47, 2017.

to market access questions and the ability of governments to evaluate proposed investments effectively before making decisions.⁶⁸ Notably, national security concerns about foreign investment intensified in recent years, particularly in developed countries.⁶⁹ Investment facilitation reform can't be ongoing smoothly without addressing concerns of national security. UNCTAD points out that any investment facilitation initiative cannot be considered in isolation from the broader development agenda.

China has a strong impetus to integrate itself with global economy and improve its business environment all around. Domestic reform measures include not only investment facilitation, but also investment protection, liberalization and promotion. In international investment treaty-making, China actively promotes investment facilitation while supporting IIAs and ISDS. In RCEP, each Party shall endeavor to facilitate investments in its own territory, but nothing in this Article (investment facilitation) shall affect any dispute resolution proceedings under the RCEP. In a word, China's investment policies are inclusive, which may be critical to China's rapid development in recent decades.

Though the envisaged FICA may imply that the Brazil's approach becomes more and more popular, it can hardly replace traditional IIAs network worldwide. Considering the Brazilian investors' increasing outbound investment and the growing needs of investment protection, it is suggested that China's open and liberal policies are worth learning for Brazil.⁷⁰

6 Conclusion

Traditional investment protection system is often accused of harming developing countries for the benefit of wealthy multinationals. Investment facilitation,

which is deemed beneficial to attract FDI inflows and having no substantial challenges to regulatory space, is emerging as a new trend of global governance. Multilateral effort, from APEC initiative to WTO negotiation, offers practical guidelines for countries to adopt and promote international cooperation on facilitating investments. While the policy of investment facilitation is complementary to existing international investment regime, it can't act as a total substitute thereof worldwide. An empirical study reveals that for period before the mid-to-late 1990s, investment arbitration was a means to impose the rule of law in non-democratic states with a weak law and order tradition, as well as a neo-colonial instrument to strengthen economic interests of developed states; after the mid-to-late 1990s, investment arbitration serves to promote the international rule of law to some extent.⁷¹

Brazil is a typical country that shows strong resistance to traditional BITs. Unlike BITs that gears toward investment protection, CFIA's primarily focus on investment facilitation through institutional cooperation. CFIA's offer an alternative model for countries reluctant to accept ISDS while finding ways to resolve conflicts relating to investors. Brazil model of investment facilitation is carried out at the domestic, bilateral and regional level, which also exerts influence on multilateral discussions. However, the scope and degree of investment protection are quite insufficient. Particularly, the Joint Committee entrusted with an important function of dispute settlement seems to bring back some elements of diplomacy by acting as an alternative for ISDS mechanism. Currently, there are still numerous political, administrative and judicial barriers in Brazil. It is advisable for Brazil to draw some experiences from China and adopt an open and liberal investment policy.

As one of top largest economy of outbound and inbound FDI, China's attitude towards international investment regime is inclusive. China is a proponent of IIAs with a balanced ISDS mechanism, and a practitioner of investment facilitation as well. In China's practice, the scope of elements of investment facilitation is limited to core aspects, i.e., transparency, efficiency and amicable resolve of disputes between foreign investors and Chinese governments. In other words, investment

⁶⁸ BALINO, Sofia; NATHALIE, Bernasconi-Osterwalder. *Investment Facilitation at the WTO: An Attempt to Bring a Controversial Issue into an Organization in Crisis*. IISD Investment Treaty News. Jun. 2019. Available at: <https://www.iisd.org/itn/en/2019/06/27/investment-facilitation-at-the-wto-an-attempt-to-bring-a-controversial-issue-into-an-organization-in-crisis-sofia-balino-nathalie-osterwalder/>. Access on: 12 Oct. 2022.

⁶⁹ UNCTAD. *World Investment Report (2020)*. United Nations, New York and Geneva. p. 98.

⁷⁰ WEI, Dan. Bilateral Investment Treaties: An Empirical Analysis of the Practices of Brazil and China. *European Journal of Law and Economics*, v. 33, p. 687, 2012.

⁷¹ SCHULTZ, Thomas; DUPONT, Cédric. Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study. *European Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 1147-1168, 2015.

facilitation is one important part but not the whole of investment regime. While investment protection and liberalization system are essential part of business environment, it has to be recognized that BITs can't act as a substitute for domestic institutions. Only when strong domestic institutions are available can a country gain much from BITs networks. Though the Measures provide channels for handling complaints from foreign-invested companies, it is far from enough to facilitate investments by providing one-stop assistances and resolve disputes at an early stage. It is suggested that China draw some experiences from Brazil, enhancing institution governance to prevent disputes and facilitate investments.

References

- APEC. *Investment Facilitation Action Plan*. Available at: http://www.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/-/media/Files/Groups/IEG/08_mrt_r_004.doc. Access on: 12 Oct. 2022.
- AXEL, Berger *et al.* Investment Facilitation for Development: A New Route to Global Investment Governance. *Briefing Paper, n .5, 2019, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), Bonn*. Available at: <http://dx.doi.org/10.23661/bp5.2019>. Access on: 12 Oct. 2022.
- BERGER, Axel. Hesitant Embrace: China's Recent Approach to International Investment Rule-Making. *Journal of World Investment & Trade*, v. 16, p. 843-868, 2015.
- BRONCKERS, Marco. Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements? *Journal of International Economic Law*, v. 18, n. 3, p. 655-677, 2015.
- CHEN, Jiyong *et al.* Investment Facilitation and China's Outward Foreign Direct Investment along the Belt and Road. *China Economic Review*, v. 61, p. 1-16, 2020.
- CHI, Manjiao. The Evolution of ISA Clauses in Chinese IIAs and Its Practical Implications: The Admissibility of Disputes for Investor-State Arbitration. *Journal of World Investment & Trade*, v. 16, p. 869-898, 2015.
- CHINA. *Comments on the Proposed Amendments to the ICSID Rules Submitted by China*. 2018. Available at: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/state-input/China_Comments_12.28.18.pdf. Access on: 12 Oct. 2022.
- CHINA. *Comments submitted by China on ICSID Secretariat Working Paper #4*. 2020. Available at: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/state-input/20200731-%20China%20on%20ICSID%20Secretariat%20Working%20Paper%20%20234.pdf>. Access on: 12 Oct. 2022.
- DROUBI, Sufyan. Investment Facilitation Mechanisms and Access to Justice in Brazilian Investment Agreements. *ASIL Insights*, v. 24, n. 9, 2020.
- G20. *G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking*. 2016. Available at <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Guiding-Principles-for-Global-Investment-Policymaking.pdf>. Access on: 12 Oct. 2022.
- GERALDO, Vidigal; BEATRIZ, Stevens. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the future? *Journal of World Investment & Trade*, v. 19, n. 3, p. 475-512, 2018.
- GHOURI, Ahmad. What Next for International Investment Law and Policy? A Review of the UNCTAD Global Action Menu for Investment Facilitation. *Manchester Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 2, p. 190-213, 2018.
- GIOLZETTI, Don. China's New Complaint Measures for Foreign Companies: Substance or Style? *China Business Review*, Feb. 2021. Available at: <https://www.china-businessreview.com/chinas-new-complaint-measures-for-foreign-companies-substance-or-style/>. Access on: 12 Oct. 2022.
- HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite*. Available at: http://documents1.worldbank.org/curated/en/113541468761706209/105505322_20041117160010/additional/multi0page.pdf. Access on: 12 Oct. 2022.
- HUAN, Guocang. China's Open Door Policy, 1978-1984. *Journal of International Affairs*, v. 39, n. 2, p. 1-18, 1986.
- KATIA, Fach Gomez. EU-China Negotiations on Investor State Dispute Settlement within the Cai Framework: Are We on the Right Track? *Revista General de Derecho Europeo*, v. 55, 2021. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3947782>. Access on: 12 Oct. 2022.

- MARCEDDU, Maria Laura; ORTOLANI, Pietro. What Is Wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioural Experiments. *European Journal of International Law*, v. 31, n. 2, p. 405-428, 2020.
- MERCOSUR. *Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra Mercosur*. Available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5548/download>. Access on: 12 Oct. 2022.
- 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, p.79-100, 2017.
- NATHALIE, Bernasconi-Osterwalder; MARTIN, Dietrich Brauch. Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico and Malawi. *International Institute for Sustainable Development*, p. 1-16, 2015.
- NING, Hongling; QI, Tong. A Chinese Perspective on the Investment Court System in the Context of Negotiating EU-China BIT. *Tsinghua China Law Review*, v. 11, p. 91-127, 2018.
- QI, Tong. On the Prevention Mechanism of Investment Disputes along the Belt and Road. *Law Review*, v. 3, p. 86, 2018.
- REIS, Marcelo Simões dos; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. Revisiting Brazilian Aversion towards the Investor-State Clause: Capitalism of State and Treaty-shopping. *Brazilian Journal of International Law*, v. 16, n. 1, 2019.
- SCHULTZ, Thomas; DUPONT, Cédric. Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study. *European Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 1147-1168, 2015.
- TTTT, Catharine. International Investment Law and The Protection of Foreign Investment in Brazil. *Transnational Dispute Management*, v. 2, Special Issue on Latin America, 2016. v. 1.
- TTTT, Catharine. Non-adjudicatory State-State Mechanisms in Investment Dispute Prevention and Dispute Settlement: Joint Interpretations, Filters and Focal Points. *Brazilian Journal of International Law*, v. 14, n. 2, p. 47, 2017.
- U. S. DEPARTMENT OF STATE. *2020 Investment Climate Statements: Brazil*. Available at: <https://www.state.gov/reports/2020-investment-climate-statements/brazil/>.
- UNCITRAL. *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*: Submission from the Government of China. 2019. A/CN.9/WG.III/WP.177.
- UNCTAD. *Global Action Menu for Investment Facilitation*. 2017. Available at https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Action%20Menu%2023-05-2017_7pm_print.pdf. Access on: 12 Oct. 2022.
- UNCTAD. *Investment Trends Monitor*. 2021. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeiainf2021d1_en.pdf. Access on: 12 Oct. 2022.
- UNCTAD. *Promoting Investment in the Sustainable Development Goals*. 2021. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2021d1_en.pdf. Access on: 12 Oct. 2022.
- UNCTAD. *World Investment Report (2014)*. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD. *World Investment Report (2016)*. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD. *World Investment Report (2020)*. United Nations, New York and Geneva.
- WAIBEL, Michael *et al.* (ed.). *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- WEI, Dan. Bilateral Investment Treaties: An Empirical Analysis of the Practices of Brazil and China. *European Journal of Law and Economics*, v. 33, p. 663-690, 2012.
- WEI, Dan; TANG, Yanyan. From the Outsider to the Pioneer of International Investment Rules: On Brazil CFIA Model. *Wuhan University International Law Review*, v. 5, p. 63-83, 2019.
- WORLD BANK. *Global Investment Competitiveness Report 2017/2018: Foreign Investor Perspectives and Policy Implications*. Washington, DC, 2018.
- WTO. *Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development*, WT/L/1072. 2019.
- WTO. *Possible Elements of a WTO Instrument On Investment Facilitation, Communication From Argentina And Brazil*. 2017. JOB/GC/124 – WTO Documents. Available at: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/

FE_S_S009-DP.aspx?CatalogueIdList=236414,236189,236149,235996,235960,235961,235962,235526,235438&CurrentCatalogueIdIndex=6. Access on: 12 Oct. 2022.

WTO. *Structured Discussions on Investment Facilitation: Communication from Brazil*. 2018. Available at: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=241891&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullT. Access on: 12 Oct. 2022.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Ampliando a proteção social aos migrantes à luz da diretiva de proteção temporária da União Europeia: lições da invasão da Ucrânia

Extending social protection for migrants under the European Union's temporary protection directive: lessons from the invasion of Ukraine

Julia Motte-Baumvol

Tarin Cristino Frota Mont'alverne

Gabriel Braga Guimarães

VOLUME 19 • N. 2 • 2022

EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Ampliando a proteção social aos migrantes à luz da diretiva de proteção temporária da União Europeia: lições da invasão da Ucrânia*

Extending social protection for migrants under the European Union's temporary protection directive: lessons from the invasion of Ukraine

Julia Motte-Baumvol**

Tarin Cristino Frota Mont'alverne***

Gabriel Braga Guimarães****

Resumo

A guerra na Ucrânia trouxe uma mudança sem precedentes na forma como a União Europeia aborda as questões relacionadas à migração. Após o início da invasão da Ucrânia pelas forças russas, o Conselho da União Europeia adotou uma Decisão de Execução que declara a existência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas da Ucrânia, à luz do artigo 5.º da Diretiva 2001/55/CE do Conselho, implementando, assim, o seu mecanismo de proteção temporária pela primeira vez. Embora os dispositivos da Diretiva reflitam os princípios fundadores da União Europeia, as vulnerabilidades específicas dos migrantes internacionais exigem dispositivos sociais adequados para lhes proporcionar um padrão de vida adequado à sua saúde e bem-estar, enquanto durar a proteção fornecida pela Diretiva. O objetivo deste artigo é discutir a natureza dos desafios decorrentes dessa primeira implementação da Diretiva de Proteção Temporária e os seus impactos na eficácia da Diretiva e na abrangência da proteção social prevista às pessoas deslocadas. Alega-se, primeiramente, que a interpretação conjunta da Diretiva e da Decisão do Conselho limita significativamente, o escopo pessoal da proteção, excluindo algumas categorias de migrantes. Posteriormente, o artigo examina o conteúdo da Diretiva e sugere que a interpretação ampla de seus dispositivos de proteção social revela novas dificuldades no que diz respeito ao financiamento dessa proteção e sua sustentabilidade.

Palavras-chave: diretiva de proteção temporária; proteção social; migrantes; invasão da Ucrânia; Solidariedade.

Abstract

The war in Ukraine has brought about an unprecedented change in the way the European Union addresses migration-related issues. Following the invasion of Ukraine by Russian forces, the Council of the European Union adopted an implementing Decision establishing the existence of a mass in-

* Recebido em 26/05/2022
Aprovado em 22/10/2022

** Professora da Faculdade de direito da Université Paris Cité (França). Pos-doutora pela Université de Genève. Doutora pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Diretora do programa ANR JCJC SENIOR. O presente artigo foi redigido no âmbito desse projeto.
Email: julia.mottebaumvol@gmail.com

*** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente pela Université de Paris V e pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Internacional Público pela Université de Paris V. 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.
Email: tarinfmontalverne@yahoo.com.br

**** Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário) pelo Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Técnico em Química pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (IFCE). Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP).
Email: gabrielbrag12@yahoo.com

flux of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Council Directive 2001/55/EC and so activating its temporary protection mechanism for the first time. While the Directive's provisions reflect the founding principles of the European Union, the specific vulnerabilities of international migrants require suitable social provisions to afford them a standard of living as appropriate to their health and well-being for the duration of the protection provided by the Directive. The purpose of this article is to discuss the nature of the challenges arising from this first application of the temporary protection directive, the impact of these challenges on the Directive's efficacy and on the extension of the protection for the displaced persons covered by it. It argues, first, that the joint interpretation of the Directive and the Council Decision significantly limits the personal scope of the protection, leaving some categories of migrants behind. The paper then goes on to examine the substance of the Directive and suggests that the broad interpretation of its social protection provisions reveals new difficulties as regards the financing of this protection and its sustainability.

Keywords: temporary protection directive; social protection; migrants; invasion of Ukraine; solidarity.

1 Introdução

A invasão da Ucrânia pelas forças russas em 24 de fevereiro de 2022¹ desencadeou um dos maiores e mais

rápidos fluxos de refugiados que a Europa testemunhou desde o final da Segunda Guerra Mundial². Em 21 de março de 2022, quase 3,5 milhões de pessoas haviam cruzado as fronteiras ucranianas em direção aos países vizinhos, especialmente Polônia, Eslováquia, Hungria e Romênia³. O Conselho Europeu condenou, veementemente, a invasão russa, apregoando que não apenas a Ucrânia estaria sob ataque, senão também o Direito Internacional, o ordenamento jurídico internacional, a democracia e a dignidade humana⁴. Uma vez que as implicações do conflito prejudicam a segurança e a estabilidade europeia e global⁵, em 4 de março de 2022, o Conselho declarou a existência de um afluxo maciço de pessoas da Ucrânia, à luz do artigo 5º da Diretiva 2001/55/CE⁶, tendo como efeito a implementação do mecanismo de proteção temporária nela prevista⁷.

Journal of International Law, v. 20, n. 4, p. 841-849 2007 e DINSTEIN, Yoram. Aggression. In: MAX Planck encyclopaedia of public international law. Oxônia, GB: Oxford University Press, 2022.

² UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Ukrainian family confronts new reality of life as refugees*. 2022. Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/stories/2022/3/6229dc0f4/ukrainian-family-confronts-new-reality-life-refugees.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

³ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Situation report #9 Ukraine response, 21 March 2022*. 2022. Disponível em: https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/situation_reports/file/iom-regional-ukraine-response-external-sitrep-21032022.pdf. Acesso em: 14 maio 2022.

⁴ CONSELHO EUROPEU. *Remarks by President Charles Michel at the extraordinary debate at the European Parliament on Russian aggression against Ukraine*. 1 mar. 2022. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2022/03/01/remarks-by-president-charles-michel-at-the-extraordinary-debate-at-the-european-parliament-on-russian-aggression-against-ukraine/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

⁵ CONSELHO EUROPEU. *Conclusões do Conselho Europeu sobre a agressão militar não provocada e injustificada da Rússia contra a Ucrânia*. Bruxelas, 24 fev. 2022. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/media/54508/st00018-pt22.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

⁶ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2001/55/CE do Conselho de 20 de Julho de 2001 relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, v. 212, p. 12–23, 7 ago. 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055&from=EN>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁷ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão de Execução (UE) 2022/382 do Conselho de 4 de março de 2022 que declara a existência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas da Ucrânia na aceção do artigo 5.o da Diretiva 2001/55/CE, e que tem por efeito aplicar uma proteção temporária, 2022. *Jornal Oficial da União Europeia*, v. 71, p. 1-64, mar. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D03>

¹ Enquanto a resolução da Assembleia Geral da ONU de 1 de março de 2022 (A/RES/ES-11/1) usa o conceito de agressão (*aggression*) para caracterizar o conflito entre a Ucrânia e a Rússia, a Decisão do Conselho da UE de 4 de março de 2022 usa o conceito de invasão. O presente artigo, portanto, por uma questão de coerência, adotará o conceito de invasão para o presente caso, ciente das dificuldades em caracterizar agressão sob o direito internacional. Nesse sentido, vide UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *United Nations. Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022: A/RES/ES-11/1*. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/293/36/PDF/N2229336.pdf?OpenElement>. Acesso em: 28 abr. 2022 e CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão de Execução (UE) 2022/382 do Conselho de 4 de março de 2022 que declara a existência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas da Ucrânia na aceção do artigo 5.o da Diretiva 2001/55/CE, e que tem por efeito aplicar uma proteção temporária, 2022. *Jornal Oficial da União Europeia*, v. 71, p. 1-64, mar. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382&from=EN>. Acesso em: 28 abr. 2022. Para mais informações sobre a discussão terminológica abordada, vide principalmente CASSESE, Antonio. On some problematical aspects of the crime of aggression. *Leiden*

A Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia, também conhecida como Diretiva de Proteção Temporária, foi adotada como uma resposta concreta à crise de refugiados resultante dos conflitos relacionados com o desmembramento da ex-Iugoslávia na década de 1990⁸. Tem como principal objetivo estabelecer normas mínimas para a concessão de proteção temporária a pessoas deslocadas de países terceiros que não possam retornar ao seu país de origem⁹. Ademais, procura promover “uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento”¹⁰. De fato, embora a migração internacional possa ser uma experiência positiva para alguns indivíduos, várias vulnerabilidades decorrem de fatores, condições ou experiências oriundas do processo migratório¹¹. Tais vulnerabilidades podem incluir po-

breza extrema, desigualdades de gênero, separação da família, falta de acesso aos direitos à educação, saúde, trabalho decente, moradia, alimentação ou água¹². Mais especificamente, migrantes forçados, como os da Ucrânia, “sofrem maior risco de violações de direitos humanos ao longo de sua migração, são menos propensos a fazer escolhas ou formular estratégias de saída”¹³, sendo “portanto, mais propensos a migrar em condições contrárias a sua dignidade”¹⁴. Migrantes que se encontram nessas situações precisam de assistência, mas, muitas vezes, não estão claros quais serviços e quais bens são mais adequados, nem como devem ser fornecidos ou por quem¹⁵.

A Diretiva de Proteção Temporária, na sigla em inglês TPD (*Temporary Protection Directive*), constitui, nesse sentido, um passo importante para a proteção social

82&from=EN. Acesso em: 28 abr. 2022.

⁸ Para mais informações sobre a Diretiva de Proteção Temporária, vide DIRECTORATE-GENERAL FOR MIGRATION AND HOME AFFAIRS. European Commission. *More snapshots from the EU asylum, migration and integration fund*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-11/amif_more_snapshot_e_book.pdf. Acesso em: 01 maio 2022 e GLUNS, Danielle; WESSELS, Janna. Waste of paper or useful tool? The potential of the temporary protection directive in the current ‘refugee crisis’. *Refugee Survey Quarterly*, v. 36, n. 2, p. 57-83, 2017.

⁹ Vide § 8º do preâmbulo e artigo 1º da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

¹⁰ Artigo 1º da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

¹¹ Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM), o termo migrante (*migrant*) é “[...] an umbrella term, not defined under international law, reflecting the common lay understanding of a person who moves away from his or her place of usual residence, whether within a country or across an international border, temporarily or permanently, and for a variety of reasons”. Portanto, as pessoas fugindo da Ucrânia em razão da guerra e que estão abrangidas pelo alcance da TPD podem ser consideradas incluídas nessa definição mais genérica. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Who is a migrant?: IOM definition of “migrant”*. 2022. Disponível em: <https://www.iom.int/who-migrant-0>. Acesso em: 29 abr. 2022. Para mais informações, vide INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *IOM Handbook on protection and assistance for migrants vulnerable to violence, exploitation and abuse*. Geneva: International Organization for Migration, 2019. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/avm_handbook.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022. Outrossim, para maior aprofundamento na temática, vide APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci; JUBILUT, Lílina. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan./jun. 2010 e ANNONI, Danielle; DUARTE, Mônica. A proteção jurídica aplicável aos migrantes e aos refugiados. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA & III MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 13,

2017, Santa Cruz do Sul. *Anais do XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas na Sociedade Contemporânea & III Mostra Nacional de Trabalhos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017. p. 1-15. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16943/4154>. Acesso em: 15 abr. 2022.

¹² OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. United Nations. *Principles and guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

¹³ Tradução nossa do trecho: “[...] are at greater risk of human rights violations throughout their migration, are less likely to be able to make choices or to formulate exit strategies”. HUMAN RIGHTS COUNCIL. United Nations. *Situation of migrants in transit: report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: A/HRC/31/35*. 2016. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/012/91/PDF/G1601291.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 abr. 2022. p. 4-5.

¹⁴ Tradução nossa do trecho: “[...] therefore more likely to migrate in conditions which do not respect their dignity”. HUMAN RIGHTS COUNCIL. United Nations. *Situation of migrants in transit: report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: A/HRC/31/35*. 2016. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/012/91/PDF/G1601291.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 abr. 2022. p. 4-5. Essa vulnerabilidades podem incluir “[...] poverty, discrimination, lack of access to fundamental human rights, including education, health, food and water, and decent work, as well as xenophobia, violence, gender inequality, the wide-ranging consequences of natural disaster, climate change and environmental degradation, and separation from family”. HUMAN RIGHTS COUNCIL. United Nations. *Principles and practical guidance on the protection of the human rights of migrants in vulnerable situations within large and/or mixed movements, on the basis of the existing legal norms: A/HRC/34/CRP.1*. 2017. Princípio 13, § 88.

¹⁵ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *IOM Handbook on protection and assistance for migrants vulnerable to violence, exploitation and abuse*. Geneva: International Organization for Migration, 2019. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/avm_handbook.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

dos migrantes forçados, na medida em que fornece um substrato normativo definido para tal proteção. Além disso, essa proteção é complementar à atual política de ajuda humanitária da União Europeia (UE)¹⁶, na medida em que oferece uma resposta de médio prazo em assuntos vitais, ao contrário da ajuda humanitária que, pela sua própria natureza, é esporádica ou de curta duração e de alcance limitado¹⁷.

Para que essa proteção temporária seja efetivamente implementada, no entanto, o Conselho da União Europeia tem de, primeiramente, declarar que as pessoas deslocadas estão fugindo em forma de “afluxo maciço”¹⁸. Sendo essa decisão sujeita à maioria qualificada de votos¹⁹, a TPD nunca fora antes implementada, embora a Itália, apoiada por Malta, tenha apresentado sem sucesso uma proposta para tanto em 2011²⁰. Nesse sentido, a recente adoção da decisão que declara a existência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas²¹ e a conse-

quente implementação da TPD, não somente abre novos caminhos na história das políticas de migração europeia, mas, também, destaca os desafios emergentes da interpretação dos dispositivos da TPD. O objetivo do presente estudo é examinar dois desafios específicos decorrentes da implementação do mecanismo de proteção temporária, considerando que podem limitar o escopo da TPD e afetar seu objetivo principal de promoção da solidariedade e repartição de encargos entre os Estados-Membros da UE²².

O primeiro desafio a ser enfrentado diz respeito às pessoas a quem a proteção temporária se aplica. A interpretação conjunta da TPD e da Decisão do Conselho limita, significativamente, o escopo pessoal do mecanismo, deixando para trás algumas categorias de residentes na Ucrânia (seção 1). A segunda questão a ser examinada diz respeito aos dispositivos relativos à proteção social na TPD. Apesar de suas características inovadoras, sua substância permanece obscura. Assim, a Decisão do Conselho e a prática dos Estados-Membros em relação à crise da Ucrânia evidenciam a possível ampliação da proteção social em casos concretos de afluxo maciço (seção 2).

Realizou-se o presente artigo com base em uma análise comparada com as obrigações internacionais dos Estados-Membros da UE. Com efeito, a proteção temporária concedida à luz da TPD deverá “[...] ser compatível com as obrigações internacionais dos Estados-Membros em matéria de refugiados”²³ e, de acordo com a TPD, no que tange ao tratamento das pessoas, os Estados-Membros “[...] encontram-se vinculados por obrigações de instrumentos de direito internacional de que são partes e que proíbem a discriminação”²⁴. Por isso, os instrumentos de direito internacional serão

¹⁶ Para mais informações sobre a ajuda humanitária na União Europeia, vide EUROPEAN COMMISSION. *European civil protection and humanitarian aid operations: humanitarian aid*. 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/echo/what/humanitarian-aid_en. Acesso em: 29 abr. 2022.

¹⁷ PATRIAT, Monique. Guest Editorial: the EU humanitarian aid policy: progress and challenges. *European Foreign Affairs Review*, v. 24, p. 1-6, 2010. p. 5.

¹⁸ Vide artigo 2º, alínea “d”, e artigo 5º da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

¹⁹ Vide artigo 5º, inciso I, da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

²⁰ GLUNS, Danielle; WESSELS, Janna. Waste of paper or useful tool? The potential of the temporary protection directive in the current ‘refugee crisis’. *Refugee Survey Quarterly*, v. 36, n. 2, p. 57-83, 2017. p. 62-63.

²¹ Os conceitos de “afluxo maciço” e “pessoas deslocadas” utilizados neste artigo estão em conformidade com os dispositivos da Diretiva 2001/55/CE do Conselho. Todavia, o termo “pessoas deslocadas” não é ideal, pois pode ser entendido como significando que essas pessoas não são refugiados. Para o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), os beneficiários da proteção temporária são considerados refugiados sob sua tutela. UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR annotated comments on COUNCIL DIRECTIVE 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*. 2001. Disponível em : <https://www.unhcr.org/protection/operations/436620152/unhcr-annotated-comments-council-directive-200155ec-20-july-2001-minimum.html>. Acesso em: 14 maio 2022. p. 5. Para mais informações sobre a discussão terminológica abordada, vide ARENAS, Nuria. The concept of ‘mass influx of displaced persons’ in the european directive establishing the temporary protection system. *European Journal of Migration and Law*, v. 7, p. 435-450, 2005. Outrossim, para maior aprofundamento quanto às dificuldades terminológicas na classificação e proteção dos fluxos migratórios forçados, vide MONTALVERNE,

Tarin Cristino Frota; MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira. Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações. *Revista de Direito Internacional*, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 45-55, 21 jul. 2012; LACERDA, Moara; MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. The not so humanitarian dichotomy between refugees and economic migrants. *Nomos*. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito - UFC, Fortaleza, v. 40, n. 2, p. 33-48, 23 fev. 2021.

²² Vide § 23 do preâmbulo da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

²³ § 10 do preâmbulo da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

²⁴ § 16 do preâmbulo da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

examinados e comparados com os compromissos dos Estados-Membros da UE à luz do direito da UE.

2 O escopo pessoal limitado da proteção temporária para as pessoas deslocadas da Ucrânia

O escopo pessoal limitado da Diretiva se reflete, principalmente, na exclusão dos nacionais de países terceiros residentes na Ucrânia do mecanismo de proteção temporária implementado (1.1). Embora a Diretiva preveja alguma flexibilidade a esse respeito, essa flexibilidade não vem sendo utilizada na prática pela maioria dos Estados-Membros da UE (1.2).

2.1 A exclusão de nacionais de países terceiros residentes na Ucrânia

A Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia concede proteção temporária a pessoas oriundas de países terceiros que sejam consideradas “cidadãos de países terceiros ou apátridas que tiveram de deixar o seu país ou região de origem, ou tenham sido evacuadas”²⁵. A Diretiva, também, determina que a decisão do Conselho declarando a existência de um fluxo maciço deve incluir “uma descrição dos grupos específicos de pessoas a que se aplica a proteção (sic) temporária”²⁶. O próprio texto da Diretiva permanece amplamente aberto no que diz respeito à admissão de pessoas, independentemente da sua nacionalidade, estatuto ou situação no Estado atingido pela crise.

Nesse contexto, a Decisão do Conselho de março de 2022 parece limitar o âmbito pessoal da Diretiva. Com efeito, a Decisão estabelece que a proteção temporária será concedida aos cidadãos ucranianos que residam na Ucrânia antes de 24 de fevereiro de 2022 e aos seus familiares, bem como aos apátridas e nacionais de países terceiros que não a Ucrânia “que (se) beneficiavam de proteção internacional ou proteção nacional equivalente na Ucrânia antes de 24 de fevereiro de 2022” e seus familiares²⁷. A TPD abrange, portanto, no caso específico

da invasão da Ucrânia, apenas cidadãos ucranianos ou refugiados, além de outras categorias de migrantes internacionalmente protegidos, já estabelecidos na Ucrânia, e não todos aqueles que fogem do conflito em si. Uma categoria de indivíduos fica, nessas circunstâncias, excluída da proteção temporária pela Decisão do Conselho: os cidadãos estrangeiros que residem legalmente na Ucrânia. Essa categoria da população ucraniana representa, atualmente, quase 5 milhões de pessoas²⁸.

A exclusão de nacionais de países terceiros que vivem na Ucrânia da proteção internacional fragiliza a implementação dos dispositivos do direito internacional. Primeiramente, diverge do artigo 3.º da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, segundo o qual a proteção dos refugiados será concedida sem discriminação de raça, religião ou país de origem²⁹. Em segundo lugar, também conflita com o Princípio do *Non-refoulement*, o qual é uma pedra angular do direito internacional das pessoas refugiadas³⁰, proibindo os Estados de devolver indivíduos a um país onde haja um risco real de serem submetidos à perseguição, tortura, tratamento desumano, degradante ou qualquer outra violação dos direitos humanos³¹. Em consonância com os instrumentos in-

selho da União Europeia.

²⁸ UNITED NATIONS. *International Migrant Stock 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/pd/content/international-migrant-stock>. Acesso em: 29 abr. 2022.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

³⁰ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR note on the principle of non-refoulement*. 1997. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>. Acesso em 14 maio 2022. Para maior aprofundamento na temática, vide PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S. l.], n. 7, p. 51-68, dez. 2006; GUIMARÃES, Gabriel Braga. Análise do caso do navio Aquarius e os desafios à aplicação do princípio do non-refoulement frente às dificuldades impostas pela crise migratória. In: MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; FRANÇA, Marcos Sousa (org.). *Governança internacional e os desafios contemporâneos da agenda multilateral*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p. 329-346.

³¹ Vide artigo 33, inciso 1, da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022. Além disso, em âmbito internacional, o artigo 3º, inciso I, da Declaração das Nações Unidas sobre Asilo Territorial de 1967 também estabelece que ninguém será objeto de medidas tais como a recusa de admissão na fronteira ou, se tiver entrado no território em que procura asilo, a expulsão ou devolução obrigatória (refoule-

²⁵ Artigo 2º, alínea “c”, da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

²⁶ Artigo 3º, alínea “a”, da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

²⁷ Vide artigo 2ª da Decisão de Execução (UE) 2022/382 do Con-

ternacionais supramencionados, o artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem foi interpretado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) como uma vedação implícita ao retorno de qualquer pessoa a um local onde enfrentaria um verdadeiro e comprovado risco de maus-tratos, considerando que representaria uma violação à proibição de tortura, tratamento ou pena desumanos ou degradantes³².

Se o objetivo da TPD é garantir “um espaço de liberdade, segurança e justiça aberto às pessoas que, obrigadas pelas circunstâncias, procuram legitimamente protecção (sic) na União Europeia”³³, a Decisão do Conselho da UE, excluindo dessa proteção os nacionais de países terceiros, parece minar o próprio objetivo, a própria *ratio legis*, da Diretiva, assim como os compromissos internacionais e europeus dos Estados-Membros da UE.

ment) a qualquer Estado onde possa ser objecto de perseguição. ALTO-COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Declaração sobre o asilo territorial*. Resolução N.º 2312 (XXII). 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_UNU_Asilo_Territorial.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_UNU_Asilo_Territorial. Acesso em: 29 abr. 2022. A Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 1984, em seu artigo 3º, proíbe à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. United Nations. *Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. 1984. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>. Acesso em: 29 abr. 2022. No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 7º, foi interpretado como proibindo o retorno de pessoas a locais onde se teme que seja exposta à tortura ou perseguição. LILLICH, Richard B. Reviewed work(s): U. N. Covenant on civil and political rights: CCPR commentary by Manfred Nowak. *The American Journal of International Law*, Cambridge, v. 89, n. 2, p. 460-461, abr. 1995. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdf/2204221.pdf?refreqid=excelsior%3A72c6a8d17be4188e23c175857e51e602&ab_segments=&origin=&acceptTC=1. Acesso em: 31 out. 2022.

³² A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem) de 1950, não prevê o direito de entrada ou de asilo, mas a interpretação do seu artigo 3º pode ser vista como um limite ao poder dos Estados de expulsar estrangeiros. UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-Seekers and Displaced Persons*. *European Series*, v. 2 n. 3, 1996.

³³ § 1º do preâmbulo da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Protecção Temporária).

2.2 A oportunidade perdida de ampliação do escopo pessoal da TPD

A Diretiva deixa certa flexibilidade para os Estados-Membros da UE que estejam dispostos a alargar o âmbito de abrangência para os migrantes em cada crise. Nos termos do seu artigo 7.º, os Estados-Membros podem “tornar a protecção (sic) temporária prevista [...] extensiva a categorias suplementares de pessoas deslocadas, para além das que são abrangidas pela decisão do Conselho”³⁴. A Decisão do Conselho da UE, relativa à invasão da Ucrânia, levou em consideração essa possibilidade e permitiu aos Estados estender o mecanismo de protecção aos nacionais de países terceiros que não a Ucrânia, mas com duas condições: residir legalmente na Ucrânia antes de 24 de fevereiro de 2022, com base num documento permanente de autorização de residência, e não poder regressar em condições seguras e duradouras ao seu país ou região de origem³⁵. Os Estados-Membros, no entanto, têm a liberdade de escolher se e como vão alargar a protecção da TPD aos nacionais de países terceiros. Cumpre analisar essa questão de forma mais detalhada.

Inicialmente, mesmo que os Estados-Membros decidam ampliar essa protecção a cidadãos não ucranianos, o texto da Decisão do Conselho, ainda, exclui uma categoria de migrantes: aqueles que viviam ilegalmente na Ucrânia antes do início da guerra. Essa categoria da população ucraniana foi estimada entre 40.000 e 60.000 pessoas em 2019³⁶. A maioria deles chegou à Ucrânia fugindo de conflitos militares, da ameaça de perseguição e violações em massa dos direitos humanos em seus próprios países de origem e vivem na Ucrânia há bastante tempo³⁷. A interpretação restritiva da TPD feita pela Decisão do Conselho criou, assim, uma discriminação *de facto* contra os não ucranianos, uma vez que estes

³⁴ Artigo 7º, inciso I, da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Protecção Temporária).

³⁵ Vide artigo 2º, inciso II, da Decisão de Execução (UE) 2022/382 do Conselho da União Europeia.

³⁶ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Irregular migrants in Ukraine*: analytical summary. 2019. Disponível em: https://ukraine.iom.int/sites/g/files/tmzbd1861/files/documents/irregular_migrants_in_ukraine_eng.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

³⁷ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Irregular migrants in Ukraine*: analytical summary. 2019. Disponível em: https://ukraine.iom.int/sites/g/files/tmzbd1861/files/documents/irregular_migrants_in_ukraine_eng.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

são os únicos que podem ter o estatuto de residente ilegal na Ucrânia. Essas pessoas não estão, portanto, contempladas pela TPD e somente serão acolhidas no território dos Estados-Membros da UE nos termos do procedimento tradicional de refúgio.

Em segundo lugar, no contexto da crise na Ucrânia, a Comissão Europeia parece, na prática, encorajar uma maior abertura das fronteiras dos Estados, embora sem qualquer ampliação na base jurídica. Na seção do seu sítio virtual que contém informações para pessoas que fogem do conflito na Ucrânia, a Comissão destaca que “todos os países da UE que fazem fronteira com a Ucrânia estão permitindo a entrada de todas as pessoas que fogem da guerra na Ucrânia por motivos humanitários, independentemente de terem ou não passaporte biométrico”³⁸ e que “para todos os casos diversos dos cidadãos ucranianos, os Estados-Membros da UE devem admitir por motivos humanitários”³⁹. Além disso, de acordo com a Comissão Europeia, mesmo que os nacionais de países terceiros não sejam titulares do visto de curta duração, os Estados-Membros da UE devem permitir a sua entrada, a fim de facilitar o repatriamento do nacional de país terceiro em seu país de origem⁴⁰. Nesse caso, independentemente de sua nacionalidade, todas as pessoas têm direito à assistência e informação imediatas sobre seus direitos, incluindo abrigo temporário e atendimento de necessidades básicas, como alimentação e remédios.⁴¹

³⁸ Tradução nossa do trecho: “[...] all EU countries bordering Ukraine are allowing entry to all people fleeing war in Ukraine on humanitarian grounds regardless of whether or not (they) have a biometric passport”. EUROPEAN COMMISSION. *Information for people fleeing the war in Ukraine*. 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine_en. Acesso em: 29 abr. 2022.

³⁹ Tradução nossa do trecho: “[...] for all cases other than Ukrainian nationals, EU Member States shall admit on humanitarian grounds”. EUROPEAN COMMISSION. *Information for people fleeing the war in Ukraine*. 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine_en. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁴⁰ EUROPEAN COMMISSION. *Information for people fleeing the war in Ukraine*. 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine_en. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁴¹ EUROPEAN COMMISSION. *Information for people fleeing the war in Ukraine*. 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine_en. Acesso em: 29 abr. 2022.

Nesse contexto, alguns Estados-Membros da UE vizinhos da Ucrânia decidiram conceder uma proteção mais ampla aos que fogem do conflito na Ucrânia, incluindo os que se encontram na Ucrânia ilegalmente. A Eslováquia, por exemplo, permite a entrada no seu território a todos os nacionais de países terceiros provenientes da Ucrânia, mesmo aqueles que não cumprem as condições de entrada em circunstâncias normais, incluindo os que não possuam qualquer documento de identificação⁴². A Romênia, por sua vez, permite que nacionais de países terceiros com passaporte atravessem o seu território e obtenham visto à chegada. Aqueles que não têm um passaporte válido podem solicitar refúgio nos pontos de fronteira da Romênia⁴³. Esses Estados-Membros que optaram por uma maior flexibilidade quanto à situação na Ucrânia continuam a ser minoria.

A Polônia, por exemplo, o membro da UE que acolheu o maior número de pessoas oriundas da Ucrânia, solicitou, desde o início dos debates sobre a implementação da Decisão pelo Conselho, que a proteção fosse alargada, apenas, aos cidadãos e refugiados ucranianos, e decidiu não admitir migrantes ilegais de países terceiros⁴⁴. Em uma interpretação mais restritiva também, a França e a Itália excluíram qualquer entrada de migrantes ilegais residentes na Ucrânia em seu território⁴⁵.

Em terceiro lugar, a disparidade na admissão de migrantes, oriunda da margem de manobra concedida aos Estados-Membros da UE, contraria o Princípio da So-

⁴² MINISTRY OF INTERIOR OF THE SLOVAK REPUBLIC. *Situation in Ukraine: information and assistance*. 2022. Disponível em: <https://www.minv.sk/?ukraine-information-assistance>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁴³ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Useful information for people entering Romania from Ukraine*. 2022. Disponível em: <https://romania.iom.int/news/useful-information-people-entering-romania-ukraine>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁴⁴ BARIGAZZI, Jacobo. EU hails ‘historic’ deal to protect Ukrainian refugees. *Politico*, 3 mar. 2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/eu-ministers-historical-deal-protect-ukraine-refugees/>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁴⁵ MINISTÈRE DE L’INTÉRIEUR. *Livret d’accueil en France pour les déplacés d’Ukraine*. France, 2022. Disponível em: <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Actualites/L-actu-immigration/Information-a-destination-des-ressortissants-ukrainiens>. Acesso em: 29 abr. 2022 e PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 28 marzo 2022. Misura di protezione temporanea per le persone provenienti dall’Ucraina in conseguenza degli eventi bellici in corso. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Roma, ano 163, n. 89, 15 abr. 2022. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2022/04/15/89/sg/pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

lidariedade⁴⁶. Com efeito, ela promove o *forum shopping* e o aumento do movimento de migrantes, especialmente aqueles que se encontravam na Ucrânia de forma ilegal. Confrontados com procedimentos de admissão díspares entre os Estados-Membros, esses migrantes, em vez de se direcionarem ao Estado mais próximo, podem ter de viajar mais, em situações precárias, para garantir a sua entrada no território da UE que lhe garanta maior proteção.

O direito internacional dos direitos humanos e o direito da UE incorporam um conjunto robusto e bem conhecido de instrumentos jurídicos — dos quais os membros da UE são partes — que proíbem discriminação entre pessoas com base na nacionalidade⁴⁷. Nesse sentido, ao basear o acolhimento de residentes ucranianos apenas nas suas nacionalidades, criando uma dis-

⁴⁶ O Princípio da Solidariedade está incorporado aos fundamentos do sistema jurídico da União Europeia. Nesse sentido, vide, principalmente, artigos 2º e 3º do Tratado da União Europeia (TUE) em UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia: versão consolidada. *Jornal Oficial da União Europeia*, v. 202, 7 jun. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 29 abr. 2022. A doutrina é extensa sobre essa questão, seja examinando o princípio em si, vide BOUTAYEB, Chahira. *La solidarité dans l'Union européenne*. Dalloz: Coll. Thèmes & commentaires, 2011. 340 p. e FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian. *Solidarity as a public virtue?: law and public policies in the European Union*. [S. l.]: Nomos, 2018, ou aplicado à situação dos migrantes, vide PUSTERLA, Francesca; PUSTERLA, Elia. The 2015 migrant crisis and EU Member States: the relations between state fragility and solidarity. *European Political Science*, v. 17, p. 535-550, 2017 e MORANO-FOADI, Sonia. Solidarity and responsibility: advancing humanitarian responses to EU migratory pressures. *European Journal of Migration and Law*, v. 19, p. 223-254, 2017.

⁴⁷ Em âmbito internacional, o artigo 2º da Declaração Universal de Direitos Humanos e o artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais proíbem a discriminação baseada em nacionalidade. ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022; UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. General Assembly Resolution 2200A (XXI). *International covenant on economic, social and cultural rights*. 16 dez. 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>. Acesso em: 29 abr. 2022. Em âmbito europeu, o artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem também proíbe discriminação com base em nacionalidade ou outros motivos. CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos dos Homens e das liberdades fundamentais. In: CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Estrasburgo, FR: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

criminação entre cidadãos ucranianos e não nacionais e excluindo milhares de residentes ucranianos, a proteção temporária, concedida por meio da TPD e da Decisão do Conselho, não respeita a sua finalidade e é incompatível com as obrigações internacionais dos Estados-Membros em matéria de direitos humanos.

A discriminação gerada pela Diretiva no que diz respeito ao seu alcance pessoal não é o único desafio em relação à sua implementação ensejada pela crise ucraniana.

3 A ampliação do escopo da proteção social prevista pela diretiva

Para além da flexibilidade no acesso ao território da UE (artigo 8.º e seguintes), no acesso a atividades assalariadas ou não assalariadas (artigo 12.º) e a alojamento e cuidados médicos adequados (artigo 13.º), a TPD inova na medida em que prevê, também, “o apoio necessário em matéria de prestações sociais e de meios de subsistência”⁴⁸ para as pessoas contempladas pela Diretiva.

Entretanto, a Diretiva e a Decisão do Conselho não fornecem qualquer indicação sobre o conteúdo da proteção supramencionada. Tampouco mencionam a relação entre esses dispositivos e a assistência social padrão concedida aos nacionais. A imprecisão da Diretiva, no entanto, não deixa espaço para uma interpretação aberta, uma vez que os Estados-membros da UE também estão vinculados a compromissos internacionais em matéria de proteção social.

Nesse sentido, analisar-se-á o conteúdo da assistência social concedida pela TPD. Para, posteriormente, explorar como a interpretação ampla dessa assistência leva a questões relativas ao financiamento da proteção, que é particularmente oneroso para os Estados-Membros da UE.

3.1 O conteúdo da assistência social concedida pela diretiva de proteção temporária

A assistência social compreende “as prestações sociais concedidas em dinheiro à população em geral, ou

⁴⁸ Artigo 13º, inciso II, da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

a segmentos da população, à luz de regimes financiados pelo setor públicos e sem contribuições diretas para o regime por ou em nome de potenciais beneficiários⁴⁹. Tanto o direito internacional como o europeu reconhecem o direito à assistência social⁵⁰. Em conformidade com o direito internacional, o direito à proteção social para todos é reconhecido e inclui a obrigação de os Estados trabalharem para uma rede de segurança não contributiva⁵¹. Essa rede de segurança tem sido ampla-

mente interpretada como sendo o “núcleo mínimo” que garante o acesso à água, saneamento, alimentos, cuidados essenciais de saúde, abrigo, moradia, e às formas mais básicas de educação⁵². Esse “núcleo mínimo” reconhece, assim, o direito de todos a um padrão de vida adequado de saúde e bem-estar para si e sua família⁵³, ou, de forma mais geral, o direito de viver acima da linha de pobreza⁵⁴. No que se refere à assistência social, mais especificamente, essa proteção significa que todos têm o direito de acessar os recursos materiais relevantes para satisfazer suas necessidades básicas em condições de dignidade⁵⁵.

À luz do direito europeu, o direito à assistência social foi explicitamente reconhecido no artigo 13.º da Carta Social Europeia⁵⁶ e no artigo 34.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁷. O atual Pilar Europeu dos Direitos Sociais também reconhece o direito à assistência como parte de uma noção mais ampla de proteção de renda mínima. Sob o título de “rendimento mínimo”, o princípio 14 afirma que toda pessoa que não possua recursos suficientes tem direito a benefícios de renda mínima adequada que assegurem

⁴⁹ Tradução nossa do trecho: “[...] social benefits provided in cash to the population at large, or segments of the population, under schemes funded by general government and without direct contributions to the scheme by, or on behalf of, potential beneficiaries”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. An explanation of social assistance, pension schemes, insurance schemes and similar concepts. *In: OECD Framework for Statistics on the Distribution of Household Income, Consumption and Wealth*. Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264194830-16-en.pdf?expires=1651270041&id=id&accname=guest&checksum=A771CB7FF865369CDA0B36EFF61187E1>. Acesso em: 29 abr. 2022. p. 226.

⁵⁰ VONK, Gijsbert; OLIVIER, Marius. The fundamental right of social assistance: a global, a regional (Europe and Africa) and a national perspective (Germany, the Netherlands and South Africa). *European Journal of Social Security*, v. 21, p. 219-240, 2019.

⁵¹ Sobre a questão, vide artigo 9º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. General Assembly Resolution 2200A (XXI). *International covenant on economic, social and cultural rights*. 16 dez. 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>. Acesso em: 29 abr. 2022; O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 1.3 que exorta os Estados a implementarem sistemas de proteção social universais para todos. UNITED NATIONS. *Sustainable development goals: goal 1 - end poverty in all its forms everywhere*. 2016. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/poverty/>. Acesso em: 29 abr. 2022; O Artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos em ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022; A Recomendação n.º 202 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre piso de proteção social em INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *R202 - Social Protection Floors Recommendation, 2012 (No. 202)*. 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524. Acesso em: 29 abr. 2022. Ademais, o direito à proteção social também foi reconhecido para grupos específicos de pessoas, como crianças, vide a Convenção sobre os Direitos da Criança em UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 14 maio 2022, e pessoas com deficiência, vide UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. United Nations. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*. 2006. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em: 14 maio 2022.

⁵² Vide § 50 do Comentário geral n.º 19: o direito à seguridade social do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas em UNITED NATIONS COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General Comment No. 19: the right to social security (Art. 9 of the Covenant)*: E/C.12/GC/19. Geneva, 2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/618890>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁵³ O Artigo 11, inciso 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 exige que os Estados reconheçam o direito a um padrão de vida adequado para todos, incluindo alimentação, vestuário e habitação adequados, e à melhoria contínua das condições de vida. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. General Assembly Resolution 2200A (XXI). *International covenant on economic, social and cultural rights*. 16 dez. 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁵⁴ EIDE, Asbjorn. Adequate standard of living. *In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; HARRIS, David John; SIVAKUMARAN, Sandesh (ed.). International Human Rights Law*. Oxônia, GB: Oxford University Press, 2018. p. 195-216.

⁵⁵ DALLI, Maria. The content and potential of the right to social assistance in light of Article 13 of the European Social Charter. *European Journal of Social Security*, v. 22, p. 3-23, 2020. p. 5.

⁵⁶ COUNCIL OF EUROPE. European Social Charter. *European Treaty Series*, Turin, n. 35, 1961. Disponível em: <https://rm.coe.int/168006b642>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

uma vida digna em todas as fases da vida e acesso efetivo a bens e serviços que o capacitem⁵⁸.

Nesse contexto, o adjetivo “necessário”, após o termo “apoio”, quanto à “matéria de prestações sociais”⁵⁹, conforme previsto na TPD, levanta novas questões. O termo “necessário” se refere a algo que é necessário para um propósito ou uma razão. Nesse sentido, a palavra “necessário” limita o alcance da proteção — apenas a proteção necessária para um determinado objetivo é prevista na TPD. A questão então é: qual o propósito da TPD no que tange à garantia da assistência social? A Diretiva e a Decisão são silentes nessa matéria, sendo necessário examinar os trabalhos preparatórios para interpretar os termos utilizados. Durante os debates no Parlamento Europeu, o relator da proposta da Diretiva, o eurodeputado Jan-Kees Wiebenga, afirmou que as pessoas “têm de ser acolhidas dignamente”⁶⁰. No mesmo sentido, o Parecer do Comitê Econômico e Social sobre a proposta da TPD destaca, também, que os objetivos desta consistem, entre outros, “garantir a tais pessoas um tratamento humano”⁶¹ e “uma assistência e uma proteção (sic) que lhes permitam restabelecer-se dos traumatismos sofridos, inserindo-se, provisoriamente, no contexto social e humano do Estado ou Estados de acolhimento em condições de igualdade relativamente aos refugiados”⁶².

⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Pilar europeu dos direitos sociais*. 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_pt.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁵⁹ Vide artigo 13º, inciso II, da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

⁶⁰ PARLAMENTO EUROPEU. União Europeia. *Debates: 6 - Protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas*. Estrasburgo, 13 mar. 2001. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-5-2001-03-13-ITM-006_PT.html. Acesso em: 30 abr. 2022.

⁶¹ COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer do Comité Económico e Social sobre a Proposta de directiva do Conselho relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, ano 44, v. 155, maio 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2001:155:FULL&from=FR>. Acesso em: 30 abr. 2022. p. 22.

⁶² COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer do Comité Económico e Social sobre a Proposta de directiva do Conselho relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas

Esse Parecer, juntamente à declaração do relator ao Parlamento, sugere que o objetivo da Diretiva é tratar as pessoas com humanidade, permitindo-lhes receber a assistência necessária para se recuperarem do deslocamento sofrido e poderem se envolver, mesmo que apenas temporariamente, nas relações sociais, culturais e humanas no Estado de acolhimento, como fazem os refugiados. O adjetivo “necessário” deve, destarte, ser interpretado de forma ampla, englobando todos os elementos assistenciais que permitam às pessoas protegidas pela TPD viver com dignidade, incluindo o acesso a, pelo menos, cuidados essenciais de saúde, abrigo, moradia, água, saneamento, alimentos e às formas mais básicas de educação. Essa ampla interpretação do conceito de “apoio necessário em matéria de prestações sociais” está, aliás, em conformidade com a Diretiva 2011/95/UE, relativa às normas para a qualificação de nacionais de países terceiros ou apátridas como beneficiários de proteção internacional. Essa Diretiva permite aos Estados-Membros da UE limitar essa assistência a “prestações sociais de base”⁶³, entendidas como abrangendo “pelo menos o rendimento mínimo de subsistência”⁶⁴.

Além do direito ao apoio necessário em matéria de assistência social, a TPD também prevê a garantia dos “meios de subsistência”⁶⁵. O conceito de subsistência relaciona-se com a capacidade de se sustentar — ligada à ideia de sobrevivência⁶⁶. Por isso, os meios de subsistência podem ser entendidos, de alguma forma, como constituindo o cerne dos direitos previdenciários⁶⁷, con-

personas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, ano 44, v. 155, maio 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2001:155:FULL&from=FR>. Acesso em: 30 abr. 2022. p. 22.

⁶³ § 45 da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. União Europeia. Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de protecção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para protecção subsidiária e ao conteúdo da protecção concedida (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, L 337, p. 9-26, 20 dez. 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=PT>. Acesso em: 30 abr. 2022. p. 12.

⁶⁴ § 45 da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁶⁵ Artigo 13º, inciso II, da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da União Europeia (Diretiva de Proteção Temporária).

⁶⁶ JONES, Charles. The human right to subsistence. *Journal of Applied Philosophy*, v. 30, p. 57-72, 2013. p. 61.

⁶⁷ MANCILLA, Alejandra. The human right to subsistence. *Philoso-*

siderando que estes promovem o direito à obtenção do que é necessário para a sobrevivência do ser humano, incluindo alimentação, abrigo e saúde⁶⁸. No seu conjunto, essa definição de meios de subsistência engloba, em grande medida, a definição de assistência social acima referida⁶⁹. De qualquer forma, eles, certamente, tendem a uma base substancial comum: as provisões materiais necessárias para a autopreservação.

Na maioria dos Estados, o acesso a esses elementos toma a forma de regimes não contributivos, uma vez que é improvável que todos, incluindo os migrantes, possam ser adequadamente acolhidos por um sistema baseado em contribuições⁷⁰. A esse respeito, enquanto a legislação da UE não obriga o Estado-Membro de acolhimento a conceder aos cidadãos da UE o direito à assistência social durante os primeiros três meses de residência no Estado de acolhimento⁷¹, a TPD inova ao conceder o apoio necessário em matéria de prestação assistencial no momento de chegada dos migrantes abrangidos pelo mecanismo de proteção temporária. Este último cria, assim, um tratamento mais favorável para os nacionais de países terceiros do que o oferecido aos nacionais da UE⁷².

A Diretiva TPD, entretanto, não garante aos migrantes o acesso aos mesmos benefícios sociais dados aos nacionais dos Estados-Membros da UE. Nesse ponto, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

das Nações Unidas afirmou, a esse respeito, que os migrantes devem ter acesso à mesma assistência social que é prestada aos nacionais do Estado de acolhimento, sem discriminação, desde o momento da sua chegada⁷³. A Diretiva 2011/95/UE do Conselho dispõe a esse respeito que, no que tange à assistência social, “especialmente a fim de evitar privações sociais, é conveniente proporcionar aos beneficiários de protecção (sic) internacional assistência social e meios de subsistência adequados, de forma não discriminatória e no contexto do sistema de segurança social”⁷⁴ e prevê que “[...] os beneficiários de protecção (sic) internacional recebam, no Estado-Membro que lhes concedeu essa protecção (sic), a assistência social necessária, à semelhança dos nacionais desse Estado-Membro”⁷⁵. De forma semelhante, a Corte Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) já decidiu que a negação de benefícios previdenciários a migrantes apenas por causa de sua nacionalidade estrangeira é ilegal, afirmando que “razões muito pesadas teriam que ser apresentadas perante a Corte poderia considerar uma diferença de tratamento baseada exclusivamente na nacionalidade como compatível com a Convenção”⁷⁶. Dessa forma, a CEDH estabeleceu que, para uma justificação objetiva e razoável de uma disposição discriminatória, é necessário que haja a prossecução de um fim legítimo ou uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim a atingir⁷⁷.

No que tange ao conteúdo da assistência social, depreende-se, portanto, que os Estados-Membros da UE

phy Compass, v. 14, p. 1-10, 2019.

⁶⁸ SHUE, Henry. *Basic rights: subsistence, affluence and american foreign policy*. 2. ed. Nova Jersey: Princeton University Press, 1996. p. 23; JONES, Charles. The human right to subsistence. *Journal of Applied Philosophy*, v. 30, p. 57-72, 2013. p. 61.

⁶⁹ Vide § 45 da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁷⁰ UNITED NATIONS COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General Comment No. 19: the right to social security (Art. 9 of the Covenant): E/C.12/GC/19*. Geneva, 2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/618890>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁷¹ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. União Europeia. Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004 relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 158, p. 77-123, 30 abr. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0038&from=EN>. Acesso em: 30 abr. 2022.

⁷² INELI-CIGER, Meltem. Time to activate the temporary protection directive. *European Journal of Migration and Law*, p. 1-33, 2016. p. 25.

⁷³ UNITED NATIONS COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General Comment No. 19: the right to social security (Art. 9 of the Covenant): E/C.12/GC/19*. Geneva, 2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/618890>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁷⁴ § 45 da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia.

⁷⁵ Artigo 29º, inciso I, da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁷⁶ Tradução nossa do trecho: “[...] very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. *Case of Gaygusuz v. Austria*: application no. 17371/90. 16 set. 1996. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58060&filename=001-58060.pdf&TID=xfovpyibfa>. Acesso em: 30 abr. 2022. p. 12.

⁷⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. *Case of Gaygusuz v. Austria*: application no. 17371/90. 16 set. 1996. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58060&filename=001-58060.pdf&TID=xfovpyibfa>. Acesso em: 30 abr. 2022.

devem estender os seus regimes domésticos de assistência social aos migrantes abrangidos pela TPD de modo não discriminatório em relação aos seus nacionais, mas, também, devem dar especial atenção aos indivíduos e grupos que, tradicionalmente, enfrentam dificuldades no exercício dos direitos sociais relacionados com a sua sobrevivência⁷⁸.

3.2 O financiamento da ampliação da proteção social

A proteção social, conforme prevista na TPD e interpretada no presente artigo, é ampla e, portanto, onerosa para o Estado de acolhimento⁷⁹. Com base no Princípio da Solidariedade entre os Estados-Membros da UE, a TPD estabeleceu que as ações realizadas à luz da Diretiva se beneficiem do Fundo Europeu para os Refugiados⁸⁰, que foi substituído em 2014 pelo Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração⁸¹. Mais precisamente, a Decisão do Conselho sobre a Ucrânia prevê que “[...] todos os esforços dos Estados-Membros para cumprir as obrigações decorrentes da presente decisão serão apoiados financeiramente pelos fundos da União”⁸².

O atual Fundo de Asilo, Migração e Integração foi criado para o período 2021-2027, contendo o total de 9,9 bilhões de euros. Esse fundo tem como objetivo contribuir para a “[...] gestão eficaz dos fluxos migra-

tórios e para a aplicação, o reforço e o desenvolvimento da política comum em matéria de asilo e da política comum em matéria de imigração [...]”⁸³. Como objetivo específico, o Fundo contribui, nomeadamente, para “[...] promover e contribuir para a integração e inclusão social efetivas dos nacionais de países terceiros”⁸⁴.

O fundo apoia, assim, entre outras questões, a integração e a inclusão social dos migrantes com “apoio personalizado de acordo com as necessidades dos nacionais de países terceiros”⁸⁵, “programas de integração centrados no aconselhamento, na educação, nos cursos de línguas e noutras ofertas de formação, como cursos de orientação cívica e orientação profissional”⁸⁶, “ações de promoção da igualdade no acesso a serviços públicos e privados aos nacionais de países terceiros”⁸⁷, bem como “a prestação de tais serviços aos nacionais de países terceiros, incluindo no acesso à educação, aos cuidados de saúde e ao apoio psicossocial, bem como a adaptação desses serviços às necessidades do grupo-alvo”⁸⁸.

A inclusão social, prevista no Regulamento que instituiu o Fundo, diz respeito à prestação de serviços aos migrantes — acesso à saúde, educação e emprego. Assim, a assistência social prestada pela TPD — habitação e alimentação, por exemplo — não foi contemplada nas provisões do Fundo. Embora o rol de medidas previstas pelo Regulamento não seja exaustivo, permanece omissivo quanto à inclusão dos meios materiais de sobrevivência, conforme acima interpretado. O último relatório da Comissão sobre o Fundo mostra que, na prática, os serviços listados no regulamento são os únicos financiados pelo Fundo⁸⁹. O relatório mostra que, até hoje, a assistência social direta foi financiada de forma residual.

⁷⁸ UNITED NATIONS COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General Comment No. 19: the right to social security* (Art. 9 of the Covenant): E/C.12/GC/19. Geneva, 2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/618890>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁷⁹ Não obstante o argumento dos custos econômicos seja bastante relevante à ampliação dos instrumentos de proteção social aos migrantes e refugiados, especialmente na Europa, os desafios sociais e políticos que circundam a temática são, muitas vezes, fatores muito mais preponderantes na construção de políticas públicas do que os dados puramente econômicos. MATIAS, João Luís Nogueira; GUIMARÃES, Gabriel Braga. Os impactos econômicos positivos da migração na Europa: a oportunidade que não pode ser perdida. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 275-288, 25 abr. 2022.

⁸⁰ Vide artigo 24º da Diretiva 2001/55/CE do Conselho da UE (Diretiva de Proteção Temporária).

⁸¹ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. União Europeia. Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de julho de 2021 que cria o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração: PE/56/2021/INIT. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 251, p. 1—47, 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1147&from=PT>. Acesso em: 01 maio 2021.

⁸² Vide § 22 do preâmbulo da Decisão de Execução (UE) 2022/382 do Conselho da União Europeia.

⁸³ Artigo 3º, inciso 1, do Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁸⁴ Artigo 3º, inciso II, alínea “b”, do Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁸⁵ Artigo 3º, alínea “h”, do anexo III do Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁸⁶ Artigo 3º, alínea “h”, do anexo III do Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁸⁷ Artigo 3º, alínea “i”, do anexo III do Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁸⁸ Artigo 3º, alínea “i”, do anexo III do Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁸⁹ DIRECTORATE-GENERAL FOR MIGRATION AND HOME AFFAIRS. European Commission. *More Snapshots from the EU Asylum, Migration and Integration Fund*, 2020, 120 p. Disponível

A capacidade do Fundo para fornecer esse apoio material direto aos migrantes abrangidos pelo TPD pode ser questionada. Com efeito, os programas padrões dos Estados-Membros, que representam mais de dois terços do orçamento do Fundo, não conseguem, por si só, suportar os custos do fluxo maciço de migrantes resultante da implementação da TPD⁹⁰. A assistência financeira de emergência, tal como prevista pelo Fundo, parece assim ser o mecanismo adequado para atender a um “afluxo maciço de pessoas deslocadas na acepção da Diretiva 2001/55/CE do Conselho”⁹¹. Essa ajuda de emergência, no entanto, consiste em menos de um terço do orçamento do Fundo, uma vez que está integrada num mecanismo temático que agrupa diferentes ações, como ações gerais da União, reassentamento e assistência humanitária, transferências de migrantes e a Rede Europeia das Migrações⁹². A esse respeito, é a Comissão que decide prestar essa ajuda de emergência, “dentro dos limites dos recursos disponíveis”⁹³. O caso da Ucrânia proporcionará, assim, uma oportunidade, nos próximos meses, para testar a aplicação do princípio da solidariedade e repartição de encargos na UE e, mais particularmente, para avaliar a capacidade do Fundo para responder a uma emergência migratória.

4 Considerações Finais

A recente Decisão do Conselho da União Europeia que declara a existência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas, implementando um mecanismo de proteção temporária, previsto na Diretiva 2001/55/CE e nunca utilizado, evidencia uma nova forma da UE responder a crises migratórias. O acesso aos meios de subsistência, previstos na TPD, é indiscutivelmente necessário para fazer face ao afluxo maciço de pessoas que escapam à guerra, particularmente vulneráveis. Apesar do seu impacto positivo na proteção social dos migrantes, a TPD tem as suas fragilidades.

em: https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-11/amif_more_snapshot_e_book.pdf. Acesso em: 01 maio 2022.

⁹⁰ Vide artigo 10º, inciso II, do Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁹¹ Artigo 31º, inciso X, alínea “b”, do Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁹² Vide artigo 11º, inciso I, do Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

⁹³ Artigo 31º, inciso I, do Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

Por exemplo, a flexibilidade dada aos Estados quanto à ampliação da proteção permite que eles reduzam ou aumentem — de acordo com suas conjunturas internas — as categorias de pessoas que acolhem em seu território ao longo do período de duração do influxo em massa. A falta de transparência e previsibilidade das práticas destes Estados-Membros reforça a insegurança jurídica e, conseqüentemente, limita a proteção garantida pela TPD.

Além disso, há incerteza quanto às diferenças nos sistemas de previdência social entre os Estados-Membros da UE e a maneira como afetam o conteúdo material da proteção concedida. A TPD não prevê um piso social e não há harmonização na legislação da UE sobre esse tema. Portanto, as disparidades na legislação social de cada Estado-Membro podem limitar a proteção. Não obstante, o fundo tenha sido concebido para reduzir as disparidades entre os sistemas, a questão é saber se será capaz de responder às especificidades da TPD e ajudar os Estados-Membros a repartir os encargos.

O direito de cada pessoa a viver com dignidade é universal e é um pilar dos direitos econômicos, sociais e culturais em qualquer sistema jurídico. A não discriminação deve ser o princípio que norteia a aplicação da TPD. A ampliação da assistência social, em paridade com a prestada aos nacionais, a todos os migrantes da região em conflito, parece, nesse sentido, intrínseca ao bom cumprimento dos propósitos da TPD.

Referências

ALTO-COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Declaração sobre o asilo territorial*: Resolução N.º 2312 (XXII). 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_UNU_Asilo_Territorial.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_UNU_Asilo_Territorial. Acesso em: 29 abr. 2022.

ANNONI, Danielle; DUARTE, Mônica. A proteção jurídica aplicável aos migrantes e aos refugiados. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA & III MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 13, 2017, Santa Cruz

do Sul. *Anais do XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas na Sociedade Contemporânea e III Mostra Nacional de Trabalhos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017. p. 1-15. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16943/4154>. Acesso em: 15 abr. 2022.

APOLINÁRIO, Silvia Menicucci; JUBILUT, Líliliana. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan./jun. 2010.

ARENAS, Nuria. The concept of ‘mass influx of displaced persons’ in the european directive establishing the temporary protection system. *European Journal of Migration and Law*, v. 7, p. 435-450, 2005.

BARIGAZZI, Jacobo. EU hails ‘historic’ deal to protect Ukrainian refugees. *Político*, 3 mar. 2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/eu-ministers-historical-deal-protect-ukraine-refugees/>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BOUTAYEB, Chahira. *La solidarité dans l’Union européenne*. Dalloz: Coll. Thèmes & commentaires, 2011.

CASSESE, Antonio. On some problematical aspects of the crime of aggression. *Leiden Journal of International Law*, v. 20, n. 4, p. 841-849, 2007.

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer do Comité Económico e Social sobre a Proposta de directiva do Conselho relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, ano 44, v. 155, maio 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2001:155:FULL&from=FR>. Acesso em: 30 abr. 2022.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos dos Homens e das liberdades fundamentais. In: CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Estrasburgo, FR: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão de Execução (UE) 2022/382 do Conselho de 4 de março de 2022 que declara a existência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas da Ucrânia na aceção do artigo 5.o da Diretiva 2001/55/CE, e que tem por efeito aplicar uma proteção temporária, 2022. *Jornal Oficial da União Europeia*, v. 71, p. 1-64, mar. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382&from=EN>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2001/55/CE do Conselho de 20 de Julho de 2001 relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, v. 212, p. 12–23, 7 ago. 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055&from=EN>. Acesso em: 29 abr. 2022.

CONSELHO EUROPEU. *Conclusões do Conselho Europeu sobre a agressão militar não provocada e injustificada da Rússia contra a Ucrânia*. Bruxelas, 24 fev. 2022. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/media/54508/st00018-pt22.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CONSELHO EUROPEU. *Remarks by President Charles Michel at the extraordinary debate at the European Parliament on Russian aggression against Ukraine*. 1 mar. 2022. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2022/03/01/remarks-by-president-charles-michel-at-the-extraordinary-debate-at-the-european-parliament-on-russian-aggression-against-ukraine/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. European Social Charter. *European Treaty Series*, Turin, n. 35, 1961. Disponível em: <https://rm.coe.int/168006b642>. Acesso em: 29 abr. 2022.

DALLI, Maria. The content and potential of the right to social assistance in light of Article 13 of the European Social Charter. *European Journal of Social Security*, v. 22, p. 3-23, 2020.

DINSTEIN, Yoram. Aggression. In: MAX Planck encyclopaedia of public international law. Oxônia, GB: Oxford University Press, 2022.

DIRECTORATE-GENERAL FOR MIGRATION AND HOME AFFAIRS. European Commission. *More snapshots from the EU asylum, migration and integration fund*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-11/amif_more_snapshot_e_book.pdf. Acesso em: 01 maio 2022.

EIDE, Asbjorn. Adequate standard of living. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; HARRIS, David John; SIVAKUMARAN, Sandesh (ed.). *International Human Rights Law*. Oxônia, GB: Oxford University Press, 2018. p. 195-216.

ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *European civil protection and humanitarian aid operations: humanitarian aid*. 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/echo/what/humanitarian-aid_en. Acesso em: 29 abr. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *Information for people fleeing the war in Ukraine*. 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine_en. Acesso em: 29 abr. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. *Case of Gaygusuz v. Austria*: application no. 17371/90. 16 set. 1996. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58060&filename=001-58060.pdf&TID=xfovpyibfa>. Acesso em: 30 abr. 2022.

FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian. *Solidarity as a public virtue?: law and public policies in the European Union*. [S. l.]: Nomos, 2018.

GLUNS, Danielle; WESSELS, Janna. Waste of paper or useful tool? The potential of the temporary protection directive in the current 'refugee crisis'. *Refugee Survey Quarterly*, v. 36, n. 2, p. 57-83, 2017.

GUIMARÃES, Gabriel Braga. Análise do caso do navio Aquarius e os desafios à aplicação do princípio do non-refoulement frente às dificuldades impostas pela

crise migratória. In: MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; FRANÇA, Marcos Sousa (org.). *Governança internacional e os desafios contemporâneos da agenda multilateral*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p. 329-346.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. United Nations. *Principles and practical guidance on the protection of the human rights of migrants in vulnerable situations within large and/or mixed movements, on the basis of the existing legal norms: A/HRC/34/CRP.1*. 2017.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. United Nations. *Situation of migrants in transit: report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: A/HRC/31/35*. 2016. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/012/91/PDF/G1601291.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 abr. 2022.

INELI-CIGER, Meltem. Time to activate the temporary protection directive. *European Journal of Migration and Law*, p. 1-33, 2016.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *R202 - Social Protection Floors Recommendation, 2012 (No. 202)*. 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524. Acesso em: 29 abr. 2022.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *IOM Handbook on protection and assistance for migrants vulnerable to violence, exploitation and abuse*. Geneva: International Organization for Migration, 2019. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/avm_handbook.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Irregular migrants in Ukraine: analytical summary*. 2019. Disponível em: https://ukraine.iom.int/sites/g/files/tmzbd1861/files/documents/irregular_migrants_in_ukraine_eng.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Situation report #9 Ukraine response, 21 March 2022*. 2022. Disponível em: https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/situation_reports/file/iom-regional-ukraine-response-external-sitrep-21032022.pdf. Acesso em: 14 maio 2022.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Useful information for people entering Romania from Ukraine*. 2022. Disponível em: <https://romania>

iom.int/news/useful-information-people-entering-romania-ukraine. Acesso em: 29 abr. 2022.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Who is a migrant?: IOM definition of “migrant”*. 2022. Disponível em: <https://www.iom.int/who-migrant-0>. Acesso em: 29 abr. 2022.

JONES, Charles. The human right to subsistence. *Journal of Applied Philosophy*, v. 30, p. 57-72, 2013.

LACERDA, Moara; MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. The not so humanitarian dichotomy between refugees and economic migrants. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito - UFC, Fortaleza*, v. 40, n. 2, p. 33-48, 23 fev. 2021.

LILLICH, Richard B. Reviewed work(s): U. N. Covenant on civil and political rights: CCPR commentary by Manfred Nowak. *The American Journal of International Law*, Cambridge, v. 89, n. 2, p. 460-461, abr. 1995. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdf/2204221.pdf?refreqid=excelsior%3A72c6a8d17be4188e23c175857e51e602&ab_segments=&origin=&acceptTC=1. Acesso em: 31 out. 2022.

MANCILLA, Alejandra. The human right to subsistence. *Philosophy Compass*, v. 14, p. 1-10, 2019.

MATIAS, João Luís Nogueira; GUIMARÃES, Gabriel Braga. Os impactos econômicos positivos da migração na Europa: a oportunidade que não pode ser perdida. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 275-288, 25 abr. 2022.

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR. *Livret d'accueil en France pour les déplacés d'Ukraine*. France, 2022. Disponível em: <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Actualites/L-actu-immigration/Information-a-destination-des-ressortissants-ukrainiens>. Acesso em: 29 abr. 2022.

MINISTRY OF INTERIOR OF THE SLOVAK REPUBLIC. *Situation in Ukraine: information and assistance*. 2022. Disponível em: <https://www.minv.sk/?ukraine-information-assistance>. Acesso em: 29 abr. 2022.

MONTALVERNE, Tarin Cristino Frota; MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira. Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações. *Revista de Direito Internacional*, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 45-55, 21 jul. 2012.

MORANO-FOADI, Sonia. Solidarity and responsibility: advancing humanitarian responses to EU migratory pressures. *European Journal of Migration and Law*, v. 19, p. 223-254, 2017.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. United Nations. *Principles and guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. An explanation of social assistance, pension schemes, insurance schemes and similar concepts. *In: OECD Framework for Statistics on the Distribution of Household Income, Consumption and Wealth*. Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264194830-16-en.pdf?expires=1651270041&id=id&accname=guest&checksum=A771CB7FF865369CDA0B36EFF61187E1>. Acesso em: 29 abr. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. União Europeia. Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de julho de 2021 que cria o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração: PE/56/2021/INIT. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 251, p. 1-47, 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1147&from=PT>. Acesso em: 01 maio 2021.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. União Europeia. Directiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de protecção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para protecção subsidiária e ao conteúdo da protecção concedida (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, L 337, p. 9-26,

20 dez. 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=PT>. Acesso em: 30 abr. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. União Europeia. Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004 relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 158, p. 77-123, 30 abr. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0038&from=EN>. Acesso em: 30 abr. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. União Europeia. *Debates: 6 - Protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas*. Estrasburgo, 13 mar. 2001. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-5-2001-03-13-ITM-006_PT.html. Acesso em: 30 abr. 2022.

PATRIAT, Monique. Guest Editorial: the EU humanitarian aid policy: progress and challenges. *European Foreign Affairs Review*, v. 24, p. 1-6, 2010.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S. l.], n. 7, p. 51-68, dez. 2006.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 28 marzo 2022. Misure di protezione temporanea per le persone provenienti dall'Ucraina in conseguenza degli eventi bellici in corso. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Roma, ano 163, n. 89, 15 abr. 2022. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2022/04/15/89/sg/pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

PUSTERLA, Francesca; PUSTERLA, Elia. The 2015 migrant crisis and EU Member States: the relations between state fragility and solidarity. *European Political Science*, v. 17, p. 535-550, 2017.

SHUE, Henry. *Basic rights: subsistence, affluence and american foreign policy*. 2. ed. Nova Jersey: Princeton University Press, 1996.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Pilar europeu dos direitos sociais*. 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_pt.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia: versão consolidada. *Jornal Oficial da União Europeia*, v. 202, 7 jun. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 29 abr. 2022.

UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 14 maio 2022.

UNITED NATIONS COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General Comment No. 19: the right to social security (Art. 9 of the Covenant)*: E/C.12/GC/19. Geneva, 2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/618890>. Acesso em: 29 abr. 2022.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. General Assembly Resolution 2200A (XXI). *International covenant on economic, social and cultural rights*. 16 dez. 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>. Acesso em: 29 abr. 2022.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. United Nations. *Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. 1984. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>. Acesso em: 29 abr. 2022.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. United Nations. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*. 2006. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em: 14 maio 2022.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. United Nations. *Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022: A/RES/ES-11/1*. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/293/36/PDF/N2229336.pdf?OpenElement>. Acesso em: 28 abr. 2022.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-Seekers and Displaced Persons. *European Series*, v. 2 n. 3, 1996.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Ukrainian family confronts new reality of life as refugees*. 2022. Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/stories/2022/3/6229dc0f4/ukrainian-family-confronts-new-reality-life-refugees.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR annotated comments on COUNCIL DIRECTIVE 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*. 2001. Disponível em : <https://www.unhcr.org/protection/operations/436620152/unhcr-annotated-comments-council-directive-200155ec-20-july-2001-minimum.html>. Acesso em: 14 maio 2022

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR note on the principle of non-refoulement*. 1997. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>. Acesso em 14 maio 2022.

UNITED NATIONS. *International Migrant Stock 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/pd/content/international-migrant-stock>. Acesso em: 29 abr. 2022.

UNITED NATIONS. *Sustainable development goals: goal 1 - end poverty in all its forms everywhere*. 2016. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/poverty/>. Acesso em: 29 abr. 2022.

VONK, Gijsbert; OLIVIER, Marius. The fundamental right of social assistance: a global, a regional (Europe and Africa) and a national perspective (Germany, the Netherlands and South Africa). *European Journal of Social Security*, v. 21, p. 219-240, 2019.

RESENHA



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Resenha

Lucas Carlos Lima

VOLUME 19 • N. 2 • 2022
EXTRATERRITORIAL MECHANISMS, INTERNATIONAL
COOPERATION, AND PROTECTION OF VICTIMS
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Resenha

RAGNI, Chiara. *Scienza, diritto e giustizia internazionale*. Milano: Giuffrè, 2020.

Lucas Carlos Lima**

O artigo 4º do Acordo de Paris, relativo à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, prevê que as partes devem “realizar reduções rápidas das emissões de gases de efeito estufa, de acordo com o *melhor conhecimento científico disponível*”. Não é fenômeno recente — apesar da relevância gerada pela pandemia de Covid-19 — a relação entre Ciência e Direito Internacional. Uma miríade de normas com remissão a parâmetros científicos pode ser encontrada nos diferentes regimes jurídicos internacionais. Um problema particular é solevado quando se questiona como um terceiro adjudicante poderá aplicar ou interpretar essas normas e incorporar noções científicas para a resolução de uma controvérsia. Não por acaso, tempos recentes testemunham aumento significativo de questões técnicas e científicas levadas perante tribunais internacionais. O juiz internacional — seja ele o juiz de cortes interestatais, de lides comerciais ou mesmo de litígios envolvendo direitos humanos — é chamado ao ofício de resolver controvérsias que possuem um pano de fundo que foge à simples aplicação de regras a um panorama fático bem estabelecido.

Parâmetros científicos são essenciais para avaliar o comportamento dos Estados em relação ao cumprimento de suas obrigações. Eles fornecem *standards* de conduta e até mesmo padrões de diligência que organismos e entidades estatais devem perseguir no escopo de adequar-se a normas internacionais. Colocado em palavras simples: em muitos casos, a ciência determina o direito internacional. Em contrapartida, juízes internacionais indicarão quais são os parâmetros científicos mais adequados para resolver controvérsias, ou seja, qual é “o melhor conhecimento científico disponível”.

Em *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, a professora Chiara Ragni, da *Università degli Studi di Milano* afronta, brilhantemente, problemas essenciais e sensíveis da difícil relação entre os três elementos que compõem o título de seu livro: O encontro entre ciência, direito e a noção de justiça internacional representada por organismos jurisdicionais. Trata-se de refinada investigação sobre “como a justiça pode e deve se relacionar com a ciência” (p.3) sobretudo quando o intérprete da norma deve avaliar e mensurar critérios externos ao conhecimento jurídico diante de um caso concreto.

Estruturada em cinco capítulos, a obra oferece, numa primeira parte, aprofundada leitura da relação entre ciência e direito internacional para, num segundo momento, esquadrihar as questões relativas a problemas científicos que emergem no âmbito contencioso. Antes de tecer considerações sobre o problema principal que a obra afronta, faz-se necessária breve recapitulação do conteúdo do exame e algumas reações pontuais aos argumentos mais percucientes da autora em cada capítulo.

O primeiro capítulo afronta a questão geral da presença da ciência no âmbito da disciplina jurídica internacionalista. Como se sabe, o direito internacional, em muitas instâncias, invoca ou faz referência a conhecimentos exteriores ao campo. As normas examinadas pela professora Ragni dividem-

* Recebido em 07/02/2022
Aprovado em 01/08/2022

** Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Internacional Público pela *Università degli Studi di Macerata*, com períodos de estudos na *University of Cambridge* e no *Max Planck Institute for Dispute Settlement Luxembourg*. Pesquisador visitante no *iCourts – University of Copenhagen*. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Cortes e Tribunais Internacionais CNPq/UFMG

-se entre aquelas que (a) fazem expressa referência ao conhecimento científico, como algumas regras presentes nos acordos sanitários do regimento do comércio internacional; (b) refiram-se a questões cuja compreensão depende de um conhecimento científico e; (c) regulamentam atividades com potencial de risco. Emerge claramente do exame dessas normas a estrita relação entre um comportamento de diligência devida (*due diligence*) e o respeito às referidas obrigações. Em suma, as normas de diligência exigem que todas as medidas, esperadas racionalmente de um Estado, sejam tomadas, conduzindo o adimplemento de obrigações internacionais muitas vezes através de critérios procedimentais que substanciais.

A autora delimita o exame de controvérsias e tensões no campo do direito internacional ambiental (incluindo questões sobre o direito do mar) e do direito à saúde no direito internacional. Sua justificativa, convincente, é que nesses campos a relação entre Ciência e Direito verifica-se de forma particularmente delicada. Parte do argumento refere-se ao fato de que a incerteza e a causalidade probabilística são mais frequentes nesses âmbitos. Obviamente que se pode questionar se essas matérias seriam as únicas capazes de responder ao problema principal. Exatamente porquanto demonstram um campo com maiores tensões entre a necessidade de os juízes internacionais adequadamente valerem-se de normas técnicas, elas demonstram quais foram as soluções difíceis e os *hard cases* nos quais diferentes técnicas foram empregadas. Poder-se-ia pensar, por exemplo, que, em outros campos, como no direito internacional espacial ou até mesmo na delimitação fronteira, fez-se igualmente referências a conhecimentos técnicos externos ao campo jurídico (geografia, hidrografia, cartografia etc.) de forma talvez menos problemática em relação aos campos analisados.

No segundo capítulo, analisam-se problemas inerentes à noção de ciência no ordenamento internacional, com ênfase em alguns regimes específicos. A autora busca identificar os diferentes âmbitos de tensão que emergem quando noções científicas são incorporadas a regimes internacionais, em especial os regimes relativos à liberdade de pesquisa científica. Essa tensão pode ser sintetizada nas exigências que a autora define, por um lado, que “a ciência, por ser verdadeiramente um instrumento a serviço da sociedade, deve desenvolver-se em modo livre, mas também transparente e respeitando valores igualmente fundamentais”, mas que essa exigên-

cia deve ser balanceado com “o papel fundamental da colaboração entre Estados de incentivar o progresso da ciência, dividindo seus resultados e objetivos, de modo que seus benefícios sejam equamente divididos” (p. 31). Nessa seção, a dimensão individual de um direito à ciência é examinada, principalmente com a conclusão de sua recondução ao direito à vida e à liberdade de pensamento. A oposição entre interesses individuais e interesses dos Estados se intensifica ao se considerar a noção de desenvolvimento sustentável que Ragni aporta em sua análise. Longe de trazer complexidades incontornáveis, verifica-se que a inserção da noção de desenvolvimento sustentável nessa tríade apenas enriquece as obrigações que os Estados possuem numa lógica protetiva. Não por acaso, a própria noção de pesquisa científica é frequentemente utilizada no âmbito de acordos internacionais como exceção à determinadas regras. Ou seja, em alguns casos, é possível suspender a incidência das principais regras protetivas do meio ambiente com finalidades de pesquisa científica. O *rationale* relacionado a essa exceção está também na possibilidade de que novas descobertas científicas possam aumentar os níveis de proteção. Os regimes internacionais, relativos ao direito do mar e de biodiversidade, constituem felizes ilustrações do posicionamento da autora.

Se os dois primeiros capítulos examinam inquietudes relativas à noção de ciência no interior do direito internacional, no terceiro capítulo, o recorte feito por Ragni enfatiza o modo como parâmetros científicos desenvolvem um papel para a definição das obrigações dos Estados em matéria de meio ambiente e de tutela da saúde. Em síntese, passa-se da fase de formulação de normas para sua aplicação. No capítulo, as noções-chave de *due diligence*, *best available science*, *standard of review* e a abordagem precaucional, diante do risco e de incerteza científicas, são examinados por meio dos elementos de prática oferecidos no direito internacional atual. O capítulo oferece apurada e atualizada reflexão sobre modernos elementos existentes para entender o conteúdo das obrigações estatais em matéria. Mais do que isso, ele revisita as reações oferecidas pelos instrumentos e jurisprudência internacional para lidar com questões de alta complexidade técnica e científica.

O problema da indeterminação de certas noções merece especial atenção porque se encontra no centro de algumas controvérsias. Pode-se, a título de exemplo, aludir ao conceito de “melhor conhecimento científico disponível”. Nesse sentido, há dois problemas examina-

dos por Ragni. O primeiro é a variabilidade setorial. “A interpretação do conceito de *best available science* não será unívoca, mas variará sobretudo em função do tratado que a ele fizer referimento”. Além disso, esse problema “permanece controverso se o conceito deve ser também adequado ao específico nível de conhecimento e de capacidade técnica que o Estado pode contar, levando em consideração a situação de evidente desvantagem na qual se encontram os países em desenvolvimento” (p. 79). Essa questão parece particularmente sensível para países como o Brasil que, apesar de disporem de um parque tecnológico avançado, nem sempre dispõe das mesmas condições científicas em comparação com países desenvolvidos. O segundo problema refere-se à própria abertura que o conceito comporta e que torna difícil a sua precisa apuração num caso concreto em que seja necessário apurar se um Estado se valeu da *best available science* para cumprir uma obrigação internacional.

A partir do quarto capítulo, as questões relativas aos juízes internacionais são afrontadas diretamente. Da conexão entre questões científicas que emergem no interior de controvérsias internacionais surge o problema do entendimento entre questões de direito e questões de fato. Ragni adota neste capítulo uma distinção clara, baseada em precedentes internacionais como a arbitragem *Abyei* e o caso *Southern Bluefin Tuna*, e até mesmo o caso da *Caça às Baleias*, relativo à noção de contencioso técnico e controvérsia jurídica. Essa distinção é uma distinção que aparenta ser particularmente favorável ao trabalho dos tribunais internacionais, que distinguem os campos e, portanto, a função judicante. Ragni parece sugerir que há um comportamento limitante entre as controvérsias “científicas” e “não científicas”. Apesar de esclarecer tratar-se de uma classificação provisória, a autora classifica as controvérsias científicas como aquelas relativas “à aplicação de normas, que de modo diferentes e em maior ou menor grau, referem-se, tocam ou de algum modo fazem referência a questões governadas pela ciência” (p. 150). Pode-se questionar, nesse sentido, se, em diferentes medidas, não se trata de identificar uma tendência das controvérsias internacionais. Configurarem-se com o alto nível de tecnicidade e panoramas fáticos complexos que transcendem a interpretação normativa. Nesse caso, em menor ou menor grau, as controvérsias de incerteza fatural, de algum modo, deverão reportar-se a técnicas jurídicas de solução de quadros fáticos altamente complexos.

O último capítulo do livro aborda o coração da questão sob uma perspectiva procedimental, qual seja a avaliação do fundamento científico das pretensões das partes no raciocínio jurídico do juiz internacional. Se é verdade que uma das principais fontes de incorporação de conhecimento científico, no âmbito processual, é por meio de peritos (*experts*), a análise das diferentes categorias processuais à disposição do juiz internacional se percebe no presente caso. Embora possa parecer assentada, a presença de peritos, no contencioso internacional, revela problemas de não simples resolução, como se verifica em relação à questão do uso de “peritos fantasmas”, de peritos examinados segundo o sistema anglo-saxão ou a recentíssima prática de nomeação de peritos por parte da Corte Internacional de Justiça.¹ Para apreciar a prova científica produzida por peritos, sejam eles *ex parte* ou *ex curiae*, juízes internacionais desenvolveram diferentes técnicas, sendo uma delas a própria noção de *standard of review*, ou seja, os parâmetros utilizados para verificação da prova científica. A autora invoca, então, o critério de razoabilidade (*ragionevolezza*), basicamente estabelecido pelo contencioso da Corte Internacional de Justiça (mas não somente) como parâmetro identificável na prática para verificar se as medidas adotadas por Estados recaem nos critérios de diligência das medidas. Contudo, Ragni alinha-se ao posicionamento da Corte de Haia, colocando o jurista como o modulador da controvérsia e, por meio das categorias jurídicas, enquadrar a ciência. Como a autora pontua, “ao estabelecer se o Estado baseou seus comportamentos sobre os melhores conhecimentos científicos disponíveis, o intérprete (...) deverá em primeiro lugar basear-se em critérios jurídicos” (p.80).

A relação entre ciência e direito, tradicionalmente, não exige que o juiz seja o arbitrador da verdade científica. Em verdade, a prática internacional até hoje parece demonstrar que juízes internacionais preferem abster-se de solucionar ou posicionar-se sobre alguma *vexata quaestio* no interior de campos que não lhe pertencem originalmente. Para tanto, outras técnicas são utilizadas por juízes. Por exemplo, pode-se enfatizar o ônus da prova e a obrigação das provas em relação à existência de um dano; pode-se adotar medidas protetivas guiadas pela abordagem precaucional; pode-se, também, adotar uma postura ativa na nomeação de peritos que traba-

¹ Sobre a questão, ver LIMA, Lucas Carlos. O uso de experts em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça. Revista de Direito Internacional, vol. 13, n. 2, 2016, pp.246-259.

lhem diretamente com a corte (*assessors*) na apreciação da prova científica. Ragni acerta ao sugerir que, num desequilíbrio entre a verdade real e a verdade processual, a tendência dos tribunais é inclinar-se na direção da segunda. Restam duas inegáveis tendências: a primeira delas é que há uma importante dimensão processual nos tribunais internacionais a ser considerada quando surgem controvérsias dotadas de elementos científicos. Ao se considerar a disciplina jurídica dos peritos e demais técnicas empregadas por juízes internacionais nesse sentido, pode-se perceber um verdadeiro desenvolvimento do direito processual internacional. Ao mesmo tempo, é concomitante a tendência de revelar e identificar valores outros, como a noção de desenvolvimento sustentável, a serem ponderadas pelo intérprete no momento da solução da controvérsia. Essas duas tendências podem ser consideradas como caracterizadoras do grupo de normas e instituições internacionais que são chamadas a contribuir ao diálogo entre Minerva e Themis.

A leitura do livro de Ragni demonstra diferentes faces que a noção de ciência assume no direito internacional. Nesse sentido, embora este não seja o foco de seu livro, ele confirma leituras mais amplas sobre a assim chamada “governança dos especialistas” ou “governança dos experts” que se esboça como tendência dos regimes jurídicos internacionais. Ragni nos oferece uma chave interessante para entender o elevado grau de tecnicidade, oriundo de regimes internacionais fundamentais — suas reações em movimentos populistas. Contudo, o livro é uma demonstração do difícil papel de balanceador de interesses e valores que possui os instrumentos jurídicos internacionais e seus aplicadores. Ragni demonstra que há um elevado grau de tecnicidade a respeito das técnicas e do direito internacional para tentar acomodar as tensões relativas à ciência, governo de peritos e clientes soberanos. A estimulante obra de Ragni demonstra que não é possível pensar o presente e o futuro do contencioso internacional prescindindo de noções técnicas e científicas — problema que todo jurista será chamado a entender e resolver.

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.

